

Diskrimineringsvernet i familiære og nære relasjoner

*Foreligger det et tilstrekkelig vern mot
diskriminering i familiære og nære relasjoner?*

Kandidatnummer:

173

Antall ord:

14945



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato:

31.mai 2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	s.1
1. Innledning	s.4
1.1 Bakgrunn for valg av tema	s.4
1.2 Oppsett	s.4
2. Menneskerettigheter	s.5
2.1 Generelt om menneskerettigheter	s.5
2.2 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen	s.6
2.3 Plikten til å gjennomføre menneskerettighetene	s.6
2.4 Gjennomføring av EMK i Norge	s.8
3. Diskriminering	s.8
3.1 Diskriminering generelt.....	s.8
3.2 Direkte og indirekte diskriminering	s.10
3.3 Sammensatt/multippel diskriminering	s.11
3.4 Strukturell diskriminering	s.11
3.5 Diskriminering i norsk og internasjonal rett	s.12
4. Det internasjonale diskrimineringsvernet	s.12
4.1 Innledende om det internasjonale diskrimineringsvernet	s.12
4.2 Diskrimineringsforbudet i EMK ART.14	s.13
4.3 Gjennomgang av EMD dommer	s.14
4.3.1 Diskrimineringsaker mellom private etter art.14	s.14
4.3.2 Virkeområdet til EMK i henhold til mangelfull lovgivning	s.17
4.3.3 Vurdering av EMD-dommene	s.18
4.4 Virkeområdet til diskrimineringsforbudene i andre internasjonale konvensjoner	s.19
4.4.1 Tilleggsprotokoll 12.....	s.19

4.4.2 SP art.2.1 og art.26.....	s.20
4.4.3 Øsk art.2.2	s.21
4.4.4 FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW).....	s.22
4.4.5 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)	s.22
4.4.6 FNs barnekonvensjon	s.23
4.4.7 FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD).....	s.23
4.4.8 Vurdering av virkeområdet til diskrimineringsforbudet i internasjonale konvensjoner	s.23
5. Diskrimineringsvernet i norsk rett	s.25
5.1 Innledende om diskrimineringsvernet i norsk rett	s.25
5.2 Grunnloven kap.E	s.26
5.3 Ligestillingsloven	s.26
5.3.1 Om ligestillingsloven generelt	s.26
5.3.2 Virkeområdet til ligestillingsloven	s.27
5.4 Diskrimineringsloven om etnisitet	s.28
5.5 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	s.29
5.6 Diskrimineringsloven om seksuell orientering	s.31
5.7 Virkeområdet til Diskrimineringsloven om etnisitet, Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og Diskrimineringsloven om seksuell orientering	s.32
6. Spørsmål og problemer knyttet til virkeområdet til diskrimineringslovene	s.33

6.1 Innledende om spørsmål og problemer knyttet til virkeområdet til diskrimineringslovene.....	s.33
6.2 Symbolbestemmelser	s.35
6.2.1 symbolbestemmelser generelt	s.35
6.2.2 Vurdering av symbolbestemmelsen i likestillingsloven.....	s.36
6.3 EMK art.8	s.37
6.3.1 Art.8 generelt	s.37
6.3.2 Vurdering av EMK art.8 og diskrimineringsvernet	s.39
7. Menneskerettighetsvernet i nære relasjoner i andre lover	s.40
7.1 Innledende om menneskerettighetsvernet i nære relasjoner i andre Lover	s.40
7.2 Straffeloven	s.41
7.2.1 Straffeloven § 282	s.41
7.2.2 Straffeloven § 271	s.42
7.3 Barnelova	s.43
7.4 Vurdering av menneskerettighetsvernet i nære relasjoner i andre lover	s.45
8. Min vurdering av diskrimineringsvernet i familiære og nære relasjoner	s.45
9. Høringsnotat om felles diskrimineringslov	s.47
9.1 Høringsnotatet	s.47
9.2 Hørings svar	s.48
9.3 Min vurdering	s.50
Litteraturliste	s. 52

1.0 Innledning

1.1 Bakgrunn for valg av masteroppgave

Diskrimineringsretten er et særlig dynamisk rettsområde. Bare i Norge har lovreguleringen vært i stadig endring og den siste lovrevisjonen ble gjort i 2013. Ved denne revisjonen ble det utarbeidet fire rene diskrimineringslover. Lovene er pr dags dato svært likt utformet. Barne-, likestillings- og diskrimineringsdepartementet sendte imidlertid den 19/10-2015 ut et nytt høringsforslag om opprettelse av en felles diskrimineringslov. Den foreslåtte loven skal regulere alle diskrimineringsgrunnlagene samlet. Det er mange vurderinger som er tatt opp i dette forslaget, blant annet hvor langt virkeområdet til diskrimineringsloven skal rekke. Det er foreslått å avgrense mot familiære og andre rent personlige forhold. Denne avgrensningen av virkeområdet åpner for en rekke spørsmål og vurderinger. Dette inspirerte meg til å skrive en masteroppgave om diskrimineringsvernet i norsk rett i dag, herunder diskriminering i familiære og nære relasjoner. Jeg vil i oppgaven vurdere om det foreligger et tilstrekkelig vern mot diskriminering i familiære og nære relasjoner.

1.2 Oppsett:

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i diskrimineringsvernet som en menneskerettighet. Jeg skal vurdere i hvilken grad denne menneskerettigheten er gjennomført i norsk rett. Deretter skal jeg vurdere om jeg mener det foreligger et tilstrekkelig bredt diskrimineringsvern i norsk rett i dag. Avslutningsvis skal jeg kort knytte noen kommentarer til høringsnotatet om felles diskrimineringslov, og hva jeg mener vil være det beste vernet mot diskriminering i en slik samlet lov.

For å kunne vurdere disse problemstillingene vil jeg først foreta en gjennomgang av menneskerettighetene generelt og deres gjennomføring i norsk rett. Deretter vil jeg fokusere på retten til å ikke bli diskriminert og forklare nærmere hva denne retten innebærer. Jeg skal videre se på diskrimineringsvernet saklige virkeområde i både internasjonal og norsk rett. Først skal jeg se på internasjonale konvensjoner, og deres reguleringen av diskriminering i nære relasjoner. I tillegg skal jeg se på et utvalg av dommer fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD), som håndhever reglene som fremgår av Den

Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK). Disse dommene tar for seg diskriminering og lovregulering av menneskerettighetene generelt. Videre skal jeg se på positive og negative sider ved symbolbestemmelser. Før jeg vurderer diskrimineringsvernets virkeområde i forhold til EMK art.8 og retten til privatliv. Jeg vil også se på øvrig lovgivning i Norge, som regulerer forhold i nære og familiære relasjoner, og vurdere hvordan diskrimineringsretten stiller seg i forhold til straffeloven og barnelova. Avslutningsvis skal jeg vurdere om jeg mener det foreligger et tilstrekkelig diskrimineringsvern i familiære og nære relasjoner i dag.

2.0 Menneskerettigheter

2.1 Generelt om menneskerettigheter

Det er vanskelig å gi en generell definisjon av hva menneskerettigheter er.

Menneskerettighetene dreier seg om de grunnleggende krav og rettigheter som ethvert individ har, og som myndighetene er pliktig å sikre for enhver.¹ Regelverket utviklet seg særlig etter andre verdenskrig. De Forente Nasjoner (heretter FN) ble etablert ved FN-pakten 26.juni 1945 og er en svært viktig organisasjon for å sikre en fredelig sameksistens mellom medlemsstatene.²

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948 er det rettslig utgangspunkt for internasjonale menneskerettigheter.³ Mange senere konvensjoner og protokoller om menneskerettigheter bygger på denne. Det internasjonale perspektivet skapte en sikringsplikt for statene. Dette førte til et mer omfattende vern av disse grunnleggende rettighetene i nasjonal lovgivning for de fleste medlemsstatene.

Viktige internasjonale menneskerettighetskonvensjoner i dag er FN's konvensjoner fra 1976 om sivile og politiske rettigheter (heretter SP), og om økonomiske, sosiale og kulturelle

¹ Aall (2011) s.22-23

² Aall (2011) s.24

³ Aall (2011) s.24-25

rettigheter (heretter ØSK).⁴ I tillegg har FN noen mer spesialiserte konvensjoner som beskytter mer utsatte grupper, som kvinner, barn og funksjonshemmede.

2.2 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen.

Det som imidlertid står seg som den fremste rettskilden er Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen. 47 stater har ratifisert konvensjonen. Den ble vedtatt i 1950, men trådte først i kraft 3. september 1953. I likhet med SP regulerer denne konvensjonen sivile og politiske rettigheter.⁵ De ratifiserte statene har underlagt seg den kontrollen som dommerne i Strasbourg utøver ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen. Dette gir en mulighet for de krenkede individene å klage staten inn for denne overnasjonale domstolen.

Den internasjonale dimensjon ved kontrollen av menneskerettighetene, som EMK og EMD sikrer, har vist seg å effektivisere rettighetene. Imidlertid er det klart, med EMDs økende saksmengde, at den nasjonale gjennomføringen er avgjørende for sikring av rettighetene.⁶

2.3 Plikten til å gjennomføre menneskerettighetene

I EMK art.1 fremgår det at medlemsstatene pålegges å ”secure to everyone within their jurisdiction the right and freedoms” som fremgår av EMK.⁷

Ansaret påligger staten ”within their jurisdiction”. Etter FNs Menneskerettighetskomité sin praksis skal dette forstås på samme måte som SP art.12. Formuleringen omfatter også myndighetsbehandlinger begått av ambassader i staten og utlandet, samt på fly, skip og borerigger.⁸ I tillegg har praksis fra EMD beveget seg i retning av at det ikke er det geografiske territoriet som er viktigst. Hvorvidt staten handler i strid med de forpliktelsene

⁴ Aall (2011) s.24-25

⁵ Aall (2011) s.26

⁶ Meld. St. 10 (2014-2015) s.72

⁷ Aall (2011) s.44

⁸ Aall (2011) s.45

den har påtatt seg etter konvensjonen, er avgjørende. Dette er ikke en problemstilling jeg skal se nærmere på i den følgende oppgaven.

Videre fastslår teksten i art.1 at rettighetene tilkommer ”everyone”, altså enhver. Dette vil som utgangspunkt føre til samme vern for statsborgere og utlendinger.⁹ Mer diskutert er det om ”everyone” omfatter både fysiske og juridiske personer. EMD-praksis viser at dette spørsmålet ikke kan besvares generelt. Det må tas utgangspunkt i den aktuelle rettighetens karakter. Dette er heller ikke en problemstilling som skal utdypes ytterligere i oppgaven.

Videre vil ”secure” si at staten har en dobbel gjennomføringsplikt for å sikre rettighetene. For det første pålegges staten en aktivitetsplikt.¹⁰ Medlemsstaten hefter for alle myndighetsutøvelser som kan stride mot menneskerettighetene. Eksempler på dette er krenkende lovbestemmelser eller et uforholdsmessig tyngende utvisningsvedtak. Videre hefter staten på objektivt grunnlag for alle dens tjenestemenns krenkende handlinger. I tillegg fører denne sikringsplikten til at staten kan bli ansvarlig for ikke å ha gjort nok for å hindre krenkelser av menneskerettigheter utført av privatpersoner. Imidlertid har ikke staten samme kontroll over privatpersoners handlinger som den har over sine egne ansatte. De rettslige vurderingstemaene er, etter EMD-praksis, om det foreligger en ”real and immediate risk” for menneskerettighetsbrudd jfr. Osman-dommen¹¹, og om staten i så tilfelle har innført ”reasonably available measures” jfr. E-dommen mot Storbritannia.¹² Dermed vil det avgjørende være om staten var, eller burde vært, klar over at det var en risiko for konvensjonsbruddet. I så tilfelle blir spørsmålet om staten iverksatte adekvate og rimelige tiltak for å forhindre bruddet.

⁹ Aall (2011) s.49

¹⁰ Aall (2011) s.50-51

¹¹ Osman vs The United Kingdom eks punkt.108

¹² Case of E. And Others vs The United Kingdom punkt.99

2.4 Gjennomføring av EMK i Norge

I denne oppgaven skal jeg særlig se på EMKs betydning i norsk rett. Det er denne konvensjonen, og EMD sin tolkning av denne, som i størst grad har påvirket og endret norsk rett.¹³ Konvensjonen er fra 1950 og trådte i kraft for Norge i 1953. Den ble i startfasen møtt med skepsis, men gjennomføringen har i stor grad skjedd på en dynamisk og harmonisk måte. I dag er Grunnlovens menneskerettighetskapittel, kap.E, svært inspirert av konvensjonen. I tillegg er menneskerettighetsvernet fra EMK inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven fra 1999. I denne loven fremgår det i § 3 at

”bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.

Norge tar utgangspunkt i det dualistiske prinsipp der norsk og internasjonal rett er to ulike rettssystemer.¹⁴ Norske domstoler kan ikke håndheve folkerettslige regler, herunder internasjonale konvensjoner, uten at de ved lov, eller vedtak med hjemmel i lov, er blitt transformert eller inkorporert til norsk rett. I denne sammenheng er det viktig å presisere at Norge også har et presumsjonsprinsipp. Dette innebærer at ved motstrid skal nasjonal rett tolkes slik at den ikke kommer i konflikt med folkeretten. Ved inkorporasjon vil den aktuelle internasjonale bestemmelsen inntas som norsk lov.¹⁵ Dette kan for eksempel skje ved at Stortinget vedtar en lov som henviser til at en traktat, konvensjon eller bestemmelse skal gjelde som norsk lov. Ved transformasjon omskrives, eller tilpasses, de norske bestemmelsene i loven etter den folkerettslige forpliktelsen.

3.0 Diskriminering

3.1 Diskriminering generelt

I den videre oppgaven skal jeg fokusere på menneskerettigheten til å ikke bli diskriminert. Før jeg skal gå inn på denne rettens virkeområde vil jeg redegjøre for hva diskriminering er.

¹³ Aall (2011) s.26

¹⁴ Skoghøy (2002) s.339

¹⁵ <http://www.ub.uib.no/avdeling/jur/arkiv/eueos.htm>. Dato 13/5-16

Diskrimineringsbegrepet blir definert med store variasjoner, både i omfang og formuleringer, i de relevante internasjonale konvensjonene og norsk rett. I FN-konvensjonene SP, ØSK og EMK er ikke begrepet nærmere definert.¹⁶ Det blir kun presisert at forskjellsbehandling ikke skal finne sted på med bakgrunn i en rekke opplistede diskrimineringsgrunnlag, jfr EMK art.14, SP art. 2 nr. 1 og art.26, Øsk art.2 nr.2 og Barnekonvensjonen art.2 nr. 1.¹⁷ De mer spesielle konvensjonene som Rasediskrimineringskonvensjonen og EU-direktivene har derimot en mer detaljert definisjon. Disse ulike formuleringene trenger ikke å føre til forskjellige fortolkninger eller anvendelser av bestemmelsene.

En mer overordnet definisjon av diskrimineringsbegrepet fremgår av FNs menneskerettighetskomité General Comment nr.18. Her presiseres det i punkt.7 at

”the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.”.

Overordnet kan en si at diskriminering anses som resultatet av en uakseptabel eller usaklig forskjellsbehandling.¹⁸ Det er ikke hensikten med handlingen som er avgjørende, men effekten eller virkningen av den.

Teori og praksis har gjerne delt vurderingen av om det foreligger diskriminering i tre.¹⁹ For det første må det foreligge en forskjellsbehandling. Videre må forskjellsbehandling bli gjort av personer i analoge eller sammenlignbare situasjoner. Deretter må det ikke foreligge en objektiv og rimelig grunn til forskjellsbehandling. I senere tid har imidlertid praksis godtatt at det ikke må foreligge en reell person i en lignende situasjon for at diskriminering kan

¹⁶ Holgersen (2008) s.166

¹⁷ Blaker Strand 2012 s. 134

¹⁸ Aall (2011) s.63

¹⁹ Aall (2011) s.63

konstateres. En må imidlertid kunne tenke seg en person, uten den aktuelle vernede egenskapen, som ikke ville blitt forskjellsbehandlet i en lignende situasjon.²⁰

Diskrimineringsbegrepet har en dynamisk karakter og favner i dag om ulike former av forskjellsbehandling. Disse har til felles at de anses som usaklige og ulovlige. I det følgende skal jeg foreta en gjennomgang av ulike former av diskriminering.

3.2 Direkte og indirekte diskriminering.

Direkte og indirekte diskriminering blir blant annet definert i diskrimineringslovene fra 2013. Imidlertid foreligger det en enda bredere definisjon i den opphevede diskrimineringsloven av 2005 § 4 2.ledd. Der fremgikk det at direkte diskriminering er en handling, eller en unnlattelse, som har til formål, eller virkning, at en person, eller et foretak, på et diskrimineringsvernet grunnlag, blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt, eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.²¹ Dermed må det ikke ha skjedd en aktiv handling. Også en unnlattelse av for eksempel å innkalle en arbeidssøker, med et navn som tilsier at vedkommende har etnisk bakgrunn, til et intervju er å anse som direkte diskriminering. Et annet eksempel er å ikke gi en gravid kvinne en jobb kun fordi hun er gravid. Dette er å anse som direkte kvinnediskriminering.

Indirekte diskriminering blir definert som en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at en person, på et diskrimineringsvernet grunnlag, blir stilt særlig ufordelaktig sammenliknet med andre jfr. diskrimineringsloven av 2005 § 4 3.ledd. Et eksempel kan være et formelt nøytralt krav til påkledning på en arbeidsplass, som fører til at en person med religiøse hodeplagg, som hijab eller turban, ikke kan oppfylle påkledningskravene. I slike tilfeller må en imidlertid foreta en konkret vurdering av om påkledningskravet er tilstrekkelig usaklig, og ubegrunnet, til at det kan anses som diskriminering.²²

²⁰ Holgersen (2008) s.167

²¹ Holgersen (2008) s.167

²² Holgersen (2008) s.170

3.3 Sammensatt/multippel diskriminering

Med sammensatt eller multippel diskriminering menes en situasjon der diskrimineringen kan baseres på mer enn ett diskrimineringsgrunnlag.²³ Mennesker er sammensatte skapninger som ikke bare enten er norsk eller utenlandsk, eller bare kvinne eller mann. Dermed vil det kunne forekomme situasjoner der en person blir diskriminert på grunnlag av flere egenskaper ved seg selv. En viktig folkegruppe her er innvandrerkvinner. Disse kan bli diskriminert på grunn av kjønn, religion og etnisitet samtidig. En praksis er kanskje ikke diskriminerende direkte mot kvinner eller direkte mot utledninger, men utenlandske kvinner kan likevel bli berørt på grunn av eksempelvis påkledningskrav eller arbeidsoppgaver, som strider mot religionen deres.

3.4 Strukturell diskriminering

Begrepet strukturell diskriminering kan brukes i ulike situasjoner.²⁴ I arbeidslivet kan det ofte forekomme strukturell diskriminering. Dette skjer når flere individuelle diskriminerende handlinger, eller nøytrale regler med diskriminerende effekt, skaper et mønster som reflekterer en administrativ struktur som godtar, fremmer eller lar slike diskriminerende handlinger forekomme. Videre pålegger de internasjonale menneskerettskonvensjonenes statene forpliktelser av strukturell karakter. Herunder følger de offentlige myndigheters plikt til å iverksette ulike typer av aktive tiltak, og etablering av strukturer, som skal forhindre brudd på individenes vern mot direkte og indirekte diskriminering. Videre inneholder menneskerettskonvensjonene også plikter for staten til å endre ideologiske strukturer som resulterer i diskriminering. Staten skal altså søke å motvirke strukturer som finnes i samfunnet ellers, eksempelvis avskaffe stereotype oppfatninger og holdninger som baner vei for diskriminering. Dette er tiltak som er ment å kunne føre til et mer inkluderende samfunn på lengre sikt.

²³ Blaker Strand (2012) s.145

²⁴ Blaker Strand (2012) s.145

3.5 Diskriminering i norsk og internasjonal rett

Videre i oppgaven skal jeg se nærmere på noen av de ulike diskrimineringsbestemmelsene i norsk og internasjonal rett. Fokuset vil være på det saklige virkeområdet til diskrimineringsvernet, herunder området for familie og andre rent personlige forhold.

Først skal jeg se nærmere på virkeområdet til de viktigste diskrimineringsforbudene i internasjonal rett. Jeg skal søke å redegjøre for det saklige virkeområdet til art.14, i lys av det saklige virkeområdet til EMK generelt, i den private sfære. Jeg vil i den anledning ta tak i noen EMD-dommer som kan belyse viktigheten av både diskrimineringsvern i den private sfære, og lovregulering av menneskerettigheter i den private sfære generelt. I tillegg skal jeg se på virkeområdet til andre internasjonale konvensjoner.

Deretter vil jeg se hen til vernet mot diskriminering i norske lover og virkeområdet her. Jeg skal også se på noen særlige spørsmål knyttet til hvor langt virkeområdet til diskrimineringslovene bør strekke seg.

Til slutt vil jeg kort vurdere om det foreligger et tilstrekkelig bredt diskrimineringsvern i familiære og andre nære relasjoner i norsk lovgivning i dag.

4.0 Det internasjonale diskrimineringsvernet

4.1 Innledende om det internasjonale diskrimineringsvernet

EMK art.14 gir et vidt diskrimineringsforbud, på området for menneskerettighetene nedfelt i EMK. I tillegg til art.14 fremgår det internasjonale diskrimineringsvernet av bla SP art.2.1 og art.26, ØSK art.2.2, FNs verdenserklæring om menneskerettigheter art.2 og 7, samt tilleggsprotokoll 12 til EMK, som enda ikke er ratifisert av Norge. I tillegg går FNs komiteer, som Committee on the Elimination of Racial Discrimination og Committee on the Elimination of

Discrimination Against Women langt i å presisere og pålegge positive plikter for å sikre likebehandling og forhindre diskriminering.²⁵

4.2 Diskrimineringsforbudet i EMK ART.14

Det fremgår av EMK art14 ”prohibition of discrimination” 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.”

I motsetning til mange artikler i EMK, herunder særlig art.8-11, har ikke art.14 et eget ledd som åpner for brudd på bestemmelsen i visse tilfeller. Dette kommer av at diskrimineringsvernet, i likhet med vernet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i art.3, ikke er en handling som iblant kan være rettferdiggjort. Det er akkurat den *uakseptable* forskjellsbehandlingen som er diskriminerende, og etter art.14 er denne aldri lovlig.

Det fremgår av art.14 at det er de øvrige konvensjonsrettighetene som skal sikres uten diskriminering. Tidligere praksis har tolket art.14 veldig snevert. Det kunne bare bli spørsmål om diskriminering om det forelå brudd på en annen EMK artikkel.²⁶ Imidlertid er det ofte slik at en ser diskrimineringsbruddet i forening med bruddet på en materiell rettighet. Eksempelvis ble det i Nachova dommen²⁷ både konstatert krenkelse av art.2 selvstendig og art.2 sammenholdt med art.14. Grunnen til dette var at drapene, av personene som flyktet fra politiet, ble ansett som rasistisk motivert.

Størst rolle spiller imidlertid diskrimineringsforbudet i art.14 som en begrensning i å utføre et, sett bort fra diskrimineringen, konvensjonsmessig inngrep. I Abdulaziz²⁸ ble det for eksempel

²⁵ Aall (2011) s.62-63

²⁶ Aall (2011) s.62-63

²⁷ Case of Nachova and others vs Bulgaria (2005)

²⁸ Abdulaziz, cabales og balkandali V The United Kingdom (1985)

akseptert at hensynet til å beskytte arbeidsmarkedet, i landet eller landets økonomiske velferd, kunne berettige begrensninger for familiegjening etter art.8.2. Begrensningen gjorde det imidlertid vanskeligere for kvinner enn menn å gjeninges med sine ektefeller. Dermed forelå det et diskriminerende inngrep i familielivet som skal sikres etter art.8.1. EMD-praksis har i tillegg utviklet seg i retning av at det kan foreligge en konvensjonsstridig diskriminering selv om det ikke foreligger et inngrep i en konvensjonsrettighet. Det avgjørende er om forholdet ligger innenfor de øvrige konvensjonsrettighetenes område.²⁹ Et eksempel er art.6 som ikke åpner for en to-instans behandling verken i sivile eller straffesaker. Å avskjære ankemuligheten helt er dermed ikke noe inngrep i art.6. Om et nasjonalt rettssystem likevel åpner for å anke, må imidlertid denne muligheten være lik for alle. Om rettssystemet kun åpnet for at etnisk norske kunne anke ville det her være snakk om rasediskriminering etter art.14.

Selv om art.14 har fått en stadig viktigere og bredere plass må en fremdeles legge til grunn at diskrimineringsforbudet etter art.14 er aksessorisk.³⁰ Bestemmelsen knytter seg til området for de øvrige konvensjonsrettighetene. På den måten er den avhengig av disse rettighetene for å kunne anvendes som rettsregel.

4.3 Gjennomgang av EMD dommer

4.3.1 Diskrimineringssaker mellom private etter art.14

I tillegg til at art.14 ikke lenger er like bundet av de øvrige konvensjonsbestemmelsene, kan heller ikke virkeområdet til bestemmelsen leses like entydig som før. Utgangspunktet er som nevnt at bestemmelsens virkeområde er snevret inn til konflikter mellom stat og privat. Det har imidlertid forekommet tilfeller der private diskrimineringssaker har kommet helt til Strasbourg. Et eksempel på dette er Pla og Puncernau-saken mot Andorra.³¹ Her konkluderte EMD med at det forelå en testamentarisk forskjellsbehandling i strid med EMK. Grunnen til konvensjonsbruddet var at et fosterbarn kom dårligere ut enn de biologiske barna, i en komplisert arvesak. Testatoren hadde inntatt en klausul om at ”The future heir to the estate

²⁹ Aall (2011) s.64-65

³⁰ Nou 2009: 14 kap.4 s.45

³¹ Pla og Puncernau V Andorra. Særlig punkt 11-15 og punkt 59-60

must leave it to a son or grandson of a lawful and canonical marriage". Dette forsto the High Court of Justice of Andorra som at den testamentariske disposisjonen kun gjaldt for biologiske barn, og at klausulen dermed skilte mellom biologiske og adopterte barn. Dette var etter EMDs vurdering en feiltolkning av klausulen, som førte til et brudd på de juridiske arverettighetene til et adoptivbarn. Dette var noe som retten anså som "blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by art.14 and more broadly with the principles underlying the Convention." Derav tok både EMD opp saken, samt konkluderte med at det forelå brudd på art.14 sammenholdt med art.8 "family life". Dommen er avsagt med dissens, og er noe diskutert i juridisk teori. Imidlertid valgte EMD å ta opp saken selv om den omhandlet tolkning av en privat testamentering. Dette er et forhold som faller utenfor den typiske stat mot borger konflikten. Selv om dette ikke skjer veldig ofte er det ikke et helt unikt tilfelle.

I *Fabris V France* saken³² vurderte EMD om fransk lovgivning hadde negativ betydning for en sønn sin rett på arv etter sin mor. Sønnen var født utenfor ekteskap. EMD uttalte, i likhet med *Pla og Puncernau mot Andorra*, i punkt 60 at "The Court is not in principle required to settle disputes of a purely private nature". Imidlertid fant EMD at "it cannot remain passive where national court's provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or blatantly inconsistent" med diskrimineringsforbudet i art.14 og selve grunnprinsippene i konvensjonen. Dermed fant retten at de måtte ta opp denne privatanliggende arvesaken. Videre kom de til at det forelå et brudd på art.14 og TP.1 art.1 om beskyttelse av eiendomsrettigheter. Selv om EMD her påpekte at det var private anliggende, som de ikke var pålagt å blande seg inn i, åpnet lovgivningen i staten for så diskriminerende tilfeller at det ble ansett som brudd på diskrimineringsvernet i art.14.

En annen EMD-dom som omfatter art.14 og forhold mellom private er *Opuz mot Tyrkia*-saken.³³ Dette var en sak om vold i familiære og nære relasjoner. Den innklagde hadde både foretatt flere voldshandlinger mot sin kone, samt drept sin svigermor. Klageren mente at Tyrkias lover og avgjørelser, når det kom til vold mot kvinner i hjemmet, var indirekte diskriminerende mot kvinner. En rapport gjort av EMD, for å klarlegge disse forholdene, tilsa

³² *Fabris vs France* særlig punkt 10-16 og punkt 60-71

³³ *Opuz mot Tyrkia* særlig punkt 177-202.

at myndighetene til dels aksepterte vold i hjemmet. I den aktuelle saken kom EMD til at volden, mot klageren og moren, kunne anses som kjønnsbasert vold og at dette var en form for kvinnekriminering. Det ble videre påpekt at grunnet manglende reaksjoner fra rettssystemets side, forelå det her et brudd på art. 14 sammenholdt med art. 2 og 3.

Dette var en brutal sak hvor kvinner ble sviktet av ikke bare menn i familien, men også politiet og rettssystemet som skulle beskytte dem. Et brudd på art. 14 sammenholdt med art. 2 og 3 var derfor svært nærliggende og ble også resultatet. I henhold til virkeområdet til art. 14 er det her snakk om mangelfull statlig sikring av vold mot kvinner, og derav i kjerneområdet for EMK, selv om det omfatter private handlinger. Imidlertid tar saken opp ringvirkningene av mangelfull lovgivning i henhold til sikreforpliktelsen til medlemsstatene. Videre tar dommen opp familielivets særlige skjøre karakter. Den private sfære er et område for ekstreme tillitsforhold og mange følelser. Vold og diskriminering i slike tilfeller vil dermed kunne føre til alvorlige psykiske sår. Når en i tillegg ikke blir hørt av det rettsapparatet som skal beskytte en i samfunnet er dette svært alvorlig. EMD lot, blant annet derfor, de klagende i saken gå rett til Strasbourg før de hadde uttømt de nasjonale rettsmidlene. Dette ble begrunnet med at EMD anså rettsmidlene i Tyrkia svært ineffektive.

Ut fra disse dommene kan det leses at art. 14 også vil kunne komme til anvendelse i svært private saker. De særlige tilfellene der dette skjer er gjerne der lovgivningen eller annen praksis fra staten tilrettelegger for diskrimineringen. Rettspraksis fra EMD viser at også virkeområdet til art. 14 er utvidet i likhet med utvidelsen av de øvrige konvensjonsbestemmelsene. Dette gjelder saker hvor selve fundamentet bak EMK svekkes, samt saker der statene ikke i tilstrekkelig grad har sikret rettigheten gjennom for eksempel mangelfull lovgivning. I slike tilfeller kan det tenkes at EMD vil kunne ta opp diskrimineringssaker også mellom private i nære relasjoner om de finner det nødvendig.

4.3.2 Virkeområdet til EMK i henhold til mangelfull lovgivning

En særlig viktig forpliktelse for medlemsstatene i EMK er å sikre menneskerettighetene gjennom å utarbeide lover og regler. Disse skal være i samsvar med EMK jfr. EMK art.1. Et eksempel på slik mangelfull sikring av rettighetene er når medlemstaten har unngått å sikre en rettighet, ved å ikke ha lovgivning som regulerer det aktuelle tilfellet av menneskerettighetsbrudd. Dette kan forekomme ved at medlemsstaten har en så upresis lovgivning at tilfellet ikke faller inn under noen av bestemmelsene, eller enda verre at staten har en lovgivning som påbyr handlinger som kan føre til brudd på menneskerettigheter. I det følgende skal jeg foreta en gjennomgang av en rekke EMD-dommer knyttet til andre EMK artikler enn art.14, som tar opp disse temaene. Deretter skal jeg foreta en sammenfatning av de nevnte EMK art.14 dommene ovenfor og søke å klarlegge for virkeområdet til bestemmelsen.

Når det kommer til lovgivning som påbyr brudd på EMK, er det ikke mange saker om dette i den vestlige verden lenger. Det er imidlertid ikke lenge siden mange vestlige land hadde lovgivning som forbød utøvelse av homoseksualitet. I Norge var det, frem til endringsloven av 21.april 1972 nr.18, en bestemmelse i straffelovens § 213 2.ledd. Denne satte straff for seksuell omgang mellom menn.³⁴ Etter art.8 i EMK har enhver rett til ”privatliv”. Hva som ligger i ”privatliv” er tolket frem av en rekke EMD-dommer. Det fremgår av S og Marper mot Storbritannia³⁵ om forståelsen av ”private life”, at dette gjelder ”elements such as (...)sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8”. En slik bestemmelse, om straff for utøvelse av homoseksualitet i § 213 2.ledd, må dermed anses å kriminalisere en rett som er vernet etter art.8 i EMK.

Et annet spesielt eksempel på svikt av sikringsplikten grunnet mangelfull lovgivning er X og Y-saken mot Nederland³⁶. Her ble en mentalt tilbakestående jente, som var lagt inn på en institusjon, seksuelt misbrukt av institusjonseierens stesønn. Da hendelsen skjedde på jenta sin 16 års bursdag var det etter nederlandsk lov ingen som var rettslig skikket til å kunne

³⁴ Ot.prp.nr.29 (1980-1981) s.4

³⁵ S and Marper V The United Kingdom avsn.66

³⁶ Case of X and Y V The Netherlands

fremme en klage, verken jenta selv eller hennes verge. Dette måtte etter EMDs vurdering anses som et brudd på jentas rett til privatliv etter art.8. Grunnlaget var svikt i Nederlands sikringsplikt, herunder en glipp i lovgivning.

I tillegg til å ta opp saker hvor statene har mangelfull lovgivning har EMD også tatt opp saker der domstolene i medlemsstaten tolker en uheldig regel bort for å sikre menneskerettighetene, men hvor rettstilstanden likevel anses uklar. Dette var tilfellet i de to sakene S.W og C.R mot Storbritannia.^{37 38} Disse dommene omhandlet to ektemenn som var straffedømt i Storbritannia for å ha voldtatt sine egen koner. Storbritannia hadde lenge operert med et såkalt immunitetsprinsipp, hvor voldtekt i ekteskapelige former ikke kunne straffes, selv om det falt inn under definisjonen av begrepet voldtekt. Dette hadde sitt opphav i en lovkommentar fra år 1736. I tråd med samfunnsutviklingen hadde prinsippet imidlertid gjennomgått en vesentlig svekkelse. Domstolen mente at ektemennene ikke lenger kunne påberope seg immunitetsprinsippet. Ektemennene mente derimot at avskaffelsen av immunitetsprinsippet ikke kunne ha en tilbakevirkende kraft på dem, da domstolen først klargjorde dette i deres rettsak, jfr. EMK art.7. Imidlertid kom EMD til at det å dømme noen for voldtekt, uavhengig av forholdet mellom gjerningsmann og offer, ikke stred mot art.7. Tvert imot var en reell oppgivelse av immunitetsprinsippet i samsvar med dagens syn på ekteskapet, og ikke minst i samsvar med kjernen bak EMK, respekten for den menneskelige verdighet og frihet.

4.3.3 Vurdering av EMD-dommene

Som denne gjennomgangen av EMD-dommer viser, kvier ikke EMD seg lenger for å ta opp saker mellom private. Ut fra de nevnte dommene er det avgjørende for ankemuligheten til Strasbourg om lovene, reglene eller praksisen i konvensjonslandene åpner for alvorlige brudd på menneskerettighetene. I slike tilfeller vil EMD-dommerne kunne vurdere klagesakene så lenge sakens art rokker ved de fundamentale verdiene bak EMK. I disse tilfellene har EMD sett på det som sin oppgave å sikre de grunnleggende verdiene bak EMK, herunder frihet, likhet og likeverd. Hvor grensene går for EMK sitt virkeområde er dermed svært usikkert. Det

³⁷ C.R V The United Kingdom særlig punkt 7-11 og 38-44

³⁸ S.W V The United Kingdom punkt.8-13

som er sikkert er at det avgjørende er å sikre menneskerettighetene i medlemslandene. Denne sikrepikten innebar ved konvensjonens start at en måtte hindre statens direkte overgrep mot enkelt mennesker. I dag er det imidlertid et større fokus på at statene skal legge til rette for at menneskerettighetene sikres og overholdes av alle, for alle. Statenes sikreforpliktelse gjennom både lovgivning og håndheving er hovedfokuset til de nevnte dommene. Dette er et viktig grep for statene å kunne sikre private mot overgrep fra andre private.

Når det kommer til EMK art.14 har EMD gått langt i å utvide dens virkeområde. I likhet med art.8, art.3 og art.2 er det en bestemmelse som i stor grad kan krenkes av både private og staten. I lys av disse dommene er det ikke gitt hvor langt virkeområdet til bestemmelsen rekker. Imidlertid er det ikke umulig at en sak hvor diskriminering skjer i nære relasjoner, og konvensjonsstaten gjennom lover eller regler synes å åpne for denne handlingen, vil kunne blir vurdert av EMD.

4.4 Virkeområdet til diskrimineringsforbudene i andre internasjonale konvensjoner.

Videre skal jeg se nærmere på virkeområdet til øvrige diskrimineringsforbud i internasjonal rett. Først vil jeg imidlertid redegjøre for EMK tilleggsprotokoll 12 som Norge ikke har ratifisert.

4.4.1 Tilleggsprotokoll 12

Som nevnt i punkt 4.1 har Norge kun undertegnet, men ikke ratifisert EMKs tilleggsprotokoll 12. Det fremgår av TP. Nr. 12 art.1 at

”Nytelse av alle lovbestemte rettigheter skal sikres uten diskriminering på noe grunnlag som (...).”

Overskriften til artikkelen er ”Generelt vern mot diskriminering”. Det avgjørende for virkeområdet til denne bestemmelsen er at det foreligger et brudd på en ”lovbestemt rettighet”. Dette kan favne noe bredere enn art.14 sin aksessoriske karakter. ”(L)aw” begrepet er forstått som å ikke bare omfatte nasjonal lov, men også internasjonale rettigheter gjort til

intern rett av medlemsstatene.³⁹ Videre rekker begrepet lenger enn kun formell lovgivning, også myndighetsutøvelse i videre forstand vil omfattes.

Hovedforskjellen til art.14 vil være at en ikke trenger å påvise at diskrimineringen faller innenfor virkeområdet for en av konvensjonsrettighetene. Forskjellen vil som nevnt imidlertid ikke utgjøre den største forskjellen. EMD har i de senere tider stilt begrenset krav til forholdets tilknytning til en av konvensjonens rettigheter i art.14 saker.⁴⁰

Selv om virkeområdet til tilleggsprotokoll 12 kan anses videre enn EMK art.14, blir det presisert i den forklarende rapporten til tilleggsprotokollen at ”purely private matters would not be affected”. I den anledning vises det til at en slik utvidelse vil kunne føre til brudd på EMK art.8. Dermed vil ikke tilleggsprotokollen skape et videre virkeområde enn art.14 for diskriminering i den private sfære.⁴¹

4.4.2 SP art.2.1 og art.26

En annen viktig diskrimineringsbestemmelse i internasjonal rett er SP art.26 som presiserer at:

”all persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as (...)”.

Bestemmelsen legger til grunn at alle er like for loven, og at lovgivningen skal forby enhver form for forskjellsbehandling. Dette diskrimineringsforbudet er ikke knyttet til de enkelte rettighetene etter konvensjonen. Både SP art.26 og TP 12 art.1 åpner for et videre

³⁹ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms para 22.

⁴⁰ NOU 2009: 14 s.295

⁴¹ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms para 28

diskrimineringsvern enn de opplistede grunnlag, i tillegg omfatter de begge indirekte diskriminering og gir en tilsvarende adgang til saklig forskjellsbehandling.⁴²

Det må i den anledning presiseres at SP art.26 kun håndheves av FNs menneskerettighetskomité. Disse kan gi uttalelser som er førende, men ikke rettslig bindende for medlemsstatene. Dette er en motsetning til EMK art.14 og TP.12 som kan prøves for EMD av de ratifiserte stater.⁴³

I tillegg til dette generelle diskrimineringsvernet fremgår det av SP art.2.1 at enhver medlemsstat plikter å sikre alle ”individuals” rettigheter som fremgår av konvensjonen ”without distinction of any kind such as (...)”. Dermed har statene en plikt til å også sikre at alle får like rettigheter etter konvensjonen. Dette må anses som en slags ”likhet for loven” tankegang, som må sikres for at kampen mot diskriminering skal bli reell.⁴⁴

Det som kan leses ut fra disse to diskrimineringsvernene i SP er at det ikke foreligger unntak fra virkeområdet. Diskrimineringsvernet gjelder for alle, på alle områder.

4.4.3 Øsk art.2.2

Etter ØSK art.2 nr.2 forpliktet statene til å utøve rettighetene i konvensjonen ”without discrimination of any kind”, deretter opplistet mulige diskrimineringsgrunnlag. I General Comment No.20⁴⁵ nevner ØSK-komiteen at handlinger som at ”some families may refuse to send girl children to school” anses som forskjellsbehandling som er forbudt etter loven. Etter

⁴² NOU 2009: 14 s.293-298

⁴³ NOU 2009: 14 s.293-298

⁴⁴ NOU 2009: 14 s.293-298

⁴⁵ General Comment No.20 (2009): premiss 11

dette kan en legge til grunn at ØSK ikke begrenser sitt virkeområde mot å gjelde i familiære og andre nære relasjoner.

4.4.4 FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW)

Det er uttalt i en generell anbefaling, gjort av FNs kvinnediskrimineringskomite, at konvensjonspartene skal beskytte kvinner mot diskriminering begått av offentlige myndigheter, rettsvesenet, organisasjoner, foretak eller private individer i både offentlige og private sfærer.⁴⁶ Videre fremgår det av komiteens generelle anbefaling nr.19, at vold mot kvinner regnes som diskriminering, og at statene forplikter å iverksette tiltak mot vold som utøves mellom private parter.⁴⁷ Av disse anbefalingene, og Kvinnediskrimineringskonvensjonens generelle utforming, kan en tydelig se at virkeområdet til konvensjonen er på alle områder, og gjelder både i den offentlige og den private sfære.

4.4.5 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

Også CRPD har en rekke bestemmelser som har til formål å beskytte funksjonshemmede mot diskriminering i privatlivet. Det fremgår bla. i art.12 nr.2 at partene skal anerkjenne at mennesker med nedsatt funksjonsevne har rett til rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder. Videre fremgår det av art.23 nr.1 at partene skal treffe effektive og hensiktsmessige tiltak for å avskaffe diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne i alle saker som gjelder ekteskap, familie, foreldrerollen og personlige relasjoner. I tillegg fremgår det av art.23 nr.3 at partene skal sikre at barn med nedsatt funksjonsevne har lik rett som andre til familieliv, slik at deres funksjonsevne ikke blir holdt skjult, eller at barnet blir forlatt, forsømmes eller isoleres.

⁴⁶ General recommendation No. 28 (2010): premiss 17.

⁴⁷ General recommendation nr. 19 (1992).

4.4.6 FNs barnekonvensjon (CRC)

Det fremgår av FNs barnekonvensjon art.2 at konvensjonen gir et vern mot diskriminering på grunnlag av de andre rettighetene i konvensjonen. Vernet er dermed i likhet med EMK art.14 aksessorisk. Videre fremgår det ingen unntak for diskrimineringsvernets saklige virkeområde. FNs barnekomite har uttalt at statene er forpliktet til å sikre og bekjempe diskriminering, uavhengig av form og uttrykk, og om det foreligger i familien, i nærmiljøet, på skolen eller i andre institusjoner.⁴⁸

4.4.7 FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD)

Rasediskrimineringskonvensjonen omfatter ikke religion, men enhver diskriminering på grunn av rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse.

Konvensjonens art 1. 1.ledd presiserer at:

”In this Convention, the term ”racial discrimination” shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”

Dermed gjelder kun konvensjonens i det offentlige liv, og ikke i den private sfære.

4.4.8 Vurdering av virkeområdet til diskrimineringsforbudet i internasjonale konvensjoner

En rekke av de nevnte konvensjonene presiserer at privatlivet er et særlig viktig område som bør sikres i diskrimineringslovgivningen. På den andre siden har vi CERD som uttrykkelig presiseres at konvensjonen ikke skal gjelde i privatlivet, samt den forklarende rapporten til tilleggsprotokoll 12 som tar opp problematikken knyttet til art.8 og retten til privatliv. Imidlertid er rasediskriminering et overordnet statlig problem som ikke i like stor grad forekommer i familiære og nære relasjoner. Det må her nevnes at rasediskrimineringskonvensjonen har et smalere utslagsfelt enn diskrimineringsloven om etnisitet i norsk rett, den omfatter blant annet ikke språk og religion. Bestemmelsens

⁴⁸ General comment no.7 2005 Punkt.12

virkeområde må også leses i sammenheng med hele formuleringen i art.1 I ”denne konvensjonen” forstår en uttrykket ”rasediskriminering som forskjellsbehandling i det offentlige liv.” Det er ikke ensbetydende med at diskriminering i nære relasjoner ikke bør sikres. Formuleringen sier egentlig bare at akkurat denne konvensjonen regulerer kun det politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle området av det offentlige liv.

I henhold til at det den forklarende rapporten til tilleggsprotokoll 12 sier at ”purely private matters would not be affected”, og at dette vil kunne stride med art.8, er dette en lignende problemstilling som var oppe ved lovrevisjonen i Norge i 2013. Protokollen har ikke blitt ratifisert av Norge da den kom med noe banebrytende nytt til diskrimineringsforbudet. Det ble heller ansett som uheldig at bestemmelsen hadde en så generell utforming. Flertallet av utvalget som vurderte en helhetlig diskrimineringslov og utarbeidet NOU 2009:14 (Heretter Graver-utvalget) mente at tilleggsprotokollen ikke burde ratifiseres, da staten ville binde seg til en utvikling av bestemmelsen som var uklar. Videre påpekte Graver-utvalget at rekkevidden av diskrimineringsvernet etter bestemmelsen var svært usikker.⁴⁹

Som nevnt har EMD tatt opp en rekke dommer hvor medlemsstatene ikke har tilstrekkelig lovgivning, eller håndheving, av menneskerettigheter i nære relasjoner. I tillegg forplikter en rekke av de øvrige konvensjonene statene til å sikre enhver mot diskriminering også i den private sfære. Selv om ikke alle disse konvensjonene kan håndheves av EMD, gir de uttrykk for at dette er et område som bør beskyttes i lovgivningen og praksis. Dermed er det ikke en plikt for statene å sikre diskriminering i familiære og nære relasjoner etter internasjonal rett. Enhver stats skjønnsmargin eller ”margin of appreciation” vil her være avgjørende. Likevel gir en rekke internasjonale konvensjoner en anvisning på at også diskriminering i nære relasjoner bør sikres. Om lovgivningen i medlemsstatene er ufullstendig på dette området kan det føre til uheldige situasjoner for personer med diskrimineringsvernede egenskaper. Det er som nevnt ikke umulig at slike saker vil kunne tas opp av EMD om praksisen fremstår som ”blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by art.14 and more broadly with the principles underlying the Convention.” jfr. Pla og Puncernau-dommen.

⁴⁹ NOU 2009: 14 s.298-299

5.Diskrimineringsvernet i norsk rett

5.1 Innledende om diskrimineringsvernet i norsk rett

Diskrimineringsforbudet i norsk rett er i stadig endring. Dette kommer av at diskrimineringsgrunnlagene stadig utvides og samfunnet stadig endres. I Norge har det de siste årene vært en utvikling i retning av en mer samlet diskrimineringsrett.⁵⁰ I januar 2006 ble Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda etablert. Dette felles håndhevingsapparatet ble utviklet i lys av ønsket om en enhetlig rettsutvikling på feltet.

De materielle diskrimineringsreglene har i Norge vært regulert gjennom ulike lover, som sikrer ulike diskrimineringsgrunnlag. Fra 2007 ble det iverksatt en prosess for å samle og harmonisere dette regelverket, det nevnte Graver-utvalget.⁵¹ Det ble vurdert en felles lov, men i 2013 beholdt Stoltenberg 2-regjeringen systemet med flere lover. Imidlertid ville regjeringen etablere en større grad av likhet mellom lovene. Hensikten var å gjennomføre en forenkling av lovverket.

I dag foreligger det som nevnt et internasjonalt diskrimineringsforbud i blant annet EMK art.14, som gjelder som norsk rett etter menneskerettighetsloven § 3. I tillegg har Grunnloven et menneskerettighetskapittel kap.E. Videre foreligger det et eget kapittel i arbeidsmiljøloven kap.13 om diskriminering i arbeidslivet, samt øvrige diskrimineringsforbud i en rekke særlover. I tillegg har vi pr dags dato fire rene diskrimineringslover i Norge; likestillingsloven om kjønnsdiskriminering, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven om diskriminering grunnet nedsatt funksjonsevne og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Jeg vil i det følgende foreta en gjennomgang av noen av disse lovene. Jeg vil ikke ta for meg arbeidsmiljøloven og de øvrige bestemmelsene i særlovene i denne oppgaven.

⁵⁰ Blaker strand. (2015) s.450

⁵¹ Blaker strand (2015) s.450

5.2 Grunnloven kap.E

I 2014 var det en grunnlovsrevisjon. En av de viktigste endringene som ble gjort var tilskuddet av et nytt menneskerettighetskapittel. I kap.E er det en særlig bestemmelse som nedfeller diskrimineringsforbudet på konstitusjonelt nivå.

Bestemmelsen lyder:

”Alle er like for lova. Ikkje noko menneske må utsetjast for usakleg eller mishøveleg forskjellsbehandling”.

Diskrimineringsforbudet som fremgår av § 98 er kort og godt, men det er også noe usikkert hvor langt det er ment å rekke. Imidlertid gir en bestemmelse med Grunnlovens rang et visst pek til samfunnet om viktigheten av denne menneskeretten.

I NOU 2009:14 kap.25 foretar Graver-utvalget en vurdering av grunnlovfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet. Her fremheves det blant annet at symbolverdien av å grunnlovfeste ikke-diskrimineringsprinsippet er svært viktig. I tillegg presiseres det at denne bestemmelsen vil være en sentral tolkningsfaktor, samt gi prinsippet en større gjennomslagskraft, i rettslig og politisk argumentasjon. Når det senere ble tatt inn et generelt diskrimineringsforbud i Grunnloven § 98 (2) kan en tolke dens klare og enkle utforming som at diskrimineringsforbudet er generelt vern som gjelder for alle, på alle områder.

5.3 Likestillingsloven

5.3.1 Likestillingsloven generelt

Likestillingsloven er basert på en av de eldste diskrimineringskampsakene, likestilling mellom kjønnene.⁵² Arbeidet for det rettslige vernet startet for fullt med et svært omstridt høringsnotat og lovforslag i 1974. I 1978 kom den første likestillingsloven, som hadde til formål å fremme likestilling mellom kjønnene, og særlig ta sikte på å bedre kvinnens stilling jfr. lovens § 1 (1). I 2013 ble 1978-loven ble erstattet med den forenklede og harmoniserte

⁵² Blaker strand. (2015) S.452

likestillingsloven. Forarbeidene til denne loven henviser i stor grad til 1978-loven og dens forarbeider.

Likestillingsloven av 2013 har utformet forbudet mot diskriminering etter et noe annet mønster enn tidligere, grunnet ønsket om likhet i de fire rene diskrimineringslovene. Formålet med loven og dens virkeområde følger av kap.1. Videre er forbudet mot diskriminering regulert i kap.2. Hovedregelen om forbud mot diskriminering er inntatt i en egen bestemmelse § 5, mens adgangen til lovlig forskjellsbehandling fremgår av § 6. Det fremgår av § 5 at det er ulovlig med diskriminering på grunn av kjønn. Videre presiseres det at diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon også regnes som kjønnsdiskriminering. I § 8 fremgår det et forbud mot trakassering på grunn av kjønn, her presiseres det at seksuell trakassering er forbudt. I tillegg fremgår det av 2.ledd hva slags handlinger som rammes av trakasseringsforbudet. I kap.3 fremgår en rekke bestemmelser om aktivt likestillingsarbeid, særlig offentlige myndigheters plikt til aktivt likestillingsarbeid både generelt, men også ved å ha en kjønnsbalanse i offentlige utvalg. I tillegg reguleres andre organisasjoner og utdannings situasjoner plikter. I kap.4 er det supplerende regler om diskriminering i arbeidslivet. Reglene om håndheving, den doble bevisbyrden, samt reaksjoner ved brudd fremgår av kap.5.

5.3.2 Virkeområdet til likestillingsloven

Likestillingsloven ”gjelder på alle samfunnsområder” jfr. lovens § 2. Dette innebærer at den også gjelder i familieliv og andre personlige forhold. Grunnen til at familieliv ikke er unntatt fra loven er at lovgiver anså dette som en av de viktigste livsområdene, hvor diskriminering forekommer.⁵³ Likestilling skal gjelde for alle. Forarbeidene beskriver det som svært uheldig at en lov skulle gi inntrykk av at diskriminerende behandling er akseptert, så lenge det foregikk innen hjemmets fire vegger. Kvinner skulle ha like muligheter som menn. De skulle leve ut sine rettigheter uten å måtte finne seg i uakseptabel behandling av sine ektemenn eller andre menn i nære relasjoner som far, onkel og brødre. Dette gjaldt ikke bare vold, men også særlig diskriminerende handlinger eller ytringer som kunne virke krenkende, skremmende, nedverdiggende eller lignende.

⁵³ Ot.prp nr.33 (1974-1975) punkt 3.1.1 s.22-23

Ordlyden i likestillingsloven § 2 åpner for at bestemmelsen skal kunne håndheves av ombudet, nemnda eller domstolene. Forarbeidene til likestillingsloven av 1975 la imidlertid opp til at loven ikke skulle håndheves for tvister i familielivet eller andre rent personlige forhold.⁵⁴ Det ble her særlig vist til de bevismessige problemene som kunne forekomme ved diskriminering i privatlivet. Videre var det lite tenkelig at en ville anmelde en i familien, eller annen nær krets, for diskriminering. I tillegg ble det vist til konkrete eksempler som utleie av privat bolig en selv bor i selv. Her mente lovgiver at en måtte kunne bestemme hvem en slapp inn i eget hjem. Dette unntaket, om at ombudet og nemnda ikke skal håndheve forbudet mot diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold, er nå presisert i lovens § 26 3.ledd. I forarbeidene til loven fremgår det at heller ikke domstolene skal håndheve diskrimineringen i slike tilfeller.⁵⁵

Bestemmelsen står seg likevel som et symbol på at diskriminering og trakassering av det motsatte kjønn heller ikke er lov i familiære og nære relasjoner. Forbudet gjelder på alle samfunnsområder.

5.4 Diskrimineringsloven om etnisitet

Diskrimineringsgrunnlagene som fremgår av diskrimineringsloven om etnisitet har en særlig viktig rolle i verdenshistorien. Det å skille opp mennesker i ulike raser og gi de ulike egenskaper, klasse og verdi har vært en urovekkende stor del av fortiden, men også til dels nåtiden. Politiske retninger som Apartheid, Fascisme og Nazisme er bare ekstreme eksempler på dette. EMK hadde blant annet sin fremvekst etter de forferdelige og umenneskelige handlingene som skjedde i verdenskrigene.

I Norge var det frem til 2005 kun spredte bestemmelser i lovverket, med anvendelse på enkelte områder som arbeidslivet, boliglovgivningen og straffelovgivningen, som sikret et vern mot diskriminering på grunnlag av etnisitet. Selv om menneskerettighetsloven gjorde

⁵⁴ Ot.prp nr.33 (1974-1975) punkt 3.1.1 s.22-23

⁵⁵ prp 88 L (2012-2013) s.174.

EMK og FNs rasediskrimineringskonvensjonen til norsk rett var behovet for en mer generell lovregulering stor. Lovforslaget kom i 2004. Det fremgår av forarbeidene til loven at det ble foreslått en egen lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion med videre, for å ta tak i de utfordringene som var i det norske samfunnet med hensyn til manglende inkludering.⁵⁶ I tillegg ble det fokusert på å utvikle rettstandarder, minst på høyde med det diskrimineringsvernet som var utviklet i EU, for å sikre en mest mulig lojal oppfyllelse av Norges menneskerettslige forpliktelser. Dette førte til at diskrimineringsloven trådte i kraft 1.januar 2006. Loven ble etter lovrevisjonen av 2013 erstattet med diskrimineringsloven om etnisitet.

Diskrimineringsloven om etnisitet har 6 kapitler som i stor grad regulerer de samme områdene som likestillingsloven. I tillegg har imidlertid loven to vedlegg, herunder den norske og engelske versjonen av CERD, som skal gjelde som norsk rett jfr. § 5. Hovedregelen om forbud mot diskriminering fremgår dermed av § 6 i diskrimineringsloven om etnisitet. Denne bestemmelsen legger til grunn at diskriminering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn er forbudt. Videre presiseres det at diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk regnes som diskriminering på grunn av etnisitet. Ellers følger oppsettet noenlunde som likestillingsloven, med enkelte endringer i bestemmelser og formuleringer for å treffe dette diskrimineringsområdet bedre.

5.5 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Dagens diskriminerings- og tilgjengelighets lov av 2013 erstattet diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008. Før den tid var det, i likhet med etnisitet, ikke et generelt vern mot diskriminering grunnet nedsatt funksjonsevne annet enn det som fulgte av menneskerettighetsloven og øvrige særlover. Hovedformålet med loven var at det skulle foreligge like muligheter for alle individer, og at det skulle legges til rette for aktiv samfunnsdeltakelse for alle.⁵⁷

⁵⁶ Ot.prp.nr 33 (2003-2004) s.49-50

⁵⁷NOU 2005:8 s.130-131

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er i stor grad likt oppbygget som likestillingsloven og diskrimineringsloven om etnisitet. I kap.2 § 5 fremgår hovedregelen om at diskriminering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig nedsatt funksjonsevne er forbudt. Det fremgår ikke av loven hva som ligger i funksjonshemming eller nedsatt funksjonsevne. Dette er søkt forklart i forarbeidene. I NOU 2005: 8 s.37 fremgår det at forståelsen av begrepet funksjonshemming har hatt en utvikling fra det tradisjonelle synet, om at det var en egenskap ved individet, til at det nå anses som en følge av individets møte med samfunnet. Det er med andre ord ikke lenger en medisinsk forståelse av funksjonshemming som brukes, det er omgivelsene som er avgjørende for om et biologisk eller medisinsk forhold ved en person faktisk medfører en nedsatt funksjonsevne. Dette innebærer at begrepet funksjonshemming er både relasjonelt og relativt. Det er et komplekst fenomen som knytter seg til relasjonen mellom individ og samfunn, men også et individuelt forhold som begrenser individets deltakelsesmuligheter i samfunnet. Akkurat denne forståelsen av begrepet funksjonshemming fører til at diskrimineringsvernet ikke bare begrenses til mennesker som er funksjonshemmet, det avgjørende er om det er skjedd diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne.

I motsetning til de øvrige lovene har diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 7 kapitler. Dette er fordi kap.3 omhandler universell utforming og individuell tilrettelegging. Dette er det overordnede siktemålet med loven, den skal bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmede barrierer og hindre at nye skapes.⁵⁸ Poenget er at en ikke bare skal sikre at en med nedsatt funksjonsevne får de samme mulighetene som alle andre, en skal sikre at dette blir hovedløsningen i samfunnet. Eksempelvis kan en sikre at en i rullestol ikke blir diskriminert i en arbeidssituasjon ved å frakte vedkommende inn i arbeidsplassen gjennom en heis bak bygningen. Dette er imidlertid ikke nok. Målet er at en skal kunne trille rullestolen sin inn hovedinngangen. En slik universell utforming kan medføre at det ikke vil måtte gjøres enkelte tiltak for å sikre en person med nedsatt funksjonsevne særlig tilrettelegging, fordi samfunnet alt er tilrettelagt for alle. Naturlig nok vil ikke denne utviklingen skje over natta, men loven presenterer dette som et fremtidig mål. Fram til dette målet eventuelt blir nådd, sikrer loven rett til individuell tilrettelegging for de med nedsatt funksjonsevne for å unngå diskriminering.

⁵⁸ ot.prp.nr.44 (2007-2008) s.12-13

5.6 diskrimineringsloven om seksuell orientering

Den siste rene diskrimineringsloven er diskrimineringsloven om seksuell orientering. Dette er den siste diskrimineringsloven som er kommet til i norsk rett og den har ikke en forgjenger før dens tiltredelse 1/1-2014. Dens inntog er imidlertid en naturlig følge av diskrimineringsvernets dynamiske karakter. Et likestilt samfunn må ta hensyn til alle dens deltagere. Dette inkluderer mer sammensatte egenskaper ved et menneske, som ens seksuelle orientering.

Loven er bygget opp som likestillingsloven med 6 kapitler. I § 5 fremgår hovedregelen om at diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er forbudt. Videre rekker diskrimineringsforbudet over diskriminering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk.

Selv om loven ikke har en forgjenger i norsk lov, inkluderte likestillingsloven noen av de tilfellene som nå sikres av diskrimineringsloven om seksuell orientering. Transseksuelle som hadde foretatt en kjønnsredigerende operasjon ble ansett som kvinner etter likestillingsloven.⁵⁹ Diskrimineringsloven om seksuell orientering har imidlertid et mye bredere vern og utelukker blant annet ikke de som anser seg selv som transseksuell, men ikke har foretatt en kjønnsredigerende operasjon. Opprettelsen av loven førte dermed til at en ikke trengte å foreta en nærmere vurdering av begrepet kjønn før en vurderte om vedkommende var diskriminert. Loven går også lenger. Den sikrer ikke bare kjønnsidentiteten til folk, herunder personens selvopplevde kjønn, men også kjønnsuttrykk. Med kjønnsuttrykk menes hvordan en person uttrykker seg gjennom oppførsel, klær, utseende, språk osv. Videre dekker også loven om ens seksuelle orientering, herunder hvilket kjønn en persons kjærlighet og seksualitet er rettet mot. Det siktes her til homofile, lesbiske og biseksuelle. Forskjellsbehandling på grunn av særlige seksuelle preferanser eller aktiviteter, som fetisjisme eller sadomasochisme, omfattes derimot ikke av diskrimineringsvernet.

⁵⁹ Prp.88 L (2012-2013) s.159-160

5.7 Virkeområdet til diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering

De øvrige diskrimineringslovene skal som utgangspunkt gjelde på alle samfunnsområder. Imidlertid er det inntatt et unntak fra lovenes virkeområde for ”familieliv og personlige forhold” jfr. lovenes virkeområdeparagraf. Dette er som nevnt ikke inntatt i likestillingsloven. Det fremgår av forarbeidene til de tre lovene at dette unntaket skal tolkes likt.⁶⁰ Videre fremgår det at ordlyden omfatter familie- og vennsforhold og samvær med andre i forbindelse med privatlivet. Hva som menes med familieliv og andre rent personlige forhold er videre beskrevet i NOU 2009:14 kap.10.2.3. Her presiseres det at familieliv først og fremst omhandler det som foregår innen hjemmets fire vegger. Trakassering eller usaklig forskjellsbehandling av familiemedlemmer kan skje i forbindelse med barneoppdragelse og forsørgelse, samt private avtaler om samvær med barn. Forholdet omfatter også verbal trakassering eller personlig grensesetting, som å sette stopper for et familiemedlems muligheter for å søke jobb eller delta på fritidsaktiviteter.

Når det kommer til andre rent personlige forhold eksemplifiserer forarbeidene forhold som valg av kjæreste eller ektefeller, samt valg av omgangskrets, og forhold mellom venner og mindre selskap. I tillegg nevnes foreninger og klubber med rent personlig karakter som lesegrupper eller syklubber. Klubber og foreninger som retter seg mot allmenheten vil imidlertid ikke omfattes av unntaket. Det er også presisert at utleie av hybel eller lignende, som er tilknyttet egen bolig som utleier selv bor i, vil være av personlig karakter. Dette blir nærmere forklart på s.341 der forarbeidene⁶¹ presiserer at utleieren må dele inngang, bad o.l med leietakeren. Dette er i samsvar med husleielovens diskrimineringsforbud nærmere presisert i ot.prp nr.30 (2002-2003) kap.5 s.37. Dermed vil en bolig du eier, men ikke bor i selv, rammes av lovenes generelle forbud mot diskriminering. Dette gjelder også instruks til eiendomsmegler eller eventuelt diskriminerende innhold i utleieannonsen, også ved utleie av rom i egen privat bolig.

⁶⁰ prp 88 L (2012-2013) s.60.

⁶¹ prp 88 L (2012-2013) s.341

Videre kan unntaket omfatte forfordeling i forbindelse med gaver eller testamentariske disposisjoner, eller annen forskjellsbehandling mellom ektefeller og samboere eller foreldre og barn. Det skal nevnes at slike forhold ofte vil være regulert i andre lover som straffeloven, ekteskapsloven, arveloven, barnelova og lignende.⁶²

Utgangspunktet er at handlinger som betinger vederlag ikke vil kunne anses som rent personlige forhold.⁶³ Imidlertid kan det tenkes salg eller utleie i vennskapsforhold som må anses som personlige forhold, slik som salg til vennepris. Å velge å selge huset til en venn for vennepris, fremfor en homofil person vil dermed falle innenfor unntaket ”personlige forhold”. Her må imidlertid nevnes at det kanskje ikke er personens homofile legning, men nærmere målet å gi en venn et rimelig salg, som var årsaken til forskjellsbehandlingen og at det derfor uansett ikke vil foreligge diskriminering.

6.0 Spørsmål og problemer knyttet til virkeområdet til diskrimineringslovene

6.1 Innledende om spørsmål og problemer knyttet til virkeområdet til diskrimineringslovene

I forarbeidene til diskrimineringsloven fra 2005 fremgår det at lovgiver bør vise varsomhet med å gripe inn i interne og familiemessige situasjoner.⁶⁴ I tillegg blir det vist til de bevismessige problemene og vanskelighetene med å håndheve diskrimineringsforbudet i den private sfære. Det blir påpekt at lovregulering av diskriminering i den private sfære både er upraktisk og kan være unødvendig. En kan her se klare motsetninger til diskrimineringsvernet som foreligger på likestillingslovens område. Mens kvinners rettigheter i egen familie og nære krets blir ansett som et svært viktig område å beskytte, blir enhvers rett til å ikke bli diskriminert på andre grunnlag ikke ansett som nødvendige områder å regulere. Denne forskjellen, mellom likestillingsloven og de øvrige diskrimineringslovene, kan (miss)forstås som en slags ulik prioritering av vernet av de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Imidlertid kan de problemene som gjorde seg gjeldende i kvinnekampen også gjøre seg gjeldende på de andre diskrimineringsgrunnlagene. Det er ikke bare en kvinne som skal føle seg trygg i

⁶² prp 88 L (2012-2013) s.341

⁶³ prp 88 L (2012-2013) s.341

⁶⁴ Ot.prp.nr 33(2004-2005) s.75

hjemmet og den private sfære. Dette er like viktig for en blind far, en svigerdatter med en annen religion, et barn som sitter i rullestol eller en bror som vil skifte kjønn.

I 2009 kom Graver-utvalget med et forslag om en felles diskrimineringslov. Dette forslaget resulterte imidlertid i fire separate diskrimineringslover, med ganske lik utforming på det fleste punkt. I forslaget og forarbeidene til disse lovene ble det imidlertid påpekt at en felles diskrimineringslov ikke burde gjelde på familiære og rent personlige forhold. Hege Brækhus, som var mindretallet på dette punktet i Graver-utvalget, tar for seg blant annet denne problematikken i sin artikkel ”diskriminering i private og personlige relasjoner”.⁶⁵ Her kommer hun med en rekke gode argumenter for at diskrimineringsforbudet burde gjelde på alle samfunnsområder. Hun viser blant annet til flertallets⁶⁶ forholdvis korte begrunnelse for å unnta disse områdene fra loven. Flertallets begrunnelse kan etter Brækhus sin oppfatning sammenfattes i tre elementer. For det første mente de at forbudet først og fremst ville ha en symbolverdi og at dette ikke var hensiktsmessig i norsk lov. Videre mente de at individets rett til privatliv er vernet i flere internasjonale konvensjoner, herunder EMK art.8. I den anledning ble det påpekt at Norge burde være varsomme med å lage lovregler som griper inn i ”private og familiemessige anliggender”.⁶⁷ Tilslutt mente de at diskrimineringsforbudet var tilstrekkelig vernet i andre lover.

I det følgende vil jeg ta utgangspunktet i flertallet sin argumentasjon holdt opp mot mindretallet sin argumentasjon. Først vil jeg se nærmere på symbolbestemmelser, deretter vil jeg se på problematikken knyttet til privatlivets vern i flere internasjonale konvensjoner. Tilslutt vil det sees hen til straffeloven og barnelova for å se i hvor stor grad de sikrer diskrimineringsforbudet, samt hvordan disse håndheves i nære relasjoner.

⁶⁵ Brækhus, (2011) s.257-261

⁶⁶ Graver, Craig, Emberland, Moseng, Næss, Stabell, Sæbønes og Tøssebro

⁶⁷ NOU 2009: 14 s.110

6.2 Symbolbestemmelser

6.2.1 symbolbestemmelser generelt

Symbolbestemmelse er et noe udefinert juridisk begrep. Kort sagt kan en si at det er en bestemmelse som symboliserer en viktig rettsregel, men som gjerne ikke selv håndheves av nemder, ombud eller domstoler. Det kan være flere årsaker til dette. En årsak kan være at bestemmelsen er håndhevet et annet sted, for eksempel i en annen lov. En annen årsak er at bestemmelsen, grunnet bevismessige, eller andre særlige årsaker, vanskelig kan håndheves av rettstatens håndhevingssystem.

Det er ikke mange rene symbolbestemmelser i norsk rett, og det kommer av at det er uheldig med bestemmelser som ikke direkte kan håndheves. I Norge, der det tredelte maktfordelingsprinsippet står seg sterkt, er det uheldig at den lovgivende makt formulerer regler som den dømmende makt ikke kan håndheve. En slik tanke tar blant annet flertallet i høringsnotatet til en felles diskrimineringslov fra 2015 til ordet for.⁶⁸ Imidlertid er det svært viktig i norsk og internasjonal lovgivning at loven er tilgjengelig og forståelig for enhver. Dette er av hensyn til rettsikkerheten til enhver. Det skal ikke kreves all verdens av mannen i gata for å forstå sin rettsstilling ut fra lovene og reglene i rettstaten. Dette kan tale for at en ikke skal innta bestemmelser i en lov som ikke kan håndheves. På en annen side kan kravet til tilgjengelig og forståelig lov forstås som at en ikke skal formulere lover slik at de kan gi uttrykk for at noe som er ulovlig er lovlig. Dermed er det vanskelig å si med sikkerhet hva som er best valg for lovgiver når den står foran valget om å innta en symbolbestemmelse eller ei.

Grunnloven trekkes ofte opp som en lov som har en symboleffekt for allmennheten. Den skal ha en politisk og symbolsk effekt, men er også ment å skulle håndheves. Det videre vernet for grunnlovsbestemmelsene reguleres imidlertid gjerne i særlover. I rapporten fra

⁶⁸ Høringsnotat felles likestillings- og diskrimineringslove (L) (377792) s.16-20.

Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven presiseres Grunnlovens symbolske, politiske og rettslige betydning.⁶⁹

Grunnloven har siden 1814 særlig fungert som et samlet symbol for nasjonen Norge og statens frihet og selvstendighet og et slags forbilde for de øvrige spesiallovene. Et eksempel som illustrerer dette er den tidligere bestemmelsen i Grunnloven § 110 c, nå inntatt i § 92, om at staten skal sikre og respektere menneskerettighetene. Dette er ansett som en utpreget symbolbestemmelse som forutsetter at de enkelte rettighetene sikres gjennom inkorporasjon eller transformasjon.⁷⁰

Rene symbolbestemmelser er som nevnt vanskelig å finne i norsk rett. Et eksempel på en bestemmelse som i stor grad kan anses som en symbolbestemmelse er ”groomingbestemmelsen” i straffeloven § 306. Det ble vurdert i forarbeidene til denne bestemmelsen, om å avtale møte for å begå seksuelt overgrep med barn under 16år, i stor grad ville bli en symbolbestemmelse som ikke kunne håndheves grunnet bevisvansker.⁷¹ Imidlertid står den seg i dag med strafferamme på inntil 1år, og kan håndheves av domstoler selv om det kanskje ikke vil skje så ofte. En slik bestemmelse med fokus på den onde hensikt er viktig, og det kan her knyttes paralleller til symbolbestemmelsen i likestillingsloven.

6.2.2 Vurdering av symbolbestemmelsen i likestillingsloven

Som nevnt fremgår det av forarbeidene til likestillingsloven at dens § 2 1.ledd som lyder ”loven gjelder på alle områder i samfunnet” ikke skal inkludere håndheving av familieliv og rent personlige forhold.⁷² Det vises i den anledning til forarbeidene til den første likestillingsloven Ot.prp.nr.33 (1974-1975). Her fremgår det at departementet ser de problemene håndheving av loven vil medføre, og derfor foreslår at den ikke skal håndheves når det gjelder det som hører til familielivet og lignende. Selv om det kan hevdes at en

⁶⁹ Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven dokument 16 2011-2012 s.22

⁷⁰ Høgberg, Alf Petter m.fl publisert i NOU 2009:1 s.251

⁷¹ ot.prp.nr.18 (2006-2007) punkt 3.4 på s.12

⁷² prp.88 L (2012-2013) s.174

rettsregel uten noe håndhevingsmulighet blir uten verdi, påpekes det at det likevel er viktig i enkelte tilfeller at lovgiver gir uttrykk for hvilke prinsipper som skal gjelde. Deretter vises det til at likestilling i hjemmet er en svært viktig del i kampen for likestilling mellom kjønnene. Det ville bryte med lovens formål i § 1 å unnta familielivet og lignende fra virkeområdet til loven.⁷³

Flertallet i Graver-utvalget fra 2009 foreslo at familieliv og rent personlige forhold skulle unntas fra en felles diskrimineringslovs saklige virkeområde. De var klare på at de ikke med dette ønsket å legitimere diskriminering i den enkelte familie eller vennskapskrets, men at det ikke var hensiktsmessig med en ren symbolbestemmelse. Mindretallet i utvalget, Hege Brækhus, tok derimot til ordet for at loven skulle komme til anvendelse på familieliv og andre rent personlige forhold grunnet maktrelasjonene i slike forhold. Hun foreslo også at diskriminering i slike forhold burde kunne håndheves av domstolen, selv om terskelen for å reise sak antagelig ville være svært høy for de fleste. Hun forklarer dette nærmere i sin artikkel ”diskriminering i private og personlige relasjoner” på s. 258-259. Her presiserer hun at å unnta å lovfeste et prinsipp fordi det vanskelig kan håndheves er uheldig fordi det kan gi inntrykk av det motsatte, nemlig at ugjerningen er lov.

6.3 EMK art.8

6.3.1 Art.8 generelt

I EMK art.8 1.ledd fremgår det at:

”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”

Ut fra dette kan det leses at art.8 sikrer enhvers rett til privatliv og familieliv og at ingen skal gripe inn i denne rettigheten. EMD praksis har presisert hva som faller innenfor art.8 sine vernede interesser herunder ”private life”, family life” ”home” og ”correspondence”. Det første begrepet ”privatliv” anses som bestemmelsen hovedbegrep som kan konsumere de

⁷³ Ot.prp.nr.33 (1974-1975) s.22.

øvrige begrepene.⁷⁴ Bestemmelsen er, som de øvrige artiklene i EMK, utarbeidet primært for å begrense statsmaktenes utøvende makt for det enkelte individ. Imidlertid har den dynamiske tolkningen av bestemmelsen ført til at staten, på visse vilkår, må handle for å sikre privatpersoner mot hverandre. Dette er særlig aktuelt når det kommer til privatlivet.

Hva som ligger i ”private life” er vanskelig å definere. En naturlig ordlydfortolkning tilsier at det er snakk om ditt eget privatliv, herunder dine personlige tanker og handlinger. Jørgen Aall betegner det som ”en sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det være seg private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke”.⁷⁵ I den nevnte S og Marper-dommen⁷⁶ gis det en nøye gjennomgang av hvilke elementer som kan falle inn under betegnelsen ”private life”. Det blir forklart som en term med vidt rekkevidde, som kan omfatte både aspekter ved enhvers fysiske, og psykiske integritet. Videre eksemplifiseres elementer som kjønnsidentifisering, seksuell orientering, seksualliv, samt personlig identifisering som navn. I tillegg kommer informasjon om en persons helse, enhvers etniske identitet, retten til personlig vekst, utvikling og selvbestemmelsesrett, samt muligheten til å utvikle relasjoner med andre. I tillegg omfattes personens rett til selvrespekt og ære.

Når det kommer til ”family life” vil en naturlig ordlydsfortolkning være juridiske- og genetiske slektsbånd, som ekteskap, barn og foreldre. Imidlertid er det i flere EMD-dommer lagt til grunn at slektsbånd ikke alene er tilstrekkelig for å konstituere ”family life”, det må i tillegg foreligge visse følelsesmessige bånd mellom aktørene.⁷⁷ Typiske tilfeller som kan falle inn under ”family life” er omsorgsovertakelse, forelderansvar og samværsrett ved samlivsbrudd, samt innreise og opphold for utenlandske statsborgere.

En naturlig ordlydsfortolkning av ”home” er stedet en bor. Inngrep i hjemmet kan imidlertid være svært alvorlige inngrep, som totalødeleggelse av hjemmet, samt husransakelse og

⁷⁴ Aall (2011) s. 194-195

⁷⁵ Aall, (2011) s.195

⁷⁶ s. og Marper mot Storbritannia punkt.66

⁷⁷ Aall (2011) s.207-215

romavlytting. I tillegg kommer mer indirekte forhold som flystøy eller andre lignende sjenerende forhold i nabolaget som forurensning.⁷⁸

Videre vil en naturlig forståelse av ”correspondence” være typisk ulike kommunikasjonsmetoder.⁷⁹ Dette vil blant annet omfatte brev, telefon eller e-post. Inngrep som kan gjøres i enhvers rett til korrespondanse er typiske forbud, sensur, sletting, sladding, beslagleggelse, avlytting, gjennomlesing, opptak eller kopiering av slike kommunikasjonsstyper. Dette kan særlig være aktuelt for innsatte i fengsel sin rett på privatliv.

Av dette fremgår det at myndighetene og staten må respektere enhvers rett til å styre over og i sin egen private sfære. Art.8 oppstiller imidlertid ikke en rett uten unntak. I 2.ledd fremgår det at inngrep i bestemmelsen kan skje om det er i samsvar med loven, nødvendig i et demokratisk samfunn og nødvendig for å nå en av konvensjonens formål, herunder å beskytte andres rettigheter og friheter. Spørsmålet i den anledning er; vil ikke akkurat diskriminering i familiære og nære relasjoner være et brudd på andres rettigheter og friheter, som også er sikret i art.8? Vil ikke denne rettigheten kunne bli brutt om dette området unntas fra lovteksten?

6.3.2 Vurdering av EMK art.8 og diskrimineringsvernet

Flertallet i Graver-utvalget mente at art.8 stenger for inngrep i oppdragelse og familielivet. Dette gjelder imidlertid ikke for vold og voldtekt i familien.⁸⁰ I punkt.7.2.2 nedenfor skal jeg peke på noen av de strenge reglene lovgiver har vedtatt om hva en kan gjøre i oppdragelsesøyemed uten at myndighetene kan gripe inn. Det er vanskelig å sette en klar grense for hva en bør gripe inn i, og hva en bør la være i den private sfære. Å unnta familieliv og andre rent personlige forhold helt fra tre av fire av de rene diskrimineringslovene, i lys av art.8, blir imidlertid feil utgangspunkt mener jeg.

⁷⁸ Aall (2011) s.220-221

⁷⁹ Aall (2011) s.222-223

⁸⁰ NOU:2009 14 s.110

Som vist i punkt 4 stenger ikke EMK helt for et diskrimineringsvern som omfatter privatlivet og familielivet. En slik begrensning kan en heller ikke lese fra EMK art.8 påpeker Helga Brækhus i sin artikkel.⁸¹ Hun viser i den anledning særlig til unntakene i bestemmelsens 2.ledd som blant annet presiserer at retten til privatliv kan begrenses i de tilfellene der det er nødvendig i et demokratisk samfunn, for eksempel for beskyttelse av andres helse og frihet. Det må synes klart at konvensjonsbestemmelsen ikke gir en beskyttelse av de som trakasserer og diskriminerer andre familiemedlemmer, men derimot setter en beskyttelse for de som faktisk blir trakassert og diskriminert.

Spørsmålet er om retten til at staten ikke skal gripe inn i den private sfære står sterkere enn enhvers rett til å nå en reell beskyttelse av sitt privatliv. Her kan mye tyde på at de som leser art.8 1.ledd uten å se nærmere på 2.ledd kan konkludere motsatt enn de som ser hele art.8 bestemmelsen i helhet. Om en ser bestemmelsen helhetlig mener jeg at det er sønnen i rullestol, som blir trakassert og diskriminert av sin far til forhold for sin bror, som bør ha en beskyttelse etter art.8, ikke faren.

7.0 Menneskerettighetsvernet i nære relasjoner i andre lover

7.1 Innledende om menneskerettighetsvernet i nære relasjoner i andre lover

I henhold til argumentene ovenfor i punkt.6, vil jeg i det følgende se hen til straffeloven og barnelova. Disse lovene regulerer også menneskerettighetsvernet i nære relasjoner og jeg vil se nærmere på hvordan disse lovene stiller seg til retten til privatliv etter EMK art.8. I tillegg skal jeg knytte noen kommentarer til Graver-utvalgets utsagn om at diskrimineringsvernet blir tilstrekkelig sikret i andre lover. Andre lover som arvelova og ekteskapsloven har også noen regler som kan hindre visse former for diskriminering, men disse lovene vil jeg ikke gå nærmere inn på i denne oppgaven.

⁸¹ Brækhus (2011) s.260

7.2 Straffeloven

Straffeloven har en rekke bestemmelser som går ut på å regulere forhold som gjerne skjer i familiære relasjoner. Eksempler på dette kan være § 277 og 278 om medvirkning til selvmord og medlidenhetsdrap, § 284 og § 285 om kjønnslemlestelse og §§ 312 -314 om incest og seksuell omgang med andre nærstående. Jeg vil i det følgende se nærmere på § 282 om mishandling i nære relasjoner og § 271 om kroppskrenkelse, § 283 om grov mishandling i nære relasjoner skal jeg ikke gå noe nærmere inn på.

7.2.1 Straffeloven § 282

I § 282 fremgår det en strafferamme på inntil 6 år for den som ved ”trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser, alvorlig eller gjentatt mishandler” en i familiære eller nære relasjoner som opplistet i paragrafens punkt a-e. Dette er en videreføring av straffeloven av 1902 sin bestemmelse § 219 om mishandling i nære relasjoner. Ut fra bestemmelsens ordlyd omfattes en rekke ulike handlinger mot nærstående. Det avgjørende er om handlingene er alvorlige eller gjentatte. Forarbeidene til tidligere § 219 presiserer at handlingene som bestemmelsen er ment å ramme typisk er handlinger som faller inn under straffeloven av 1902 bestemmelser om legemskrenkelser (nå kroppskrenkelse og kroppsskade), tvang og trusler og frihetsberøvelse.⁸² I tillegg vil § 219 ”på annen måte”, (nå ”andre krenkelser”) omfatte annen mishandling som ikke rammes av straffeloven. Eksempler på dette er mildere trusler eller psykisk vannskjøtsel eller terror, samt seksuelle krenkelser, brudd på besøksforbud, og i visse tilfeller mangel på nødvendig stell og pleie. Videre tar bestemmelsen særlig sikte på å fange opp mishandling som strekker seg over tid. I dette ligger sammenhengende og vedvarende handlingsmønster til gjerningspersonen jfr. ”gjentatt”. Imidlertid vil også grove enkelthendelser kunne omfattes av bestemmelsen.

Ut fra dette kan en se at en rekke handlinger i nære relasjoner er straffbare etter § 282. Når det kommer til de bevismessige problemene i slike saker, som også kan forekomme i diskrimineringsaker, vil dette særlig være aktuelt ved psykisk terror. Dette er vurdert nærmere i Rt. 2013 s.879 om ren psykisk vold. Klager hadde her, etter tiltalen, kun blitt utsatt

⁸² Ot.ptp.nr.113 (2004-2005) s.45-46

for psykisk vold i henhold til utskjelling og nedverdiggende behandling uten fysiske skader. Høyesterett endte opp med å oppheve lagmannsrettens dom for overtredelse av § 219 da de fant at det ikke var gitt tilstrekkelig uttrykk for i domsgrunnene at terroren var grov eller gjentatt. Høyesterett uttalte i punkt 31 og 30 at det skal en god del mer til i en sak som kun omfatter psykisk mishandling, enn en sak som både omfatter psykisk og fysisk mishandling. Imidlertid presiserte Høyesterett at også slik ren psykisk mishandling vil kunne omfattes av daværende § 219. Det avgjørende var her om det forelå en konstant frykt for nye psykiske krenkelser.

Inntil denne dommen var det ingen rene dommer om psykisk mishandling som hadde kommet opp til Høyesterett. Det hadde imidlertid kommet opp en rekke saker om kombinasjon av fysisk og psykisk mishandling. I likhet med diskriminering er dette noe som gjerne kan forekomme sammen, men det finnes også tilfeller hvor det kun foreligger fysisk vold, kun psykisk vold eller kun diskriminering. Det er, som vist i Rt.2013 s.879, en høy terskel for domfellelse i slike saker, særlig av hensyn til bevis for gjentakelse. Dommen viser imidlertid også at slik atferd i alle tilfeller er ulovlig. Det er akkurat denne rettsikkerheten for enhver som må være avgjørende. Det må også nevnes at dommen ikke nevner EMK art.8 med ett ord. Det kan komme av at respekten for enhver privatliv ikke omfatter en rett til å krenke andres rett til privatliv slik som psykisk terror kan medføre, i likhet med diskriminering.

7.2.2 Straffeloven § 271

En viktig bestemmelse som blant annet tar opp situasjoner som kommer i grenseland mellom barnerett og strafferett er straffelovens § 271 om kroppskrenkelse. Her settes straff for den som utøver ”vold mot en annen person eller på en annen måte krenker ham fysisk”. Straffeloven av 2005 har mange ulike nivåer av kroppskrenkelser, noe som kommer av den stadig større nulltoleransen for vold i samfunnet. Dette kommer også til syne i nære relasjoner. Forarbeidene til § 271 har særlig tatt for seg problemene knyttet til maktanvendelse i form av kroppslig avstraffelse for barn.⁸³ Dette området har vært i en jevn utvikling og forarbeidene presiserer at barn i dag nyter samme vern mot fysisk integritetskrenkelse som voksne. All form for fysisk maktanvendelse, som har karakter av

⁸³ Ot.prp nr.22 (2008-2009) s.427-428

avstraffelse, vil dermed kunne omfattes av § 271. Den eneste avgrensningen som gjøres er maktanvendelse i beskyttelses- eller omsorgsøyemed. Eksempler på dette er å flytte hånden til et barn bort fra et brennende lys, eller å bære et motvillig barn ut fra et butikklokale. Det må skilles mellom handlinger som gjøres for å gripe inn, verne eller beskytte barnet, andre personer eller gjenstander, og handlinger som har karakter av umiddelbar eller etterfølgende fysisk avstraffelse av barnet.

Som forarbeidsuttalelsene illustrerer er det ikke mange krenkelser av sitt eget barn foreldre kan gjøre, uten at straffeloven kommer til anvendelse. Bakgrunnen for denne diskusjonen og innstrammingen på dette området var blant annet Rt.2005 s.1567, om kroppslig refselse av barn i oppdragelsesøyemed. Denne dommen omhandlet en stefar som i oppdragelsen hadde slått to gutter på 6 og 9 år på baken med flat hånd. Høyesterett kom her til at handlingene ikke kunne anses rettmessig selv om de var utøvd i oppdragelsesøyemed. Høyesterett viste her særlig til en tolkning av voldbegrepet i barnelova § 30 og barnekonvensjonen art.19. Denne dommen illustrerte hvordan samfunnet har beveget seg i retning av en nulltoleranse for vold i familien.

Heller ikke i denne høyesterettsdommen, eller de nevnte forarbeidsuttalelsene, blir art.8 vurdert med et ord. Det er interessant at denne bestemmelsen ikke vurderes i sammenheng med andre lover som regulerer inngrep i den private sfære. På diskrimineringsrettsområde blir den imidlertid ansett som en av de avgjørende argumentene for å begrense lovenes virkeområdet mot familiære relasjoner.

7.3 Barnelova

Barnelova har en rekke bestemmelser om barns rettigheter. I kap.5 foreligger bestemmelsene om foreldreansvaret og § 30 presiserer det generelle innholdet i foreldreansvaret. Her fremgår det i 1.ledd at barnet har krav på omsorg og omtanke fra de som har foreldreansvaret. I tillegg har foreldrene rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i personlig forhold, innenfor de grensene som følger av barnets rettigheter og selvrådighet etter §§ 31-33. Videre skal de etter § 30 2.ledd sørge for at barnet får utdanning etter evne og giv. I 3.ledd fremgår det at barnet

ikke skal bli utsatt på vold eller ”på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare” dette inkluderer både bruk av vold, skremmende eller plagsom atferd, samt annen hensynsløs adferd overfor barnet. Ut fra dette kan det leses et ganske vidt vern av barn mot psykisk og fysisk vold. Dette er inntatt i bestemmelsen da det ble ansett viktig å presisere vernet barnet har. Alvorlig eller gjentatt fysisk og psykisk mishandling av barn faller også inn under straffelovens bestemmelser om for eksempel hensynsløs atferd og krenkelse av privatlivets fred (nåværende § 266 og § 267 tidligere § 390a) og disse bestemmelsene i en viss grad kan gå i konkurrans med barnelova § 30.⁸⁴ Imidlertid presiserer forarbeidene til § 30 at bestemmelsen ikke utelukker at andre bestemmelser om forbud mot psykisk vold kan komme til anvendelse i tillegg til § 30.

Bestemmelsen er særlig viktig for å forhindre fysisk avstraffelse av barn.⁸⁵ Imidlertid presenterer den i dag klare rammer for hva som ligger i foreldresansvaret og hvor grensen går i henhold til lovlig oppdragsmetoder. Diskriminering av barn er ikke uttrykkelig nevnt i barnelova eller i forarbeidene til denne. En kan imidlertid lese ut av rettighetene til barna at et søsken ikke skal ha bedre rettigheter enn et annet, men dette er ikke en soleklar tolkning av bestemmelsen. Imidlertid har Norge som nevnt ratifisert barnekonvensjonen, denne konvensjonen gir i art.2 et diskrimineringsvern uten unntak for familie og privatliv. FNs barnekomite har presisert dette helhetlige vernet i sin generelle kommentar om barns rettigheter nr. 7 2005. Her fremgår det i punkt.12 at statene er forpliktet til å ”overvåke og bekjempe diskriminering, uansett hvilken form diskrimineringen tar og uansett hvor den forekommer - i familien, i lokalsamfunnet, på skolen eller i andre institusjoner.”

Det kan derav spørres om Norge har foretatt et tilstrekkelig vern mot diskriminering av barn når dette ikke blir uttrykkelig nevnt i barnelova eller i de øvrige diskrimineringslovene enn likestillingsloven. Videre må det vurderes om det er treffende at art.8 setter en stopper for å forby diskriminering av barn, men åpner for å sikre de øvrige rettighetene i nære relasjoner nedfelt i barnelova.

⁸⁴ ot.prp.nr 104 (2009-2009) kap.14 til § 30

⁸⁵ ot.prp.nr.8 (1986-1987) s. 6-8.

7.4 Vurdering av menneskerettighetsvernet i nære relasjoner i andre lover

En gjennomgang av disse bestemmelsene viser at det ikke er vanskelig å finne områder der diskriminering kan skje i nære relasjoner, som ikke er regulert i disse lovene. I tillegg stenger ikke art.8 for at en har et vern mot psykisk vold og barneoppdragelse i disse lovene. Det blir ikke engang vurdert. Hvordan kan art.8 da være så avgjørende i kampen mot å symboliseres at urimelig forskjellsbehandling i nære relasjoner ikke er lov? Dette er områder som er svært nært beslektet særlig med tanke på bevisføringen, som kan bli svært kompliserte og vanskelige i slike saker grunnet mangel på håndfaste bevis i den ene eller andre retningen. I tillegg er det også i disse tilfellene ofte snakk om inngrep i noen menneskers rett til å oppføre seg som de vil i sin egen familie, og andre personers rett til trygghet og privatliv i sin egen familie.

Videre er det overordnede målet med diskrimineringsforbudet og lovgivning generelt, likhet for loven. Det sikrer ikke likhet for loven at noen menneskerettigheter skal gjelde på alle samfunnsområder, mens andre ikke. Når det som i dag er slik at familieliv og andre nære relasjoner unntas fra tre av de fire rene diskrimineringslovene, skaper det en ubalanse av de øvrige diskrimineringsgrunnlagene også. Jeg mener det er en unødvendig forskjell i loven at noen diskrimineringsgrunnlag skal ha et bredere virkeområde enn andre.

8. Min vurdering av diskrimineringsvernet i familiære og nære relasjoner.

I det følgende har jeg vurdert diskrimineringsvernet i familiære og nære relasjoner. Jeg har kommet til at diskrimineringsvernet pr i dag ikke er helt tilstrekkelig og at rettstilstanden her er noe uklar. Videre mener jeg at Graver-utvalget sine argumenter om at art.8 stenger for reguleringen kan tyde på et for snevert syn på rettsområdet og art.8. I tillegg har jeg kommet til at de øvrige lovene, som regulerer menneskerettigheter i nære relasjoner, ikke regulerer alle former for diskriminering og trakassering, og at det er behov for et slikt vern i lovteksten. Endelig har jeg kommet til at det er noe merkverdig hvordan art.8 er så begrensende på diskrimineringsrettens område, og så lite begrensende på andre rettsområder som griper inn i privatlivet. Dette må sees i sammenheng med de forholdvis klare signalene fra internasjonale konvensjoner om at diskriminering i nære relasjoner bør søkes å unngås.

I dag er det slik at likestillingsloven skal gjelde på alle områder, mens de øvrige diskrimineringslovene har en klar avgrensning mot familiære og rent personlige forhold. Selv om bestemmelsen kun er ment som en symbolbestemmelse, jfr. forarbeidene, så har jeg i punkt 6.1 tatt for meg viktigheten av symbolbestemmelsene og hvordan mangel av lovbestemmelser kan føre til uheldige situasjoner i punkt 4.2. Gjennom denne oppgaven har jeg med andre ord kommet frem til at jeg mener fordelen med å utarbeide en symbolbestemmelse på dette området kan veie opp for de generelle ulempene med symbolbestemmelser.

Er det noe en kan lese ut av gjennomgangen av EMD-dommene, som jeg foretar i punkt 4.2, så er det at et lovtomt område vil kunne utnyttes på ulike måter. Jeg anser det svært uheldig om en må ta en sak om grov diskriminering i nære relasjoner helt til EMD for å få rettferdighet og et klart rettskildebilde. Det er unødvendig at Norge, som er et så moderne og demokratisk land å leve i, ikke har et tilstrekkelig vern av diskriminering i lovgivningen.

Slik jeg ser det er det mye som taler for at en ikke bør håndheve et diskrimineringsvern i alle nære relasjoner. Dette er særlig av hensyn til art.8 som verner om privatliv og gir en viss rettighet til å bestemme over sin egen omgangskrets og valg i egen familie. Om en som ikke får være med i en syklubb kan gå til rettsak mot dette vil ikke det være en god bruk av håndhevingsmulighetene i Norge. Imidlertid foreligger det mange grunnløse søksmål på mange ulike rettsområder. På de fleste rettsområder er det da domstolenes oppgave å tolke lovteksten og sette en terskel for hvilke saker en skal ta opp. Dette gjøres ofte med hjelp av forarbeidene, som kan presisere at visse områder ikke bør håndheves av domstoler og nemder, eller at terskelen bør settes svært høyt for anvendelse av bestemmelsen.

I alle tilfeller synes jeg at det er uheldig å spesifikt i en lovtekst si at et menneskerettslig vern ikke skal gjelde på et område som er særlig utsatt. Diskrimineringsvernet skal sikre likeverd og er særlig utviklet for de svakerestilte, de som blir diskriminert på grunn av en medfødt eller særlig egenskap ved seg selv. Det er disse som skal lese hvilke vern de har utfra loven.

Når en transseksuell ser at vernet den har etter loven ikke gjelder der den kanskje trenger det som mest hva slags signal sender det? Selvfølgelig skal en ikke endre enhvers følelser ved lov, men slik som kvinnediskrimineringskonvensjonen påpeker, er det viktig å søke å forhindre stereotype oppfatninger. Det er viktig å skape et universelt og tilgjengelig samfunn for alle. Hva slags signal sendes ut når det i en lovtekst åpner for diskriminering på et område hvor det er nesten like utbredt som i arbeidsmarkedet. Bør ikke bekjempelsen av folks tankemønster og holdninger om ikke endres, men i hvert fall påvirkes i riktig retning av loven? I lys av disse spørsmålene anser jeg det som utilstrekkelig og unødvendig at familieliv og andre rent personlige forhold utelukkes av tre av fire diskrimineringslover.

I denne sammenhengen viser jeg til likestillingsloven og de fåtall av saker og problemer dennes symbolbestemmelse har ført med seg. Jeg kan ikke se annet enn at en vinner mer enn en taper på en slik regulering i alle diskrimineringslovene. Jeg vil i hvert fall håpe at et klart symbol i lovgivningen kan føre til at stereotypiske oppfatninger minker. At en kanskje ikke utelukker folk i privatlivet heller grunnet diskrimineringsvernede egenskaper. Om du ikke lenger kan begrunne dine valg med en medfødt egenskap hos en person, men heller lar personlig egnethet være avgjørende for valget, vil dette være et langt steg i riktig retning. En kan ikke like alle, eller trives med alle, dette er ikke noe loven kan tvinge deg til. Imidlertid bør signalet om at samfunnet skal være basert på likhet og likeverd stå seg som et av de viktigste symbolene i norsk rett og ikke unntas fra lovgivningen.

9.0 Høringsnotat om felles diskrimineringslov

9.1 Høringsnotat

Til nå har jeg tatt utgangspunkt i dagens rettssituasjon og spørsmålet om det foreligger et tilstrekkelig vern mot diskriminering i nære og familiære relasjoner i dag. Imidlertid er denne problemstillingen særlig kommet på spissen ved at Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet har sendt ut et nytt høringsnotatet om felles diskrimineringslov. Her er et av de problematiske områdene akkurat det saklige virkeområdet til en eventuelt felles diskrimineringslov.⁸⁶ Hvorvidt jeg mener diskrimineringsvernet generelt blir best med

⁸⁶ Høringsnotat felles likestillings- og diskrimineringslov (L) (377792) s.16-20.

en samlet lov eller flere ulike lover faller utenfor denne oppgaven å gå nærmere inn på. Jeg har imidlertid sett nærmere på hva høringsnotatet og høringsvarene sier om virkeområdet til en felles diskrimineringslov. Dette vil jeg knytte noen kommentarer til nedenfor. Tilslutt vil jeg komme med min egen mening om virkeområdet til en felles diskrimineringslov.

I høringsnotatets kap.4 drøfter departementet om en samlet diskrimineringslov bør gjelde på alle samfunnsområder, eller om det bør gjøres unntak for familieliv og andre rent personlige forhold. Det presiseres at forbudet ikke kan håndheves av domstol, ombud og nemda på dette området grunnet, blant annet, store bevismessige utfordringer. Departementet ber imidlertid om høringsinstansenes synspunkter på om loven bør gi uttrykk for at diskriminering i familieliv og andre personlige forhold er forbudt, eller ikke.

Avslutningsvis i høringsnotatet presiseres det at å forby diskriminering i rent personlige forhold vil kunne ha en viktig signaleffekt om at diskriminering i privatlivet ikke er akseptabelt. Det vises i den anledning til at diskriminering av kvinner i familielivet, samt trakassering av barn på grunn av seksuell orientering eller funksjonsnedsettelse er et stort problem verden over. Imidlertid påpekes det at det vil være uheldig å vedta en lov som ikke kan sanksjoneres for de som blir utsatt for diskriminering i privatlivet.

9.2 Høringssvar

Utgangspunktet etter høringsnotatet er dermed at det er usikkert om en felles diskrimineringslov skal ha en symbolbestemmelse eller ikke. Om familieliv og andre rent private forhold blir unntatt fra virkeområde vil ikke dette føre til en endring i de øvrige diskrimineringslovene, men det vil føre til en innsnevring av dagens likestillingslov. Når høringsnotatet kom ut ble det spurt om høringsvar der organisasjoner og privatpersoner skulle komme med sine innspill til virkeområdeproblematikken. En gjennomgang av disse høringsvarene viser at det finnes en rekke privatpersoner og foreninger for eldre som ikke

nevner problematikken med et ord.⁸⁷ Av de som tar tak i problematikken foreligger det imidlertid en rimelig bred enighet om at en slik symbolbestemmelse bør foreligge.

Av de som stiller seg negativt til virkeområdet i familiære og nære relasjoner er blant annet Barnevernombudet i sitt høringssvar 1/2-16. De presiserer at argumentene for å innlemme diskriminering av kvinner i familielivet i enda større grad gjør seg gjeldende for barn. Imidlertid mener de det ikke er ett rettstomt område. Videre mener de at det er problematisk å lovfeste et virkeområde der bevisspørsmål og håndheving er såpass problematisk. I samme retning går Kommunesektorens organisasjon i sitt høringssvar 22/1-16. De legger særlig vekt på at det synes umulig å håndheve et slikt forbud, samt at en håndheving på dette område vil kunne gripe inn i retten til privatlivet.

Av de som stiller seg positivt til virkeområde på alle samfunnsområder er som nevnt svært mange flere. Blant annet Amnesty International, NHF Norges handikaforbund, Menneskerettsalliansen, LLH landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner (Nå FRI), IMDI integrerings og manfoldsdirektoratet, BUFDIR barne, ungdoms og familiedirektoratet og Antirasistisk senter.

Av de som virkelig tar tak i problemstillingen og foretar grundige vurderinger rundt dette er blant annet UiO KVIBALD v/Vibeke Blaker Strand og Anne Hellum i sitt høringssvar av 22/1-16, og Likestilling og diskrimineringsombudet i sitt høringssvar fra 18/12-15. Jeg vil redegjøre for Likestilling og diskrimineringsombudets syn på saken.

Likestilling og diskrimineringsombudet presiserer at diskriminering skjer i familieliv og personlige forhold også på grunnlagene etnisitet, religion, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. I disse relasjonene er diskriminering og vold

⁸⁷ Høringssvar til Høringsnotat om en felles Diskrimineringslov (Høringsnotat felles likestillings- og diskrimineringslove (L) (377792)

særlig belastende på grunn av de personlige båndene. Det påpekes at det vil være et viktig signal fra lovgiver at diskriminering på dette området er uakseptabelt. Ombudet viser til at likestillingslovens saklige virkeområde ikke har vært problematisk. Videre ser de på forarbeidene til likestillingslovens av 1978 sine konklusjoner som fremdeles er gjeldende, for alle diskrimineringsgrunnlagene. De henviser til CEDAW-komiteens bekymringer om Norges manglende evne til å ivareta jenters og kvinners rettssikkerhet, og rett til frihet fra diskriminering på en forsvarlig måte. Videre henviser de til at unntaket fra virkeområde om ”indre forhold i trossamfunn” ble fjernet i 2010. Å unnta familieliv og personlige forhold fra lovens virkeområde kan føre til at slike tradisjonelle praksiser innen trossamfunn igjen kan oppfattes å falle utenfor loven. Det vises videre til FN-konvensjonen om rettighetenes til mennesker med nedsatt funksjonsevne i art.8 forplikter statene til å treffe tiltak for å øke bevisstgjøringen og fremme respekt i hele samfunnet, også familien, for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Videre blir det vist til ulike internasjonale studier som viser at LHBT-personer oftere utsettes for vold i nære relasjoner enn heterofile. Dette belyser den særlig sårbare situasjonen ungdom med etnisk minoritetsbakgrunn, samt lesbiske og homofile med samisk bakgrunn og unge med ikke-normativ kjønnsidentitet er i. Avslutningsvis konkluderer ombudet med at diskriminering i familien er en barriere for deltakelse ikke bare i arbeidslivet, men også på andre samfunnsarenaer. Ombudet mener dermed at lovfesting av diskrimineringsvernet innen familieliv og personlige forhold er nødvendig både på grunn av forekomsten av diskriminering på dette området, men også ut fra Norges folkerettslige forpliktelser.

9.3 Min vurdering

Dette høringsnotatet og dets hørings svar er som nevnt bakgrunnen for at jeg ville skrive en masteroppgave om dette temaet. Samlet gir de en rekke gode argumenter både for og imot lovregulering av diskrimineringsforbudet i familieliv og andre rent personlige forhold. De fleste av argumentene, som ikke omhandler svekkelsen av likestillingsloven ved en felles lov, har jeg alt tatt for meg i denne oppgaven.

Etter en grundig gjennomgang av høringsnotatet og hørings svarene mener jeg at et helhetlig diskrimineringsvern best sikres gjennom lovregulering av alle samfunnsområder. I en felles

diskrimineringslov må en særlig ta høyde for at likestillingslovens virkeområde vil svekkes om familieliv og personlige forhold unntas. Jeg mener at det beste diskrimineringsvernet sikres gjennom at en felles diskrimineringslov gjelder på alle samfunnsområder, men at saker i den rent private sfære ikke vil kunne håndheves av ombud, nemd eller domstoler med mindre særlig tilfeller tilsier det. Om en felles diskrimineringslov blir inntatt vil forenklingen og samkjøring av norsk diskrimineringsrett, som startet i 2007, virkelig ha tatt form. Hva er vel viktigere da enn at de som diskrimineringsloven er utarbeidet for, kan lese ut av loven at de har et helhetlig diskrimineringsvern. De skal ikke føle at det enda er en vei igjen å gå, de skal ikke føle at likestillingen har gått et steg tilbake ved at loven har fått et snevrere virkeområde. Om en ser på de andre menneskerettighetene nedfelt i straffeloven og barnelova ser en at vernet for de svakerestilte blir mer og mer omfattende. Jeg mener da det blir feil om diskrimineringsvernet skal gå motsatt vei og svekke vernet for de svakerestilte i en felles lov.

Litteraturliste

Monografier og artikler:

- Høgberg, Alf Petter og Høstmælingen, Njål, "Betenkning om grunnlovfesting av retten til personvern/privatliv" 13/1-2009 *publisert i NOU 2009:1 individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet*
- Skoghøy, Jens Edvind A, "Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner" LoR 2002
- Holgersen, Gudrun, Diskriminerings- og likestillingsrett, 2008
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. Utgave. Bergen 2011
- Brækhus, Hege "diskriminering i private og personlige relasjoner, in (ED) svensson, EVA-Maria et al "på vei. Kjønn og rett i Norden 2011
- Strand, Vibeke Blaker, "Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?" Gyldendal forlag 2012
- Strand, Vibeke Blaker, "Forenklingssuss- en trussel mot individers vern mot kjønnsdiskriminering?" *LoR*, vol.54, 8, 2015

Nettsider:

- <http://www.ub.uib.no/avdeling/jur/arkiv/eueos.htm>. Punkt "Regelverk". Sist besøkt 13/5-16

Norske offentlige dokumenter:

- NOU 2005:8 Likeverd og tilgjengelighet- Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag

av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.

- NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern- Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK

- Ot.prp nr.33 (1974-1975) Lov om likestilling mellom kjønnene
- Ot.prp.nr.29 (1980-1981) Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og § 349 a (forbud om diskriminering av homofile)
- Ot.prp.nr.8 (1986-1987) Om lov om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn)
- Ot.prp. nr 33(2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
- Ot.prp.nr.113 (2004-2005) Om lov om oppheving av løsgjengerloven og om endringer i straffeloven mv. (eget straffebud mot vold i nære relasjoner mv.)
- Ot.prp.nr.18 (2006-2007) Om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.)
- Ot.prp.nr.44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- Ot.prp.nr 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, bold mv.)

- Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

- Innst. 441 L (2012-2013) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

- Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om

menneskerettigheter i Grunnloven dokument 16 (2011-2012)

- Høringsnotat om en felles Diskrimineringslov fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (Høringsnotat felles likestillings- og diskrimineringslov (L) (377792))
- Høringssvar til Høringsnotat om en felles Diskrimineringslov (Høringsnotat felles likestillings- og diskrimineringslov (L) (377792))
- Meld. St. 10 (2014-2015) melding til Stortinget “Muligheter for alle- menneskerettighetene som mål og middle i utenriks- og utviklingspolitikken”

Lover:

- Lov 17.mai 1814 om Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnloven)
- Lov 22.mai 1902 nr.10 Almindelig borgelig Straffelov (Straffeloven av 1902)
- Lov 9.juni 1978 om likestilling (Likestillingsloven av 1978)
- Lov 1.januar 1982 om barn og foreldre (Barnelova)
- Lov 21.mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettighetsloven)
- Lov 1.januar om husleiavtaler (Husleieloven)
- Lov 3.juni 2005 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (Diskrimineringsloven av 2005)
- Lov 1.januar 2006 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (Arbeidsmiljøloven)
- Lov 20.juni 2008 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (Diskrimineringsloven av 2005)
- Lov 1.januar 2014 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

- Lov 1.januar 2014 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (Diskrimineringsloven om seksuell orientering)
- Lov 1.januar 2014 om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven)
- Lov 1.januar 2014 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (Diskrimineringsloven om etnisitet)
- Lov 20.mai 2005 nr.28 om straff (Straffeloven av 2005)

Konvensjoner:

- The Universal Declaration of Human Rights- FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (1948)
- The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms- European Convention on Human Rights (ECHR)- Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) (1953)
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1969)
- International Covenant on Civil and Political rights (CCP)- FN konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) (1976)
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESC)- FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) (1976)
- The Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW) (1979)
- Convention on the Rights of the Child (1990)
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2008)

Rettspraksis Høyesterett:

- Rt.2005 s.1567
- Rt. 2013 s.879

Rettspraksis Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen:

- Case of Tyrer v United Kingdom, application no 5856/72, publ. A/26. Date 25/4-1978
- Case of X and Y v The Netherlands, application no.8978/80. Date 26.march 1985
- Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom, application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81 publ. A/94. Date 18 May 1985
- Case of Johnston and others v Ireland, application no 9697/82. Date 18.dec 1986
- C.R mot Storbritannia. application no. 48/1994/495/577. Date 22 November 1995
- S.W v The United Kingdom, application no. 47/1994/494/576. Date 22 November 1995
- Case of Osman vs The United Kingdom, application no. 87/1997/871/1083. Date 24 October 1998
- Case of E. And Others vs The United Kingdom, application no. 33218/96. Date 26 november 2002
- Case of Pla og Puncernau V Andorra application no 69498/01. Date 13 july 2004.
- Case of Nachova and others V Bulgaria, application no 43577/98 and 43579/98. Date 6 July 2005
- Opuz V Turkey, application no 33401/02. Date 9. june 2009
- Case of S. and Marper V The United Kingdom, application no. 30652/04. Date 4 December 2008
- Case of Fabris V France, application no. 16574/08. Date 7 february 2013

Øvrige internasjonale kilder:

- COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN: General recommendation nr. 19 (1992): violence against women
- COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN: General recommendation No. 28 (2010): on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE: CCPR General Comment No. 18 (1989): Non-discrimination

- Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2000)

COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD: General comment No. 7 (2005):
implenting child rights in early childhood

- ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL: General Comment No. 20 (2009): Non-discrimination in economic, social and cultural rights art.3, para.2, of the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.