

Rettslig vern mot etnisk diskriminering

SMEDs høringsuttalelse - NOU 2002:12



Senter mot etnisk
diskriminering



LIK BEHANDLING • LIK MULIGHET • LIK RETT

Februar 2003

Senter mot etnisk diskriminering (SMED)s høringsuttalelse til NOU 2002: 12 - Rettslig vern mot etnisk diskriminering

1.	Innledning og oppsummering av SMEDs anbefalinger	2
2.	Noen sentrale begreper.....	5
3.	Opplysninger om etnisk diskriminering i Norge.....	5
3.1	Utsatte grupper og individer (NOU 4.2).....	5
3.2	Arbeidsmarked (NOU 4.3)	5
3.3	Politi og påtalemyndighet (NOU 4.4.2).....	6
3.4	Rettsvesen (NOU 4.4.3).....	7
3.5	Utlendingsloven (NOU 4.4.4)	7
3.6	Skole og utdanning (NOU 4.4.5).....	10
3.7	Boligmarked og bosituasjon (NOU 4.5).....	11
4.	Vern mot etnisk diskriminering innen EU.....	12
5.	Innarbeiding av FNs rasediskrimineringskonvensjon i norsk rett.....	13
6.	Strafferettslig vern mot rasistiske ytringer og handlinger.....	15
6.1	Utvidelse av virkeområdet av straffelovens § 135 a (NOU 11.3.2)	15
6.2	Straffelovens § 349 a (NOU 11.4).....	19
7.	Forbud mot etnisk diskriminering.....	22
7.1	Lovens formål (NOU 13.3)	22
7.2	Allment om diskrimineringsgrunnlaget (NOU 13.4.2)	22
7.3	Diskrimineringsbegrepet. Direkte og indirekte diskriminering (NOU 13.5).....	28
7.4	Positiv særbehandling (NOU 13.6).....	30
7.5	Bevisbyrde og opplysningsplikt i sivile saker (NOU 13.8).....	31
8.	Reaksjoner	36
8.1	Generelle kommentarer.....	36
8.2	Oppreisning for ikke- økonomisk tap (NOU 14.2.2).....	36
9.	Særlige tiltak for fremme av likestilling.....	36
9.1	Bakgrunn.....	37
9.2	Aktivitetsplikt.....	37
9.3	Adgang til å registrere opplysninger om etnisitet (monitoring)	41
9.4	Klausuler om ikke-diskriminering i forbindelse med offentlige anskaffelser.....	42
10.	Utstedtsdiskriminering.....	42
10.1	Bakgrunn.....	42
10.2	Vår vurdering.....	43
11.	Forholdet til arbeidsmiljøloven og boliglovgivningen.....	43
11.1	Generelle bemerkninger	43
11.2	Forholdet til arbeidsmiljøloven (NOU 17.1)	44
11.3	Forholdet til boliglovgivningen (NOU 17.2)	46
12.	Dokumentasjon om art og omfang av etnisk diskriminering.....	46
12.1	Generelle kommentarer.....	46
12.2	Metodiske vansker	46
12.3	Relevant data/statistikk og forskning ved dokumentasjon av etnisk diskriminering (NOU 18.4).....	47
12.4	EUMC, focal point funksjonen RAXEN nettverket (NOU 18.5)	48
13.	Håndheving av loven og SMEDs framtidige rolle	48
13.1	Bakgrunnen for våre drøftelser.....	48
13.2	Tilsynsapparatet	49
13.3	Sammenslåing av tilsynsapparatet for kjønn og etnisitet.....	58
13.5	SMEDs fremtidige rolle (NOU 20.4.2).....	67

1. Innledning og oppsummering av SMEDs anbefalinger

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) har siden senteret ble oppretta for fire år siden, gitt rettshjelp til mennesker som mener seg diskriminert på etnisk grunnlag, bygd opp erfaringsarkiv på bakgrunn av de henvendelsene vi har fått og i tillegg gjennomført undersøkelser på ulike områder for å avdekke omfanget av etnisk diskriminering og hindre for etnisk likestilling.

Arbeidet med å få på plass en egen lov mot etnisk diskriminering har lenge vært et av senterets prioriterte mål. Det er vår erfaring at dagens lov- og regelverk er for mangelfullt til å gi individet effektivt vern mot etnisk diskriminering, og at lover og regelverk har vært vanskelig å følge opp i praksis. Behovet for en lov som gjelder på alle samfunnsarenaer med unntak av privatsfæren, kombinert med tilsynsordning, klagemulighet og systematisk innsamling og oppbygging av kompetanse, er etter senterets erfaring stort.

Denne høringsuttalelsen tar for seg de kapitlene i NOU 2002:12 som SMED har kommentarer til, presenterer våre forslag til endringer og konkretiseringer i lovteksten og vår alternative løsning til organisering av tilsynsordning, klagenemnd og kompetansesenter. Nedenfor oppsummerer vi våre konkrete endringsforslag med henvisning til hvilke kapitler i NOU 2002:12 de er relatert til. I punktene bak går vi grundigere inn på de enkelte områdene, trekker inn våre erfaringer og detaljerer og begrunner forslagene.

SMED har ingen kommentarer til kapitlene 1, 2, 5, 6, 7, 9 og 12.

Lovens navn

- SMED foreslår å endre lovens navn til "Lov for etnisk likestilling".

Lovens formål

- SMED foreslår å endre lovens formålsbestemmelse slik at bestemmelsen dekker lovens målsetting om å være et virkemiddel for etnisk likestilling og kompensere for diskriminering. Vi foreslår følgende endring av formålsbestemmelsen i forslaget § 1:

"Lovens formål er å sikre like muligheter og rettigheter for alle uavhengig av etnisitet, religion, livssyn, nasjonal opprinnelse, språk og hudfarge.

Formålet skal sikres ved et rettslig vern mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion, livssyn, nasjonal opprinnelse, nasjonalitet, språk og hudfarge av enkeltpersoner og en plikt for offentlige myndigheter, arbeidsgivere og arbeidslivets parter til å arbeide for etnisk likestilling."

Videre må forbudsbestemmelsen i §3 endres, samt § 12.

Lovens forhold til internasjonal rett

- SMED støtter utvalgets vurdering av at FNs rasediskrimineringskonvensjonen bør innarbeides i norsk rett ved inkorporering og gis forrang framfor annen lovgivning, slik utvalget forslår. Videre mener vi at loven må legge seg på minst samme ambisjonsnivå som EU-direktivet. Disse hensynene ivaretas gjennom SMEDs forslag til endringer og presiseringer i lovteksten.

Strafferettslig vern mot rasistiske ytringer

- SMED mener at forbudet i Straffelovens § 349 a) må opprettholdes parallelt med den nye loven, og støtter utvalgets forslag til skjerping av §135 a).

Sanksjoner ved brudd på loven

- SMED støtter lovutvalgets forslag om en særregel som gir grunnlag for oppreisning for ikke-økonomisk skade uten hensyn til skyld. SMED er enig i at økonomisk tap som en følge av

diskriminering, må fremmes for de ordinære domstoler av skadelidte selv. SMED er enig i slike krav ikke skal behandles av et forvaltningsorgan.

Forholdet til arbeidsmiljøloven

- Senteret foreslår at diskrimineringsgrunnlaget etnisitet i nytt kapittel X A i arbeidsmiljøloven ikke tas ut av arbeidsmiljøloven. Hensynet til brukervennlighet taler for en ensartet og helhetlig tilnærming til vernet mot diskriminering på ulike grunnlag innen arbeidslivet. Vi mener derfor at harmoniseringsproblemet mellom ny lov mot etnisk diskriminering og diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljølovgivningen bør løses på samme måte som for likestillingsloven.

Framtidig institusjonsutforming

- SMED mener at det må opprettes et faglig og administrativt fristilt håndhevingsapparat i samsvar med Lovutvalgets forslag som sikrer en forsvarlig to-instans behandling av enkeltsaker. Institusjonene bør betegnes **Tilsynet for etnisk likestilling** og **Klagenemnda for etnisk diskriminering**. Formelle ordninger med siling og avvisning må forskriftsreguleres for å sikre at håndhevingsapparatet ikke overbelastes.
- SMED mener at det kun bør opprettes to nye institusjoner for å håndheve loven og arbeide for etnisk likestilling – Klagenemnda for etnisk diskriminering og Tilsynsorganet for etnisk likestilling. Tilsynsorganet for etnisk likestilling vil i så fall både behandle enkeltsaker, herunder fatte vedtak, megle og gi veiledning, og ivareta de funksjonene som Lovutvalget i NOU punkt 20.4.2 (Modell 2: Kompetansesenter for etnisk likestilling) foreslo lagt til et kompetansesenter.

Sammenslåing av tilsynsapparatet for kjønn og etnisitet

- SMED mener at den kompetansen som er foreslått lagt til klagenemnda for etnisk diskriminering kan legges til klagenemnda for saker etter likestillingsloven. Senteret går derfor inn for at det så raskt som mulig etableres **en felles klagenemnd**. At klagenemnda vil behandle saker med utgangspunkt i ulike lovgrunnlag, er etter vår vurdering ikke et argument mot sammenslåing.
- SMED mener at det på det nåværende tidspunkt er direkte uhensiktsmessig å foreta en sammenslåing av tilsynsapparatet for kjønn og etnisitet ut over en sammenslåing av anneninstans. Senteret går imidlertid inn for **en samlokalisering med likestillingsapparatet** som et første skritt på veien – eller en permanent løsning.

Bortfall av rettshjelp

- SMED mener at det må foretas en særskilt vurdering av de konkrete virkningene av at SMEDs rettshjelp bortfaller. Vi mener det foreligger et samfunnsmessig uakseptabelt udekket rettshjelpsbehov hos personer med minoritetsbakgrunn og at årsaken til dette er sammensatt. Vi anbefaler sterkt at Departementet i samråd med de berørte organisasjoner og institusjoner drøfter dette, samt vurderer hvilke alternative tiltak som kan iverksettes. Diskrimineringssspørsmål vil ofte være en integrert del av et mer omfattende problemkompleks og en sak må ikke sjelden anlegges med utgangspunkt i et annet regelverk, f.eks. arbeidsmiljøloven og straffeloven. I slike tilfeller vil bortfallet av SMEDs rettshjelp ikke bli avhjulpet med en veiledningsplikt.

SMEDs fremtidige rolle og behov for økte ressurser på området

- SMED mener at senterets kompetanse bør *overføres* til Tilsynsorganet for etnisk likestilling, og at SMED som institusjon nedlegges. Det nye tilsynsorganet må tilføres ressurser ut over det som i dag tilføres SMED, da SMED er underdimensjonert i forhold til å løse de oppgavene som skal utføres av enten et tilsynsorgan eller et tilsynsorgan/kompetansesenter.

Øvrige forslag er presentert under gjennomgangen av de enkelte kapitlene i NOUen.

2. Noen sentrale begreper

(Kommentarer til NOUens kapittel 3)

SMED stiller seg positiv til dette kapitlets gjennomgang av definisjoner. SMED kommenterer nærmere anvendelsen av etnisitetsbegrepet i kapittel 13. Det er positivt at kap 3.6 tar særskilt opp begrepet strukturell diskriminering. Anerkjennelsen av at strukturell diskriminering er et reelt problem er en viktig forutsetning for aktivitetsplikten som omtales nærmere i kapittel 15 og i lovteksten.

3. Opplysninger om etnisk diskriminering i Norge

(Kommentarer til NOUens kapittel 4)

3.1 Utsatte grupper og individer (NOU 4.2)

Utredningen gir en kortfattet beskrivelse av grupper som opplever etnisk diskriminering i Norge. Det er positivt at utvalget i gjennomgangen nå angir et overslag over antall samer og nasjonale minoriteter selv om det knytter seg en del usikkerhet til tallmaterialet. SMED erfarer at urfolk og nasjonale minoriteter ofte er usynlige i minoritetsdebatten på overordnet nivå, men like fullt er utsatt for direkte og indirekte diskriminering.

Personer med innvandrerbakgrunn¹ representerer en stor del av SMEDs klienter. SMEDs erfaring tilsier at også personer fra grupper som ikke defineres som særlig utsatte møter diskriminering, for eksempel personer med gode norskkunnskaper og personer fra nærliggende europeiske land,.

Etnisk norske er ikke nevnt i beskrivelsen. Diskriminering på grunn av etnisitet kan ramme alle, også etnisk norske. Senteret har fått enkelte henvendelser som påpeker diskriminering også av etnisk norske. Det er viktig å understreke at lovens formål er å sikre individers vern mot slik diskriminering, uansett bakgrunn.

SMEDs erfaringer med minoritetsgrupper med ulik tilknytning til Norge og ulike karakteristika danner bakgrunnen for våre kommentarer angående diskrimineringsgrunnlag i kapittel 7 i vår uttalelse (jf NOUens kapittel 13.4.2).

3.2 Arbeidsmarked (NOU 4.3)

Dette er det største henvendelsesområdet og utgjør 29% av SMEDs total saksmengde; typiske saksområder er diskriminering ved ansettelse, manglende forfremmelse, ulovlig oppsigelse og trakassering. Lovutvalget skriver følgende: ”Det er nærliggende å anta at en av grunnene til den høye ledigheten blant grupper av innvandrere er at de utsettes for diskriminering i arbeidslivet.” Arbeidslivet utgjør et av de største saksfeltene for henvendelser om diskriminering for SMED. Det er vanskelig å påvise både at det forekommer diskriminering i arbeidslivet og registrere omfanget av diskriminering. Mange av sakene er graverende, samtidig som mulighetene for å vinne frem ikke er store.

Reglene som skal sikre vernet mot diskriminering i arbeidslivet er gjentatte ganger blitt revidert. **SMED mener** at en ny lov vil kunne avhjelpe en del av de problemene vi har møtt via vår rettshjelp. SMED mener at sikring av vernet gjennom lovgivning både har en forebyggende og reell effekt i forhold til diskriminering i arbeidslivet. Samtidig mener SMED at dette alene ikke

¹ I henhold til SSBs definisjoner inkluderer dette både innvandrerbefolkningen (personer som faktisk har innvandret) og barn til innvandrere født her, adoptivbarn og personer med en norsk og en utenlandsk forelder. Gruppen som helhet kalles ”personer med innvandrerbakgrunn”.

er tilstrekkelig og at man i tillegg til et forbud mot diskriminering må pålegge arbeidsgiver en plikt til aktivt å forebygge og forhindre diskriminering. Det vises til SMEDs kommentarer i forhold til aktivitetsplikt i senterets pkt. 9.2 (NOU kap.15)samt SMEDs kommentarer til positive særtiltak under senterets pkt. 7.4 (NOU kap 13.6).

3.3 Politi og påtalemyndighet (NOU 4.4.2)

Senterets tilfang av enkeltsaker illustrerer at minoritetsbefolkningen opplever diskriminering i møte med politi og påtalemyndighet. Rundt 14 % av alle enkelthenvendelser til Senteret gjelder politiet, jf Underveis mot et bedre vern 2001. Senteret kategoriserer henvendelsene med utgangspunkt i følgende kategorier; dårlig service, diskriminerende ordbruk, grensekontroll, intern utlendingskontroll, brutale metoder, ble ikke trodd, ble ikke hørt. Inndelingen gir en indikasjon på de problemområder enkeltpersoner som henvender seg til Senteret har i møte med politi og påtalemyndighet.

Anvendelsesområdet til lov mot etnisk diskriminering er generelt, jf forslaget § 2 og omfatter derfor også politi- og påtalemyndighet. Ved etterforskning av mistanke om straffbare forhold begått av tjenestemenn vil imidlertid politiets myndighetsutøvelse være underlagt tilsyn av andre instanser, f eks SEFO, og i slik tilfeller er det vanskelig å se for seg at et Tilsynsorgan vil kunne ha noen rolle. Det samme gjelder politi og påtalemyndigheters rolle ved etterforskning og påtale av straffbare handlinger begått av personer med minoritetsbakgrunn, jf for øvrig vårt punkt om rettsvesenet. Senter mot etnisk diskriminering har i slike saker bistått som partsrepresentant, en slik rolle vil ikke et Tilsynsorgan i fremtiden kunne inneha. Senteret ser at bortfallet av SMEDs rettshjelp på dette punkt kan innebære at det blir mindre fokus på opplevd diskriminering i forbindelse med politi- og påtalemyndigheters behandling av straffesaker.

En klage til et tilsynsorgan over politiets gjennomføring av tjenesteoppgaver, kan behandles av Tilsynsorganet parallelt med politiets interne behandling av saken. Tilsynsorganet vil i så fall kun ta stilling til om lovens diskrimineringsforbud er overtrådt, f eks ved gjennomføringen av den forvaltningsmessige utlendingskontrollen. Et tilsynsorgan vil kunne motta klager fra personer som har gyldig oppholdstillatelse – eller norsk statsborgerskap - og som har opplevd kontrollen som uforholdsmessig og krenkende. Tilsynsorganet vil i så fall kunne vurdere om utlendingskontrollen i dette konkrete tilfellet innebar en form for diskriminering. Tilsynsorganet vil ikke ta stilling til mer generelle spørsmål knyttet til tjenestemannens opptreden i tjenesten.

Et tilsynsorgan vil også typisk få til behandling saker som gjelder kommunikasjonsproblemer. Personer kan oppleve at de er diskriminert fordi de behersker norsk skriftlig og muntlig dårlig, og at de av den grunn ikke får den informasjon eller får oppfylt sine rettigheter etter loven. I saker hvor enkeltindividet har krav på tilrettelagt dialog, f eks ved bruk av tolk/oversetter etc, kan det etter omstendighetene være en diskrimineringssak for et tilsynsorgan dersom vedkommende ikke har blitt tilbudt tolk eller gjort oppmerksom på sin rett til å benytte tolk. Igjen ser imidlertid Senteret at slike saker også vil bli fulgt opp av politiets interne organer. Et tilsynsorgan vil imidlertid fokusere på resultatet, dvs om personen konkret har kommet uheldig ut grunnet f eks manglende norskkunnskaper, og ikke tjenestemennenes opptreden.

Når det gjelder politiets eget ansvar for å forebygge diskriminering, mener Senteret at innføringen av en aktivitetsplikt vil stå sentralt. Tatt i betraktning politiets særskilte rolle i forhold til straffesaksbehandlingen vil et tilsynsorgan i praksis ha begrenset kompetanse til å vurdere disse sakene. Aktivitetsplikten, og rådgivning omkring aktivitetsplikten, vil være vesentlig virkemiddel for å forebygge indirekte og utilsiktet diskriminering.

Senteret mener at gjennom vår rettshjelp er det dokumentert at minoritetsbefolkningen opplever diskriminering i møte med politi og påtalemyndighetene. Et fremtidig tilsynsorgan vil kunne behandle noen saker hvor politiet og påtalemyndighetene er involvert, men ikke

straffesaker som etterforskes av politi og påtalemyndighet eller andre særskilte organer. Senteret vil fremheve aktivitetsplikten, og politiets eget ansvar for å forebygge diskriminering.

3.4 Rettsvesen (NOU 4.4.3)

Utvalget skriver at en lov med et generelt forbud mot diskriminering som utgangspunkt også vil omfatte rettsapparatet. Utvalget sonderer imidlertid mellom domstolene som tjenesteytende organ og domstolenes dømmende virksomhet. Utvalget skriver under kapittel 4.4.1 på side 48 : ”eventuell diskriminering på etnisk grunnlag innenfor den dømmende del av virksomheten vil måtte behandles og sanksjoneres på andre måter enn det som følger av lovforslaget”. Videre framhever utvalget under pkt 4.4.3.3 på side 49 at domstolenes dømmende virksomhet ikke kommer inn under en lov mot etnisk diskriminering, i hvert fall ikke slik at lovens regler om håndheving og sanksjoner vil kunne anvendes overfor diskriminering innenfor denne del av virksomheten.

SMED er fullt ut enig med utvalget i at lovens regler om *håndheving* og *sanksjoner* ikke vil kunne gjelde domstolenes dømmende virksomhet. Senteret mener likevel at den dømmende myndighet ikke bør unntas fra *selve forbudet* mot etnisk diskriminering.

Det er ikke tvil om at norske domstoler ved utøvelse av sin dømmende myndighet også etter gjeldende rett er underlagt forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet. At alle skal være like for domstolene følger uttrykkelig av artikkel 14 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, som er en del av norsk rett med forrang framfor annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Også rasediskrimineringskonvensjonen – som utvalget foreslår inkorporert i norsk rett – beskytter eksplisitt retten til lik behandling for domstolene jf. Rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 bokstav a).

Nedenfor følger et eksempel som illustrerer behovet for å synliggjøre at domstolene i sin dømmende virksomhet er underlagt forbudet mot etnisk diskriminering, og at håndheving og sanksjoner av forbudet kan ivaretas gjennom den alminnelige adgang til kjæremål og anke.

I Oslo byrettsdom 15. mai 2001 (en ”barneransak”) kom dommeren med uttalelser som kunne forstås dithen at de skyldige fikk sin straff skjerpet på grunn av sin utenlandske bakgrunn. Det ble under straffutmålingen uttalt at ”retten mener at han ved den adferd han har utvist må bære mye ansvar for at hans egen folkegruppe kommer i dårlig lys. I vårt samfunn aksepteres ikke den type atferd han utviser, uavhengig av hvilke folkegruppe man tilhører. Han ødelegger dermed også svært mye for andre, som ønsker å oppføre seg ordentlig”.²

Under ankebehandling av saken tok Borgarting lagmannsrett i dom avsagt 15. mars 2002 eksplisitt avstand fra at de tiltalte kulturelle bakgrunn skal kunne medføre strengere straff for de tiltalte og uttaler: ”Avslutningsvis bemerkes at byretten i tilknytning til straffutmålingen har vist til de tiltalte kulturelle bakgrunn. Dette er etter lagmannsrettens oppfatning formulert på en klart ubehøvet måte. Dette forhold kan åpenbart ikke tillegges betydning for straffutmålingen, slik byrettens formulering kan forstås”.

SMED mener at den dømmende myndighet ikke må unntas fra diskrimineringsforbudet i loven.

3.5 Utlendingsloven (NOU 4.4.4)

Utvalget framhever under kapittel.4.4.4 at den måten utlendingsloven praktiseres på er viktig for de fleste med utenlandsk bakgrunn, nasjonalitet eller statsborgerskap, for nordmenn som er gift med eller ønsker å gifte seg med utenlandske statsborgere og for barn som har en utenlandsk

²I dom fra juni 2000 uttaler dommer: ”De tiltalte utenlandske bakgrunn har medført en økt fremmedfrykt, hvilket igjen vil kunne bidra til å vanskeliggjøre sosialiseringen både for dem selv og andre med innvandrerbakgrunn. Retten legger således til grunn at det dreier seg om et sterkt samfunnsskadelig virksomhet som det er viktig å bekjempe”.

og en norsk forelder. Utvalget viser til at utlendingsloven hjemler forskjellsbehandling mellom norske statsborgere og borgere med annet statsborgerskap, og at det kan være vanskelig å identifisere forhold som innebærer diskriminering på grunnlag av etnisitet.

Under kap 4.4.4.3 på side 53 skriver utvalget bla følgende:

”Utvalget vil bemerke at negative vedtak basert utelukkende på tilhørighet til en etnisk gruppe vil kunne være i strid med den foreslåtte loven mot etnisk diskriminering. Nasjonalitet i form av statsborgerskap vil ikke omfattes av lovens diskrimineringsgrunnlag.

...Utvalget kan ikke foreta en konkret vurdering av om elementer av praksis i utlendingsforvaltningen vil kunne rammes av den nye loven. En forskjellsbehandling av slik art at den i og for seg ville kunne rammes som etnisk diskriminering, vil ordinært rammes av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Hvor langt en ny lov mot etnisk diskriminering vil kunne anvendes, må finne sin løsning i praksis”.

Vi forstår utvalget slik at det mener at utgangspunktet er at utlendingsforvaltningen på samme måte som den øvrige forvaltning skal omfattes av loven mot etnisk diskriminering. Samtidig forstår vi utvalget slik at det gir klart signal om følgende :

Den forskjellsbehandling mellom norske personer og personer med annet statsborgerskap praktisering av utlendingsloven hjemler, innebærer i utgangspunktet ikke etnisk diskriminering. Et vedtak basert utelukkende på en persons etniske tilhørighet vil kunne være i strid med forbudet mot etnisk diskriminering.

SMED forstår etter dette utvalget slik at det mener at diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, for eksempel mellom polakker og pakistanere ved søknad om visum, vil kunne være dekket av det ”vide etnisitetsbegrep” utvalget bruker. Som det fremgår av SMEDs merknader til kapittel 13, foreslår vi at nasjonalitet skal tas inn som et selvstendig diskrimineringsgrunnlag, slik at dette kommer tydeligere fram.

Nedenfor følger en kort oversikt av enkelte av de typiske problemstillingene SMED har erfaring fra innen utlendingsforvaltningen³. Hensikten med oversikten er ikke å foregripe et fremtidig tilsynsorgans vurdering av hvilke type vedtak hvor en lov mot etnisk diskriminering anses relevant. Vi ønsker kun å illustrere at en lov mot etnisk diskriminering, etter vårt syn, kan få betydning for utlendingsforvaltningen: Videre ønsker vi å fremheve behovet for en avklaring av hvilken kompetanse tilsynsmyndigheten som skal håndheve loven mot etnisk diskriminering bør ha når det gjelder vedtak fattet av utlendingsforvaltningen.

SMED har arbeidet med saker som gjelder avslag på søknad om *besøksvisum*. Typisk i disse sakene er at avslaget har vært begrunnet med innvandringspolitiske hensyn, konkret svake returforutsetninger, jf utlendingsloven § 12 jf. utlendingsforskriften § 106 femte ledd. SMEDs vurdering er at i de tilfeller hvor avslaget synes å være begrunnet nærmest utelukkende med at søker kommer fra et land hvor de generelle erfaringene tilsier at det er dårlige returforutsetninger, vil spørsmålet om avslaget er diskriminerende være en relevant problemstilling.

SMED har vært forespurt om å bistå personer som mener at avslag på deres *søknad om asyl* har vært diskriminerende. Dersom det er slik at det skal mer til for søkere fra for eksempel afrikanske land enn for søkere fra Øst-Europa å få innvilget asyl, vil dette kunne være i strid med et forbud mot etnisk diskriminering. SMED har imidlertid i dag ikke tilgang til de opplysninger som skal til for å foreta en vurdering om slik diskriminering foreligger. Etter utkastet til § 13 i ny lov mot etnisk diskriminering vil imidlertid utlendingsmyndighetene ha plikt til å gi ut de opplysninger som må til for at en slik vurdering kan foretas.

³ I høringsomgangen om mandatet til SMED uttalte Kommunal - og regional departementet ”at det ikke er noe i veien for at senteret kan ta imot saker som gjelder forhold etter utlendingsloven, såfremt det dreier seg om diskriminering”.

SMED har mottatt henvendelser fra personer som mener at vedtak om *utvisning*, er diskriminerende. Norske statsborgere kan ikke utvises, uavhengig av etnisk opprinnelse den norske borger måtte ha. SMED mener likevel at spørsmål om etnisk diskriminering kan være relevant ved vedtak om utvisning. For eksempel har SMED blitt bedt om bistand i en sak hvor vedkommende som ble utvist, mente at det forelå diskriminering ved at ved at hans tilknytning til Norge ikke ble tillagt tilstrekkelig vekt, fordi hans kone var av afrikansk opprinnelse.⁴

SMED har vært spurt om å bistå i en rekke saker som gjelder vedtak om *oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed*. Begrensninger i retten til familiegjenforening, kan etter SMEDs syn tenkes å være en relevant problemstilling etter loven mot etnisk diskriminering: Selv om restriksjonene praktiseres i samsvar med et nøytralt regelverk, vil restriksjonene kunne føre til at personer som følge av sin etnisitet blir stilt dårligere enn andre. I så fall vil restriksjonene kunne være i strid med forbudet mot etnisk diskriminering, med mindre de fremmer et relevant formål og samsvarer med kravet om proporsjonalitet.

SMED har også erfaring fra saker som tilsier at loven mot etnisk diskriminering kan bli aktuell ved søknad om oppholdstillatelse for å arbeide som *au pair*. Regelverket krever at en au-pair må være av annen nasjonalitet enn medlemmene i vertsfamilien. Dersom dette regelverket medfører at vertsfamilier hvor en eller flere av familiemedlemmene har utenlandsk opprinnelse blir stilt dårligere enn andre, vil dette etter vår vurdering kunne være i strid med forbudet mot etnisk diskriminering. (eller mer presist, diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, se våre merknader til kapittel 13).

Etter vår vurdering vil loven altså kunne bli relevant i en rekke typer av de vedtak utlendingsforvaltningen fatter. SMED mener derfor det bør avklares noe nærmere hvilken kompetanse tilsynsorganet for loven mot etnisk diskriminering skal ha for de vedtak som fattes av utlendingsforvaltningen.

Under pkt.19.4.5.4 skriver utvalget at *”håndhevingsorganene generelt ikke bør kunne oppbeve eller endre forvaltningsvedtak truffet av andre organer”*. Utvalget skriver imidlertid videre at *”de foreslåtte begrensningene i håndhevingsorganenes kompetansenepe kan være til hinder for at det kan treffes vedtak om oppreisning, bortsett fra når saken angår regjeringen eller et departement. I andre tilfeller bør det kunne treffes vedtak om oppreisning, også når det er et vedtak som anses for å være i strid med lov mot etnisk diskriminering”*.

I og med at vedtak i klagesaker etter utlendingsloven nå ikke fattes av et departement, men derimot av Utlendingsnemnda, vil dette slik SMED forstår det, innebære at et fremtidig tilsynsorgan vil kunne komme med uttalelse om et vedtak fattet av utlendingsnemnda er i strid med loven mot etnisk diskriminering, og i så fall fatte vedtak om oppreisning.

Ytterligere et spørsmål SMED mener at bør avklares, er om personer som har avledede rettigheter i saker etter utlendingsloven kan bringe saker inn for tilsynsorganet. Høringen om mandatet til SMED berørte spørsmålet om også personer som har ”avledede rettigheter” skulle kunne søke bistand hos senteret. Dette er aktuelt f.eks i familiegjenforeningssaker og ved søknad om besøksvisum.

Til dette bemerket Kommunal- og regional departementet *”at det ikke er noe i veien for at senteret kan ta imot saker som gjelder forhold i utlendingsloven, såfremt det dreier seg om diskriminering. Når det gjelder spørsmål om avledede*

⁴ I saker hvor vedkommende som utvises har barn i Norge, vil utvisning medføre at disse barna – som i mange tilfeller vil ha norsk statsborgerskap – kommer i en mer utsatt posisjon enn barn hvor begge foreldrene har norsk statsborgerskap. Som følge av at norske statsborger ikke kan utvises, uavhengig av etnisk opprinnelse den norske borger måtte ha, må likevel virkeområdet for loven utvides til også å gjelde diskriminering på grunnlag av statsborgerskap, for at dette sak bli en relevant problemstilling etter den nye loven.

rettigheter vil senteret måte vurdere dette i hvert enkelt tilfelle. For øvrig viser vi til forvaltningslovens regler i forhold til hvem som kan oppføre som part” SMED må i dag i alle tilfeller innhente fullmakt fra søker selv for å representere vedkommende i saker etter utlendingsloven. Herboendes fullmakt er ikke tilstrekkelig. Dette er vanskelig å forstå for søkers herboende familie. SMED mener derfor det ville være en fordel om herboendes rett til å representere søker i saker etter utlendingsloven ble klarlagt.

SMED mener det er klart at loven – slik utvalget har foreslått – også bør gjelde innen utlendingsforvaltningen.

SMED mener det bør fremgå klart at selv om den forskjellsbehandling utlendingsloven hjemler mellom norske statsborger og utenlandske borgere ikke er etnisk diskriminering, vil eventuell diskriminering på grunnlag av nasjonalitet kunne rammes av loven (se våre merknader til kapittel 13 hvor vi foreslår nasjonalitet som selvstendig diskrimineringsgrunnlag)

SMED mener videre at det må klargjøres hvilken kompetanse tilsynsorganet for loven mot etnisk diskriminering skal ha når det gjelder vedtak fattet av utlendingsforvaltningen, samt at herboendes rett til å representere søker i saker etter utlendingsloven bør avklares.

3.6 Skole og utdanning (NOU 4.4.5)

Med bakgrunn i SMEDs erfaringer på utdanningsområdet støtter vi at lovens §3 forbyr trakassering særskilt SMED mener i tillegg at det er positivt at forbudet mot diskriminering vil kunne brukes ved tilfeller av direkte diskriminering i skole og utdanning.

SMED har behandlet saker innen utdanningssektoren som gjelder trakassering, mobbing eller forskjellsbehandling av elever. Den foreslåtte aktivitetsplikten skal ikke bare forplikte skolemyndigheter som arbeidsgivere, men også styrke arbeidet for likestilling i skolens ordinære virksomhet. Dette er viktig fordi indirekte diskriminering har betydning for de aktuelle gruppens posisjon og muligheter i samfunnet.

SMED mener at det er grunn til å ha et fokus på indirekte diskriminering på utdanningsområdet, fordi etniske minoriteter kommer dårligere ut enn flertallsbefolkningen på noen områder, jf følgende punkter:

- Lovutvalget har i liten grad tatt for seg nasjonale minoriteter og urfolks særskilte behov og rettigheter i forhold til skole og utdanning. Senteret erfarer at disse gruppene er og har vært sårbare på utdanningsområdet pga tidligere forsøk på assimilering, og fordi enkelte individer innenfor nasjonale minoriteter ikke har fått tilstrekkelig tilgang på utdanning. Særskilt tilrettelegging av skoletilbudet kan være nødvendig i noen tilfeller, for eksempel via undervisning tilpasset elever med et kulturelt betinget reisende leveste.
- Lovutvalget avgrenser mot å behandle faget Kristendoms kunnskap med religions- og livssynsorientering. En grundig evaluering gjennomført av to forskningsinstitusjoner bekreftet at minoritetene hadde negative opplevelser som ikke var i tråd med intensjonene med faget. Evalueringen førte til en del endringer. Til tross for bl.a. forbedringer i fritaksordningen så er dette et fag som fortsatt har problematiske sider i forhold til menneskerettigheter og trosfrihet.

SMED vil spesielt trekke fram følgende utfordringer :

- Unge med minoritetsbakgrunn er dårlig representert i en del viktige yrkesutdanninger, slik som lærerutdanning, juristutdanning, journalistutdanningen osv.
- Det er for få pedagoger og ledere i skoleverket med minoritetsbakgrunn.
- En del elever med minoritetsbakgrunn fullfører skolen med utilstrekkelige norskkunnskaper.
- Enkelte kvinner og menn med minoritetsbakgrunn er funksjonelt analfabete, noe som er svært problematisk i et samfunn som i høyeste grad krever lese- og skrivekyndighet.

SMED vil minne om at Handlingsprogrammet fra Verdenskonferansen mot rasisme i Durban i avsnitt 124 nevner særskilt statens forpliktelse i forhold til å unngå diskriminering av, og sikre tilgang til utdanning for, nasjonale, språklige og religiøse minoriteter. I tillegg anmodes statene å handle aktivt for å motarbeide systematiske forskjeller etniske grupper i utdanningssystemet. **SMED støtter** forslag til at lovens §3 forbyr trakassering særskilt. Etter vår oppfatning er det behov for å tydeliggjøre at aktivitetsplikten også kan gjøres gjeldende i utdanningsinstitusjoners ordinære virksomhet, ikke bare i forhold til arbeidsgiverrollen.

Punkt 3.7 Boligmarkedet og bosituasjonen (NOU 4.5)

Senteret har ikke hatt mange saker om diskriminering på boligmarkedet til behandling. Få saker på området har direkte sammenheng med mangelfull lovgivning på feltet. Det finnes således ikke adekvate rettslige verktøy for å forfølge slik forskjellsbehandling. Straffelovens § 349 a, og bestemmelsens anvendelse på saker om boligdiskriminering, er kommentert i punkt 11.4, og vi henviser til dette punkt når det gjelder behovet for et strafferettslig vern mot diskriminering på boligmarkedet.

Senteret mottatt henvendelser fra flere enkeltpersoner som opplyser at de har blitt avvist når de har forsøkt å leie bolig på det private leiemarkedet. Dette gjelder ikke bare i situasjoner som vil bli omfattet av det foreslåtte unntaket i lovens § 2 første ledd for ”personlige forhold”, men ved ordinær utleie hvor utleier ikke er i befatning med leietaker.

Et eksempel fra Trondheim belyser problemstillingen. En utleier – som leide ut leiligheter i to bygårder - opplyste til Adresseavisen at han hadde som prinsipp ikke å leie ut til mer enn to personer med ikke vestlig bakgrunn samtidig. Senteret bisto en fornærmet med en anmeldelse, men saken ble henlagt etter bevisets stilling. Det ble klaget over henleggelsen, men statsadvokatene i Trondheim opprettholdt henleggelsen. En slik forskjellsbehandling vil bli rammet av den nye loven.

Så lenge det etterspørres langt flere utleieleiligheter enn antallet leiligheter som er tilgjengelig for utleie, vil det skje en seleksjon av leietakerne. En viktig faktor vil være pris, men det er gjennom diverse undersøkelser som viser at selv når personer med minoritetsbakgrunn har midler til å betale markedsleie, vil leiligheten bli utleid til andre. Senteret viser her til NOU 2002:2 *Boligmarkedene og boligpolitikken* punkt 18.5.6, og rapporten *Etniske minoriteter og strategier på boligmarkedet i Oslo* av Susanne Søholt. De faktiske ulikehetene i forhold til tilpasning på boligmarkedet kommer klart frem av SSBs *Folke- og boligtellingen 2001* som har en egen gjennomgang av innvandreres boforhold, se <http://www.ssb.no/fobinnvbolig>.

Når det gjelder formidling av boliger for salg, vil en megler typisk formidle kjøpers bud til selger. I NOU 2002:12 nevnes et eksempel på at kjøper ikke har fått tilslag til tross for høyeste bud. En parallell sak ble fremmet for Senteret våren 2002. Budgiver fikk tilslag på et bud på NOK 1.250.000,-. Selger kontaktet megler og gav beskjed om at han ikke ville selge til vedkommende, og aksepterte et bud på NOK 1.190.000,-. Da megler ble spurt om hvorfor budet ikke ble akseptert, svart megler unnvikende og nevnte at selger ville selge til denne bestemte personen og ikke vedkommende etc. Forklaringen fra megler var lite troverdig omstendighetene tatt i betraktning. Budgiver opplevde at det var vedkommendes etniske opprinnelse som var problemet. Senteret er også informert om en situasjon hvor beboere i samme sameierlag har betalt mellomlegg mellom høyeste og nest høyeste bud til selger for å unngå at en familie med minoritetsbakgrunn flytter inn i nabolaget.

Senteret har ingen forutsetninger for å vurdere omfanget av denne formen for diskriminering ved kjøp og salg av fast eiendom. Denne formen for diskriminering vil bli omfattet av ny lov mot etnisk diskriminering. Meglere som etterkommer selgers krav om å forskjellsbehandle – så lenge

unntaksbestemmelsen i § 2 ikke kommer til anvendelse – vil opptre ulovlig og erstatningsbetingende.

Når det gjelder andelsleiligheter er hovedreglen at styret skal samtykke i overdragelsen. Som nevnt av Utvalget har Senteret behandlet saker hvor styret nekter å godkjenne en person med annen etnisk bakgrunn som andelshaver. En parallell problemstilling har Senteret behandlet ved fremleie av andelsleilighet. Senteret fikk til behandling en sak hvor styret i et borettslag avslo søknad om fremleie av en leilighet med slik begrunnelse: ”Årsak til avslaget er at innflyttere fra sydlige land og andre verdensdeler har ett annet atferdsmønster i og bo enn oss nordmenn. Dette i form av meget høyt støynivå etc.”. Saken er spesiell fordi begrunnelsen for avslaget er åpent. Det er imidlertid ingen grunn til å tro at andre avslag på godkjenning av andelshavere eller fremleie ikke har vikarierende begrunnelser selv om avslaget ikke er tilsvarende eksplisitt.

Det må nevnes at Senteret har fått til behandling flere saker som kan rubriseres som ”diskriminering og trakassering i bomiljø”. Kjernen i disse sakene er at en konflikt en eller flere andelshavere/sameier imellom blir gjort til et spørsmål om etnisk bakgrunn og kulturforskjeller. Konflikten ender gjerne med en klage overfor styret, som igjen resulterer i et etterfølgende en advarsel/irettesettelse eller varsel om oppsigelse/utkastelse. Senteret mener at disse sakene utgjør en viktig indikator på hvorledes flerkulturelle bomiljø fungerer, og hvorledes personer med minoritetsbakgrunn faktisk inkluderes i bomiljøer.

Senteret mener at diskriminering på boligmarkedet er en realitet og at dette er en av flere årsaker til at personer med minoritetsbakgrunn har en vanskelig situasjon på boligmarkedet. Det er derfor viktig at diskrimineringsforbudet gis anvendelse på det private boligmarkedet parallelt med en målrettet statlig innsats for å utjevne de dokumenterte forskjeller i tilpasning til boligmarkedet.

4. Vern mot etnisk diskriminering innen EU

(Kommentarer til NOUens kapittel 8)

SMED finner ikke grunn til å kommentere kapittelet i sin helhet, men begrenser våre kommentarer til 8.5 (*I hvilken grad samsvarer det rettslige vernet mot etnisk diskriminering i norsk rett med EUs regler om ikke-diskriminering?*).

Siden 1992 har EU truffet en rekke politiske og rettslige skritt som har gjort anti-diskriminering til et prioritert område, og det er på denne bakgrunnen helt på sin plass at lovutvalget har redegjort for denne utviklingen. Til tross for at Norge gjennom EØS-avtalen ikke er forpliktet til implementere EUs ikke-diskrimineringspakke (rådsdirektiv 2000/43/EF og rådsdirektiv 2000/78/EF), har Norge en rettstradisjon som vektlegger demokrati, menneskerettigheter og rettstatlige prinsipper. Lovutvalget tar ikke stilling til om Norge bør slutte seg til direktivene eller om Norge er forpliktet gjennom EØS-avtalen til å implementere direktivene. Lovutvalget mener likevel at et ny lov mot etnisk diskriminering bør ha et beskyttelsesnivå som ikke er lavere enn EUs på dette område⁵.

SMED er positive til at lovutvalget og regjeringen mener at beskyttelsen mot etnisk diskriminering i Norge bør være like effektiv som i andre europeiske stater.

Lovutvalget finner svakheter i dagens lovverk på en rekke områder og foreslår endringer som skal tilfredsstill minimumstandardene i EU-direktivene:

⁵ Regjeringen går, i Handlingsplan mot rasisme og etnisk diskriminering 2002-2006, inn for at EUs ikke-diskrimineringspakke innlemmes i EØS-avtalen slik at Norge forplikter seg til å legge seg på minst samme nivået som EU-statene på dette området.

- Definisjon

EU direktivet innebærer et krav om at definisjonen av diskriminerings- begrepet gjennomføres i lovs form. Diskrimineringsbegrepet innebærer en distinksjon mellom usaklig forskjellsbehandling som er å regne som ”diskriminering” og begrepet ”forskjellsbehandling” som er nøytralt og innebærer saklig forskjellsbehandling. Mer om definisjon og konsekvenser for andre lover (likestillingsloven, arbeidslivslovutvalgets forslag til ny arbeidslivslov) i kap. 7.3.1.

- Generelt forbud mot diskriminering på alle samfunnsområder

EUs direktiv fastsetter et forbud mot etnisk diskriminering i arbeidsliv, utdanning, sosial- og helseomsorg, sosialhjelp og tilgang til varer og tjenester. Lovutvalget mener at gjeldene regler i Norge, herunder menneskerettsloven, ikke gir samme vernet som følger av EU-direktivet. Utvalget foreslår derfor å konkretisere et generelt forbud mot etnisk diskriminering i lovs form (jf kap. 13).

- Positiv særbehandling

EU-direktivet artikkel 5 åpner for å ta i bruk positiv særbehandling for å sikre prinsippet om likebehandling. Det er imidlertid ingen plikt for medlemsstatene å innføre slike særtiltak. Sameloven er et eksempel på at det i norsk lov er mulighet til positiv særbehandling for å sikre etnisk likestilling. Utvalget mener at menneskerettsloven i en viss grad pålegger statene en plikt til å iverksette positiv særbehandling for å sikre kultur- og språkutøvelse.

- Vern mot negativ gjengjeldelse

EU-direktivet fastsetter i artikkel 9 regler som gir vern mot represalier og negativ gjengjeldelse. Slike regler finnes ikke eksplisitt i lovs form i Norge

SMED er positive til den foreslåtte § 5 *Forbud mot negativ gjengjeldelse*, som beskytter enkeltpersoner mot negativ gjengjeldelse i saker om etnisk diskriminering.

- Et effektivt håndhevingsapparat

EU direktivet inneholder flere artikler (art. 7, nr.1) som skal bidra til effektivt håndheving gjennom domstol eller forvaltningsapparat, samt opprette organer for fremme av etnisk likestilling (art. 13). Lovutvalget er av den oppfatning at dagens håndhevingsystem i Norge ikke tilfredsstillende minimumskravet i EU direktivet om effektivt vern.

- Sanksjoner

Art. 15 i EU-direktivet fastsetter at landene skal innføre sanksjoner ved overtredelse av den enkelte lands bestemmelser fastsatt i medhold til direktivet. Norge har per i dag ikke gitt noen bestemmelser som følge av dette direktivet og dermed foreligger heller ingen sanksjoner. SMED støtter utvalgets oppfatning om at den norske loven må ha minst samme ambisjonsnivå som EUs direktiv, og mener SMEDs konkrete forslagene til endring i lovteksten vil ivareta dette hensynet.

5. Innarbeiding av FNs rasediskrimineringskonvensjon i norsk rett

(Kommentarer til NOUens kapittel 10)

Utvalget foreslår inkorporering av FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) gjennom endring i menneskerettsloven. I tillegg til de argumenter som er anført av utvalget selv, vil SMED fremheve følgende som taler for at rasediskrimineringskonvensjonen tas inn i menneskerettsloven:

Det er nå offisielt at FNs barnekonvensjon i nærmeste framtid vil bli foreslått inkorporert i norsk rett. Det er også – så vidt SMED har kjennskap til – meget aktuelt at også FNs kvinne-diskrimineringskonvensjon blir foreslått inkorporert. Dette reflekterer at man har gått bort fra at

en sontring mellom såkalte hovedkonvensjoner og spesialkonvensjoner skal ha avgjørende betydning for valg av innarbeidingsmåte. Forbud mot diskriminering, rett til likhet for loven og rett til lik beskyttelse av loven, er grunnpilarer i det internasjonale menneskerettsvern. FNs rasediskrimineringskonvensjon er det menneskerettsinstrument som på den mest omfattende og presise måte gir individet vern mot etnisk diskriminering. Innenfor sitt område er derfor konvensjonen en kjernekonvensjon. I lys av dette ville SMED se det som oppsiktsvekkende dersom man skulle velge en mindre helhetlig innarbeidingsmåte av rasediskrimineringskonvensjonen enn av barnekonvensjonen og eventuelt også kvinnediskrimineringskonvensjonen.

Da menneskerettsutvalget i NOU 1993:18 drøftet om FNs rasediskrimineringskonvensjon var egnet for innarbeiding, vurderte den om rasediskrimineringskonvensjonen i tilstrekkelig grad inneholdt bestemmelser som gir *individuelle rettigheter*. Utvalget konkluderte med at konvensjonen ikke kun pålegger statene plikter. Utvalget viser til at artikkel 5 regner opp en rekke rettigheter som statene påtar seg å sikre, og at artikkel 14 innebærer at konvensjonen kan påberopes internasjonalt av individer. SMED stiller spørsmål ved om en sontring mellom konvensjoner som gir individene rettigheter og konvensjoner som pålegger statene plikter nødvendigvis bør være avgjørende for valg av innarbeidingsmåte: Kan ikke Individets rettigheter utledes av statens plikter? Vil ikke en inkorporering av statens plikt til jf. RDK artikkel 6 å ”sikre enhver under dens jurisdiksjon effektivt vern og midler gjennom nasjonale domstoler og andre statsinstitusjoner mot enhver rasediskriminering”, også innebære at individet også får en rett til slik effektiv beskyttelse?

Menneskerettsutvalget skriver også i NOU 1993. 18 at ”rettighetene i CERD stort sett vil være dekket av hovedkonvensjonene”. SMED er enig i at diskrimineringsforbudene i allerede inkorporerte konvensjoner – særlig det generelle diskrimineringsforbudet i artikkel 26 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter – gir individet et vidtrekkende vern mot etnisk diskriminering. Vi vil imidlertid fremheve enkelte områder hvor FNs rasediskrimineringskonvensjon etter vår vurdering kan gi individet bedre vern enn allerede inkorporerte konvensjoner:

Rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 f) pålegger statene å sikre likhet for loven når det gjelder rett til adgang til ethvert sted eller innretning til bruk for allmennheten så som transportmidler, restauranter, teater og parker.

Tilsvarende uttrykkelig beskyttelse mot diskriminering ved utesteder finnes ikke i noen av de konvensjonene som allerede er inkorporert i norske rett. Utestedsdiskriminering er et omfattende problem i Norge. Å få anerkjennelse for at denne type diskriminering er alvorlig og bør bekjempes effektivt, er imidlertid vanskelig. Å inkorporere rasediskrimineringskonvensjonen som klart sier at slik diskriminering er et menneskerettsbrudd, vil både kunne ha selvstendig rettslig betydning og gi riktig signal.

Statens plikt til å sikre likhet for loven ved valg av ektefelle, er uttrykkelig beskyttet av rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 nr .3 d). FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 23 beskytter også retten til å inngå ekteskap, men uttrykker ikke retten til selv å velge like klart som den rasediskrimineringskonvensjonen

FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 5 bokstav b) pålegger staten plikt til å sikre likhet for loven når det gjelder rett til beskyttelse fra staten mot å bli utsatt for voldshandlinger. I tilfelle hvor enkeltpersoner for eksempel opplever at de på grunn av sin etnisitet ikke har fått tilstrekkelig beskyttelse av politiet etter å ha blitt utsatt for vold fra en annen privatperson, vil denne bestemmelsen i rasediskrimineringskonvensjonen gi et mer klart og presist vern enn det generelt utformede diskrimineringsforbudet i artikkel 26 i SP.

Kunne en delvis inkorporasjon – slik at man kun inkorporerte de bestemmelsene som rekker lenger enn allerede inkorporerte konvensjoner – være en egnet innarbeidingsmåte? Utvalget

kommer under pkt 10.4.2 med prinsipielle innvendinger mot en slik delvis inkorporering. SMED slutter seg til disse innvendingene. I tillegg vil vi fremheve følgende: Det følger av fortalen til Rasediskrimineringskonvensjonen at formålet med konvensjonen er å gi et *helhetlig* vern mot alle former for rasediskriminering. Dette helhetlige formålet har gitt seg utslag i at bestemmelsene i konvensjonen *tilsammen* gir personer som er utsatt for etnisk diskriminering et tilnærmet fullstendig rettslig vern. Velger man å inkorporere kun *deler* av dette vernet i norsk rett, mister man dette helhetsperspektivet.

I tillegg vil SMED fremheve at Rasediskrimineringskonvensjonen, på samme måte som de allerede inkorporerte menneskerettskonvensjonene, bør forstås som levende instrument som skal tolkes i lys av samfunnsutviklingen. Inkorporasjon innebærer at den autentiske konvensjonsteksten gjøres til en del av norsk rett. En slik innarbeidingsmåte vil på den klareste måte signalisere at rasediskrimineringskomiteens generelle uttalelser og standpunkt i individuelle klagesaker er relevante rettskildefaktorer ved fastleggningen av hvor langt vernet i den enkelte sak rekker. Inkorporering er derfor den innarbeidingsmetode som er best egnet til å sikre at norske rettsanvendere tolker konvensjonen i lys av den utvikling rasediskrimineringskomiteens uttalelser tilsier.

SMED mener at rasediskrimineringskonvensjonen bør innarbeides i norsk rett ved *inkorporering* og gis *forrang* framfor annen lovgivning, slik utvalget forslår.

SMED deler selvsagt utvalget syn om at en inkorporering av rasediskrimineringskonvensjonen ikke er tilstrekkelig til å løse de spesifikke rettslige problemstillinger som gjelder etnisk diskriminering i Norge i dag. Men den kombinerte effekten en inkorporering av Rasediskrimineringskonvensjonen gjennom endring i menneskerettsloven og en ny lov mot etnisk diskriminering, vil *samlet* sett både gi det rettslige vernet mot diskriminering *økt legitimitet, større gjennomslag og økt grad av presisjon og klarhet*.

Kort merknad til vedlegg 3: norsk oversettelsen av rasediskrimineringskonvensjonen.

Rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 på side 402 inneholder en inkurie. Selv om det uansett vil være den autentiske (engelske) teksten som vil bli inkorporert i norsk rett, gjør vi oppmerksom på følgende for å sikre at de norske oversettelsen blir riktig:

Det står i innledningen i artikkel 5: *...påtar konvensjonspartene seg å forby og avskaffe enhver form for rasediskriminering og å sikre enhver form for rasediskriminering... (vår utheving)*. Det som er uthevet av oss må utvilsomt fjernes.

6. Strafferettslig vern mot rasistiske ytringer og handlinger

(Kommentarer til NOUens kapittel 11)

6.1 Utvidelse av virkeområdet av straffelovens § 135 a (NOU 11.3.2)

Etter en gjennomgang av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol og FN's menneskerettskomité, konkluderer Kyrre Eggen for utvalget (utvalget) i kapittel 11.2.4.2 på side 203 med at *"norsk rett innrømmer en mer omfattende ytringsfrihet for den som fremsetter diskriminerende ytringer, enn hva som kan utledes av EMK artikkel 10 og SP artikkel 19."*⁶ Utvalget tar derfor utgangspunkt i at lovgiver har et handlingsrom som tilsier at straffeansvaret etter § 135a kan skjerpes og foreslår enkelte endringer i straffeloven § 135 a med sikte på at den skal omfatte flere tilfeller av rasistiske ytringer og meddelelser.

⁶I Eggen, Ytringsfrihet, 2002 på side 512 uttrykkes det samme.

Nedenfor følger først våre generelle merknader til utvalgets syn om behov for et styrket strafferettslig vern mot rasistiske ytringer i norsk rett. Deretter følger enkelte merknader til de konkrete endringsforslagene utvalget har gått inn for.

6.1.1 Generelle merknader

I prinsippet er ytringsfrihet tenkt som et vern mot diskriminering og rasistisk hets. SMED slutter seg langt på vei til Ytringsfrihetskommisjonen som i NOU 1999: 27 s. 154 fremhever at rasisme må kunne uttrykkes for å bli bekjempet gjennom at standpunkter luftes, renses og anstendigjøres i det offentlige rom.

SMED er likevel enig med utvalget i at det er behov for endringer i straffeloven § 135a for å gjøre den til et mer effektivt vern for den som er utsatt for rasistisk hets og trakassering. Rasismen er etter vårt syn i sitt vesen irrasjonell og derfor også i betydelig grad upåvirket av en diskurs bygd på rasjonelle argumenter. Et effektivt straffebud mot rasistisk trakassering er etter vårt syn en nødvendig anerkjennelse av at det spesifikke ved rasismen gjør at man kan slå ned på ytringer som grovt overskrider grensene for en anstendigjørende debatt. Et straffebud mot grove rasistiske ytringer og oppfordringer til rasistisk vold og diskriminering – som er klart nok til å kunne bli håndhevet på en effektiv måte – er et redskap rettsstaten bør ha for hånden til bruk når mindre inngripende virkemiddel ikke er tilstrekkelig.

6.1.2 Merknader til de enkelte endringsforslagene

6.1.2.1 Utvalget forslag om å endre kravet om at en ytring må være *frem satt offentlig eller spredt blant allmennheten for å rammes*

Dette forslaget er ment å bety en utvidelse av virkeområdet a § 135 a i to retninger, jf. utvalget kapitel 11.3.2 side 208:

”Også ytringer som ikke fremsettes offentlig og som ikke spres blant allmennheten, vil rammes av § 135 a. om de først har potensielle virkninger av kvalifisert karakter”.

2 *”Det krav som synes å være lagt til grunn i Beheim-Karlsen saken om at siktede positivt må ha hatt til hensikt at ytringen skal spres offentlig, ikke vil være anvendelig.”*

Utvalgets forslag er ment å innebære at det er tilstrekkelig at det er flere enn gjerningsmann og offer tilstede. Rene topartsforhold vil ikke bli omfattet.

SMED er enig med utvalget i at grove rasistiske angrep fremsatt på en privat sammenkomst vil kunne oppfattes som like truende som utsagn som fremsettes på en offentlig plass eller i nærvær av en større gruppe. SMED viser til de faktiske omstendigheter i Beheim-Karlsen saken som viser rasisme som spres innen en liten privat krets kan ha særlig skadepotensiale.

SMED framhever også at Norges plikt til å forby rasediskriminerende ytringer etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 20 (2) ikke trekker et avgjørende skille mellom ytringer fremsatt i de offentlige rom og ytringer fremsatt i det private rom.

SMED mener de hensyn som typisk, men ikke alltid, taler for en større terskel for rasistiske ytringer i det private rom, kan ivaretas ved vurderingen av om ytringen er av kvalifisert krenkende art, eller kan forstås slik at den oppfordrer til vold eller diskriminerende handling.

SMED støtter derfor utvalget i at ytringer fremsatt i det private rom ikke bør være unntatt fra virkeområdet for regelen.

I kapitel 11.3.2 på side 207 synes utvalget å forstå rettens uttalelser i Beheim-Karlsen slik at det i denne saken er lagt til grunn at § 135 a krever *”at siktede positivt må ha hatt til hensikt at ytringen skal spres offentlig”*. I lys av dette ser SMED ser grunn til kort å fremheve følgende: Gjeldende rett krever at *forsett* må omfatte alle de omstendigheter som gjør handlingen til en forbrytelse, herunder at den er fremsatt offentlig. Heller ikke gjeldende rett kan tolkes slik at det foreligger

krav om hensikt. SMED presiserer dette for at endringen utvalgets foreslår ikke skal fremstå som mer omfattende enn det faktisk er.

6.1.2.2. Utvalgets forslag om å erstatte ordet ”utsetter for hat...” med ”fremmer hat...”.
SMED fremhever først følgende: Heller ikke etter gjeldende rett kan det oppstilles krav om at en ytring må lede til krenkende virkninger for å rammes av § 135 a jf. følgende uttalelse fra Høyesterett, Rt. 1997 s. 821 Kjuus, ”Jeg kan ikke se at det verken i loven eller i rettspraksis er grunnlag å oppstille noe krav om at de diskriminerende utsagn har medført påviselige skadevirkninger”.⁷

Dette er også fremhevet av utvalget under kapittel 11.2.3 på side 201 hvor utvalget skriver om gjeldende rett: ”Et spørsmål er om det oppstilles krav om at ytringene må lede til krenkende virkninger for å falle utenfor ytringsfrihetsbeskyttelsen. Selv om Rt. 1978. S 1072 (lesebrevsaken) trekker i denne retning, kan det **ikke** oppstilles noe slikt krav”(vår utheving).

SMED presiserer dette for å få klart fram om og eventuell hvilke endring utvalgets forslag om å endre begrepet ”utsetter” med ”fremmer” vil ha.

En naturlig forståelse av ordlyden ”fremmer” i denne konteksten, er at ytringen må ha potensiale til å lede til noe, for at den skal være omfattet. Dersom utvalget kun tar sikte på at ordet ”fremmer” skal sikre at ytringer med potensielle skadevirkninger omfattes, selv om skade rent faktisk ikke har inntrådt, innebærer forslaget kun en *presisering* av gjeldende rett. Dersom man ønsker å endre begrepet ”utsetter for hat forfølgelse eller ringeakt” for å *skjerpe* straffansvaret mener SMED at lovgiver derfor bør velge et mer klargjørende begrep enn ”fremmer”.

Å finne ett begrep som bør erstatte ordet ”utsetter for” er etter vår vurdering vanskelig. Dette henger blant annet sammen med oppbyggingen av § 135 a, som sammenstiller hat, forfølgelse og ringeakt. SMED mener blant annet av denne grunn, men også av mer overordnede grunner jf. nedenfor under pkt 6.5, at det er behov for en mer omfattende revisjonen av § 135a. Under denne revisjonen bør man etter vår vurdering ta sikte på å gi klarere kriterier for hvilke ytringer som rammes av bestemmelsen, blant annet for å gjøre det lettere å ta stilling til påtalespørsmålet.

6.1.2.3 Utvalgets forslag om å lempe forsettskravet slik at også grovt uaktsomme ytringer rammes.

Utvalget foreslår å lempe skyldkravet, slik at også *grovt uaktsomme* rasistiske ytringer rammes. Utvalget viser til at Riksdvokaten har foreslått slik endring i brev til Justisdepartementet 4. Juli 2001 og slutter seg til Riksadvokatens argument om at en slik endring vil kunne ha atskillig å si i praksis. Utvalget fremhever særlig at ”Det i dag er vanskelig å oppstille bevis for at gjerningsmannen har uttalt eller meddelt seg slik at han også har akseptert følgen av uttalelsen slik § 135a beskriver denne følgen”.

SMED er enig med utvalget i at foreslaget kan bidra til å gjøre straffebestemmelsen noe lettere å håndtere ved at vurderingen av om det foreligger grov uaktsomhet, det vil si hva gjerningsmannen ”må/måtte forstå”, kan vurderes ut fra en mer objektiv norm enn om vurderingstemaet er hva gjerningsmannen faktisk forstod.

SMED er enig i utvalgets forslag, men fremhever samtidig at de beviskrav dommeren stiller for at skyldkravet skal anses oppfylt, likevel i praksis vil kunne spille større rolle for resultatet enn om skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet.

6.1.3 Utvalgets forslag til redaksjonelle endringer

⁷ Se også Eggen ”Ytringsfrihet” side 509 med videre referanse til Nystuen 1991 s. 64

Utvalget foreslår at dagens kategori ”trobskjennelse” erstattes med religion for å unngå en terminologi som først og fremst gir assosiasjoner til kristendommen.

SMED mener at religion og livssyn bør likestilles, og foreslår at trobskjennelse erstattes med religion eller livssyn.

SMED er enig med utvalget i at kategorien rase bør utgå.

6.1.4 Behov for mer omfattende revisjon av § 135 a og balansert utredning om forholdet mellom § 135a og ytringsfriheten.

Utvalget viser i kapittel 11.2.4.1 på side 203 til sin egen gjennomgang under kapittel 11.2.2.3 og skriver at staten ifølge CERD har plikt til å straffesanksjonere følgende ytringer:

- ytringer som på krenkende vis gir uttrykk for ideer om rasemat
- ytringer som oppfordrer til diskriminering
- ytringer som oppfordrer til vold mot bestemte raser eller etniske grupper.

Under 11.2.2.3 på side 188 nevner utvalget imidlertid ytterligere en type ytring staten i følge CERD må straffesanksjonere:

- ytringer som gir uttrykk for ideer om rasemessig overlegenhet.

Rasediskrimineringskomiteen har i kommentarer til Norge i CERD/C304/add 8, av 1. mai 2001 para 14, uttrykt at den mener at staten kan straffesanksjonere ytringer som sprer budskap om at en rase er overlegen en annen uten at dette strider mot ytringsfriheten.

Rasediskrimineringskomiteen har også i generell anbefaling XV 1993 om tolkningen av rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 4 identifisert de kategorier staten har plikt til å straffesanksjonere på følgende måte:

”Article 4 (a) requires States parties to penalize four categories of misconduct:

- (i) dissemination of ideas based upon racial superiority;*
- (ii) incitement to racial hatred;*
- (iii) acts of violence against any race or group of persons of another colour or ethnic origin;*
- (iv) incitement to such acts.”*

Utvalget skriver imidlertid på side 190 at det er *”tvilsomt om det er korrekt at det alltid vil være i overensstemmelse med ytringsfriheten å forby den rene meningsytring om at en rase er overlegen en annen”*.

Avveiningen mellom ytringsfriheten og retten til vern mot rasistiske ytringer reiser som vel kjent kompliserte dilemmaer. Uansett hvilke ytringer straffeloven § 135a forbyr, vil tolkningen av Grunnlovens § 100 ha avgjørende betydning for retten til vern mot rasistiske ytringer.

Etter SMEDs vurdering er det – særlig i lys av de endringer i Grunnloven § 100 som er foreslått av ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999:27 – behov for en mer omfattende vurdering av forholdet mellom § 135a og ytringsfriheten.

Utvalget fremhever under sammenfatningen i kapittel 11.2.6 på side 205 at en skjerpelse av straffeloven av § 135a vil kunne få problemer med å stå seg i forhold til den nye grunnlovsbestemmelsen, med mindre Stortinget ved eventuell vedtakelse av ny Grunnlov § 100 uttrykkelig presiserer at en slik skjerpelse er grunnlovsmessig.

For at Stortinget skal få et solid grunnlag for å foreta vurderingen av behovet for en slik presisering, bør det etter SMEDs vurdering utredes grundigere hvilke ytringer staten har plikt til å straffesanksjonere etter CERD. I tillegg mener SMED det er behov for at begrunnelsen for å straffesanksjonere rasistiske ytringer blir belyst og utdypet i større grad enn det utvalget har gjort

i NOU2002 : 12. Norges forpliktelser etter CERD og begrunnelsen for vernet mot rasistiske ytringer taler etter vårt syn for omfattende endringer i § 135 a. Samtidig vil en grundig gjennomgang av Norges folkerettslige forpliktelser til å forby rasistiske ytringer samt en gjennomgang av begrunnelsen for vernet mot rasistiske ytringer, gi Stortinget et mer helhetlig bilde når den skal vurdere ytringsfrihetskommisjonens forslag til ny § 100.

6.2 Straffelovens § 349 a) (NOU 11.4)

6.2.1 Endring av ordlyden i straffelovens § 349 a

Lovutvalget har foreslått å endre ordlyden i straffelovens § 135 a og § 349 a slik at trosbeskjennelse endres til religion og slik at rase utgår fra oppregningen.

Senteret støtter lovutvalgets vurderinger i punkt 11.4 jf punkt 11.3.2. Begrepet ”rase” har ikke et presist meningsinnhold, og gir i tillegg stigmatiserende assosiasjoner, og bør utgå av lovverket.

6.2.2 Behovet for straffebestemmelser i tillegg til sivilrettslig lovgivning

Lovutvalget legger til grunn at diskrimineringsforbudet i lovforslagets § 3 vil dekke gjerningsbeskrivelsen i straffelovens § 349 a, men at rettsfølgen vil være ulik, henholdsvis oppreisning/erstatning og straff. Senteret ser at dette vil være tilfelle, og at det kan gi grunn til å reise spørsmålet om vi treger straffebestemmelsen i strl § 349 a. Vi mener at det er behov for et parallelt strafferettslig vern, og vil komme med noen bemerkninger til dette.

For personer med minoritetsbakgrunn vil integritetskrenkelsen forbundet ved å bli nektet tilgang til varer eller tjenester som følge av religion, etniske bakgrunn, hudfarge el., være *betydelig*. Å bli avvist ved døren på et utested begrunnet i at ”det er fullt ”eller ”bare for medlemmer”, mens etniske norske slipper inn, oppleves som rasisme. Krenkelsen forsterkes ofte ytterligere ved at utenforstående, en kjæreste og/eller venner er vitne til hendelsen.

Det strafferettslige vernet bør ikke betraktes som en sikkerhetsventil jf lovutvalgets formulering. For kvalifisert klanderverdig opptreden i tilknytning til næringsvirksomhet, er den adekvate reaksjonen straff og eventuelt et borgerlig rettskrav i form av erstatning/oppreisning for overtredelse av diskrimineringsforbudet i lovforslagets § 3. Et straffebud alene gir ikke et effektivt vern mot diskriminering, men et straffebud i kombinasjon med sivilrettslig lovgivning vil gi et signal om hvorledes lovgiver betrakter saker om diskriminering.

Senteret vil dessuten fremheve at det er uheldig dersom det strafferettslige vernet mot denne formen for krenkelser er forskjellig fra andre diskrimineringsgrunnlag som religion og seksuell orientering. Dersom vernet mot ”forretningsnektelse” i strl § 349 a) skal bygges ned, bør dette vurderes mer prinsipielt og overordnet for alle de aktuelle grunnlagene. Det er også grunn til å bemerke at reglene om foretaksstraff jf strl § 48 a kan komme til anvendelse i saker om overtredelse av strl § 349 a).

Hovedproblemstillingen knyttet til strl § 349 a) er ikke vernet etter bestemmelsen er illusorisk, men snarere at etterforskning av anmeldelser krever en særskilt innsats og ressurser. I forhold til å avdekke f eks utestedsdiskriminering har enkelte politidistrikt igangsatt spaning rettet mot de utestedene som det har kommet klager på. Etter Senterets erfaring har dette vist seg å være et effektivt men ressurskrevende virkemiddel som kanskje bare skal tas i bruk av og til. Signaleffekten ved at politiet faktisk er engasjert i slike saker betydelig.

Senteret mener at forbudet i strl § 349 a må opprettholdes parallelt med en ny lov mot etnisk diskriminering. Kvalifisert klanderverdig opptreden bør kunne forfølges strafferettslig.

6.2.3 Utstedtsdiskriminering

Saker om utestedsdiskriminering er en av de to hovedkategoriene av saker som har vært anmeldt med utgangspunkt i strl § 349 a. Den andre kategorien saker, boligdiskriminering behandles nedenfor i punkt 6.2.3.

Senteret er kjent med at det er tatt ut tiltale med hjemmel i § 349 a, eller utsted forelegg, i flere saker om utestedsdiskriminering. F eks bisto Senteret ved utarbeidelse av en anmeldelse som endte med at et utested i Nord-Norge vedtok et forelegg på NOK 70.000,-. Når det gjelder de ordinære domstolene, kan det nevnes at 2 dørvakter ved et utested i Oslo ble dømt for overtredelse av bestemmelsen i november 2002.

Liten eller ingen rettspraksis i saker om utestedsdiskriminering er ikke ensbetydende med at bestemmelsen ikke har en preventiv funksjon. For det første er det i liten grad publisitet omkring vedtatte forelegg. For det annet vil politiets særskilte og periodevise innsats for å avdekke slike lovbrudd både ha en forebyggende effekt, og bidra til at slik diskriminering faktisk avdekkes.

Senteret mener at det er et særskilt behov for et strafferettslig vern mot såkalt utestedsdiskriminering.

6.2.4 Boligdiskriminering

Når det gjelder saker om boligdiskriminering er det færre eksempler på at bestemmelsen er anvendt. Det er klart at medvirkning ikke rammes av bestemmelsen, og det er klart at eiendomsmeglers virksomhet er omfattet av forbudsbestemmelsen.⁸

Når det gjelder formidling av bolig for utleie har Høyesterett ved en anledning tatt stilling til straffebestemmelsens rekkevidde, jf Rt 1999.1192. Dommen er interessant fordi den har blitt stående som et eksempel på den strafferettslige beskyttelsen mot boligdiskriminering. Dommens vekt som prejudikat er imidlertid begrenset. Saken gjaldt et nok så atypisk virksomhet, hvor boligformidler i meget liten grad deltok aktivt i matching av utleier og leietaker.

Sakens kjerne var at A's selskap formidlet tilgang til et kartotek hvor boligsøkende betalte et engangsvederlag for å få tilgang til ledige utleieboliger. A's selskap var ikke involvert i visninger, kontraktsforhandlinger etc. Ut over den generelle informasjon som pris, beliggenhet, størrelse, fremgikk det av kartoteket en egen rubrikk som ble betegnet som "huseiers ønsker". I denne rubrikken ble det blant annet påført utleier preferanser og krav med hensyn til hvem de eventuelt ønsket som leietakere. I dette kartoteket fremgikk det blant annet at et kartotek kort ble påført "Norske i fast jobb!", i den forstand at det ikke var ønsket personer med annen etnisk opprinnelse enn norsk.

Høyesterett frifant selskapet og la avgjørende vekt på at så lenge en boligformidler selv ikke gjorde annet enn å formidle en underliggende tjeneste, i dette tilfellet formidling av privat utleie, var slik virksomhet ikke omfattet av forbudet. Formidlerens rolle var i dette tilfelle kun å samle inn utleiers tilbud slik at leietaker mot betaling fikk tilgang til et kartotek over utleieboliger, med mulighet til selv å ta kontakt med utleier og forhandle om en leieavtale. Av domspremissene fremgår det som en avgjørende forutsetning at A kun presenterte de private utleiers tilbud for de boligsøkende, implisitt - at A ikke selv diskriminerte boligsøkende.

I de tilfellene hvor formidler bidrar aktivt til å matche utleier og leietaker, eller på annen måte bidrar til kontraktsinngåelsen, er det - basert på domspremissene - grunn til å tro at utfallet ville blitt et annet. På det tidspunkt boligformidler aktivt bidrar til seleksjonen av objekter for utleie

⁸ Ot prp 29 (1980-81) Om lov om endringer i str.l. § 135a og § 349a (forbud mot diskriminering av homofile)

eller salg med utgangspunkt i boligsøkers etnisitet basert på utleier eller selgers preferanser, blir etnisk diskriminering en del av formidlerens praksis. Senteret finner grunn til å tro at majoriteten av landets boligformidlingskontor og meglere bidrar så aktivt i prosessen med å matche boligsøker og utleier, eller kjøper og selger, at forskjellsbehandling grunnet etnisitet vil være omfattet av strl § 349 a. Boligformidlingskjennelsen gjelder etter Senterets vurdering en unntakssituasjon hvor formidleren spiller en særlig passiv rolle.

Senteret vil fremheve at i forhold til saker og diskriminering på boligmarkedet vil lovforslaget innebære et viktig supplement til strl § 349 a) dels fordi lovforslaget omfatter all diskriminering på boligmarkedet jf forslaget § 2 og dels fordi instruks om å diskriminere omfattes av bestemmelsen jf forslaget § 3 bokstav c). Vi forstår forslaget § 2 sammenholdt med § 3 bokstav c) dithen at private personer fortsatt har en viss adgang til å forskjellsbehandle ved utleie av bolig, jf unntaksbestemmelsen i § 2 for familieliv og personlige forhold, men utleier kan ikke instruere boligformidler eller megler i å medvirke til selve diskrimineringen.

Rekkevidden til forbudet mot instruks om å diskriminere er imidlertid uavklart i forhold til *instruks om å diskriminere ved formidling av boliger som faller inn under unntaket for "familieliv og personlige forhold"*. Spørsmålet er om en privat person kan instruere en boligformidler i å leie ut rommet i boligen kun til en "etnisk norsk mann/kvinne"? Gode grunner tilsier at § 3 bokstav c) gis anvendelse:

- Det oppleves som særlig krenkende for personer med minoritetsbakgrunn at annonser/registre som inneholder tekst som "kun etnisk norske", "ikke afrikanere" etc gjøres tilgjengelig for almenheten av seriøse boligformidlere og meglere. Utleier selv kan foreta en seleksjon hjemlet i unntaksbestemmelsen, men uten at stigmatiserende formuleringer publiseres/gjøres tilgjengelig for almenheten.
- Det vil være umulig for den som mottar en instruks om å diskriminere å vurdere hvorvidt vilkårene for at unntaksbestemmelsen i § 2 er oppfylt. Utleiere som ønsker å diskriminere vil ha en interesse i å utvide rekkevidden av unntaksbestemmelsen, og formidler vil langt på vei være henvist til å legge denne vurderingen til grunn. I praksis kan dette bety at det lovbestemte vernet svekkes.
- For boligformidlere og meglere, og aviser/periodiske publikasjoner, vil det kunne oppleves som belastende å ikke ha en eksplisitt hjemmel for å avvise denne typen instruks som ulovlige. Et forbud vil disiplinere utleier til å holde fordommer av denne typen borte fra det offentlige rom, fordi den som mottar en slik instruks om å diskriminere kan vise til at instruksjonen er ulovlig.
- Dersom slike instruksjoner ikke omfattes av lovforbudet, kan den spesielle situasjonen oppstå at boligformidler som etterkommer instruksjonen, vil kunne overtre forbudet i § 349 a). Forutsatt at boligformidler aktivt skal matche og bistå i kontraktsforhandlingene, kan den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet være oppfylt, i motsetning til hva som var tilfelle i Boligformidlingskjennelsen. Vi kan ikke se at en instruks om at en næringsdrivende skal begå en straffbar handling, skal betraktes som lovlig.

Lovteknisk er det ikke nødvendig å gjøre endringer i lovutkastet for at instruks om å diskriminere, f.eks. i forbindelse med formidling av rom i privat bolig, skal være omfattet av lovens § 3 bokstav c). Senteret mener at når en person instruerer noen i å diskriminere som ledd i vedkommendes ervervsvirksomhet, vil ikke forholdet lenger ha karakter av å være "familieliv og personlig forhold". Det vil derfor kun være nødvendig med en presisering i forarbeidene til § 3 bokstav c) om at slike instruksjoner omfattes.

Senteret er mener at diskriminering på boligmarkedet normalt bør sanksjoneres ved oppreisning/erstatning. Kvalifisert klanderverdig adferd bør imidlertid fortsatt kunne lede til en straffereaksjon.

7. Forbud mot etnisk diskriminering

(Kommentarer til NOUens kapittel 13)

7.1 Lovens formål (NOU 13.3)

Lovutvalget har foreslått en formålsbestemmelse som fastslår at ”lovens formål er å hindre etnisk diskriminering og sikre like muligheter og rettigheter for alle uavhengig av etnisitet”.

Senteret mener at ambisjonsnivået med loven ikke må være begrenset til å etablere et *rettslig vern mot etnisk diskriminering*. Lovgivning på dette feltet er mer enn et verktøy for å kompensere for *individuell urett*. Det rettspolitiske og verdibaserte grunnlaget loven hviler på bør dels fremgå av lovens tittel, jf at vi mener loven bør hete lov for etnisk likestilling, og dels eksplisitt av formålsbestemmelsen.

EU direktiv 2000/43 EF og 2000/78 EF benytter i den danske versjonen av direktivteksten henholdsvis formuleringen ”gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse” og ”ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erverv”. Likebehandling er formålet, rettslig forbud mot diskriminering er et virkemiddel.

Lov om likestilling mellom kjønnene er en annen relevant parallell. Både lovens tittel og formålsbestemmelsen gir et utvetydig inntrykk av at formålet er mer enn å kompensere for individuell urett, dvs usaklig forskjellsbehandling grunnet kjønn.

”Denne lov skal fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling. Offentlige myndigheter skal legge forholdene til rette for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder. Kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling.”

Senteret ser ingen grunn til at lovens formål skal formuleres med større tilbakeholdenhet enn det som er valgt for kjønnslikestilling. Dette er etter Senterets vurdering spesielt viktig tatt i betraktning det forskning i dag har dokumentert av forskjeller mellom majoritets- og minoritetsbefolkningens situasjon på arbeidsmarkedet, boligmarkedet og deltakelse f eks i politiske partier både lokalt og nasjonalt.

Videre er det grunn til å fremheve at lovforslagets bestemmelse om aktivitetsplikt vil være et virkemiddel i arbeidet for etnisk likestilling, og noe langt mer enn å effektivisere et forbud mot etnisk diskriminering. Den viktige betydningen aktivitetsplikten vil ha i denne sammenheng, bør også gjenspeiles i formålsbestemmelsen.

Senteret mener at lovens formålsbestemmelse bør endres slik at bestemmelsen dekker lovens målsetting om å være et virkemiddel for etnisk likestilling og kompensere for diskriminering. Vi foreslår følgende endring av formålsbestemmelsen i forslaget § 3:

”Lovens formål er å sikre like muligheter og rettigheter for alle uavhengig av etnisitet, tro, nasjonal opprinnelse, nasjonalitet, språk og hudfarge. Formålet skal sikres ved et vern mot etnisk diskriminering av enkeltpersoner og en plikt til å arbeide for etnisk likestilling.”

7.2 Allment om diskrimineringsgrunnlaget (NOU 13.4.2)

Utvalget drøfter i kapittel 13 om loven bør forby flere diskrimineringsgrunnlag enn etnisitet, men konkluderer av ulike grunner med at lovteksten kun bør angi etnisitet som forbudt diskrimineringsgrunnlag. Under punkt 13.4.2.4 skriver imidlertid utvalget:

”Termen etnisk diskriminering favner over en rekke delelementer, som diskriminering på grunnlag av rase, hudfarge, språk og så videre”.

SMEDs vurdering er at enkelte av de grunnlagene som har særlig nær sammenheng med etnisitet, bør forbys uttrykkelig. Nedenfor følger vårt syn på hvilke diskrimineringsgrunnlag som – i tillegg til etnisitet – bør forbys i lovteksten:

7.2.1 Diskriminering på grunn av rase

Vi er enig med utvalget i følgende som fremheves under pkt 13.4.2.3 på side 231:

"Rasistisk diskriminering ligger naturligvis i kjerneområdet for den etniske diskriminering, og faller klart inn under lovutkastets diskrimineringsvern". SMED deler imidlertid også utvalget syn om at rasebegrepet ikke bør videreføres og er enig i at et forbud mot diskriminering på grunnlag av etnisitet klart nok omfatter det som ellers kunne betegnes som diskriminering på grunn av rase.

7.2.2 Diskriminering på grunn av religion eller livssyn

Lovutvalget oppfattet sitt mandat fra regjeringen slik at det sto *"fritt til å foreslå både en lov der diskriminering på grunnlag av religion direkte blir rammet av bestemmelsene i loven om forbud mv., og en lovtekst der religion utgjør en del av et videre etnisitetsbegrep"*, se pkt. 13.4.2.4 på side 232. Utvalget valgte sistnevnte modell, hvilket innebærer at det bare er diskriminering på grunnlag av religion som *også er etnisk betinget*, som blir omfattet av utvalgets forslag. Utvalget begrunner på side 232 bla sitt forslag med at diskriminering på grunn av religion er noe mer enn etnisk diskriminering og at det er lite som taler for at religion skal *"tjene som selvstendig diskrimineringsgrunnlag, når flere andre vesentlige grunnlag som knytte seg nært til etnisk diskriminering (språk, nasjonalitet, osv) ikke får den samme status"*.

Som det fremgår nedenfor mener SMED at alle disse diskrimineringsgrunnlagene bør forbys på selvstendig grunnlag .

Vi forstår utvalget slik at en persons motiver blir være avgjørende for den grensdragningen mellom etnisk diskriminering og religiøs diskriminering som forslaget legger opp til:

Utvalget skriver under pkt 13.4.2.4, på side 232 at *"Når det reelle grunnlag for diskriminering er etnisitet, vil diskriminering som tilsynelatende knytter seg til religion rammes av forslaget til diskrimineringslov. Ses saken fra den andre siden, er det klart at det vil forekomme tilfeller av diskriminering på religiøst grunnlag som ikke også rammes av forslaget til diskrimineringslov. Handler en person ut fra religiøse motiver rammes ikke hans handlinger av loven, selv om hans handlinger er klart diskriminerende, og selv om vedkommende ønsker å diskriminere"(vår utbeving)* .

Dette legger opp til en grensdraging som i praksis vil være meget vanskelig å praktisere.

tillegg vil den, dersom den lar seg gjennomføre, etter vår vurdering kunne lede til urimelige resultat.

SMED møter f.eks. følgende problemstillinger:

En klient (K), muslim og opprinnelig fra Somalia, opplever at styreleder i borettslaget hvor han og hans familie har kjøpt leilighet kommer med følgende uttalelse: *"Vi vil ikke ha jævlige muslimer i dette borettslaget "*. K spør hvorfor styreleder sier dette. Styreleder svarer så: *"Jeg skal fjerne dere herfra med all min makt"*.

Da K kontaktet SMED hadde han fått varsel om mulig oppsigelse av husleiekontrakten.

Det forslaget utvalget har fremmet, vil – slik vi forstår forslaget – bety at et fremtidig tilsynsorgan måtte vurdere om det reelle grunnlaget for diskriminering var etnisitet – i så fall kunne tilsynsorganet håndtere saken – eller om diskrimineringen var religiøst motivert – i så fall ville diskrimineringen ikke være omfattet av loven og tilsynsorganet kunne ikke håndtere saken.

Videre mener vi det er urimelig dersom konsekvensen av at diskriminering om tilsynelatende knytter seg til religion kun rammes når *"det reelle grunnlag for diskriminering er etnisitet"* blir at en

etnisk norsk kvinne som diskrimineres på grunn av for eksempel hodeplagg, i praksis ikke får like godt vern som en somalisk kvinne som diskrimineres av samme grunn.

SMEDs vurdering er som nevnt ovenfor, at det er meget upraktisk og urimelig at den beskyttelse en person har skal være forskjellig i de tilfeller hvor den som diskrimineres har ment å ramme vedkommendes etnisitet og i de tilfeller hvor motiver er å ramme vedkommendes religion eller livssyn. Det er etter vår vurdering lite fruktbart å fremme en lov som ikke tar høyde for behovet for beskyttelse som retter seg direkte mot diskriminering og hets på grunn av tro, som særlig muslimer synes å vært utsatt for i dag.

Når det gjelder hvilke terminologi som bør brukes i denne sammenheng, viser vi til det utvalget skriver på side 232 om at ”trosbekjennelse” har en kristen, nærmere bestemt protestantisk bakgrunn. Vi deler utvalgets syn om behovet for mer nøytral terminologi. Vi mener videre at diskriminering på grunnlag av ateistiske eller filosofiske overbevisning bør likestilles med diskriminering på grunnlag av religion, og at det bør velges en ordlyd som gjør dette klart. Vi foreslår derfor at lovteksten skal forby diskriminering på grunn av religion eller livssyn. Dette er den terminologi som er foreslått av arbeidslovutvalget i NOU 2003:2 for å implementere EU Rådskdirektiv 2000/78 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet. Selv om Rådskdirektiv 2000/78 og arbeidslivslovutvalget forslag kun gjelder innen arbeidslivets område, mener vi at de argumenter som taler for å gi lik beskyttelse mot diskriminering på grunn av religion og ateistiske eller filosofiske overbevisninger, gjør seg gjeldende på alle samfunnsområder.⁹

7.2.3 Diskriminering på grunnlag av statsborgerskap, nasjonalitet, nasjonal opprinnelse

For den enkelte som ikke er vant til å reflektere over begrepene etnisitet, nasjonal opprinnelse nasjonalitet og statsborgerskap, kan de ulike betydningene av disse begrepene være vanskelig å håndtere. Det må imidlertid etter vår vurdering være et mål at en ny lov mot etnisk diskriminering får en ordlyd som gjør det relativt enkelt for den enkelte å forstå hvilke diskrimineringsgrunnlag som er omfattet av loven.

I utvalgets mandat er det lagt til grunn at en eventuell legaldefinisjon av ”etnisk diskriminering” skal ta utgangspunkt i rasediskrimineringskonvensjonen. Rasediskrimineringskonvensjonen nevner ”rase, hudfarge, avstamning eller **nasjonal eller etnisk opprinnelse** (vår utheving), som forbudte diskrimineringsgrunnlag.

Utvalget fremhever på side 229 at ”forbudene mot rasediskrimineringskonvensjonen kun angir de minimumskrav Norge som stat har forpliktet seg til å rette seg etter...Det vil si at Norge folkerettslig vil kunne ta utgangspunkt i en videre definisjon også av diskrimineringsgrunnlagene enn konvensjonen krever som et minimum”.

Utvalget sier uttrykkelig at det velger ikke å bruke nasjonalitetsbegrepet. Utvalget skriver under kapittel 13.4.2.3 på side 230 at ” I en viss grad vil nasjonalitet kunne spille en rolle som grunnlag for etnisk diskriminering, men faller da nettopp inn under etnisitetsbegrepet, som en integrert del av dette...Andre forståelse av begrepet nasjonalitet i retning ”statsborgerskap” vil på den annen side falle utenfor loven.

Begrunnelsen for at utvalget ikke vil forby diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, synes altså særlig å være at utvalget mener at loven ikke bør regulere diskriminering mellom statsborgere og ikke-statsborgere.

⁹ Terminologien i den engelske versjonen i direktiv 2000/78 er ”religion or belief”. Arbeidslovutvalget mener at blant annet ordlyden i de ulike språkversjonen taler for en vid fortolkning av ”religion and belief” som innebærer at også ateistiske eller filosofiske betraktninger/overbevisninger/ideologier er omfattet.⁹ Utvalget foreslår etter dette å anvende begrepet livssyn i tillegg til religion for å dekke direktivets innhold på dette punktet.

Som utvalget viser til, unntar FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 1.4 ”*slik forskjell, utelukkelse, innskrenking eller begunstiging, som en konvensjonspart gjør mellom statsborgere og ikke-statsborgere.*”

SMED vil likevel fremheve følgende: Både det generelle diskrimineringsforbudet i artikkel 26 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og det mer avgrensede diskrimineringsforbudet i den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 14, er tolket slik at de omfatter også diskriminering som gjøres mellom statsborgere og ikke-statsborgere.

Når det gjelder praksis etter artikkel 26 i FNs menneskerettskomite viser SMED til saken Gueye and other v. France (in UN doc. A 44/ 40, 1989). Denne saken gjaldt 743 soldater som hadde Senegalesisk statsborgerskap og som hadde som tjenestegjort i den Franske hæren før Senegal ble uavhengig. Menneskerettskomiteen kom til at den diskriminering disse ble utsatt for – på grunn av de ikke hadde fransk statsborgerskap – når det gjaldt rett til pensjon, kom innenfor diskrimineringsforbudet i artikkel 26.

Når det gjelder praksis etter den Europeiske menneskerettsdomstol viser SMED til saken Gaygusuz v. Austria 16.09.1996. I denne saken kom menneskerettsdomstolen (EMD) til at en person var blitt nektet rett til en bestemt form for utbetaling av arbeidsledighetsstønad utelukkende fordi han manglet østerisk statsborgerskap. Domstolen viste til at Gaygusuz oppholdt seg lovlig i riket og hadde arbeidet der og betalt bidrag til ”arbeidsledighetsfondet” på samme vilkår som østeriske statsborgere. Domstolen kom derfor til at å utelukke ham fra rett til stønad bare fordi han manglet østerisk statsborgerskap ikke hadde noen objektiv eller rimelig begrunnelse, og derfor stred mot diskrimineringsforbudet i artikkel 14 (jf. protokoll 1 artikkel 1 som beskytter eiendomsrettigheter).

Begrunnelsen for at FNs menneskerettighetskomite og Den europeiske menneskerettsdomstol kunne komme til at denne type diskriminering var omfattet, er at oppregningen av diskrimineringsgrunnlag i SP artikkel 26 og EMK artikkel 14 ikke er uttømmende: rettighetene skal sikres uten diskriminering på *ethvert grunnlag, slik som* kjønn, rase fargeosv. (vår utheving)

Ut i fra at utvalgets mandat var å ta utgangspunkt i definisjonen i rasediskrimineringskonvensjonen, er det vanskelig å ha innvendinger til utvalgets forslag som unntar diskriminering mellom statsborgere og ikke-statsborgere. SMED vil likevel fremheve følgende: Den forskjellsbehandling som gjøres mellom statsborgere og ikke-statsborgere vil ofte være i samsvar med krav til saklighet og proporsjonalitet. Vår er faring tilsier likevel at det i praksis er et problem at manglende norsk statsborgerskap blir brukt som grunnlag for forskjellsbehandling også i tilfeller hvor krav om statsborgerskap ikke fremmer noe legitimt formål.

SMED mener et fremtidig tilsynsorgan for etnisk likestilling bør ha kompetanse til å vurdere også om den forskjellsbehandling som gjøres mellom statsborgere og – ikke statsborgere oppfyller krav til saklighet og proporsjonalitet.

Vi foreslår ikke at loven uttrykkelig skal nevne denne type diskriminering som et forbudt diskrimineringsgrunnlag. **SMED mener** imidlertid det bør fremheves i forarbeidene at tilsynsorganet har slik kompetanse.

Utvalget viser til at de tilfeller nasjonalitet brukes som grunnlag for diskriminering, og det *ikke* dreier seg om forskjellsbehandling mellom statsborgere og ikke-statsborgere, vil dette falle inn under termen etnisk diskriminering.

Ut fra de eksempler utvalget gir i kapittel 4.4 om utlendingsforvaltningen forstår vi utvalget slik at de mener at et forbud mot etnisk diskriminering vil kunne ramme ulik saksbehandling avhengig av nasjonalitet.

Under pkt 4.4.4.2 på side 50 drøfter utvalget bruk av ”Generelle erfaringer med en gruppe personer som grunnlag for vurderingen av individuelle saker – særlig om visum saker”. Utvalget skriver følgende: ”Utvalget viser til at et generelt forbud mot etnisk diskriminering vil gjelde innen alle områder av forvaltningen, også Utlendingsforvaltningen.”

Utvalget fremhever på side 53 at det som utgangspunkt er statsborgerskap, ikke etnisitet som er avgjørende for om en person kommer inn under utlendingsforvaltningens myndighetsområde. Utvalget skriver videre :

”Men personer med utenlandsk statsborgerskap vil ordinært ha en annen etnisk opprinnelse enn norske, og måten forvaltningsmyndigheten utøves på innen dette feltet vil derfor være av særskilt betydning for etniske minoriteter som er i eller kommer til Norge. Utvalget vil bemerke at negative vedtak basert utelukkende på tilhørighet til en etnisk gruppe vil kunne være i strid med den foreslåtte loven.” (vår utbeving)

SMED Viser også til at utvalget under kapittel 6.2.2.6 på side 89 skriver at ”Å for eksempel avgjøre en sak utelukkende på grunn av en persons nasjonalitet/ statsborgerskap vil altså normalt være et brudd på diskrimineringsforbudet”.

SMED er enig med utvalget i at de ovenfornevnte tilfelle bør være omfattet av loven. SMED viser til at Rasediskrimineringskomiteen har fremhevet følgende i General Recommendation XI on non-citizens (forty-second session, 1993):

”1. Article 1, paragraph 1, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination defines racial discrimination. Article 1, paragraph 2, excepts from this definition actions by a State party which differentiate between citizens and non-citizens. Article 1, paragraph 3, qualifies article 1, paragraph 2, by declaring that, among non-citizens, States parties may not discriminate against any particular nationality.” (vår utbeving).

SMED mener det bør klargjøres i forarbeidene til loven at den, på samme måte som CERD, dekker diskriminering av bestemte nasjonaliteter.

Som nevnt ovenfor forbyr rasediskrimineringskonvensjonen diskriminering både på grunnlag av etnisk og nasjonal opprinnelse. Utvalget forslår at nasjonal opprinnelse ikke skal være et særskilt diskrimineringsgrunnlag. Utvalget redegjør ikke særskilt for begrepet nasjonal opprinnelse. Vi forstår imidlertid utvalget slik at det mener at diskriminering på grunnlag av nasjonal opprinnelse, fullt ut blir dekket av forbud mot etnisk diskriminering. Utvalget viser blant annet under kapittel 13.4.2.3 på side 230 til at begrepet etnisitet først ble anvendt som et synonym for nasjonal opprinnelse. SMED er enig begrepet etnisitet kan forstås slik at det dekker nasjonal opprinnelse fullt ut.

SMED mener likevel at nasjonal opprinnelse bør forbys som selvstendig diskrimineringsgrunnlag. Dette reduserer faren for at den uklarhet som ligger i begrepet etnisitet får den konsekvens at tilfeller som burde vært omfattet av loven ikke fanges opp. Vi viser også til at CERD, som nevnt, nevner både etnisk og nasjonal opprinnelse som forbudte diskrimineringsgrunnlag. Når det ikke foreligger gode grunner for det motsatte, mener SMED at lovteksten bør reflektere definisjonen i rasediskrimineringskonvensjonen. Vi kan ikke se at utvalget har kommet med slike grunner. Utvalget fremmer under kapittel 13.4.2.3 argumenter mot å bruke begrepet nasjonalitet, men sier ikke noe særskilt om begrepet nasjonal opprinnelse. SMED viser også til at arbeidslivslovutvalget i NOU:2003:2 foreslår at nasjonal opprinnelse nevnes som forbudt diskrimineringsgrunnlag – i tillegg til blant annet etnisitet. Hensynet til rettsharmoni i lovverket taler altså for lovteksten nevner nasjonal opprinnelse som forbudt diskrimineringsgrunnlag.

7.2.4 Diskriminering på grunn av språk

Slik vi forstår utvalget, vil diskriminering på grunn av språk kunne rammes av utvalgets forslag til forbud mot etnisk diskriminering: I kapittel 21 under merknadene til utkast til § 3 på side 351 uttrykker utvalget at blant annet *språk* er en variabel som etter omstendighetene faller inn under begrepet etnisitet. Og under punkt 13.4.2.2 Kultur, identitet og etnisitet gjengir Utvalget følgende uttalelse av Thomas Hylland Eriksen: ”Kriteriene for hvilke kulturelle forskjeller som gjøres relevante av aktører, det vil si hva som konstituerer etnisitet, kan være klassifikasjoner basert på oppfatninger av utseende, klesdrakt, økonomisk virksomhet, religion eller **språk** (vår utheving) – eller en kombinasjon”.

SMED er enig i det utvalget uttrykker om at språk er et element av et videre etnisitetsbegrep, og at diskriminering på grunn av språk derfor kan tenkes å bli rammet av et forbud som kun nevner etnisitet som forbudt diskrimineringsgrunnlag. SMEDs erfaring viser likevel at flere ulike sentrale aktører har vanskelig for å innse at diskriminering på grunn av manglende norskkunnskaper, kan utgjøre etnisk diskriminering. Lovteksten er det verktøyet både den som opplever å bli diskriminert og den som diskriminerer vil ha lett tilgang til. Dersom det fremgikk av selve lovteksten at også diskriminering på grunn av språk er forbudt, ville dette gi et klart signal som også vil kunne få en preventiv effekt.

SMED mener derfor at språk bør inngå som selvstendig diskrimineringsgrunnlag i tillegg til etnisitet. For å presisere betydningen av dette fremhever vi her at forskjellsbehandling på grunn av språk selvsagt kan være helt legitimt. Det vil være den forskjellsbehandling som ikke fremmer et legitimt formål eller som er uproporsjonal i forhold til dette formålet, som eventuelt vil rammes av forbudet mot etnisk diskriminering. Vårt forslag om at det skal fremgå av selve lovteksten at diskriminering på grunn av språk er forbudt vil etter vår vurdering ikke medføre noe innholdsmessig nytt sammenlignet med utvalgets forslag.

SMED viser også kort til at I NOU 2000:17 Buretslovene, inngår språkkunnskaper som et selvstendig forbudt diskrimineringsgrunnlag – i tillegg til blant annet etnisk opprinnelse

7.2.5 Diskriminering på grunn av hudfarge

Det er etter vår vurdering ikke tvilsomt at utvalget mener at et forbud mot etnisk diskriminering også skal ramme diskriminering på grunn av hudfarge.

Dette følger bla. av merknadene til § 3 under pkt 21.2 på side 351 der utvalget viser til at etnisitet ”er et samlebegrep som ofte blir definert ved underbegreper som hudfarge (vår utheving), nasjonal opprinnelse, kultur, rase, religion osv.” Også det utvalget sier under pkt 13.4.2 på side 229, tilsier at utvalget mener at etnisitet omfatter alle de grunnlag som er nevnt i FN’s rasediskrimineringskonvensjon, det vil si også hudfarge.

Særlig utenlandsadopterte og barn som har en norsk forelder og en utenlandsk forelder, vil kunne være lite tjent med et forbud som kun retter seg mot etnisk diskriminering. Disse barna vil typisk kunne være ”etnisk norske”, men kan erfare diskriminering på grunn av sin ”unorske” hudfarge. SMED viser også til at utvalget – av prinsipielle grunner som SMED deler - utelater å vise til ”rase” som forbudt diskrimineringsgrunnlag. Når rase ikke er selvstendig grunnlag, øker imidlertid behovet for å signalisere klart at diskriminering på grunn av hudfarge er forbudt.

SMED kan ikke se noen vektige hensyn som taler *mot* å nevne hudfarge som et selvstendig diskrimineringsgrunnlag i tillegg til etnisitet, og mener derfor at hensynene som taler for, bør tillegges avgjørende vekt. Vi nevner også at I NOU 2000:17 Buretslovene foreslås hudfarge som et selvstendig forbudt diskrimineringsgrunnlag – i tillegg til blant annet etnisk opprinnelse.

SMED mener etter dette at lovutkastets § 1 bør endres slik at loven forbyr diskriminering og trakassering på følgende grunnlag: etnisitet, religion, livssyn, nasjonal opprinnelse, nasjonalitet, språk og hudfarge.

Videre må forbudsparagrafen i § 3 endres samt § 12.

Det kan eventuelt tas inn som en presisering i selve lovteksten at forskjellsbehandling mellom statsborgere og ikke-statsborgere ikke er omfattet av forbudet.

7.3 Diskrimineringsbegrepet. Direkte og indirekte diskriminering (NOU 13.5)

7.3.1 Begrepsbruk (NOU 13.5.1)

Utvalget foretar innledningsvis en drøftelse av begrepsbruk, og konkluderer med at det er behov for å skille mellom begrepet diskriminering og begrepet forskjellsbehandling i loven. Utvalget ønsker å reservere begrepet diskriminering til den form for forskjellsbehandling som rammes av forbud og sanksjoner og begrepet forskjellsbehandling til det som er legitim og lovlig.

I forhold til å praktisere en forbudsbestemmelse er det et klart pedagogisk behov for å kunne ta i bruk betegnelser som i juridisk forstand beskriver henholdsvis lovlig og ulovlig forskjellsbehandling. Utgangspunktet er tross alt at i de aller fleste situasjoner er forskjellsbehandling både lovlig og påkrevet, mens i noen tilfeller vil forskjellsbehandling etter en konkret vurdering være ulovlig. Ved ikke å reservere betegnelsen forskjellsbehandling for den lovlige forskjellsbehandling, vil vi mangle en nøytral rettslig betegnelse på den lovlige form for ulik behandling.

I noen tilfeller kommer behovet for å reservere formuleringen diskriminering for den ulovlige ulike behandling på spissen. Indirekte diskriminering omfatter tilfeller hvor likebehandling er ulovlig. Det foreligger ingen usaklig forskjellsbehandling, men snarere en usaklig likebehandling, og det er utvilsomt behov for å bruke betegnelsen diskriminering på slike situasjoner. Betegnelsen usaklig forskjellsbehandling fremstår som direkte misvisende, da sakens kjerne er at det finner sted en usaklig likebehandling. Behovet for tilsvarende skille foreligger også i forhold til bevisbyrdereglene, jf våre bemerkninger i punkt 7.5.3.2.

Senteret er kjent med at Arbeidslivslovutvalget i NOU 2003:2 har foreslått en begrepsbruk etter mønster fra likestillingsloven. Vi mener at det ikke er ønskelig å videreføre en begrepsbruk som tilsynelatende ikke er hensiktsmessig, eller tilpasse begrepsbruken til Arbeidslivslovutvalgets forslag eller likestillingsloven. Det kan i den sammenheng tilføyes at i forslaget til endringer i lov om burettslag og lov bustadbyggjelag er diskrimineringsbegrepet nyttet.

Senteret mener at den distinksjonen som Lovutvalget har foreslått ved å benytte både diskriminering og forskjellsbehandling bør innføres i loven, og innarbeides generelt i norsk ikke-diskriminerings lovgivning.

7.3.2 Diskrimineringsstandarden (NOU 13.5.2, 13.5.3)

Lovforslaget har foreslått å innføre en ytterligere presisering av lovens forbudsbestemmelse ved å definere henholdsvis direkte og indirekte diskriminering. Innholdet i forbudsbestemmelsen vil bli fastlagt i praksis, og i den sammenheng vil det være behov for å både se hen til praksis med utgangspunkt i nåværende § 55 A i arbeidsmiljøloven, det fremtidige kapittel X A i samme lov, likestillingsloven, og praksis fra EU domstolen og annen relevant konvensjonspraksis. Utviklingen vil utvilsomt gå i retning av en generell diskrimineringsstandard i norsk rett. Lovutvalget har imidlertid foretatt noen viktige presiseringer som Senteret vil gi sin tilslutning til, og som har stor betydning som tolkningsmomenter for rettsanvender.

For det første er det vesentlig at motivasjon eller intensjon om å diskriminere ikke er et vilkår for at det skal foreligge direkte diskriminering, jf NOUens 13.5.3.1 og 13.5.3.2. Diskriminering er betegnelsen på en konsekvens av en handling, og ikke handlingens motiv. Et

diskrimineringsforbud som forutsetter at det skal føres bevis for motiver, vil være ineffektivt. En annen sak er at handlingens motiver, i den grad det kan bringes på det rene, vil være av betydning for utmålingen av en oppreisning.

Senteret mener at for å etablere et effektivt vern mot diskriminering kan motivasjon/intensjon ikke tillegges vekt ved vurderingen av lovligheten av forskjellsbehandling, men at motivasjon/intensjon skal tillegges vekt ved vurderingen av om det skal gis oppreisning og oppreisningens størrelse.

For det annet er det vesentlig at lovgiver uttrykkelig åpner for at det kan utvikle seg rettspraksis og bevisregler med utgangspunkt i en hypotetisk sammenlikningsperson jf formuleringen ”ville bli behandlet i en tilsvarende situasjon”. Formuleringen gir grunnlag for å gi diskrimineringsforbudet anvendelse dels når det ikke er mulig å bevise hvorledes en annen person ville bli behandlet og dels å fastslå at en handling virker diskriminerende når det ikke foreligger noen sammenlikningsperson overhode.

Det er imidlertid ingen tvil om at utfordringen knyttet til å føre tilstrekkelig bevis for diskriminering er særskilt stor i slike saker. Vi vil i forlengelsen av dette fremheve samvirke mellom bevisproblemene og behovet for statistikk og dokumentasjon for art og omfang av diskriminering.

Senteret mener at det er vesentlig for å etablere et effektivt vern mot diskriminering at lovgiver åpner for å sammenlikne med en hypotetisk person.

For det tredje, Lovutvalgets skriver i NOUens punkt 13.5.3.3, under henvisning til EF domstolens krav til statistisk dokumentasjon for forskjellsbehandling i saker om indirekte kjønnsdiskriminering, at ”utkast til lov mot etnisk diskriminering ikke bygger på et slikt strengt beviskrav”. Lovutvalgets presisering er vesentlig. Det ligger i sakens natur at det som hovedregel ikke vil være mulig å generere statistikk som dokumenterer faktisk ulikhet på samme måte som for kjønn. På den annen side vil det være vesentlig at det skaffes til veie relevant statistikk til støtte for en argumentasjon om indirekte diskriminering sammen med annen relevant bevisføring.

Senteret mener at det er viktig at det presiseres i forarbeidene til § 3 at statistikk vil være et av flere relevante bevismidler.

7.3.3 Instruks om diskriminering eller trakassering (NOU 13.5.3.7)

Lovutvalget har forslått en særskilt bestemmelse om instruks om å diskriminere i lovforslagets § 3 bokstav c). Senteret er positive til en slik bestemmelse, og viser til at en – et stykke på vei tilsvarende bestemmelse også er foreslått inntatt i nytt kapittel X A til arbeidsmiljøloven. Forslaget til ny § 54 B nr 4 inneholder imidlertid ingen henvisning til instruks om å trakassere, dette mener vi er uheldig, og vi anbefaler ingen tillemping til Arbeidslivslovutvalgets lovforslag på dette punkt.

Et tolkningsspørsmål av stor betydning på boligområdet vil vi imidlertid ta opp spesielt. Senteret forstår lovforslagets § 2 sammenholdt med § 3 bokstav c) dithen at private personer har en avgrenset rett til å forskjellsbehandle ved utleie av bolig, jf unntaksbestemmelsen i § 2 dersom utleie berører familieliv og/eller personlige forhold. Senteret mener imidlertid at loven bør tolkes slik at en utleier ikke kan instruere boligformidler eller megler å medvirke til å diskriminere uten å overtre instruksforbudet i § 3 bokstav c).

Følgende argumenter taler for en slik tolkning av § 3 bokstav c) sammenholdt med § 2:

- Det oppleves som særlig krenkende for personer med minoritetsbakgrunn at annonser/registre som inneholder tekst som ”kun etnisk norske”, ”ikke afrikanere” etc gjøres tilgjengelig for allmennheten av seriøse boligformidlere og meglere. Utleier selv kan foreta en seleksjon hjemlet i unntaksbestemmelsen, men uten at stigmatiserende formuleringer publiseres/gjøres tilgjengelig for allmennheten. Det vil være umulig for den som mottar en instruks om å diskriminere å vurdere hvorvidt vilkårene for at unntaksbestemmelsen i § 2 er oppfylt. Utleiere som ønsker å diskriminere vil ha en interesse i å tøyne § 2, og formidler vil langt på vei være henvist til å legge denne vurderingen til grunn. I praksis kan dette bety at det lovbestemte vernet svekkes.
- For boligformidlere og meglere, og aviser/periodiske publikasjoner, vil det kunne oppleves som belastende å ikke ha en eksplisitt hjemmel for å avvise denne typen instruks som ulovlig. Et forbud vil disiplinere utleier til å holde fordommer av denne typen borte fra det offentlige rom, fordi den som mottar en slik instruks om å diskriminere kan vise til at instruksjonen er ulovlig.

Dersom slike instruksjoner ikke omfattes av lovforbudet, vil den spesielle situasjonen oppstå at boligformidler som etterkommer instruksjonen, vil kunne overtre forbudet i § 3 og straffebestemmelsen i § 349 a), mens den som er opphavsmann til instruksjonen verken foretar seg noe ulovlig eller straffbart.

Lovteknisk er det ikke nødvendig å gjøre endringer i lovutkastet for at instruks om å diskriminere, f.eks. i forbindelse med formidling av rom i privat bolig, skal være omfattet av lovens § 3 bokstav c). Senteret mener at når en person instruerer noen i å diskriminere som ledd i vedkommendes ervervsvirksomhet, vil ikke forholdet lenger ha karakter av å være ”familieliv og personlig forhold” fordi private preferanser bringes ut i det offentlige rom.

Senteret mener at det er behov for en presisering i forarbeidene til § 3 bokstav c) at en instruks om å diskriminere er ulovlig når private preferanser rettes mot personer eller institusjoner som vil begå en ulovlig eller straffbar handling dersom instruksjonen etterkommes.

7.4 Positiv særbehandling (NOU 13.6)

Utvalget foreslår i utkast til § 4 en særskilt hjemmel som *tillater* positiv særbehandling. Utvalgets forslag til § 4 tilsvarer i grove trekk rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 1.4 som gir *adgang* til positiv særbehandling. SMED ser grunn til å fremheve det utvalget skriver under pkt 13.6.4 på side 248 om at det i ”*stor utstrekning vil følge av alminnelige prinsipper for lovtolkning at en lov mot etnisk diskriminering må tolkes med forbehold for legitime reguleringer som medfører positiv særbehandling*”.¹⁰

SMED fremhever dette for å vise at utvalgets forslag om positiv særbehandling ikke innebærer nye rettigheter eller plikter, men derimot kun er en klargjøring av forholdet mellom adgangen til legitim forskjellsbehandling og forbud mot diskriminering.

SMED fremhever videre at rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 2 nr. 2 kan tilsi at staten har *plikt* til særskilte utjevningstiltak som ikke er reflektert i utvalgets forslag til § 4. Aktivitetsplikten som er foreslått i utkast til § 8 bør vurderes i lys av dette.

¹⁰ SMED viser også til Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 12, som ble signert av Norge 29.11.02. Her har man ikke funnet det nødvendig å presisere adgangen til positive særtiltak i lovteksten. I fortalen bekreftes imidlertid at prinsippet om ikke-diskriminering ikke hindrer slike tiltak, såfremt de har en objektiv og rimelig begrunnelse, jf. følgende ordlyd i fortalen:

”*Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures.*”

SMED mener at overskriften til § 4 bør endres til ”*Adgang til positiv særbehandling*” slik at det går tydelig fram at bestemmelsen – i motsetning til § 8 om aktivitetsplikt – ikke innebærer plikter.

SMED mener videre at dersom utvalgets forslag til aktivitetsplikt ikke får gjennomslag, bør lovgiver vurdere om regelen om positiv særbehandling skal gis en utforming som også tar høyde for den *plikt* til særskilte tiltak som etter omstendighetene kan følge av rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 2 nr. 2.

SMED mener også at forarbeidene bør klargjøre om – og eventuelt hvordan –forholdsmessighetsprinsippet i utkast § 3 fjerde ledd vil virke inn på adgangen til særbehandling etter § 4. Herunder ville det være en fordel om lovgiver konkretiserer hvilke type særtiltak som er lovlige etter bestemmelsen.

7.5 Bevisbyrde og opplysningsplikt i sivile saker (NOU 13.8)

7.5.1 Generelt

Lovutvalget har i § 6 foreslått en bevisbyrdebestemmelse. Bestemmelsen lyder slik:

”Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med § 3, skal slik diskriminering anses som bevist, med mindre den som har utført handlingen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted diskriminering i strid med denne lov.

Første ledd gjelder tilsvarende når noen mener seg utsatt for negativ gjengjeldelse etter § 5.”

Senteret vil innledningsvis bemerke at vi ser at Utvalget har lagt til grunn at bestemmelsen mest dekkende kan betegnes som en regel om ”delt bevisbyrde”. Senteret bruker også denne formuleringen på forslaget § 6 som sådan, selv om vi mener at det kan diskuteres hvorvidt det er en dekkende karakteristikk av en bestemmelse som dels regulerer hvem som har bevisføringsplikt og dels spørsmålet om bevisetema og beviskrav.

Forslagets § 6 er både for tilsettingssaker punkt 13.8.5.1, saker om diskriminering i arbeidslivet generelt 13.8.5.2 samt andre diskrimineringssaker 13.8.6, dels begrunnet i styrkeforholdet mellom partene og dels i hvem som er nærmest til å opplyse sakens faktum. Selv om utvalget legger til grunn at disse hensyn vil gjøre seg gjeldende i varierende grad, konkluderes det med at det er vanskelig å se noen vesentlige ulemper forbundet med å innføre en generell bestemmelse om delt bevisbyrde.

Senteret ser at Utvalget i punkt 13.8.4 spesielt har vist til de internasjonale føringer om bevisbyrde som både er gitt av ECRI samt i EUs direktiv 2000/43/EF samt 2000/78/EF, og vi vil sterkt fremheve betydningen av å bringe norsk rett i samsvar med det beskyttelsesnivå som forventes internasjonalt.

Senteret støtter fullt ut lovutvalgets begrunnelse for å innføre en regel om ”delt bevisbyrde”, og fremhever betydningen av å etablere effektive sanksjonsmuligheter ved overtredelse av bestemmelsen. Vi ser imidlertid at i noen typer av diskrimineringssaker, typisk saker om trakassering, vil være vanskelig å si noe generelt om hvorledes en slik regel vil bli praktisert av enten et tilsynsorgan eller domstolene.

7.5.2 Bevisbyrdereglene i EU retten

Lovforslagets § 6, arbeidsmiljølovens § 55 A femte ledd, likestillingslovens § 16, er sterkt inspirert av EUs lovgivningen på området. Det er en uttalt politisk målsetting at norsk lovgivning på dette området skal være tilpasset EUs regelverk, jf bl a Regjeringens Handlingsplan mot rasisme og diskriminering (2002-2006) side 6, hvor det eksplisitt fremgår at Regjeringen gir inn for at EUs ikke-diskrimineringspakke skal innlemmes i EØS-avtalen.

I fortalen til den danske versjonen av Direktiv 2000/43/EF (21) samt i fortalen til Direktiv 2000/78/EF (31) fremgår at:

”Reglerne om bevisbyrde bør tilpasses, når der umiddelbart synes at foreligge en sag om forskelsbehandling, og bevisbyrden bør, for at princippet om likebehandling kan anvendes effektivt, gå over til sagsøgte, når der fremlægges beviser for sådan forskelsbehandling.”

I Artikkel 8 nr 1 til 2000/43/EF samt Artikkel 10 nr 1 til 2000/78/EF er det inntatt en bestemmelse om bevisbyrde:

”Medlemsstatene træffer i overensstemmelse med deres nationale retsorden alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at det, når en person, der mener sig krænket, fordi princippet om likebehandling tilsidesattes i forhold til den pågældende, for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påbyrder den indklagede at bevise, at princippet om likebehandling ikke er blevet tilsidesat.”

Det er grunn til å merke seg den bevisste språkbruken i direktivene. Utgangspunktet for at bevisbyrde skal gå over på saksøkte/arbeidsgiver vil være at det foreligger *faktiske omstendigheter* som gir *anledning til å formode* at det har funnet sted *direkte eller indirekte forskjellsbehandling*. Saksøkte må i så fall *bevise at prinsippet om likebehandling ikke er tilsidesatt*. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 4 nr 1 i Direktiv 97/80/EF om bevisbyrde i saker om forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønn. Med utgangspunkt i dette regelverket, kan rettspraksis fra EU-domstolen illustrere hvordan bevisbyrdereglene anvendes i praksis.

Sak C-226/98 Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg gjaldt i korte trekk en kollektiv overenskomst som blant annet hadde til hensikt å begrense de offentlige utgiftene til behandling utført av spesialleger. Birgitte Jørgensen var bundet av ordningen som medlem av foreningen og spesiallege. Sakens kjerne var at Jørgensen kunne dokumentere at de endringene som overenskomsten etablerte fikk uheldige konsekvenser for Jørgensen for hun over en periode hadde hatt en lavere inntjening en periode på grunn av ansvar for små barn. Jørgensen gjorde gjeldende at anvendelse av punkt 6 i overenskomsten medførte en indirekte forskjellsbehandling fordi bestemmelsen rammet forholdsmessig flere kvinnelige spesialleger enn mannlige, fordi kvinnelige leger oftere enn deres mannlige kolleger påtok seg det praktiske omsorgsansvaret for barna, og derfor hadde en lavere omsetning. Domstolens uttalelser om bevisbyrde er det sentrale her:

29 Det fremgår således af Domstolens praksis, såvel vedrørende løn og sociale sikringsydelser som adgang til beskæftigelse samt arbejdsvilkår, at en national bestemmelse eller ordning fører til en indirekte forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere, såfremt den, selv om den er affattet neutralt, faktisk forfordeler procentvis betydelig flere kvinder end mænd, medmindre denne forskellige behandling er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. bl.a. dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 12, og af 30.11.1993, sag C-189/91, Kirsammer-Hack, Sml. I, s. 6185, præmis 22).

30 Når det derfor konstateres, at en bestemmelse indebærer, at langt flere kvinder end mænd behandles ugunstigt eller omvendt, formodes bestemmelsen at udgøre en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, og det påbyrder arbeidsgiveren eller ophavsmanden til bestemmelsen at godtgøre det modsatte.

Det domstolen fastslår er at når det konstateres at flere kvinner enn menn behandles ugunstig eller særlig gunstig, formodes det at bestemmelsen virker indirekte diskriminerende (punkt 30). I slike tilfelle må arbeidsgiveren godtgjøre at det ikke foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn (punkt 30 og 29).

Innenfor EU retten er det altså et tosporet system, den som mener seg diskriminert må godtgjøre at det foreligger faktiske omstendigheter (forskjeller) som rammer en person eller gruppe av personer ugunstig. Dersom personen har godtgjort dette, må saksøkte (arbeidsgiver/opphavsmann) godtgjøre at forskjellsbehandlingen ikke er et resultat av kjønn/etnisitet/religion – eller sagt på en annen måte ”at prinsippet om likebehandling ikke er tilsidesatt.

7.5.3 Bevisføringsplikt, bevistema og beviskravene

Senteret vil fremheve at Utvalget i liten utstrekning har drøftet bevisbyrderegelens materielle side. Dette medfører slik Senteret ser det at det er behov for en presisering spesielt av hvilke faktiske omstendigheter som skal sannsynliggjøres.

7.5.3.1 Saksøker/klagers bevisføringsplikt, bevistema og beviskrav:

Saksøker har den primære bevisføringsplikten, og bevistemaet og beviskravet er formulert slik:

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med § 3, ...

Bevistemaet er ”omstendigheter” som gir grunn til å tro at ”det har funnet sted diskriminering i strid med § 3”. I forarbeidene er saksøkers bevisbyrde eksemplifisert slik at dersom saksøkeren klarer å fremskaffe opplysninger om at saksøker hadde de beste formelle kvalifikasjonene, vil bevisbyrden gå over på arbeidsgiver. I forarbeidene brukes formuleringen ”ytre omstendigheter”. Arbeidsmiljølovens § 55 A refererer til at det må påvises forhold som gir grunn til å tro at det foreligger ”forskjellsbehandling”, og dersom dette kan påvises, må arbeidsgiver bevise at det ikke skyldes ”forhold som nevnt i annet ledd”. I EU retten er dette regulert noe annerledes, men begrepene som nyttes er også mer klargjørende for innholdet i bevistema, enn lovutvalgets begrepsbruk.

”fremfører faktiske omstendigheter, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskjellsbehandling”

De faktiske omstendighetene må være egnet til å formode at det har funnet sted ”direkte eller indirekte forskjellsbehandling”. Dersom dette kan bevises må arbeidsgiver godtgjøre at ”prinsippet om likebehandling” ikke er tilsidesatt. Senteret vil fremheve betydningen av at bevistemaet er relatert til omstendigheter som tilsier at det har funnet sted en direkte eller indirekte forskjellsbehandling, og ikke diskrimineringsforbudet i § 3:

SMED foreslår derfor følgende endring i lovens § 3:

” Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte negativ forskjellsbehandling,

Saksøker vil typisk ikke kunne føre bevis for annet enn at en handling, eller bestemmelse, direkte eller indirekte har en negativ konsekvens eller resultat, når det gjelder de omstendighetene som kan medføre at handlingen er saklig vil saksøkte typisk være nærmest til å føre bevis. For å vise hvor lett det er å misforstå/tilsløre bevistemaet for arbeidstakers bevisføringsplikt, viser vil til forarbeidene til Aml § 55 A, Ot prp nr 34 (2000-2001) s 14. Departementet slår fast at:

”bevisbyrden går over på arbeidsgiver hvis de ytre omstendigheter i saken tilsier at det er lagt vekt på usaklige hensyn, som f eks søkerens handicap eller etniske opprinnelse. Arbeidssøkeren, som ikke har fått stillingen, må med andre ord etablere en presumpsjon for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasjon(er) på at det usaklig er lagt vekt på hans/hennes funksjonsbemming osv.”

Her benyttes formuleringer som ”tilsier at det er lagt vekt på usaklige hensyn” og ”indikasjon(er) på at det usaklig er lagt vekt på”. Dette er etter Senterets vurdering egnet til å skape tvil om hva bevistemaet faktisk er, spesielt tatt i betraktning at lovteksten benytter ”forskjellsbehandling”.

Ved å endre bestemmelsen slik Senteret foreslår og ved å inkludere negativ i bestemmelsen, vil arbeidstakers bevisbyrde være knyttet til omstendigheter arbeidstaker faktisk har forutsetninger til å føre bevis for. Ved at betegnelsen ”negativ” er inkludert i bestemmelsen vil det også være klart at saksøker må påvise negative konsekvenser sammenliknet med en entisk norsk eller at en gruppe med annen etnisk bakgrunn enn norsk kommer uheldig ut. Hvorvidt denne negative forskjellsbehandling allikevel ikke utgjør etnisk diskriminering, vil saksøkt være nærmest til å dokumentere. Beviskravet ”grunn til å tro” er etter vår vurdering i samsvar med EU’s beviskrav jf formuleringen ”formode”, og vi gir vår tilslutning til lovutvalgets vurderinger på dette punkt.

7.5.3.2 Saksøkte/innklagdes bevisføringsplikt:

Lovutvalget har formulert saksøkte/innklagdes bevisføringsplikt slik:

”skal slik diskriminering anses som bevist, med mindre den som har utført handlingen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted diskriminering i strid med denne lov.”

Bevistemaet kan etter dette i realiteten være todelt. For det første kan bevistemaet være relatert til å føre bevis for at det ikke har skjedd en negativ forskjellsbehandling. Typisk at det føres bevis for at forskjellsbehandlingen ikke var negativ, f eks fordi den som ble tilsatt i stillingen hadde realkompetanse som ikke fremgikk av de formelle kvalifikasjonene. I slike sammenhenger vil det typisk være aktuelt for saksøkte å føre motbevis for de faktiske forhold saksøkte mener gav grunn til å tro at medførte en negativ forskjellsbehandling. For det annet kan bevistemaet,

forutsatt at det har funnet sted en negativ forskjellsbehandling, være relatert til å føre bevis for at forskjellsbehandlingen allikevel var saklig fordi den var begrunnet i legitime formål og var proposjonal. Dette vil typisk være tilfelle i saker om indirekte diskriminering.

For å klargjøre bevisstemaet i saksøktes bevisbyrde foreslår vi følgende formulering:

”med mindre den som har utført handlingen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted diskriminering i strid med § 3.”

Beviskravet ”sannsynliggjør” tilsvarer det kravet som typisk gjelder i sivile saker, og vi gir vår tilslutning til lovutvalgets vurdering på dette punkt.

7.5.4 Arbeidsgivers opplysningsplikt (NOU 13.8.5.3)

7.5.4.1 Generelle bemerkninger til forslaget § 7

Utvalget har drøftet opplysningsplikt i arbeidsforhold sammen med spørsmålet om ”delt bevisbyrde” i saker om diskriminering. Gode grunner taler for dette, men Senteret vil allikevel kommentere opplysningsplikten separat. Dels fordi dette er praktisk, og dels fordi vi mener at opplysningsplikten har en funksjon ut over å gjøre det mulig å føre bevis for etnisk diskriminering ved tilsetning.

Lovforslagets § 7 er en videreføring av Aml § 55 A fjerde ledd i sin nåværende form og ordlyden er identisk. Tilsvarende bestemmelse finnes for likestilling mellom kjønnene i likestillingslovens § 4 tredje ledd. Senteret antar at rettspraksis, forvaltningspraksis og andre rettskilder med utgangspunkt i disse bestemmelsene, vil ha betydelig vekt ved tolkningen av forslaget § 7.

Opplysningsplikten er begrunnet i at Utvalget anser en slik plikt som nødvendig for å sikre at en arbeidssøker settes i stand til å legge frem opplysninger om faktiske omstendigheter som tilsier at diskriminering har funnet sted. Opplysningsplikten vil effektivisere bestemmelsen om ”delt bevisbyrde”, som igjen er nødvendig for å sikre et reelt vern mot etnisk diskriminering ved ansettelse. Senteret vil i den sammenheng også presisere at når det foreligger en reell mulighet for at arbeidsgiver må bevise at det ikke foreligger diskriminering i strid med loven, kan dette virke som et incitament i forhold til ha en strategi om å innkalle f eks kvalifiserte personer med minoritetsbakgrunn til intervju. Vi vil komme nærmere tilbake til sammenhengen mellom rekkevidden til opplysningsplikten og arbeidstakers bevisbyrde jf forslaget § 6.

Senteret vil også fremheve et annet aspekt ved opplysningsplikten. Departementet fremhevet den gang endringene i § 55 A fjerde ledd ble foreslått, at opplysningsplikten ville bidra til forebygge grunnløse søksmål fordi søkere fikk innsyn i opplysninger om kvalifikasjonene til den som ble tilsatt. Senteret tviler på om § 55 A fjerde ledd har forhindrede grunnløse rettsprosesser, men vi ser at i saker Senteret har bistått enkeltpersoner og innhentet slike opplysninger, har dette dels bidratt til å avklare begrunnelsen for avslaget, og dels til å gi søker nyttig informasjon om hva som kreves i forhold til tilsetning i bestemte stillinger.

Senterets mener at våre erfaringer med Aml § 55 A fjerde ledd tilsier at bestemmelsen ikke har påført arbeidsgivere noen vesentlig byrde, og at videreføring av en opplysningsplikt i lov mot etnisk diskriminering er ønskelig.

7.5.4.2 Opplysningspliktens saklige anvendelsesområde

Lovutvalget foreslår en opplysningsplikt for arbeidsgiver dersom en arbeidssøker ikke blir tilsatt i forbindelse med en søknad på ledig stilling. Utvalget viser til at utenom disse tilfellene er det mindre behov for en opplysningsplikt da arbeidstaker formentlig vil kunne fremlegge tilstrekkelige bevis for å sannsynliggjøre ”faktiske omstendigheter” som tilsier at bevisbyrden går over på arbeidsgiver/saksøkt.

Senteret er usikre på om denne formodningen er holdbar, både i forhold til andre saker om diskriminering i arbeidslivet, og i saker om diskriminering generelt. F eks vil det være svært vanskelig for en person som har søkt om utleieleilighet og blitt avvist, å dokumentere annet enn at leiligheten ble leiet ut til en annen person. Vedkommende vil ikke engang få kjennskap til hvem utleier inngikk leieavtale med.

Hvorvidt problematisk dette er har nær sammenheng med hvilket tilsynsapparat som etableres, og hvilken kompetanse tilsynsorganene får til å innhente dokumentasjon. Uten et tilsynsorgan med rett til å kreve visse typer opplysninger jf forslaget § 13, vil det i praksis være umulig å få ”snudd” bevisbyrden uten å ta ut søksmål og provosere fremlagt dokumentbevis, stevne vitner mv. Senteret ser mener det kan være ønskelig å sikre at enkeltindivider selv skal kunne ivareta sine interesser, uten å involvere et tilsynsorgan. I dette perspektivet vil en utvidet opplysningsplikt være et viktig virkemiddel. Når bestemmelsen har virket noen tid bør Utvalgets konklusjon mht avgrensning av bestemmelsen anvendelsesområde vurderes, spesielt tatt i betraktning at vurderingene er bygget på teoretiske formodninger snarere enn konkrete erfaringer.

Senteret mener at bestemmelsens anvendelsesområde ”ved tilsetning” ikke gir en klar forståelse av hvilke typetilfeller som omfattes. Bestemmelsen omfatter klart nok situasjoner hvor det søkes på en utlyst stilling, enten søker er intern eller ekstern. I en rekke sammenhenger foreligger det ikke en klassisk prosess med utlysning, søknad, intervju og tilsetning, f eks ved interne opprykk og omgjøring av noen stilling stillinger f eks ”førstekonsulent” til ”rådgiver”. Senterets erfaring er at slike interne prosesser kan være like lukkede, selektive og diskriminerende, som ordinære tilsettingsprosesser, og vi mener det er et reelt behov for at opplysningsplikten også gjelder i slike tilfeller.

Senteret mener at en utvidelse av det saklige anvendelsesområdet til lovforslagets § 7 må vurderes, og at bestemmelsen må gis anvendelse på interne opprykk og forfremmelser. Dette må presiseres i forarbeidene til bestemmelsen.

7.5.4.3 Sanksjoner for brudd på bestemmelsen?

Forslagets § 7 oppstiller en plikt for arbeidsgiver og en rett for den arbeidssøkende, men utvalget redegjør ikke for hvilke konsekvenser det får at arbeidsgiver ikke etterkommer, eller kun delvis etterkommer et krav om opplysninger fremsatt av en arbeidssøker. Utvalget redegjør heller ikke for hvorvidt en opplysningsplikt kan gjennomføres med tvang.

Det er klart at et pliktbrudd ikke vil ha som konsekvens at et tilsetningsvedtak eller beslutning er ugyldig, og det er også klart at et pliktbrudd ikke vil ha som konsekvens at arbeidsgiver har overtrådt diskrimineringsforbudet i § 3 og derav blir erstatningspliktig jf § 16. Senteret mener imidlertid at brudd på opplysningsplikt kan sanksjoneres på annen måte:

1. Brudd på opplysningsplikten bør som hovedregel være en slik faktisk omstendighet som innebærer at bevisbyrden for at det ikke har funnet sted diskriminering i strid med forslaget § 3, går over på arbeidsgiver.
2. Dersom brudd på opplysningsplikten fører til at arbeidstaker anlegger søksmål, og senere taper saken fullt ut, bør arbeidsgivers opptreden tillegges vekt i forbindelse med vurderingen av omkostningsspørsmålet jf tvml § 172 annet ledd jf at det kan legges den vinnende part til last at det kom til søksmål.
3. Senteret antar videre at lovens § 7 bør kunne gjennomføres med tvang, jf de alminnelige regler om dette i tvangsloven.

Senteret mener at det er behov for en klargjøring i forhold til hvorledes opplysningsplikten skal sanksjoneres i forarbeidene til bestemmelsen.

8. Reaksjoner

(Kommentarer til NOUens kapittel 14)

8.1 *Generelle kommentarer*

For å sikre at et diskrimineringsforbud skal være effektivt, må det etableres et håndhevingsorgan som kan fastslå om det er skjedd en forskjellsbehandling i strid med loven. Dersom man kommer frem til at det foreligger en lovstridig forskjellsbehandling er det foreslått at det samme håndhevingsorganet skal kunne fastsette en adekvat reaksjon i form av en oppreisning. Dersom håndhevingsorganet skulle komme frem til at det ikke foreligger en forskjellsbehandling og/eller noe grunnlag for oppreisning, kan avgjørelsen prøves for retten.

SMED mener det er positivt at både håndheving og reaksjon i forhold til ulovlig forskjellsbehandling er koblet til det samme tilsynsorganet på denne måten. Et tilsynsorgan vil ha tilstrekkelig med kompetanse både når det gjelder etnisitet og diskriminering. Senteret er enig i at oppreisning er et egnet signal både til fornærmede og til gjerningspersonen som i tillegg kan virke individualpreventivt. Det kan i dessuten være et incitament for den enkelte som utsettes for diskriminering til å gjøre noe med den uretten de opplever og på den måten bidra til at problemet synliggjøres.

Dersom det i tillegg foreligger et økonomisk tap som en følge av forskjellsbehandlingen, må dette kravet eventuelt fremmes for domstolene av skadelidte selv. Det vil kun unntaksvis foreligge et dokumenterbart økonomisk tap i diskrimineringssakene som i tillegg oppfyller lovens krav om tilstrekkelig grad av skyld.

SMED er enig i slike krav ikke skal behandles av et forvaltningsorgan.

SMED nevner samtidig at det for mange kan være et problem å få prøvet sakene rettslig dersom man skulle ønske det. Det vises her til det som er skrevet under kap 13.4 om bortfall av rettshjelpen.(kommentarer til NOU kap. 19 og 20).

8.2 *Oppreisning for ikke- økonomisk tap (NOU 14.2.2)*

SMED berømmer lovutvalgets forslag om en særregel som gir grunnlag for oppreisning for ikke-økonomisk skade uten hensyn til skyld. Det vises til at forslaget er tatt opp i arbeidslivslovutvalgets forslag til skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet (ALLU) Argumentasjonen som benyttes der er stort sett den samme som lovutvalget har gitt for at det er behov for en ny- ordning. SMED er enig i at dagens ordninger for økonomisk kompensasjon ikke er egnet til å gi gode løsninger i diskrimineringssakene.

I lovforslaget er det foreslått at alle former for diskriminering skal kunne gi grunnlag for oppreisning. Tilsynsorganet selv skal etter en skjønsmessig helhetsvurdering komme frem til om det skal gis oppreisning og hvor mye som bør gis. Tradisjonelt ligger oppreisningebeløpet etter norsk rettspraksis på relativt beskjedne beløp. Det er liten grunn til å forvente at et forvaltningsorgan vil avvike vesentlig fra dette.

SMED mener det kan være en fordel at et håndhevingsorgan på denne måten stilles fritt til å vurdere hvilken reaksjon som vil være adekvat i det enkelte tilfelle. Slike saker kan ha svært forskjellig karakter og må vurderes individuelt. Domstols- prøving kan være et nyttig korrektiv for å forebygge at den praksisen som etter hvert utvikler seg ved tilsynsorganet i forhold til om det skal ytes oppreisning og hvor mye som skal gis, blir for streng.

9. Særlige tiltak for fremme av likestilling

(Kommentarer til NOUens kapittel 15)

9.1 Bakgrunn

Kapittel 15 omfatter ulike virkemidler som kan være benyttet for å oppnå etnisk likestilling. Særlig diskuteres aktivitetsplikt, (kap. 15.2) og registrering og kartlegging av opplysninger om etnisitet (monitoring) som virkemiddel for å fremme etnisk likestilling (kap 15.3) samt ikke-diskrimineringsklausuler ved offentlige innkjøp (kap. 15.4).

Lovutvalget vurderer i innledningen av kapittelet: [...] det som viktig å ikke bare ha regler som forbyr etnisk diskriminering, men også ha regler om tiltak som medvirker til å fremme etnisk likestilling utover det som kan oppnås gjennom et forbud mot diskriminering¹¹. Senter mot etnisk diskriminering støtter dette utgangspunktet, og vi har derfor foreslått å endre lovens navn til Lov for etnisk likestilling i kap 7.1 (Lovens formål).

9.2 Aktivitetsplikt

9.2.1 Bør det innføres en plikt til å arbeide for etnisk likestilling?

SMED støtter forslaget om å innføre en aktivitetsplikt. SMED har gjennom 4 år erfart at individuell rettshjelp og muligheten for den enkelte til å legge frem sin sak, er viktig for den som utsettes for diskriminering. I mange tilfeller vil imidlertid ofrene for diskriminering oppleve prosessen mot f eks tidligere, nåværende eller kommende arbeidsgivere som belastende og krevende. For mange vil en beklagelse eller en stadfesting av at diskriminering har forekommet, være det meste man kan oppnå, og det vil i de fleste tilfeller være lite å hente økonomiske for ofrene.

Sandra Fredman skriver om dette i sin bok *Discrimination Law*:

Legal formulations of equality must be coherent and comprehensible; and, equally importantly, they must contain mechanisms for making equality effective. But traditional enforcement and compliance mechanisms are often inappropriate in the equality context (...). Yet a right to equality might be an empty promise if it requires each individual victim of discrimination to conduct proceedings against a particular defendant, particularly if the defendant is her employer, the factual and legal issues complex, and the remedy limited to compensation¹².

Det fremgår av sitatet ovenfor hentet fra Fredmans bok at et lovverk som overlater det til hvert enkelt individ å fremme likeverdig behandling, raskt kan forbli et tomt løfte for ofrene. En lov som har etnisk likestilling som målsetning må inneha effektive virkemidler for å bidra til å nå målsetningen.

En annen uavhengig britisk utredning¹³ gjennomført ved Universitet i Cambridge at anti-diskrimineringslovgivning må styrkes med en positiv plikt (aktivitetsplikt) til å fremme likestilling. Aktivitetsplikten bør ha som målsetning å sikre underrepresenterte grupper deltakelse i arbeidslivet, i utdanningssystemet, i tilgang til videreutdanning, tilgang til varer og tjenester og sosiale ytelser.

Lignende argumentasjon er å finne i likestillingsloven. Likestillingsloven ble i sommer revidert, og en utvidelse av aktivitetsplikten var en av endringene som ble vedtatt av Stortinget. I forarbeidet til endringen, slår departementet fast at. ”De klare behovene som eksisterer for et fortsatt aktivt og målrettet likestillingsarbeid (...), er argumenter for å lovfeste minimumskrav til likestillingsarbeid i virksomhetene¹⁴.”

Ulike undersøkelser gjennomført av Statistisk sentralbyrå viser f eks at andelen innvandrere med universitets- og høyskoleutdanning er høyere (27,1%) enn for nordmenn (21,5%).

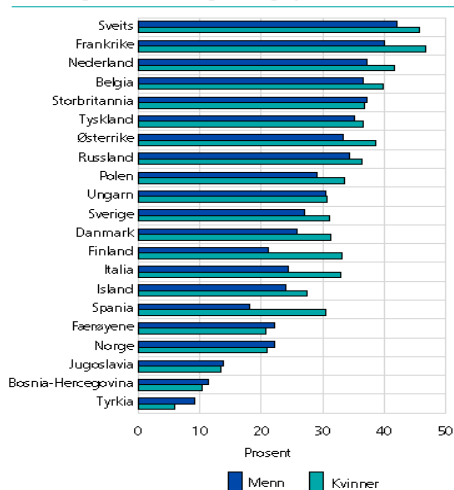
¹¹ NOU 2002:12, kap. 15.2, side 269

¹² Fredman, S. *Discrimination Law*, side 4. Clarendon Law Series, Oxford : 2002.

¹³ Hepple, B., Coussey, M., & Choudhury, T. *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*. Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon 2000.

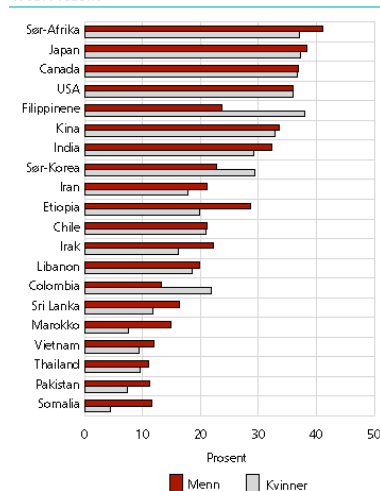
¹⁴ Ot prp nr. 77 (2000-2001), side 16.

Europa¹: Andel med universitets- og høyskole- utdanning, etter landbakgrunn og kjønn. 1998. Prosent



¹ Bare land med over 1 000 bosatte i Norge er med i denne figuren.

Øvrige verdensdeler¹: Andel med universitets- og høyskoleutdanning, etter landbakgrunn og kjønn. 1998. Prosent



¹ Bare land med over 1 000 bosatte i Norge er med i denne figuren.

Til tross for at mange innvandrere har utdanning er arbeidsledigheten høyere enn blant personer med norsk bakgrunn. Blant innvandrere fra Afrika er arbeidsledigheten 5 ganger så høy som for resten av befolkningen, og ca. hver sjettede arbeidsledige er en innvanderer¹⁵. En annen undersøkelse fra SSB viste også at innvandrere hadde lavere avkastning på utdanning i arbeidslivet¹⁶. Annenhver ikke vestlige innvanderer med høy utdanning, har jobb som normalt krever lavere utdanning. Det tilsvarende for norskfødte er ca. hver femte arbeidstaker. Ikke vestlige innvandrere har dermed lavere avkastning på arbeidsmarkedet av utdanning enn norskfødte, og innvandrere er overrepresentert i næringer som sysselsetter mange ufaglærte.

SMED anbefaler at det lovfestes en aktivitetsplikt. Det er i tråd med lovens formål og utviklingen på sammenlignbare områder.

9.2.2 Hvem bør omfattes av en aktivitetsplikt?

Lovutvalget foreslår at aktivitetsplikten skal omfatte offentlige og private arbeidsgivere, offentlige myndigheter i sin myndighetsutøvelse og arbeidslivets parter.

SMED støtter dette forslaget med følgende begrunnelse:

Aktivitetsplikten ble i sommer skjerpet i likestillingsloven og regnskapsloven, fra ordlyden om at offentlige myndigheter ”skal legge forholdene til rette” til å ”arbeide aktivt målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder”. Aktivitetsplikten ble også utvidet til å omfatte alle virksomheter i arbeidslivet, private og offentlige, samt arbeidslivets organisasjoner.

Bakgrunnen for en skjerpelse av aktivitetsplikten med hensyn til innhold og anvendelsesområde omtales i Ot prp nr 77 (2000-2001) hvor det argumenteres for at fremme av likestilling ikke er

¹⁵ SSB, www.ssb.no/innvstat/

¹⁶ Drevdal & Kjeldsrud; *Bruk av innvandrerne kompetanse i arbeidslivet*, Notater 1996/28, SSB

et ansvar som offentlige myndigheter har alene. Utvidelsen av virkeområde til også å omfatte private arbeidsgivere og arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner vil skjerpe bevisstheten om det kollektive ansvaret for å drive likestillingsarbeidet fremover.

I Hovedavtalen mellom LO og NHO og LO og YS er det inngått rammeavtaler om likestilling mellom menn og kvinner. Erfaringen med disse avtalene er at det er intensjonsavtaler og i liten grad konkretiserer tiltakene som skal iverksettes. Departementet foreslo derfor å pålegge de partene i arbeidslivet en plikt til å fremme likestilling. Også private arbeidsgivere har aktivitetsplikt i den reviderte likestillingsloven.

SMED anbefaler at aktivitetsplikten i lov for etnisk likestilling må ha samme anvendelsesområde som likestillingsloven. Likestillingsloven omfatter offentlige og private arbeidsgivere, offentlige myndigheter i sin myndighetsutøvelse samt arbeidslivets parter.

9.2.3 Hva er ansvarsområde og innholdet i ?

Ansvarsområdet for en bestemmelse om aktivitetsplikt må være noe forskjellig for offentlige myndigheter, arbeidsgivere og arbeidslivets organisasjoner, men bør etter SMEDs oppfatning samsvare ansvarsfordelingen i likestillingsloven.

I likestillingsloven pålegges offentlige myndigheter å fremme likestilling på alle de områder det offentlige har et særlig ansvar for. Dette innebærer at det offentlige skal integrere tiltak og likestillingshensyn i all sin virksomhet. Aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner omfatter virksomheten som part i tariffavtalen eller som interesseorganisasjon for arbeidsgivere og arbeidstakere. For arbeidsgivere, privat eller offentlig, bør plikten til aktivitet knytte seg til arbeidsgiverens personalpolitikk i forhold til ansettelse, rekruttering, fordeling av arbeidsoppgaver, arbeidstid og lønn. Andre eksempler som kan ha relevans også for etniske minoriteter er opprettelse av mentorordninger, kurs for ledere med minoritetsbakgrunn og barnehagetilbud. I plikten for å arbeide målrettet, aktivt og planmessig for likestilling ligger det også at arbeidsgiver bør evaluere ordinære tiltak og planer og analysere hvilke konsekvenser disse har for arbeidet med etnisk likestilling.

SMED anbefaler at kjønns- og etnisk likestilling med fordel kan inngå i ett mangfoldsperspektiv som også omfatter tiltak i forhold til funksjonshemming, alder og seksuell orientering. Det er derfor viktig at aktivitetsplikten har noenlunde sammenfallende anvendelse- og ansvarsområde og håndheving som sammenlignbare lover. Dette vil lette arbeidet for den som arbeider med mangfoldstrategier i sin bedrift eller etat.

9.2.4 Håndheving av aktivitetsplikten

Lovutvalget foreslår å la Diskrimineringsstilsynet håndheve aktivitetsplikten. SMED støtter lovutvalgets forslag om at aktivitetsplikten må håndheves av et tilsynsorgan. Det er imidlertid viktig å presisere at aktivitetsplikt for f.eks. private arbeidsgivere er nytt i Norge. SMED vil derfor fremme behovet for at tilsynsorganet også tillegges kompetanse til f.eks. å informere om effektive tiltak, veiledning om strategier for mangfoldsperspektiv i personalpolitikken. Mer om institusjonsutforming og funksjonsfordeling i kapitlet om institusjonsutforming (19. og 20.).

SMED anbefaler at aktivitetsplikten håndheves av tilsynsorganet, og at informasjonstiltak om aktivitetsplikten, dens innhold samt veiledning om mangfoldstrategier tillegges dette tilsynsorganet.

9.2.5 Når målet er mangfold

Utredning¹⁷ gjennomført ved Centre for Public Law og Judge Institute of Management Studies viste at statlige reguleringer var dominerende, og at organisasjoner, enkeltpersoner og bedrifter i liten grad ble ansvarliggjort i forhold til å generere endringer.

Utredningen gir eksempler på en rekke ulike virkemidler:

- Rettigheter – den enkeltes rett til å få en sak om etnisk diskriminering behandlet i en domstol eller tilsynsorgan.
- Kontroll og pålegg. Et uavhengig offentlig organ setter en standard som organisasjonen/etaten/bedriften er forpliktet til å følge. Organet har sanksjonsmuligheter, kan gjennomføre tilsyn og bringe saker inn for domstol.
- Frivillig selv-regulering er basert på at den enkelte organisasjon/etat/bedrift imøtekommer foreskrevne standarder ensidig uten frykt for trusler om tvang.
- Påtvunget selv-regulering er rettet mot organisasjon/etat/bedrift som ikke på frivillig retter opp diskriminerende praksis.
- Økonomiske incentiver for å frembringe endret adferd. Tilbaketrekking av kontrakter og/eller subsidier.

Analysen viste at alle disse virkemidlene hadde ulike fordeler og ulemper. Ikke uventet svarte respondentene i undersøkelsen som representerte arbeidsgiversiden at de hadde mest tro på ”frivillig selvregulering”. Arbeidstakere og fagforeningene forfektet ”tvungen selvregulering” som det ønskelige. Rapporten konkluderte, ikke oppsiktvekkende, at en kombinasjon av virkemidler var å foretrekke. Forskerne advarte imidlertid mot å velge alle regulerende virkemidler ukritisk, da mer tvang og mer regulering fort kan virke mot sin hensikt. Å innføre for mange byråkratiske forordninger vil sannsynligvis føre til store motforestillinger, det vil være kostbart og vil være politisk uakseptabelt. På den annen side fremheves det i utredningen fra Storbritannia, at helt frivillige og ”best practise” metoder fungerer best dersom de komplimenteres med andre metoder som innebærer et moment av tvang og/eller sanksjoner. Et eksempel på denne kombinasjonen av virkemidler fra vårt eget land er rekruttering av kvinner til styre i statlige bedrifter/organisasjoner. Næringsminister Ansgar Gabrielsen (H), gikk i mars 2002 ut i media og kritiserte bedriftenes evne og vilje til å gjennomføre målsetningen om 40% kvinneandel i styrene. Dersom ikke bedriftene klarer å etterleve målsetningen vil næringsministeren iverksette sterkere virkemidler, f eks kvotering, for å øke andelen og nå målsetningen.

Poenget er at en utelukkende frivillig innsats for å fremme etnisk likestilling har liten sjanse for å nå frem. Frivillighet i fremme av etnisk likestilling kan være vellykket der hvor det finnes åpenbare incentiver, f eks økonomiske, i form av at en bedrift eller offentlig etat produserer eller yter tjenester direkte i et område hvor etniske minoriteter utgjør en stor andel eller utgjør en spesielt kjøpesterk gruppe. I slike tilfeller vil en mangfoldig arbeidsstokk kunne høyne kvaliteten på tjenester og tilby varer som er etterspurte. I andre organisasjoner er det vanskeligere å finne grunner til å iverksette en likestillingspolitikk. Ulikheten i type organisasjon/etat eller bedrift som omfattes av loven har ført i Storbritannia bidratt til en teori om: ”responsive regulation”. Ideen bak denne teorien er at aktivitetsplikten og iverksetting av denne plikten, må respondere i forhold til ulik adferd i ulike organisasjoner. I bunn legger lovreguleringen til grunn frivillig tilslutning og samarbeid. Når det feiler på dette planet, eskalerer det til neste nivå hvor det er mer avskrekkende sanksjoner for ikke å samarbeide.

Et avgjørende poeng i en mer dynamisk regulering er det å trekke inn flere aktører enn de statlige organene og ombudene. I et likestillingsarbeid, er lover og statlige reguleringer nødvendig, men ikke tilstrekkelig for å bidra til forandring:

Private og frivillige former for sosial kontroll er et viktig supplement til statlig regulering.

¹⁷ Hepple, B., Coussey, M., & Choudhury, T. *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*. Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon 2000.

Kvaliteten og legitimiteten i likestillingspolitikken kan høynes dersom berørte parter inkluderes.

En undersøkelse gjennomført av Handelshøyskolen BI, viste at samfunnsansvar er i ferd med å bli en viktigere, å mer integrert i styringen av norske bedrifter. 91,4% av lederne som deltok i undersøkelsen: Verdier i NHO-bedrifter¹⁸ mente at sosialt engasjement er lønnsomt for bedriften i det lange løp. NHO argumenterer og anbefaler på sine hjemmesider i artiklene ”Mangfold er også et samfunnsansvar” og ”Mangfold lønner seg”:

- Mangfold gir bedrifter økt konkurransekraft.
- Vær en foretrukket arbeidsgiver
- Lavere uønsket turnover
- Økt produktivitet og nytenking
- Økte markedsandeler
- Nye forretningsforbindelser
- En endringsdyktig organisasjon
- Demonstrer samfunnsansvar
- Godt rykte

Alle elementene ovenfor er trukket inn som relevante i forhold til mangfoldstrategier, og tyder på at næringslivets for en stor grad har en positiv innstilling i forhold til at mangfold lønner seg. SMED mener det er viktig at en aktivitetsplikt kobles til bedriftenes egeninteresse.

Også frivillige organisasjoner, fagforeninger kan med nyttig erfaring, stor kontaktflate bidra ved å representere og fremme synspunkter til enkeltmennesker og medlemmer, men også informere om rettigheter og plikter.

SMED mener at aktivitetsplikt bør knyttes til egeninteressen hos bedrifter og tjenesteytere. Interessegrupper må ha mulighet til å delta i prosessen, med informasjon, rådgivning og samarbeid.

9.3 Adgang til å registrere opplysninger om etnisitet (monitoring)

Lovutvalget behandler spørsmålet om adgang til å registrere opplysninger om etnisitet i kapittel 15.3 og i konkluderer med at de ikke ønsker noen særskilt lovbestemmelse for å regulere adgangen til å registrere opplysninger om etnisitet i arbeidslivet eller på andre områder. Lovutvalget redegjør forut for konklusjonen om betenkeligheter, begrensinger men også om muligheter som allerede eksisterer i forhold til registrering av etnisitet.

SMED støtter konklusjonen til utvalget som ikke finner det nødvendig å inkludere adgangen til å registrere etnisitet i en lov mot etnisk diskriminering.

SMED er imidlertid opptatt av at kartlegging eller monitoring kan være et nyttig redskap for å jobbe planmessig og aktivt for å fremme etnisk likestilling. SMED har ved gjentatte anledninger, og i alle Underveis mot et bedre vern rapportene (1999, 2000 og 2001) lagt vekt på behovet for mer dokumentasjon om hvor etniske minoriteter er underrepresentert, og for å finne årsakene til forskjellene kreves det mer systematisk innhenting av data. Det er f eks vanskelig å avdekke indirekte diskriminering uten å ha statistikk eller annen informasjon som fastslår at en person er behandlet annerledes og mindre favorabelt enn en annen person ville blitt i en tilsvarende situasjon (jf kapittel om definisjon av direkte og indirekte diskriminering).

¹⁸ *Verdier i NHO-bedrifter*, Eggen & Antal, <http://www.bi.no/users/fag88008/BIprosjekt%20-Verdier%20i%20NHO.pdf>

SMED vil derfor anbefale at et fremtidig kompetansesenter/tilsynsorgan (kanskje i samarbeid med Datatilsynet) utarbeider egnede retningslinjer og verktøy om hvordan monitoring kan brukes som virkemiddel i arbeidet for etnisk likestilling tillegges et av de foreslåtte organene

9.4 Klausuler om ikke-diskriminering i forbindelse med offentlige anskaffelser

Lovutvalget omtaler ikke-diskrimineringsklausuler i kapittel 15.4, og beskriver blant annet USA, hvor slike klausuler har vært i bruk siden 1965. Utvalget antar at det er et stort potensiale for å utnytte de muligheten som det offentlige har til i kraft av sin rolle som innkjøper til å fremme etnisk likestilling.

SMED støtter lovutvalgets vurdering her, og har med glede registrert at regjeringen sommeren 2002, i forbindelse med lanseringen av handlingsplanen mot rasisme og diskriminering, allerede har bestemt seg for å innføre ikke-diskrimineringsklausuler¹⁹.

SMED er imidlertid opptatt av at ikke-diskrimineringsklausuler må være spesifikke, dvs. at må gå fremgå spesifikt hva som skal kreves fra tilbyder for at leverandør tilfredsstiller kravene om etnisk likestilling. I Sverige har man innført ikke-diskrimineringsklausuler, men her henvises det bare til ulike lover som skal fremme likestilling, og at leverandøren til enhver tid skal følge disse. I USA stilles det strenge krav til kartlegging av hvorvidt kvalifiserte etniske minoriteter eller kvinner er underrepresentert i de forskjellige jobbkategoriene i leverandørens arbeidsstokk (dvs. i forhold til deres tilgjengelighet i det relevante arbeidsmarked), og eventuelt en plan for å rette på underrepresentasjon med konkrete mål og tidsfrister (numerical goals og timetables) i ikke-diskrimineringsklausulene²⁰.

SMED anbefaler å innføre ikke-diskrimineringsklausuler. SMED støtter lovutvalgets vurdering om at det er stort potensiale for det offentlige til å utnytte muligheten de som innkjøper har til å fremme etnisk likestilling.

10. Utstedtsdiskriminering

(Kommentarer til NOUens kapittel 16)

10.1 Bakgrunn

FNs rasediskrimineringskomite (CERD) har i sin siste rapport (#15) om Norge (2001) uttrykt:

"... concerns over reports of racial discrimination in access to places of service to general public, notably restaurants and discotheques, and over reports that the criminal law does not always provide an effective protection"

De fleste er enige i at diskriminering på arbeidsmarkedet og boligmarkedet påvirker menneskers muligheter til å delta i samfunnslivet. Utstedtsdiskriminering er imidlertid ofte den aller første form for diskriminering som unge mennesker møter – før man går ut i arbeidslivet eller prøver å skaffe seg bolig. Utstedtsdiskriminering er åpenlys diskriminering som skjer ansikt-til-ansikt og som vanskelig lar seg bortforklare for den som er utsatt for det. Denne formen for diskriminering er også svært stigmatiserende når den skjer. En person blir stående alene, mens resten av gruppen slipper inn.

Boligdiskriminering bortforklars med et stramt boligmarked; diskriminering på arbeidsmarkedet bortforklars med høy arbeidsledighet. Når man er utsatt for utstedtsdiskriminering er det imidlertid krystallklart for offeret at dette skjer – at man ikke er ønsket på den sosiale arena.

¹⁹ Handlingsplan mot rasisme og diskriminering (2002-2006), KRD, side, 19.

²⁰ Executive order 11246, <http://www.dol.gov/esa/regs/compliance/ofccp/fs11246.htm>

Diskriminering av etniske minoriteter på utesteder skjer i dag, og har pågått i lang tid. Det er dokumentert i media (f eks Aftenposten, NRK) og av frivillige organisasjoner (Antirasistisk Senter, og OMOD) siden tidlig på 80-tallet og frem til i dag. SMED gjennomførte postkortkampanjen Ali Baba, høsten 1999, som i stor grad bekreftet bekymringen uttrykt av FNs rasediskrimineringskomite. Utestedsdiskriminering skjer og ofrene for denne type diskriminering har liten tro på at en anmeldelse vil føre frem.

Et eksempel på utestedsdiskriminering:

Mandag 20. september 1999 skrev Aftenposten Aften om en episode på en nattklubb i Oslo sentrum. To afrikanske menn ble nektet adgang på grunn av at "de hadde joggesko på seg". Da den ene av de to mennene gjorde dørvakten oppmerksom på at flere av de "norske" gjestene hadde lignende sko på seg, gikk dørvakten løs på dem. Den ene av mennene ble brutalt slått ned, mens den andre så vidt slapp unna. Dørvakten og utestedet ble anmeldt, og flere vitner meldte seg frivillig for å bekrefte hva som hadde skjedd. I dag er saken henlagt.

10.2 Vår vurdering

SMED er positive til at lovutvalget har drøftet aktuelle lovbestemmelser (strl § 349 a, serveringsloven § 17 og alkoholloven) og SMED deler utvalgets vurdering i 16.3 *Behov for et mer effektivt vern?*, hvor det slås fast at straffeloven, alkoholloven og serveringsloven tilsynelatende er sterke virkemidler, men at det i virkeligheten gir en svært begrenset adgang til å reagere mot utestedsdiskriminering. SMED støtter derfor lovutvalgets forslag om endring av vandelskravet i serveringsloven § 6 og alkoholloven § 1-7b, som vil åpne for sivile sanksjoner, f eks inndragelse av skjenkebevilling, ved brudd på diskrimineringsforbudet §3 i lov mot etnisk diskriminering.

SMED stiller seg tvilende til lovutvalgets forslag til § 19 hvor Diskrimineringstilsynet kan fremme begjæring for tingretten om at et utested stenges i inntil sju dager dersom utestedet forsettlig eller grovt uaktsomt bryter §3 i den foreslåtte loven. § 19 vil kunne fungere som et sterkt signal, men SMED mener at det vil være problematisk og ressurskrevende for et tilsynsorgan å handheve denne bestemmelsen. Dersom en sak er så alvorlig at det er aktuelt å stenge stedet og saken må bringes frem for Tingretten, mener SMED at politiet vil være mer egnet til å innhente bevis i en slik sak enn et fremtidig tilsynsorgan.

SMED anbefaler de foreslåtte endringene i alkoholloven og serveringsloven, samt forslaget om å synliggjøre kommunenes ansvar og adgang til å kontrollere etnisk diskriminering ved et skjenkested i form av en forskrift. SMED har tro på at en enhetlig praktisering av skjenkekontroll som også omfatter "etnisk diskriminering" vil bidra til mer dokumentasjon om problemets art og omfang, samtidig som utestedene sannsynligvis vil ta dette mer alvorlig når de vet at de kontrolleres jevnlig.

11. Forholdet til arbeidsmiljøloven og boliglovgivningen

(Kommentarer til NOUens kapittel 17)

11.1 Generelle bemerkninger

NOUens kapittel 17 beskriver summarisk hvorledes Lovutvalget vil løse at det på enkelte områder – arbeidsliv og boligmarkedet – eksisterer spesiallovgivning som forbyr etnisk diskriminering.

Kort oppsummert foreslår Lovutvalget å endre arbeidsmiljølovens § 55 A slik at "rase, hudfarge, etnisk eller nasjonal opprinnelse" tas ut av lovteksten fordi forbudet i aml § 55 A er identisk med diskrimineringsforbudet i lovutkastet. Når det gjelder boliglovgivningen foreslår Utvalget at det ikke inntas en lovforbud mot etnisk diskriminering i de nye lovene om bustadbyggjelag og burettslag.

Spørsmålet om forholdet mellom generell lovgivning og spesiallovgivningen har imidlertid kommet ytterligere på spissen i tiden etter at Lovutvalget leverte sin innstilling, vi kan nevne:

- NOU 2003:2 av Arbeidslivslovutvalget avgitt 17 desember 2002. Forslag til nytt kapittel X A i arbeidsmiljøloven.
- Ot prp nr. 30 (2002-2003) foreslår ny lov om bustadbyggjelag og lov om burettslag. Forslag om generelt diskrimineringsforbud i begge lovene.
- Sosialdepartementet nedsatte høsten 2002 et utvalg, ledet av Aslak Syse, som innen 31 desember 2004 skal utrede et rettslig vern mot diskriminering av funksjonshemmede.

Norsk lovgivning mangler foreløpig en overordnet tilnærming til det som kan sies å være et internasjonalt konvensjonsbestemt rettsprinsipp om ikke-diskriminering. Regelverket er fragmentarisk og ufullstendig, og inneholder pr i dag kun et adekvat forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn. I tillegg er det fremmet forslag om lovgivning for visse områder, f eks arbeidsliv og boligmarkedet.

At vi i Norge ikke endelig har avklart hvilke mulige grunnlag for diskriminering som bør forbys, kombinert med fremveksten at sektorvis regulering, kompliserer spørsmålet om hvorledes lovgivningen bør være for å sikre et effektivt vern mot diskriminering på grunnlag av etnisitet, eller - for den saks skyld - kjønn, funksjonshemming, seksuell orientering, alder etc.

Arbeidslivslovutvalget (heretter "ALLU") berører problemstillingen i delutredningen punkt 4.3 *Helhetlig regulering av diskrimineringsvernet*. Utvalget uttrykker eksplisitt betydningen av en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet uavhengig av diskrimineringsgrunnlag, og anbefaler det raskt igangsettes en utredning av en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet. Senteret gir ubetinget tilslutning til denne vurderingen. Vi finner det svært uheldig at det foreligger åpenbare forskjeller i graden av rettsbeskyttelse når det gjelder diskriminering på ulike grunnlag, til tross for at behovet for beskyttelse langt på vei er like sterkt.

Inntil et slikt arbeid er igangsatt og slutført, mener vi at det avgjørende vil være å finne ordninger som er optimale for å sikre et effektivt vern mot etnisk diskriminering, og vernet mot diskriminering på andre grunnlag.

11.2 Forholdet til arbeidsmiljøloven (NOU 17.1)

Lovutvalget viser i NOUens punkt 17.1.1 til andre regler i arbeidsmiljøloven som også implisitt vil forby etnisk diskriminering, eller diskriminering på annet grunnlag.

Arbeidsmiljølovens § 60 nr 1 krever at en oppsigelse skal være saklig. Kravet om saklig grunn til oppsigelse gir i praksis et vern mot oppsigelser begrunnet i en persons etniske opprinnelse. Aml §§ 7 og 12 stiller krav til det psykososiale arbeidsmiljøet. Disse bestemmelsene vil i praksis stille krav til arbeidsgiver om tilrettelegging og overvåkning av arbeidsmiljøet for å forhindre at det finner sted forskjellsbehandling og trakassering. Både Aml § 12 og § 60 har ulike rettsfølger fra diskrimineringsforbudet, og på den bakgrunn er det åpenbart behov for å opprettholde regelsettene parallelt. Vi kommenterer derfor ikke disse bestemmelsene nærmere.

Når det gjelder arbeidsmiljølovens § 55 A er situasjonen annerledes. Den beskyttelsen som oppstilles mot etnisk diskriminering i arbeidslivet jf Aml § 55 A, er langt på vei identisk med den beskyttelse som er foreslått av Lovutvalget, og rettsfølgen er delvis den samme. Tatt i

betraktning at ALLU i NOU 2003:2 har foreslått Aml § 55 A opphevet og erstattet av nytt kapittel X A, mener vi at det primært er relevant å se på *hvorledes regelverket i kapittel X A bør harmoniseres med lov mot etnisk diskriminering*.

Når det gjelder forslaget i NOU 2003:2 innbefatter forslaget vern av en rekke diskrimineringsgrunnlag foruten kjønn og etnisitet. Senteret vil spesielt fremheve at ALLU har foreslått å beholde både kjønn og etnisitet som diskrimineringsgrunnlag i lovteksten under henvisning blant annet til at det i en og samme sak vil kunne foreligge flere diskrimineringsgrunnlag, se NOU 2003:2 s 18. Vi vil fremheve at diskrimineringsgrunnlagene etnisk opprinnelse, religion og nasjonalitet i noen saker må ses i sammenheng. To andre diskrimineringsgrunnlag som kan opptre i samme sak er kjønn og etnisitet, jf f eks saker om religiøst hodeplagg.

For kjønnslikestilling har ALLU løst harmoniseringsproblemet ved å innta en særskilt klausul i § 54 A nr 2 som fastslår at i den utstrekning det foreligger forskjellsbehandling på grunn av kjønn, reguleres forholdet fullt ut av likestillingsloven. De foreslåtte bestemmelsene i Aml §§ 54 B flg kommer derfor ikke til anvendelse.

Uavhengig av hvilken løsning som velges med hensyn til regulering, er det Senterets vurdering at harmoniseringsproblemet må behandles likt for reglene om kjønnslikestilling og det fremtidige regelverket om etnisk diskriminering.

Dersom de materielle bestemmelsene i spesiallovgivningen i Aml kapittel X A og de generelle bestemmelsene i likestillingsloven og lov mot etnisk diskriminering, etablerte et identisk vern mot diskriminering, ville denne midlertidige harmoniseringsløsningen vært optimal. I praksis er det ikke slik, og vi ønsker å peke på noen forskjeller både i de respektive lovforslagenes ordlyd og innhold:

- Begrepsbruk i definisjonen mht ”diskriminering” og ”forskjellsbehandling”
- Bevisbyrdereglene er utformet ulikt på en måte som kan tyde på materielle forskjeller i de beviskrav som stilles til partene i en diskriminerings sak
- Gyldighetsregelen i § 54 J nr 3 er meget viktig, og har ingen parallell i forslaget til lov mot etnisk diskriminering eller likestillingsloven.

Når det gjelder bestemmelser som materielt sett bør være like, mener vi at det *utvilsomt* må skje en tilpasning av de respektive lovforslagenes ordlyd, og innholdet i de materielle bestemmelsene, jf f eks forbudsbestemmelsen (definisjon, forbud mot gjengjeldelse og instruks om å diskriminere), opplysningsplikt og bevisbyrde.

Når det gjelder forslaget § 54 J nr 3, er dette en gyldighetsbestemmelse og derfor av en annen karakter enn § 54 J nr 1 og 2. Bestemmelsen mangler sin parallell i likestillingsloven og forslaget til lov mot etnisk diskriminering. Vi anbefaler derfor at harmoniseringsbestemmelsen som unntar kjønn og etnisitet fra reguleringen, ikke gjelder for denne bestemmelsen. En arbeidstaker som mener seg diskriminert på grunnlag av etnisitet eller kjønn, bør utvilsomt kunne anlegge søksmål for de ordinære domstoler med krav om at f eks en tariffavtale delvis skal kjennes ugyldig. Senteret går ikke inn for at et tilsynsorgan skal få kompetanse til å fastslå at privatrettslige overenskomster og avtaler er ugyldige.

Videre inneholder arbeidsmiljøloven sanksjonsbestemmelser som ikke lov mot etnisk diskriminering inneholder, se arbeidsmiljølovens § 85, og det er f eks ikke ønskelig at Arbeidstilsynet ikke skal ha kompetanse til å føre tilsyn med disse sakene.

Senteret mener at diskrimineringsgrunnlaget etnisitet nytt kapittel X A i arbeidsmiljøloven ikke bør tas ut av arbeidsmiljøloven. Vi foreslår at harmoniseringsproblemet løses midlertidig på samme måte som for likestillingsloven. I arbeidslivet er det behov for en ensartet og helhetlig tilnærming til vernet mot diskriminering på ulike grunnlag.

11.3 Forholdet til boliglovgivningen (NOU 17.2)

Også på dette punkt har lovgivningsprosessen kommet et skritt videre i forhold til hva som var situasjonen på det tidspunkt Lovutvalget leverte sin utredning. I Ot prp nr 30 (2002-2003) har Departementet foreslått inntatt i lov om bustadbyggjelag § 1-4 og lov om burettslag § 1-5 forbud mot diskriminering på ulike grunnlag, herunder truedkjennning, hudfarge, språkkunnskapar, nasjonalt eller etnisk opphav eller homofil legning, leveform eller orientering. I tillegg er det inntatt en bevisbyrderegel, samt en henvisning til at erstatning kan kreves i henhold til de alminnelige erstatningsrettslige reglene. Nok en gang er det grunn til å fremheve det uheldige knyttet til ulik formulering av lovbestemmelsens ordlyd.

Det er åpenbart, som Departementet også selv forutsetter i Ot prp nr 30, at det på et senere tidspunkt ved implementering av lov mot etnisk diskriminering må foretas en harmonisering av regelverket. Våre vurderinger i forhold til hva som er hensiktsmessig er et stykke på vei parallellt til det som er skrevet ovenfor om forholdet til særregulering i arbeidsmiljøloven. Men situasjonen er også ulik på vesentlige punkter. For det første gjelder ikke reguleringen i ovennevnte lover boligmarkedet generelt, men kun vedtektene i boligbyggelag og borettslag. For det annet vil vernet mot diskriminering være mer omfattende i lov mot etnisk diskriminering enn det som følger av bestemmelsene i særlovgivningen, jf f eks muligheten til å kreve oppreisning uavhengig av skyld.

Senteret mener at forbudet mot etnisk diskriminering på boligmarkedet bør være inntatt i den generelle loven mot etnisk diskriminering.

12. Dokumentasjon om art og omfang av etnisk diskriminering

(Kommentarer til NOUens kapittel 18)

12.1 Generelle kommentarer

SMED er positiv til lovfesting av kompetansesenterfunksjonen. De foreslåtte funksjonene bør etter vår oppfatning legges til et samlet håndhevingsorgan, fordi dette vil være en fordel faglig og ressursmessig. I tillegg mener vi at kunnskapene frembrakt via kompetansesenteret vil gi nødvendig bakgrunnsinformasjon i iverksettelse av loven, ikke minst i forhold til aktivitetsplikten. SMED mener at kunnskapsutvikling og formidling vil være kjerneoppgaver i håndhevingsorganet.

De foreslåtte funksjonene til et kompetansesenter krever at det får tillagt kompetanse til samordning og innhenting av informasjon. Et lite, svakt kompetansesenter vil ikke greie å utføre sine oppgaver på en bedre måte enn det de spredte fagmiljøene på feltet greier i dag. Kompetansesenteret må tilføres tilstrekkelig kompetanse og ressurser, ellers er det fare for at det ikke vil kunne utføre oppgavene tilfredsstillende.

Det må ikke legges skjul på at de foreslåtte funksjoner og oppgaver vil kreve personalmessige og økonomiske ressurser. Det betyr bl.a. at man vil måtte hente inn personale som i dag er spredt på ulike miljøer og som har nødvendig kunnskap.

12.2 Metodiske vansker

. Da SMED startet arbeidet for fire år siden, møtte vi store metodiske vansker da vi undersøkte mulighetene for å etablere en felles database for diskriminering som forekommer på landsbasis. Episoder av diskriminering kan dokumenteres via ulike kvalitative og kvantitative mål, men

flere nødvendige ledd mangler for å få en samlet oversikt nasjonalt. Vi er enige i at ulike rutiner for registrering, bruk av forskjellige kriterier ved vurdering om diskriminering har forekommet, underrapportering og underskudd av relevant statistikk har vært hindre også i vårt arbeid.

I 18.3 beskrives ulike instanser man kan hente inn informasjon fra, mens 18.4 refererer til relevant data og forskning.. Et viktig perspektiv som ikke er tydeliggjort i kapitlet, er behovet for å dokumentere *regionale variasjoner*. Det er nødvendig å ha et regionalt perspektiv for å fange opp de store variasjonene i minoritetsbefolkningen fra nord til sør i landet, og i bygder, byer og lokalsamfunn med store variasjoner mellom integrasjonsmønstre og sammensetning av minoritetsbefolkningen. Det er også viktig å utvikle et samarbeid med instanser som for eksempel kompetansesenteret for urfolk i Kautokeino.

12.3 Relevant data/statistikk og forskning ved dokumentasjon av etnisk diskriminering (NOU 18.4)

Kapittel 18 i utredningen inneholder et sett av funksjoner som kreves for å dokumentere diskriminering på en mer systematisk måte enn det som har vært mulig per i dag. SMED vil særlig fremheve behovet for følgende funksjoner

- System for dokumentasjon og overvåking av art og omfang av diskriminering

Det er behov for å innhente, innhente og følge opp saker som gjelder diskriminering over hele landet. Dette bør gjøres ved at en fremtidig institusjon utvikler noen felles kriterier for registrering av saker innhentet via

- Henvendelser til rettshjelpskontorer (18.4.2)
- Data fra frivillige organisasjoner (18.4.3)
- Dokumentasjon innhentet av forskjellige forvaltningsenheter (18.4.8)

For at et håndhevingsorgan (med kompetansesenterfunksjoner) skal være i stand til å innhente og systematisere disse opplysninger, kreves det at loven fastsetter retten til å innhente opplysninger fra private organisasjoner og offentlige institusjoner. Uten en slik lovhjemmel vil anmodninger om informasjon i liten grad blir tatt til følge og være forbundet med store vansker,

- System for dokumentasjon av enkeltsaker om diskriminering, tilsynsorganets saker, saker for domstolene, både sivile og straffesaker

SMED mener at det er nødvendig å ha etablere et system for helhetlig dokumentasjon av håndhevingsorganets praksis sett i sammenheng med saker for domstolene. Vi er enig i det som står i 18.4.7 om rettspraksis, men mener at erfaringer fra rettsapparatet ikke skal ses isolert, men i lys av de erfaringer som også selve håndhevingsorganet vil ha. Håndhevingsorganet må velge en hensiktsmessig måte å bearbeide egne saker på; her finnes det relevante erfaringer fra Likestillingsombudet og SMED.

- Dokumentasjon av opplevd diskriminering

SMED erfarer at en analyse av rapporterte tilfeller av diskriminering med basis i rapporter fra andre instanser og gjennomgang av egne saker ikke nødvendigvis gir et representativt bilde av omfanget av diskriminering som faktisk forekommer. Dette er bl.a. illustrert ved at få saker innrapporteres i forhold til boligdiskriminering til tross for at forskning om boligområdet tilsier at omfanget på denne typen diskriminering er betydelig. (Mobbing i skolen kan eventuelt også være et eksempel på dette). Vi mener at det er nødvendig for forskningsinstitusjoner å gjennomføre undersøkelser om opplevd diskriminering med et høyt antall respondenter for å få utdypende opplysninger om art og omfang av diskriminering. Håndhevingsorganets rolle i denne sammenhengen vil være en oppdragsgiver, som etter gjennomføring anvender resultatene i sin virksomhet. Å gjennomføre denne typen undersøkelse krever store forskningsmessige ressurser, slik at det ikke naturlig blir en oppgave for selve håndhevingsorganet med kompetansesenter.

- Dokumentasjon av graden av etnisk likestilling, good practices etc

Et håndhevingsorgan med innebygget kompetansesenter vil være et ressurscenter som kan samle og analysere god praksis og prøve å finne gode metoder og måter å vurdere mer eller mindre effektive virkemidler i et komparativt perspektiv. Dette går litt lenger enn å samle og formidle eksempler på god praksis. Likestillingssenteret har utviklet en likestillingsbarometer som kan vurderes i minoritetsområdet. Håndhevingsorganet kan gi bedrifter og offentlige instanser råd mht kriterier for å vurdere egen praksis og utvikling. Dette er noe som i dag gjøres av det britiske organet Commission for racial equality i forhold til kommuner, arbeidsplasser etc.

12.4 EUMC, focal point funksjonen RAXEN nettverket (NOU 18.5)

RAXEN baserer seg på at ulike organisasjoner søker om å være national focal points. SMED mener at de funksjonene som RAXEN er tiltenkt er oppgaver som håndhevingsorganet med fordel kan ha, men det er heller ingenting i veien for at en slik rolle kan innehas av en frivillig organisasjoner. Dette bestemmes etter søknad til EU Monitoring Centre.

SMED støtter lovfesting av et kompetansesenter i §23, dersom Holgersenutvalgets forslag til institusjonsløsning blir tatt til følge. Dersom funksjonene ivaretas innen rammen av et samlet håndhevingsorgan (jf SMEDs forslag) mener vi at dokumentasjonsfunksjonen må lovfestes. Vi anbefaler at det tas med en formulering om at institusjonen skal innhente dokumentasjon. Vi mener det er nødvendig å tilføye et ledd i loven der det gis hjemmel for informasjonsinnhenting fra offentlige og private instanser, men detaljene i dette må gjerne forskriftsreguleres.

13. Håndheving av loven og SMEDs framtidige rolle

(Kommentarer til NOUens kapittel 19 og 20)

13.1 Bakgrunnen for våre drøftelser

Lovutvalget har drøftet spørsmålet om håndheving av loven og SMEDs framtidige rolle i 2 ulike kapitler, henholdsvis kapittel 19 og 20. Vi antar at dette har sammenheng med at mandatet eksplisitt ba om en vurdering av SMED, og at Lovutvalget vurderte en løsning der SMED enten ble videreført som et tilsynsorgan eller et kompetansesenter. Vi har derfor valgt å følge samme disposisjon, og kommenterer SMEDs framtidige rolle, dvs. kapittel 20 kort avslutningsvis, våre kommentarer er imidlertid kun en konsekvens av de vurderinger som er gjort i forhold til kapittel 19.

Den grunnleggende problemstillingen er hvilke(t) tilsynsorgan(er) som bør etableres for å sikre en effektiv gjennomføring og håndheving av regelverket innenfor en kostnadsmessig forsvarlig – og realistisk – ramme. Effektiviteten i så måte er dels avhengig av tilsynsapparatet som etableres, og dels avhengig av den kompetansen – både vedtakskompetanse og annen kompetanse – som loven tillegger disse organene. SMED har f.eks. til sammenlikning i dag ikke noen formell kompetanse til å innhente relevant informasjon. Vi fremhever dette innledningsvis fordi vi ser at det er begrensninger i forhold til hvor langt det er mulig å komme med holdningskapende arbeid på feltet, uavhengig av dimensjoneringen av f.eks. et kompetansesenter.

I høringsbrevet fra KRD er høringsinstansene bedt om å uttale seg om et felles tilsynsapparat for diskriminering på bakgrunn av kjønn og etnisitet. Departementet fremhever at et slikt felles apparat dels vil gi større tyngde mht fagkompetanse og dels vil være ressursbesparende. Arbeidsgruppen som skal vurdere spørsmålet, vil utrede både en sammenslåing av klagenemnda, diskrimineringstilsynet og kompetansesenteret. Fordi arbeidsgruppens forslag vil bli sendt på alminnelig høring sommeren 2003, vil våre bemerkninger på dette punkt være av rent reflekterende og foreløpig karakter.

En annen viktig problemstilling er spørsmålet om rettshjelp. Opprettelsen av SMED var et resultat av at myndighetene erkjente at det forelå et stort udekket behov for kvalifisert juridisk

bistand i saker om diskriminering, samt et behov for å skaffe til veie dokumentasjon om art og omfang av diskriminering i Norge. Personer med minoritetsbakgrunn får også i dag juridisk veiledning fra andre enn SMED, f eks gir organisasjoner som OMOD, ARS, INLO, MIRASenteret og SEIF viktig bistand. Det karakteristiske ved SMEDs rettshjelp er imidlertid at SMED er opprettet nettopp for å gi kvalifisert rettshjelp, at det er satt av økonomiske og praktiske ressurser, samt at rettshjelpen ytes av personer med juridisk utdanning og med spesialisering i diskrimineringsjussen. Lovutvalgets forslag om bortfall av rettshjelp har konsekvenser som vi vil fremheve i lys av våre erfaringer knyttet til SMEDs rettshjelp.

I punkt 13.2 nedenfor kommenteres derfor spørsmålet om hvilket apparat som bør etableres for å føre tilsyn med loven, i punkt 13.3 kommenteres spørsmålet om sammenslåing av apparatet for likestilling mellom kjønnene og det foreslåtte apparatet for tilsyn med lov mot etnisk diskriminering, i punkt 13.4 rettshjelp og i punkt 13.5 SMEDs fremtidige rolle.

13.2 Tilsynsapparatet

13.2.1 Bør det etableres et alternativ til domstolsbehandling? (NOU 19.3.2)

Lovutvalget fastslår i NOUens punkt 19.3.2 (Bør det være et eget håndhevingsystem for lov mot etnisk diskriminering) at det ikke vil være tilfredsstillende å overlate håndhevingen av loven til domstolene, og foreslår at det opprettes helt nye håndhevingsorganer. Utvalget anfører flere argumenter for en slik løsning: høy terskel for å engasjere advokat og føre saker for domstolen, spesielt høy terskel for personer med mindre personlige og økonomiske ressurser, tilleggsbarrierer for personer med minoritetsbakgrunn knyttet til muntlig og skriftlig fremstillingsevne, samt at domstolsbehandling tar lang tid.

Det er Senterets erfaring at personer som ikke er godt integrert, som har dårlige muntlige og skriftlige norskkunnskaper samt liten faktisk kunnskap om det norske rettsvesen, opplever spesielle terskler i møte med det norske rettssystemet. Et tilsynsorgan kan iverksette tiltak som kompenserer for individuelle ulemper slik at terskelen for å henvende seg til håndhevingsorganet blir lav. Problemstillingen er for øvrig grundig belyst i rapporten *Kommunikasjon og rettsikkerhet : utlendingers og språklige minoriteters møte med politi og domstoler / Kristian Andenæs, Nora Gotaas, Anne Birgitta Nilsen, Knut Papendorf*.

Utvalget drøfter imidlertid ikke generelle tungtveiende argumenter for opprettelse av et håndhevingsorgan som alternativ til domstolsbehandling. Dette er etter vår vurdering vesentlige argumenter tatt i betraktning at personkretsen som opplever diskriminering er sammensatt, og en rekke personer som har opplevd diskriminering ikke på noen måte er økonomisk ressursvake, marginalisert og dårlig integrert.

For det første er domstolsbehandling både kostnads- og tidkrevende, og dette alene er et reelt hinder for et effektivt vern. Kostnadene både for de involverte parter og samfunnet, vil være høye. En mindre ressurskrevende – men forsvarlig - behandling av disse sakene, vil gangne alle parter. Den lange tiden det vil ta for å få en avgjørelse vil dessuten primært utgjøre en ulempe for den gruppen av personer som loven er ment å beskytte, typisk ved at aktualiteten i problemstillingen vil bli raskt redusert ettersom tiden går.

For det annet er prosessrisikoen i saker om diskriminering høy fordi resultatet av et søksmål avhenger av skjønsmessige vurderinger, både med hensyn til om det har funnet sted diskriminering og med hensyn til erstatningsutmålingen. Høy prosessrisiko vil ofte være et reelt hinder for å anlegge et ellers berettiget søksmål. Dersom personer som utsettes for diskriminering i tillegg i mindre grad enn majoritetsbefolkningen, har midler til å dekke et omkostningsansvar,

vil terskelen for å ta ut søksmål bli så høy at dette ikke skjer til tross for at det innvilges fri sakførsel etter de ordinære reglene om fri retts hjelp.

For det tredje vil søksmålgjenstanden i saker om diskriminering typisk være erstatning for ikke-økonomisk tap, erstatning for økonomisk tap vil kun være aktuelt i noen av sakene. Med utgangspunkt i de beskjedne oppreisningsbeløp som erfaringsmessig tilkjennes for integritetskrenkelser og ærekrenkelser, vil kostnadene knyttet til prosess med stor sannsynlighet overstige den potensielle erstatningen. I tillegg må prosessrisikoen tas i betraktning jf ovenfor. Senteret har gjennom sitt arbeid erfart at målsettingen med en sak ikke er å oppnå en større økonomisk kompensasjon, men snarere å få fastslått at det har funnet sted en usaklig forskjellsbehandling og eventuelt en symbolsk kompensasjon. Domstolsbehandling vil i så måte være et lite egnet virkemiddel for slik saker.

Senteret mener at det må opprettes et alternativ til domstolsbehandling i saker om etnisk diskriminering. Dette er også i samsvar med de føringer som er gitt av blant annet EU og FN når det gjelder effektive håndhevingsorganer og klagemuligheter.

13.2.2 Domstolsbehandling av saker om etnisk diskriminering (NOU 19.3, 19.5, 19.6)

I NOUen punkt 19.3.2 (Bør det være et eget håndhevingsystem for lov mot etnisk diskriminering) fastslår Lovutvalget at det er et grunnleggende premiss å unngå domstolsbehandling i størst mulig grad. Senteret er enig med Utvalget i at dette er vesentlig, men vi deler ikke Utvalgets vurdering fullt ut. Vi vil derfor nyansere problemstillingen noe, før vi kort kommenterer NOUen punkt 19.5 (Domstolsbehandling av saker etter lov mot etnisk diskriminering).

For å realisere målsettingen om å unngå domstolsbehandling, må visse grunnleggende forutsetninger være oppfylt. Beslutningene som fattes må være basert på korrekt rettsanvendelse, og de parter som er berørt av beslutningene må ha tillit til at resultatet - om ikke annet - er juridisk riktig. Partenes tillit til beslutningene bestemmes blant annet av tilsynsapparatets autoritet, legitimitet og kompetanse.

Det er vår vurdering at domstolsbehandling av enkelte prinsipielle saker til en viss grad er ønskelig. Domstolsbehandling vil gi feltet relevant rettspraksis av en viss tyngde som dels vil befeste håndhevingsorganenes forvaltningspraksis og som dels vil utgjøre tungtveiende argumenter i forbindelse med disse organenes vedtak i enkeltsaker. At håndhevingsapparatets beslutninger er forankret i rettspraksis, vil bidra til øke tilliten til at beslutningene er bygget på korrekt rettsanvendelse. Vi vil fremheve at dette vil være spesielt viktig i den første tiden etter at loven trer i kraft, da vi i Norge ikke har noen velutviklet rettslig diskrimineringsstandard. Saker etter lov om likestilling mellom kjønnene, eller arbeidsmiljølovens § 55 A, har i liten grad vært prøvet for ordinære domstolene. Vi vil derfor fremheve det positive, og ressursbesparende, i samspillet mellom håndhevingsapparatet og domstolene.

Når det gjelder adgangen til domstolene, er det ut fra rettssikkerhetshensyn og de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg, vesentlig at denne sikres. Senteret støtter derfor Lovutvalgets konklusjon i NOUen punkt 19.5.3 (Domstolenes prøvingsadgang) om at vedtak fattet av tilsynsorganene skal kunne prøves fullt ut av domstolene, og at domstolene pålegges en plikt til å fatte en avgjørelse som omhandler hele sakskomplekset jf NOUen punkt 19.5.4 (Dom for realiteten). Når det gjelder NOUen punkt 19.5.2 (Søksmålsfrist) antar Senteret at en tre måneders frist er tilstrekkelig for å forberede et søksmål og hensiktsmessig for at partene innen rimelig tid skal kunne innrette seg på at en avgjørelse er rettskraftig.

Når det gjelder NOUen punkt 19.6 (Organisasjoner som fullmektig i saker om etnisk diskriminering) nøyer vi oss med å gi tilslutning til Lovutvalgets vurderinger.

For å sikre at viktige prinsipielle saker kommer for domstolene, er det etter Senterets oppfatning grunn til å vurdere hvorvidt det er behov for parallell bestemmelse til rettshjelpslovens § 19 nr 3. Saker om etnisk diskriminering er ikke blant de prioriterte sakene hvor det tilkjennes fri sakførsel, og Senteret mener ikke det er behov for en endring på dette punkt.

Håndhevingsapparatet bør imidlertid rutinemessig ha adgang til å anbefale fri sakførsel – der vilkårene for fri sakførsel ellers ikke er oppfylt - dersom saken enten er av prinsipiell betydning, eller der det er fattet et vedtak i favør av en privat person, hvor det av den annen part anlegges søksmål for å stadfeste at diskriminering ikke fant sted. Det er Senterets vurdering at en anbefaling om fri sakførsel fra et tilsynsorgan normalt bør bli etterkommet av offentlige myndigheter eller domstolene. Vi anbefaler at det inntas en bestemmelse om dette i Justis- og politidepartementet Rundskriv G-73/96.

Senteret mener at domstolsbehandling av saker om diskriminering i hovedsak bør unngås, men at et samspill mellom håndhevingsapparatet og domstolene er ønskelig både for å sikre håndhevingsapparatets legitimitet og ut fra rettssikkerhetshensyn. Håndhevingsapparatet bør få formell kompetanse til å anbefale en søknad om fri sakførsel i visse saker.

13.2.3 Institusjonsutforming (NOU 19.3, 19.4, 20.4.2)

13.2.3.1 Generelt

Våre vurderinger av institusjonsutformingen tar utgangspunkt i det apparatet som er foreslått i NOUen, med Klagenemnda for etnisk likestilling NOUen punkt 19.3 og 19.4, Diskrimineringstilsynet NOUen punkt 19.3 og 19.4 og Kompetansesenteret for etnisk likestilling NOUen punkt 20.4.2.

I punkt 13.2.3 beskriver vi hvorledes institusjonsapparatet bør se ut forutsatt at det ikke finner sted noen sammenslåing med tilsynsapparatet for kjønnslikestilling. I punkt 13.3 kommer vi tilbake til hvorledes vi mener institusjonsapparatet bør se ut dersom det finner sted en sammenslåing med tilsynsapparatet for kjønnslikestilling, samt en tilføyelse av nye diskrimineringsgrunnlag. Vi har valgt å kommentere institusjonsutformingen todelt for å sikre at de prinsipielle aspekter ved en sammenslåing tydeliggjøres.

Det er nødvendig å skille mellom ulike oppgaver knyttet til tilsynet med gjennomføringen av loven. Den ene kategorien av oppgaver knytter seg til håndhevingen av loven, mens den andre kategorien av oppgaver gjelder arbeidet for etnisk likestilling i videste forstand. Håndhevingsoppgavene vil bestå i å behandle enkeltsaker om diskriminering, samt føre tilsyn med at ulike instanser og organisasjoner oppfyller sin aktivitetsplikt. Oppgaver knyttet til arbeidet for etnisk likestilling, er sammensatte og består av oppgaver som dokumentasjon- og overvåkning, politisk og rettspolitisk arbeid, veiledning og kompetanseutvikling.

Det grunnleggende premisset for institusjonsutformingen er imidlertid å innføre et alternativ til domstolsbehandling. Våre kommentarer tar derfor utgangspunkt i de krav som stilles til utforming av håndhevingsapparatet for at denne målsettingen ivaretas, se punkt 13.2.3.2. I punkt 13.2.3.3 ser vi på hvilke oppgaver som bør ligge til håndhevingsapparatet, i punkt 13.2.3.4 kommenterer vi institusjonsutformingen i forhold til aktivitetsplikten, og til slutt vurderer vi hvorledes de øvrige oppgavene, relatert til arbeidet for etnisk likestilling, best kan ivaretas innenfor dette institusjonsapparatet, se punkt 13.2.3.5.

13.2.3.2 Institusjonsapparatet for behandling av enkeltsaker (NOU 19.3.3.2, 19.3.4.2 , 19.3.5, 19.4.1.2)

Vi er i hovedtrekk enige med Lovutvalgets forslag til institusjonsutforming for behandling av enkeltsaker. Begrunnelsen for et særskilt håndhevingsapparat er et bedre tilpasset og effektivt

system for behandling av saker om etnisk diskriminering, og forutsetningen for å etablere et reelt alternativ til domstolsbehandling er at håndhevingsapparatet har autoritet og legitimitet slik at avgjørelsene respekteres av de berørte parter. Dette leder etter vår vurdering til at det må stilles følgende grunnkrav til institusjonsutformingen:

- Håndhevingsapparatet må være faglig og administrativt fristilt
Håndhevingsorganene må ikke kunne instrueres på annen måte enn ved lov/forskrift. Uavhengighet i forhold til sentralforvaltningen er sentralt tatt i betraktning at loven også vil omfatte forskjellsbehandling i forbindelse med offentlig myndighetsutøvelse. Dersom det skal etableres et reelt alternativ til domstolsbehandling, må de involverte parter ha tillit til organets uavhengighet, og det er ikke tilstrekkelig at avgjørelsene er innholdsmessig korrekte. For øvrig bør det vurderes kritisk hvilket Departementet tilsynsapparatet bør være underlagt, det er ikke nødvendigvis en fordel at tilsynsapparatet er underlagt det fagdepartement som har ansvaret for integrerings- og utlendingsforvaltningen.
- Håndhevingsapparatet må tilføres tilstrekkelige med ressurser
Senteret vil fremheve det nok så selvsagte utgangspunktet at ressursene som tilføres institusjonsapparatet vil ha stor betydning for kvaliteten på avgjørelsene i enkeltsaker. Det er videre grunn til å merke seg at DO (Diskrimineringsombudet i Sverige) bruker mye ressurser på å informere om den svenske lovgivningen, og at situasjonen i Norge langt på vei vil være parallell når det gjelder informasjon om rettigheter og plikter. Det å etablere et lavterskeltilbud vil for øvrig også være ressurskrevende.
- Håndhevingsapparatet må være et lavterskeltilbud
Håndhevingsapparatet må være et lavterskeltilbud. Dette har sammenheng med sammensetningen av personkretsen som kan tenkes å fremme en sak om etnisk diskriminering. Et lavterskeltilbud stiller både krav til tilgjengelighet og kommunikasjonsform, f eks tolk, oversetter etc. Det kan f eks ikke stilles krav til skriftlighet i forbindelse med saksfremlegg. Et lavterskeltilbud vil også i konkrete tilfeller innebære at det ikke stilles store krav til personens eget bidrag til sakens opplysning. Det er dessuten Senterets erfaring at det er en utfordring å etablere et landsdekkende lavterskeltilbud til personer som i liten grad behersker norsk skriftlig og muntlig, og at et tilsynsorgan vil møte de samme utfordringene.
- Kostnader knyttet til behandling av en enkeltsak
Kostnadssiden av håndhevingsapparatets virksomhet har naturligvis nær sammenheng med punktet ovenfor om at tilbudet skal være et lavterskeltilbud. Personer som henvender seg til håndhevingsorganet med en sak om diskriminering skal betale for å få veiledning, rettsinformasjon eller dersom organet fatter vedtak i en diskriminerings sak.
- Rask saksbehandling
Diskriminerings saker har ofte aktualitet en begrenset periode, og det er viktig at saken behandles mens den underliggende problemstillingen fortsatt har aktualitet. Dette vil effektivisere vernet, og gjøre det mulig å finne løsninger partene imellom som har mer positive ringvirkninger enn et vedtak om oppreisning som uansett kun kan gi en moralsk og økonomisk oppreisning i etterkant.

Under forutsetning av at det etableres et håndhevingsapparat for saker om etnisk diskriminering alene, finner Senteret ikke det kostnadmessig forsvarlig å etablere en særdomstol, jf NOU punkt 19.3.3.2 (En eller to instanser? Klageorgan, eventuelt særdomstol?). Vi finner det naturlig å etablere et faglig fristilt forvaltningsorgan/nemnd. Senteret er imidlertid ikke uten videre enig med Lovutvalget i at de samme hensyn som taler mot en domstolsbehandling av disse sakene også taler mot at en særdomstol opprettes for å behandle disse sakene. Dette spørsmålet vil det imidlertid være mer aktuelt å vurdere dersom det etableres en to instans behandling for flere diskrimineringsgrunnlag.

Senteret mener det er nødvendig å etablere en to-instans behandling av saker om diskriminering, jf NOUen punkt 19.3.3.2 (Én eller to instanser? Klageorgan, eventuelt særdomstol?), hvor annen-instans har som eneste oppgave å foreta en kvalifisert overprøving av første-instans beslutning. Senterets vurdering på dette punkt er begrunnet i dels rettssikkerhetshensyn, og dels i at en kvalifisert annen-instans behandling vil være nødvendig for å sikre at håndhevingsapparatet blir et reelt alternativ til domstolsbehandling. Annen-instans bør få en institusjonell utforming og sammensetning som sikrer at partene har tillit til avgjørelsene.

Vi kan ikke se at det eksplisitt er drøftet hvorvidt det skal finne sted noen siling av saker som bringes inn for behandling i annen-instans, jf NOUen punkt 19.4.1.2 (Nærmere om adgangen til å unnlate å behandle en sak). Senteret mener at kompetanse til å foreta en siling også bør gjelde for saker som er allerede behandlet i første-instans. Dette er ikke betenkelig ut fra rettssikkerhetshensyn da ordinær domstolsbehandling fortsatt er mulig. Vi mener det er viktig at annen-instans ikke overbelastes med saker slik at det av ressursmessige årsaker ikke er mulig å prioritere saker av prinsipiell betydning og saker hvor utfallet av saken er så åpent at det er naturlig med en to-instans behandling for å ivareta målsettingen om et reelt alternativ til domstolsbehandling.

Lovutvalget foreslår i NOUen punkt 19.3.4.2 (Organisering av klageorganet) at førsteinstans skal fungere som et sekretariat for annen-instans, med utgangspunkt i den modell som drøftes under dette punktet, finner vi dette hensiktsmessig ut fra hva som er kostnadsmessig forsvarlig. Senteret mener at et slikt sekretariat også må ha som funksjon enten å anbefale at annen-instans avviser saken jf avsnittet ovenfor, eller selv fatter avgjørelse om at saken ikke skal behandles av annen-instans. Prinsipielt mener vi at annen-instans formelt bør fatte beslutningen om å avvise en sak, dette styrker tilliten til håndhevingsapparatet og vil medføre en viss overprøving av første-instans vurdering på dette punkt, jf for øvrig det systemet som er etablert innenfor det ordinære domstolsapparatet.

Lovutvalget har i NOUen punkt 19.3.3.1 (Ombudet eller annet forvaltningsorgan) og NOUen punkt 19.3.5 (Oppsummering) foreslått at institusjonene betegnes som henholdsvis Diskrimineringstilsynet og Klagenemnda etnisk diskriminering. Hvilken betegnelse som benyttes på håndhevingsorganene er ikke avgjørende, men vi er enig med Lovutvalget i at betegnelsen ombud ikke bør benyttes. Betegnelsen Klagenemnda for etnisk diskriminering er etter Senterets vurdering dekkende for organets funksjon, mens at Tilsynet for etnisk likestilling vil være en bedre og mer dekkende betegnelse på første-instans funksjon. Betegnelsen på første-instans gjenspeiler også at vi – som vi senere kommer tilbake til – går inn for en modell hvor funksjonene i det foreslåtte tilsynsorganet og kompetansesenteret samles i samme organ.

Senteret mener at det må opprettes et faglig og administrativt fristilt håndhevingsapparat i samsvar med Lovutvalgets forslag som sikrer en forsvarlig to-instans behandling av enkeltsaker. Institusjonene bør betegnes Tilsynet for etnisk likestilling og Klagenemnda for etnisk diskriminering. Formelle ordninger med siling og avvisning må forskriftsreguleres for å sikre at håndhevingsapparatet ikke overbelastes.

13.2.3.3 Tilsynsorganets kompetanse ved behandling av enkeltsaker (NOU 19.4.1, 19.4.2)

Lovutvalget fastslår i NOUens punkt 19.4.2 (Særlig om avgjørelsesmyndighet og hva vedtak kan gå ut på) at første-instans tillegges formell myndighet til å fatte vedtak. Senteret mener at dette er nødvendig for å sikre en effektiv håndheving av diskrimineringsforbudet og for å etablere et reelt alternativ til domstolsbehandling. Senteret mener at spørsmålet om Tilsynet for etnisk likestillings vedtakskompetanse også er et spørsmål om ressursfordeling mellom første- og annen-instans. Tilsynet for etnisk likestilling vil, med sitt kontinuerlige arbeid med sakskomplekset, vil

ha tilstrekkelig faglig kompetanse til fatte vedtak. Vi er også sterkt tvilende til om det å avgi en rådgivende uttalelse, jf dagens ordning for Likestillingsombudet, er særlig mindre ressurskrevende enn å fatte vedtak.

NOUen punkt 19.4.1 (Diskrimineringstilsynet) omhandler de sentrale sidene ved Tilsynet for etnisk likestillings arbeid med enkeltsaker om diskriminering. Senteret er i hovedtrekk enig med Utvalget i hvilke funksjoner knyttet til enkeltsaksbehandling som skal ligge til første-instans. En diskrimineringssak bør både kunne komme igang ved en henvendelse fra en enkeltperson, en annen fysisk eller juridisk person eller ved at tilsynsorganet selv foretar undersøkelser, jf NOUen punkt 19.4.1.1 (Diskrimineringstilsynets rett og plikt til å ta en sak til behandling). For at det skal fattes vedtak om oppreisning, må det foreligge samtykke fra den som er utsatt for diskriminering. Tilsynsorganets kompetanse til å fatte vedtak om at en bestemt praksis utgjør indirekte diskriminering, bør imidlertid ikke være begrenset til de tilfellene hvor en enkeltperson samtykker i dette. Et vedtak bør kunne bestå i at det slås fast at det har funnet sted diskriminering i strid med § 3. Dette vil effektivisere gjennomføringen av loven spesielt der det er vanskelig å finne enkeltpersoner som vil opptre som "fornærmet". En slik vedtakskompetanse vil for øvrig være i samsvar med den myndighet som er tillagt tilsynet etter forslaget § 14 første ledd.

Tilsynsorganets kompetanse til å unnlate å foreta en realitetsvurdering av en sak og fatte vedtak må forskriftsreguleres, jf NOUen punkt 19.4.1.2 (Nærmere om adgangen til å unnlate å behandle en sak). Vi kan ikke se at det er grunn til å etablere en annen betegnelse på slike avgjørelser enn "avvisning". Et annet spørsmål er om et vedtak om å avvise en sak skal kunne påklages. En rekke vedtak om avvisning vil åpenbart være så kurante at en nemnd eller et forberedende organ ikke bør bruke tid og ressurser på en annen-instans behandling av beslutningen, mens det kan tenkes noen avvisningsvedtak hvor det bør foreligge en klageadgang jf lovforslagets § 11 første ledd. Etter Senterets vurdering er det nødvendig å forskriftsregulere både avvisningsadgangen og spørsmålet om retten til å klage over vedtak om avvisning.

Senteret er ikke enig i Lovutvalgets forslag når det gjelder omfanget av en meglingsordning, jf NOUen punkt 19.4.1.3 (Meglerfunksjonen). Utvalget forutsetter at det klare utgangspunktet er at meglings skal forsøkes. En vellykket meglings er avhengig av at partene selv ønsker å megle for å finne en løsning, samt at partene har tillit til megler. Senteret mener at meglings bør være et frivillig tilbud til partene om å få bistand til å finne en løsning. Incitamentet til å gjennomføre meglings vil være at det alternativt vil bli fattet et vedtak, og i så fall har partene ingen direkte innflytelse på utfallet av saken. Senteret tror ikke at en meglings under press og uten at partene ønsker meglings vil være vellykket.

I de tilfellene meglings tilbys må ordningen utformes spesielt med henblikk på at dersom meglings ikke fører frem må håndhevingsorganet fatte vedtak i saken. Vi sikter her både til tiltak som sikrer at meglings faktisk har forutsetning for å føre frem, samt tiltak som sikrer at håndhevingsorganets legitimitet og autoritet ikke svekkes fordi organet har vært involvert i meglings. Det kan her være grunn til å se hen til de prinsippene som har vært førende for utformingen av rettsmeglingsinstituttet.

NOUen punkt 19.4.1.4 (veiledning) omhandler tilsynsorganets veiledningsplikt i forbindelse med enkeltsaker. Når det gjelder omfanget av denne veiledningsplikten i forbindelse med de sakene som faller innenfor tilsynets kompetanse nøyer vi oss med å vise til de hensyn som er presentert ovenfor i punkt 13.2.3.2. Veiledningsplikten må tilpasses det særskilte behov for veiledning som kan foreligge i slike saker i tillegg til at terskelen for å ta kontakt med tilsynsorganet må være lav. Lovutvalget konkluderer med at det ikke bør lovfestes noen alminnelig veiledningsplikt ut over den veiledningsplikten som følger av forvaltningslovens § 11.

Dette gir Senteret sin tilslutning til for saker som faller innenfor tilsynsorganets vedtakskompetanse.

Lovens anvendelsesområde er omfattende. I en rekke saker vil imidlertid spørsmålet om diskriminering kun utgjøre en integrert problemstilling i hele sakskomplekset, f eks saker om oppsigelse, klage over et ugyldig vedtak, anmeldelse av en polititjenestemann for grov tjenesteforsømmelse etc. I slike saker må enkeltpersonen benytte andre virkemidler enn å henvende seg til et tilsynsorgan, f eks bestride gyldigheten av oppsigelse, klage over vedtak, innlevere en anmeldelse, men et viktig element i argumentasjonen vil være om det har funnet sted diskriminering.

Senteret er enig med Lovutvalget i at det åpenbart ikke vil være aktuelt å representere enkeltpersoner som part, dette vil være en form for partsrepresentasjon som vil være uforenelig med rollen som tilsynsorgan. Senteret mener imidlertid at veiledningsplikten i forhold til fremgangsmåte og eventuelt i forhold til å veilede når det gjelder å definere diskrimineringselementet, må falle inn under tilsynsorganets veiledningsplikt jf lovens anvendelsesområde. Hvor omfattende veiledning som gis i slike saker må overlates til tilsynsorganet selv å vurdere dels innenfor rammene av ressursituasjonen, og dels tatt i betraktning tilsynsorganets kompetanse. Det må understrekes at denne problemstillingen oppstår som konsekvens av Lovutvalgets forslag om bortfall av rettshjelp, og at veiledning i disse sakene ikke avhjelper konsekvensene av dette fullt ut. Dette kommer vi nærmere tilbake til i punkt 13.4.

Senteret mener at Tilsynsorganet for etnisk likestilling må tillegges kompetanse til å fatte vedtak og avvise saker. Kompetansen til å avvise saker, og adgangen til å klage over et avvisningsvedtak må forskriftsreguleres. Tilsynsorganet bør uten samtykke fra en ”fornærmet” gis kompetanse til å fatte vedtak om at det har funnet sted etnisk diskriminering. Senteret går inn for en mindre omfattende frivillig meglingsordning enn den som foreslås av Lovutvalget. Tilsynsorganets veiledningsplikt må gjelde for alle saker som faller innenfor lovens anvendelsesområde.

13.2.3.4 Institusjonsutformingen og aktivitetsplikten (NOU 15.2.4.8)

Lovutvalget foreslår lovfestet en såkalt aktivitetsplikt, jf lovforslagets § 8 som innebærer at offentlige myndigheter, arbeidsgiver og arbeidslivets parter, skal arbeide aktivt og planmessig for å fremme lovens formål innenfor sine respektive områder. Tilsynet vil med hjemmel i forslaget § 10 ha hjemmel til å igangsette undersøkelser for å avdekke hvorvidt aktivitetsplikten er overholdt.

Senteret mener at aktivitetsplikten og arbeidet med enkeltsaker er nært knyttet sammen, og at disse regelsettene bør håndheves av samme organ. Særlig vil den mulige nære sammenhengen mellom en manglende implementering av aktivitetsplikten og enkeltsaker om diskriminering, være viktig å få avdekket.

Aktivitetsplikten skal ikke håndheves ved hjelp av pålegg om retting, eller oppreisning. Etter Senterets vurdering bør det presiseres i forarbeidene om Tilsynsorganet skal ha kompetanse til å fastslå at aktivitetsplikten ikke er oppfylt. Ordlyden i § 14 første ledd utelukker at det fattes slikt vedtak. Senteret mener det er viktig at Tilsynsorganets kompetanse i denne sammenheng er udiskutabel. Vi kan – på det nåværende tidspunkt - ikke se at det skal foreligge behov for at Tilsynsorganet tillegges kompetanse ut over å fastslå at det foreligger brudd på aktivitetsplikten. Å påpeke lovstridig opptreden er en form for myndighetsutøvelse som kan ha store konsekvenser for f eks omdømmet til et privat foretak, og hjemmelen for slik myndighetsutøvelse bør derfor være eksplisitt.

Senteret mener at forutsetningene for tilsynsorganets kompetanse på dette punkt blir klart presisert enten i forarbeidene, ved en presisering av Tilsynsorganets kompetanse i lovens § 8, eller ved at det inntas et eget ledd i lovens § 14 som fastslår at:

”Tilsynsorganet kan påpeke brudd på aktivitetsplikten, og komme med anbefalinger om nødvendige tiltak.”

13.2.3.5 Institusjonsutformingen og de øvrige oppgavene som foreslås lovfestet (NOU 20.4.2)

Lovutvalget har foreslått en institusjonsutforming bestående av 3 organer, 2 av organene er behandlet ovenfor, tilsynsorgan og klagenemnd, og det siste er et såkalt kompetansesenter for etnisk likestilling. To vesentlige problemstillinger må vurderes i denne sammenheng: 1) hvilke oppgaver er vesentlige for en effektiv håndheving av loven og 2) hvilke institusjoner er nødvendige å etablere for å løse disse oppgavene.

Senteret vil innledningsvis fremheve at vi mener det er kritisk å etablere et institusjonsapparat som i tillegg til å fatte vedtak og megle i enkeltsaker, skal arbeide for etnisk likestilling. De oppgavene som er nevnt i kapittel 20.4.2, må ivaretas av en eller flere av de nye institusjonene som etableres. På den annen side mener vi at det er direkte uhensiktsmessig at det etableres flere små fagmiljøer med mindre dette er nødvendig for å ivareta hensynet til institusjonenes legitimitet og troverdighet i forhold til de funksjonene som skal tillegges tilsynsapparatet.

Senteret mener at følgende oppgaver er nødvendig å løse når vi får en ny lov, både tatt i betraktning behovet for å løse oppgavene, og de internasjonale føringer som er gitt:

- Enkeltsaksbehandling – alternativ til domstolsbehandling:
 - Fatte vedtak i enkeltsaker
 - Legge til rette for alternativ tvisteløsning i form av frivillig mekling
 - Veiledning i saker om diskriminering
 - Håndheve aktivitetsplikten
- Rettspolitisk arbeid – generelt pådriverarbeid - informasjonsoppgaver
 - Fremme forslag om endringer i gjeldende norsk rett
 - Fremme forslag om tiltak/endringer i forhold til praksis i offentlig og privat virksomhet
 - Rettsinformasjon om aktivitetsplikt, og tiltak for å gjennomføre denne
 - Påse at norsk lovgivning og praksis på diskrimineringsfeltet er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser
 - Påvirkningsarbeid i forhold til arbeidsgivere/myndighetene/politiske prosesser etc som har betydning for muligheten til å oppnå etnisk likestilling.
- Dokumentasjon og overvåkning
 - System for dokumentasjon og overvåkning av art og omfang av diskriminering
 - System for dokumentasjon av enkeltsaker om diskriminering, tilsynsorganets saker, saker for domstolene, både sivile og straffesaker
 - Dokumentasjon av opplevd diskriminering
 - Dokumentasjon av graden av etnisk likestilling, good practices etc
 - EUMC, søke om focal point funksjonen RAXEN nettverket
- Kunnskapsutvikling og formidling
 - Kunnskapsutvikling, innenfor juss, samfunnsvitenskap og good practices
 - Generell kunnskapsformidling, både juss og samfunnsvitenskap
 - Spesiell veiledning, sml RREAS
- Rettshjelp/partsrepresentasjon i saker om diskriminering

Felles for alle ovennevnte oppgaver er at institusjonen som skal utføre oppgavene bør være faglig, og – i noe varierende grad - administrativt fristilt. Alle oppgavene kan derfor som utgangspunkt tenkes lagt til det institusjonsapparatet som skal håndheve og føre tilsyn med loven.

I våre vurderinger i det følgende har vi fokusert på å belyse to hovedproblemstillinger: for det første hvilke av ovennevnte oppgaver er uforenelige i den forstand at det vil svekke institusjonenes autoritet og legitimitet dersom oppgavene utføres av samme institusjon, og for det annet hvilke oppgaver må ligge til samme organ for å sikre organenes kompetanse, legitimitet og gjennomslagskraft. Det må presiseres av det sjelden vil være slik at to eller flere oppgaver er absolutt uforenelige eller må utføres av samme organ, men vi mener allikevel at noen utfordringer knyttet til institusjonsutforming utpeker seg:

- Partsrepresentasjon – fatte vedtak i enkeltsaker/frivillig megling/håndheve aktivitetsplikten Senteret mener at partsrepresentasjon i saker om diskriminering er absolutt uforenelig med tilsynsoppgaver i videste forstand, og spesielt med oppgaver knyttet til å fatte vedtak i enkeltsaker. Et tilsynsorgan skal basere sine beslutninger på en autorativ forståelse av gjeldende rett, mens en partsrepresentant skal fremme en bestemt persons interesser innenfor rammene av de etiske krav som stilles til institusjoner som yter rettshjelp etter domstolsloven. Rettshjelp og partsrepresentasjon må derfor legges til en annen institusjon/organisasjon enn tilsynsorganet for etnisk likestilling.

- Partsrepresentasjon – generell kunnskapsformidling/spesiell veiledning Partsrepresentasjon vil et stykke på vei være uforenelig med generell kunnskapsformidling og spesiell veiledning typisk overfor arbeidsgivere, da partsrepresentasjon til en viss grad forutsetter at et enkeltindivids subjektive interesser fremmes, mens generell kunnskapsformidling og spesiell veiledning forutsetter en objektiv og overordnet tilnærming til et problemkompleks. En konsekvens av at samme institusjon både skal ha en positiv dialog med arbeidsgivere omkring tiltak for etnisk likestilling og representere en arbeidstaker i konflikt med bedriften, kan i verste fall svekke institusjonens troverdighet i forhold til begge funksjonene.

- Fatte vedtak i enkeltsaker/megling – generell kunnskapsutvikling/spesiell veiledning Vedtakskompetanse/megling og generell kunnskapsformidling og spesiell veiledning typisk overfor arbeidsgivere/offentlige myndigheter kan i konkrete situasjoner fremstå som uforenelig på samme måte som tilfellet vil være med partsrepresentasjon. Her er det imidlertid klart at et tilsynsorgan ikke skal representere noen interesser ut over samfunnets interesse i at loven etterlevs, og det vil være de samme interessene som er retningsgivende for tilsynsorganets veilednings- og rådgivningsvirksomhet.

Senteret kan ikke utelukke at dette kan oppleves som problematisk, men vi mener at opprettelsen av en klagenemnd som er uavhengig av tilsynsorganet og som utelukkende behandler enkeltsaker, vil fullt ut avhjelpe denne mulige ulempen.

- Fatte vedtak i enkeltsaker/megling – rettspolitisk arbeid/pådriverarbeid Det er åpenbare fordeler knyttet til å legge flere oppgaver til samme organ. Håndheving av loven og rettspolitikk bør åpenbart legges til samme organ. Det samme gjelder påvirkningsarbeid ut over det som angår de begrensede rettslige problemstillinger. Et organ som til daglig beskjeftiger seg med konkrete rettslige spørsmål, vil ha gode forutsetninger for å se jussens begrensninger og søke andre former for påvirkning.

- Enkeltsaksbehandling/rettspolitikk/pådriverarbeid – dokumentasjon/overvåkning

Det er også åpenbare fordeler knyttet til å legge dokumentasjon og overvåkningsfunksjonen til samme organ som håndhever loven og som arbeider rettspolitisk og politisk for etnisk likestilling. For å sikre at den dokumentasjonen om art og omfang av diskriminering er relevant vil nærhet til de praktiske problemstillingene gi viktige innspill.

På den annen side vil dokumentasjon og overvåkningsfunksjonen gå lengre enn det som genereres av informasjon basert på de sakene et tilsynsorgan behandler, og dette vil kunne gi viktig bakgrunnsinformasjon i forhold til de vedtak som fattes i enkeltsaker, og spesielt i forhold til innholdet i aktivitetsplikten som foreslås innført. Senteret har erfaring med nytten av denne vekselvirkningen, men mener at her er det et langt større potensiale enn det som er realisert med utgangspunkt i Senterets mandat og ressursituasjon.

- Kunnskapsutvikling/generell og spesiell veiledning – de øvrige oppgavene
- Kunnskapsutvikling og generell og spesiell veiledning henger nært sammen med alle de øvrige oppgavene. Senteret mener at det er svært fordelaktig at denne oppgaven legges til de organene som både fører tilsyn med loven, har innsikt i de politiske og rettspolitiske utfordringene samt har tilgang til dokumentasjon og generelle erfaringer/good practises.

Den eneste oppgaven som er direkte uforenelig med de øvrige oppgavene er partsrepresentasjon etter domstolsloven. Senteret gir derfor sin tilslutning til at denne rettshjelp ikke inngår som en del av tilsynsapparatet som skal føre tilsyn med den nye loven. Hvorledes Senteret stiller seg til konsekvensene av at rettshjelp bortfaller er en annen problemstilling som vi kommer tilbake til nedenfor i punkt 13.4.

Senteret mener at det kun bør opprettes to nye institusjoner for å håndheve loven og arbeide for etnisk likestilling – Klagenemnda for etnisk diskriminering og Tilsynsorganet for etnisk likestilling. Tilsynsorganet for etnisk likestilling vil i så fall både behandle enkeltsaker, herunder fatte vedtak, megle og gi veiledning, og ivareta de funksjonene som Lovutvalget i NOU punkt 20.4.2 (Modell 2: Kompetansesenter for etnisk likestilling) foreslo lagt til et kompetansesenter.

13.3 Sammenslåing av tilsynsapparatet for kjønn og etnisitet

13.3.1 Generelt

Lovutvalget har fremlagt et forslag til lovgivning som har klare likhetstrekk til lov om likestilling mellom kjønnene. Dette – og andre omstendigheter - aktualiserer det spørsmål som KRD har anmodet høringsinstansene om å ta stilling til: et felles tilsynsapparat for diskriminering på bakgrunn av kjønn og etnisitet.

Departementet har i sin begrunnelse for forslaget som nå utredes fremhevet at et felles apparat vil gi større tyngde mht fagkompetanse og være ressursbesparende. Arbeidsgruppen som skal vurdere spørsmålet, vil utrede både en sammenslåing av klagenemnda, diskrimineringstilsynet og kompetansesenteret. Fordi arbeidsgruppens forslag vil bli sendt på alminnelig høring sommeren 2003, vil våre bemerkninger på dette punkt være av reflekterende og foreløpig karakter. Senteret er i tillegg kjent med at det er nedsatt et utvalg som skal utrede spørsmålet om et rettslig vern mot diskriminering av funksjonshemmede, dette aktualiserer problemstillingen ytterligere i forhold til andre diskrimineringsgrunnlag.

13.3.2 Utfordringer knyttet til en sammenslåing

Senteret mener at det er en rekke utfordringer knyttet til en sammenslåing av institusjonsapparatet for håndheving av lov om likestilling mellom kjønnene og lov mot etnisk diskriminering. Disse utfordringene må etter Senterets vurdering tas med dels ved vurderingen av om en sammenslåing skal finne sted, og dels – forutsatt at sammenslåing besluttet ved utformingen av institusjonsapparatet og den interne organiseringen av institusjonene.

Flere forhold tilsier isolert at en sammenslåing bør utstå ennå noe tid. Utviklingen av det rettslige vernet for andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn er foreløpig på et preliminært stadium og et felles tilsynsorgan bør vurderes for alle aktuelle diskrimineringsgrunnlag. Tilsynsapparatet for etnisk likestilling bør videre få utvikle seg isolert før det slås sammen med et etablert apparat. Vi ser videre at det uklart hvilke fordeler en sammenslåing vil gi. Dessuten er det spesielle utfordringer på feltet etnisk likestilling når det gjelder kompetanseutvikling, formidling og overvåkning/dokumentasjon, som trenger særskilt fokus og satsning. I tillegg mener Senteret at det kan velges mellomløsninger som legger til rette for en sammenslåing på et senere tidspunkt.

13.3.3 Modeller for sammenslåing av de ulike institusjonene for håndheving av loven

Det må innledningsvis understrekes at våre bemerkninger primært er knyttet til hva som er nødvendig for å etablere et effektivt vern mot etnisk diskriminering og en utvikling av arbeidet for etnisk likestilling. Vi har ingen målsetting om å vurdere hva som er hensiktsmessig institusjonsutforming i forhold til arbeidet for kjønnslikestilling. Et stykke på vei antar vi allikevel at vår argumentasjon har overføringsverdi.

Med utgangspunkt i vår argumentasjon ovenfor i punkt 13.2 hvor vi går inn for en modell med 2 institusjoner, vil vi fremheve at denne modellen ikke nødvendigvis er hensiktsmessig dersom det legges til grunn at det skal skje en fullstendig sammenslåing av institusjonene for kjønnslikestilling og etnisk likestilling.

En rekke ulike modeller kan være aktuelle i forbindelse med en sammenslåing, modeller som helt eller delvis vil innebære en sammenslåing:

- Fullstendig sammenslåing av alle institusjonene
- Delvis sammenslåing, dvs noen institusjoner slås sammen noen forblir selvstendige
- Ingen sammenslåing, kun eventuell samlokalisering

Vi vil i punkt 13.3.4 nedenfor komme med noen refleksjoner omkring sammenslåing av klagenemnda, i punkt 13.3.5 tilsynsorganet for etnisk likestilling, og eventuelt kompetansesenteret.

13.3.4 Sammenslåing av klagenemnda for etnisk diskriminering og klagenemnda for likestilling

Som redegjort ovenfor mener Senteret at klagenemnda for etnisk diskriminering primært skal ha som oppgave å overprøve førsteinstans – tilsynsorganets – beslutninger/vedtak. Organet skal være uavhengig av tilsynsorganet og skal spesielt være sammensatt med henblikk på å fatte avgjørelser som skal utgjøre et reelt alternativ til domstolsbehandling. Uavhengigheten fra tilsynsorganet er spesielt viktig da tilsynsorganet etter Senterets vurdering bør tillegges andre oppgaver.

I dette perspektivet mener vi at det er få betenkeligheter knyttet til en sammenslåing av disse organene, ut over at det vil være nødvendig å sikre at nemnda tilføres den juridiske kompetanse som innebærer at nemnda har de kompetansemessige forutsetninger for å fatte avgjørelser i saker om diskriminering. Vår vurdering er basert på følgende momenter:

- Uavhengigheten styrkes
Uavhengigheten – og det domstolslignende preget – vil bli styrket ved at nemnda behandler spørsmål om diskriminering generelt, ikke kun spørsmål om diskriminering på grunnlag av etnisitet.
- Diskrimineringsstandarden utvikles mer prinsipielt
Utviklingen av det rettslige innholdet i diskrimineringsbegrepet vil bli styrket, og det er grunn til å tro at drøftelsene vil få et mer generelt preg.

- Diskrimineringsstandarden utvikles raskere på området etnisk diskriminering
Fordi det foreligger lang praksis med utgangspunkt i diskrimineringsforbudet i likestillingsloven, er det grunn til å tro at dette vil være fordelaktig når det gjelder å utvikle diskrimineringsstandarden for etnisk diskriminering.

- Mulighet for prinsipielle drøftelser i skjæringspunktet etnisitet/kjønn
Problemstillinger i skjæringspunktet etnisitet/kjønnslikestilling vil kunne gis en mer prinsipiell behandling fordi det foreligger kompetanse på begge feltene.

- Ulemper

Ulempen knyttet til en felles klagenemnd vil kunne bestå i at de særskilte problemstillingene knyttet til diskrimineringsforbudet mot etnisk diskriminering generelt – og spesielt indirekte etnisk diskriminering – ikke får særskilt fokus. Dette mener vi imidlertid vil bli avhjulpet ved at tilsynsorganet for etnisk likestilling har behandlet saken i første instans.

Senteret mener at den kompetansen som er foreslått lagt til klagenemnda for etnisk diskriminering kan legges til klagenemnda for saker etter likestillingsloven. Senteret går derfor inn for at det så raskt som mulig etableres en felles klagenemnd. At klagenemnda vil behandle saker med utgangspunkt i ulike lovgrunnlag, er etter vår vurdering ikke et argument mot sammenslåing.

13.3.5 Sammenslåing av likestillingsombudet og tilsynsorganet for etnisk likestilling

Senteret finner på det nåværende tidspunkt en slik fullstendig sammenslåing uheldig og lite funksjonell for både apparatet for etnisk likestilling og kjønnslikestilling. Vi mener at det mest hensiktsmessige for arbeidet for etnisk likestilling er å bygge opp et egnet tilsynsapparat for etnisk likestilling med de oppgavene som er skissert ovenfor i punkt 2, og deretter vurdere et felles tilsynsapparat for flere ulike diskrimineringsgrunnlag.

Vår vurdering er bygget på flere av de momentene som er angitt innledningsvis i dette kapittelet og punkt 13.3.2, og vi nevner her særlig:

- Utvikling av rettslig vern for andre diskrimineringsgrunnlag

Vi mener at andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn og etnisitet bør sikres et rettslig vern og et adekvat tilsynsapparat. Prosessen knyttet til et felles diskrimineringstilsyn bør først igangsettes når det blir klart hvilke hvorledes diskrimineringsvernet blir i Norge etter en eventuell implementeringen av et rettslig vern mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, seksuell orientering, religion, nasjonalitet og alder. Det apparatet som er etablert for kjønnslikestilling er ikke nødvendigvis hensiktsmessig for andre diskrimineringsgrunnlag, og det mulig at ved å starte denne prosessen allerede nå, vil muligheten til å vurdere institusjonsutformingen generelt og overordnet bli vanskeliggjort.

Vi mener at andre diskrimineringsgrunnlag – herunder religion og nasjonalitet – står diskrimineringsgrunnlaget ”etnisitet” langt nærmere enn kjønn. Senteret har for øvrig innenfor sitt mandat å arbeide med diskriminering på bakgrunn av religion. Et rettslig vern for disse grunnlag bør implementeres, og eventuelt legges til tilsynsapparatet for etnisitet, før det prioriteres å igangsette en prosess knyttet til felles institusjonsutforming som uansett ikke vil være avsluttet før prosesser knyttet til andre viktige diskrimineringsgrunnlag er avsluttet.

- Et velutviklet tilsynsapparat på området for kjønnslikestilling

Institusjonene som fører tilsyn med lov om likestilling mellom kjønnene er godt innarbeidet og relativt sett svært omfattende sammenliknet med det nok så beskjedne ”apparatet” som foreligger på området pr i dag.

Dette kan naturligvis være en fordel da institusjonsapparatet for etnisk likestilling kan trekke veksler på de erfaringer som er gjort for kjønnslikestilling, men det kan også være en ulempe da arbeidet for etnisk likestilling har kommet meget kort sammenliknet med arbeidet med kjønnslikestilling. Dimensjonering av innsats på de respektive områder og tilsynsorganets legitimitet vil bli utfordret ved en sammenslåing. Det kan her særlig nevnes at saker som hodeplagg, arrangerte ekteskap og diskriminering av menn med minoritetsbakgrunn i forbindelse med omsorgs og samværssaker, vil utfordre et sammenslått organ.

- Erfaring fra et sammenslått organ for klagebehandling

Senteret mener at de erfaringer som vil bli gjort med utgangspunkt i en felles klagenemnd vil gi verdifulle innspill i forhold til en sammenslåing av spesielt tilsynsoppgaven knyttet til behandlingen av enkeltsaker. Lovgiver bør i denne sammenheng spesielt ta i betraktning at de bevissspørsmål som oppstår i saker om etnisk diskriminering, og særlig indirekte diskriminering, vil være særegne.

- Praktisk nytte av sammenslåing for enkeltsaksbehandling

Fordelen ved en sammenslåing vil åpenbart være en større mulighet for felles fokus på mangfoldsstrategier som omfatter mer enn kjønn og etnisitet isolert, samt mulighet til å tilnærme seg diskriminering som problem mer prinsipielt.

Fordelene ved en sammenslåing må imidlertid vurderes kritisk i forhold til de ulike oppgavene som ligger til henholdsvis nåværende apparat for kjønnslikestilling og det foreslåtte apparatet for etnisk likestilling. Ulike lovgrunnlag er i seg selv ikke et argument mot sammenslåing, men gjennomføringen av Håndhevingsoppgavene, dokumentasjon- og overvåkning, veiledning, rettspolitikken vil – slik Senteret ser det – være relativt forskjellige.

Håndheving av loven – vedtak i enkeltsaker – er en oppgave som reiser en del spesielle utfordringer for diskrimineringsgrunnlaget etnisitet, jf det som er sagt ovenfor om behovet for tilrettelagt kommunikasjon med personer med minoritetsbakgrunn. Bevissspørsmålene som oppstår i forhold til indirekte diskriminering vil være forskjellige.

Som nevnt tidligere i punkt 13.2.1 og 13.2.3 er det særskilte hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til å innføre et alternativ til domstolsbehandling for saker om etnisk diskriminering, og de samme hensyn vil være førende for hvorledes tilsynsorganet organisasjon utformes og dimensjoneres for å ivareta disse hensyn. Vi nevner her: lavterskeltilbud, tilgjengelighet og kommunikasjon. Meglerrollen vil alene kreve spesielle tilpasninger. Senteret mener at før det foreligger konkrete erfaringer fra dette feltet, bør organisasjonen ha frihet til å finne hensiktsmessige løsninger og dimensjonere veiledningsoppgaven, uten å skulle tilpasse seg et etablert system som er bygget opp med utgangspunkt i andre praktiske utfordringer.

- Kompetanseutvikling og formidling

Kompetanseutvikling og formidling på feltet etnisk likestilling og kjønnslikestilling forutsetter ulike fagkompetanse og ulike virkemidler. Et helhetlig og overordnet arbeid med å bygge opp kompetanse på feltet etnisk diskriminering er i beste fall på et tidlig stadium, sammenliknet med hva som er tilfelle på området kjønnslikestilling.

Det statistiske grunnlagsmaterialet på området kjønnslikestilling er relativt sett meget godt utviklet – og av naturlige årsaker enklere å utvikle - sammenliknet på det statistiske grunnlagsmaterialet på området for etnisk likestilling. Det er nødvendig med et særskilt fokus på oppgaver som dokumentasjon og overvåkning i fremtiden. Viser for øvrig til det som Lovutvalget sier om dette i punkt 20.4.2.6.

- Alternativer til sammenslåing

Fullstendig sammenslåing av institusjonene er ikke den eneste muligheten for å oppnå fordeler knyttet til ressursbruk og en mer prinsipiell tilnærming til diskrimineringsjussen; samlokalisering og samordning av fellesressurser er en annen mulighet. Senteret er positiv til en samlokalisering og - i den grad det er mulig – at det etableres felles systemer for kontorstøtte/sentralbord/data etc. Det vil være betydelige rasjonaliseringsgevinster knyttet til en slik samlokalisering, enten den er første skritt på veien til en sammenslåing eller det blir en permanent løsning.

Senteret mener at det på det nåværende tidspunkt er direkte uhensiktsmessig å foreta en sammenslåing av tilsynsapparatet for kjønn og etnisitet ut over en sammenslåing av anneninstans. Senteret går imidlertid inn for en samlokalisering med likestillingsapparatet som et første skritt på veien – eller en permanent løsning.

13.4 Rettshjelp (NOU 20.4.1 Modell 1 Rettshjelpskontor)

13.4.1 Generelt

Lovutvalget har fremmet forslag om at den rettshjelpen som SMED i dag yter ikke skal videreføres av de institusjonene som skal forvalte den nye loven, jf utvalgets vurderinger i NOUens punkt 20.4.1 (Modell 1 Rettshjelpskontor). Senteret vil fremheve at Lovutvalgets begrunnelse for ikke å videreføre rettshjelp er meget overfladisk, og vi kan ikke se at begrunnelsen bygger på en grundig vurdering av hvilke konsekvenser bortfallet av SMEDs rettshjelp vil få for de som har benyttet seg av SMEDs rettshjelpstilbud.

Ovenfor i punkt 13.2.3.4 konkludert vi med at partsrepresentasjon ikke skal inngå som en av oppgavene til det nye tilsynsapparatet som etableres. Vår begrunnelse er basert på at partsrepresentasjon i form av rettshjelp er særlig uforenlig med de oppgavene som består i å fatte vedtak i enkeltsaker, og til dels uforenlig med oppgaver knyttet til kompetanseutvikling og generell og spesiell veiledning.

Dersom rettshjelp i saker om diskriminering skal videreføres må oppgaven enten legges til et kompetansesenter eller det må opprettes et særskilt organ eller et rettshjelpskontor. Førstnevnte løsning mener vi ikke er hensiktsmessig, dels fordi vi ikke ønsker et separat kompetansesenter men at disse funksjonene legges sammen med håndhevingsfunksjonene og dels fordi vi mener at partsrepresentasjon delvis vil være uforenelige med oppgavene som skal ligge til et kompetansesenter. Når det gjelder sistnevnte løsning, et rettshjelpskontor, mener vi at den grunnleggende problemstillingen – udekket rettshjelpsbehov – må utredes nærmere før det tas en beslutning med hensyn til hvorledes dette bør håndteres.

Det er en indikatorer på at det foreligger et stort behov for rettshjelp, og at et totalt bortfall av rettshjelp på noen områder vil svekke det rettslige vernet mot etnisk diskriminering. Som nevnt innledningsvis var opprettelsen av SMED var et resultat av at myndighetene erkjente at det forelå et stort udekket behov for kvalifisert juridisk bistand i saker om diskriminering, samt et behov for å skaffe til veie dokumentasjon om art og omfang av diskriminering i Norge.

Vi vil nedenfor forsøke å gi noen perspektiver på behovet for rettshjelp når den nye loven er vedtatt og institusjonsapparatet er virksomt, SMEDs erfaringer knyttet til det udekkede rettshjelpsbehovet for våre brukere, samt hvilke konsekvenser det faktisk vil få for ressursbruken til det etablerte institusjonsapparatet at det er et udekket rettshjelpsbehov, og til slutt mulige løsninger.

13.4.2 Lovfesting av et særskilt rettshjelpstilbud i saker om etnisk diskriminering?

Prinsipielt mener vi at det vanskelig lar seg forsvare å lovfeste et særskilt rettshjelpstilbud/kontor til personer med minoritetsbakgrunn som opplever diskriminering. Dette bygger vi på at det er en rekke andre grupper som vil ha tilsvarende sterkt og legitimt

behov for rettshjelp i saker om diskriminering, og at det å lovfeste et slikt permanent særtiltak krever en særskilt begrunnelse.

En annen problemstilling er at et slikt tilbud kan videreføres som en administrativ ordning, jf den rettshjelp som i dag ytes av Senteret, fordi myndighetene anser et slikt særtiltak som nødvendig for å etablere et effektivt rettslig vern mot etnisk diskriminering, jf nedenfor i punkt 14.4.3 om det udekkede rettshjelpsbehovet.

Senteret mener at det er gode grunner til å vurdere hvorvidt det er behov for å styrke frivillige organisasjoners eller offentlige institusjoners ressursituasjon, slik at rettshjelp kan videreføres som en administrativ ordning. I den sammenheng må det også vurderes hvorvidt rettshjelp skal gis utelukkende i saker om etnisk diskriminering, eller om det skal gis et tilbud som omfatter også andre diskrimineringsgrunnlag som religion, seksuell orientering, funksjonshemming etc.

En annen løsning, eller et supplement til forslaget i avsnittet ovenfor, vil være å oppgradere status til saker om diskriminering i lov om fri rettshjelp og tilknyttede forskrifter/rundskriv. Saker om diskriminering er ikke blant de sakene hvor fritt rettsråd/fri sakførsel rutinemessig gis, og Senteret har ved flere anledninger søkt om fri sakførsel i slike saker og fått tilbakemelding på at unntaksbestemmelsen om at saken skal ha stor velferdsmessig betydning, ikke er oppfylt i diskrimineringssakene.

Senteret mener at det må foretas en særskilt vurdering av de konkrete virkningene av at SMEDs rettshjelp bortfaller. Vi anbefaler sterkt at Departementet i samråd med de berørte organisasjoner og institusjoner drøfter dette, samt vurderer hvilke alternative tiltak som kan iverksettes.

13.4.3 Udekket rettshjelpsbehov hos personer med minoritetsbakgrunn

Senteret har siden oppstart bistått enkeltpersoner som partsrepresentant innenfor en rekke ulike rettsområder. Gjennomgående er det vår oppfatning at det foreligger et stort udekket rettshjelpsbehov hos personer med minoritetsbakgrunn, men at dette ikke utelukkende kan forklares med at personen har minoritetsbakgrunn. Andre faktorer spiller også en rolle, vi kan nevne: botid i Norge, tilknytning til arbeidslivet, oppholdsstatus, om vedkommende er avhengig av sosialhjelp/trygd, helseproblematikk etc.

Det å ha minoritetsbakgrunn i Norge innebærer imidlertid en eksponering for rasisme og diskriminering, som enten alene eller sammen med de faktorene som ble nevnt ovenfor, innebærer at enkeltpersoner potensielt kommer i situasjoner hvor de trenger juridisk bistand fordi de direkte eller indirekte forskjellsbehandles som følge av deres etniske bakgrunn.

Det generelle udekkede rettshjelpsbehovet vil være en reell utfordring ved utformingen av tilsynsapparatet, det går et vesentlig skille mellom det som kan sies å være et generelt udekket rettshjelpsbehov og det som kan sies å være et rettshjelpsbehov i saker om diskriminering. Før vi kommer tilbake til dette, vil vi allikevel komme med noen refleksjoner omkring problemstillingen ”udekket rettshjelpsbehov”.

Vi har ikke grunnlag for å vurdere om det generelle rettshjelpsbehovet til personer med minoritetsbakgrunn relativt sett er større en hos andre såkalt ”ressurssvake” grupper. Personer med minoritetsbakgrunn som henvender seg til Senteret er ikke utelukkende marginaliserte, dårlig integrerte og ressurssvake. Det å etablere et permanent tilbud med utgangspunkt i en status som ”minoritetsbakgrunn” treffer skjevt, selv om det etter vår vurdering utvilsomt vil fange opp deler av det vi vil karakterisere som et samfunnsmessig uakseptabelt udekket rettshjelpsbehov.

Vi vil kort fremheve tre typiske forklaringer på at personer med minoritetsbakgrunn har et stort udekket rettshjelpsbehov:

- 1) mangelfull integrering og nettverk som gir informasjon om rettigheter og plikter, herunder rettsinformasjon
- 2) mangelfulle muntlige og skriftlige norskkunnskaper eller tilgjengelig informasjon på morsmål, som gjør individet selv i stand til å skaffe seg informasjon
- 3) tilknytning til det norske sosial- og trygdesystemet hvor veiledningsbehovet ikke blir ivaretatt. Henvendelser som ikke gjelder diskrimineringssaker videreformidler Senteret til korrekt instans så langt det lar seg gjøre, f eks til fagforeninger, helse- og sosialombudet, NOAS, SEIF etc. I mangel på andre instanser å henvise enkeltpersoner til, har Senteret imidlertid i noen tilfeller gitt en veiledning/bistand, men omfanget av slik bistand er forsøkt begrenset så langt mulig.

Senteret har vært undergitt en prosessevaluering, og et element i denne evalueringen vil være å vurdere effekten og hensiktsmessigheten av vår rettshjelp. Senteret legger til grunn at denne evalueringen vil være en innfallsvinkel til å diskutere disse problemstillingene mer prinsipielt.

For å systematisere vår erfaring med rettshjelp med henblikk på det som er temaet i denne høringsuttalelsen, er det nødvendig å skille mellom tre ulike situasjoner:

- 1) Behov for rettshjelp i saker som ikke gjelder diskriminering
- 2) Behov for rettshjelp i saker hvor diskriminering inngår som element i saken
- 3) Behov for rettshjelp i saker hvor sakens kjerne er diskriminering

Sakene som er nevnt i kategori 1) ovenfor er allerede kommentert, og faller utenfor det som er kjernen i problemstillingen i vår høringsuttalelse. Når det gjelder saker som nevnt i kategori 2) og 3) så vil disse sakene utgjøre de såkalte diskrimineringssakene der Senteret har gitt rettshjelp. Sakskategori nr 3) utgjør i dag i praksis Aml § 55 A sakene, mens sakskategori 2) utgjør både klage over forvaltningsvedtak, saker om oppsigelse, anmeldelse av tjenestemenn til SEFO og en lang rekke andre saker. Tatt i betraktning at lovforslaget skal dekke alle livsområder, vil det nye tilsynsorganet ha kompetanse til å behandle alle type saker, også saker hvor diskriminering kun inngår som element i saken.

I praksis vil det være et skarpt skille mellom saker om diskriminering i kategori 2) og i kategori 3), slik har det vært for Senteret – og dette vil bli ytterligere satt på spissen for det nye tilsynsorganet - fordi rettsfølge og de rettslige virkemidlene er vesensforskjellig. Noen typiske eksempler illustrerer dette:

- Saker om oppsigelse/avskjed i arbeidsforhold
Arbeidstaker anføres at oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers etniske opprinnelse, eller at arbeidsgiver i forbindelse med en nedbemanning ønsker å beholde etnisk norske arbeidstakere. Det rettslige grunnlaget for å forfølge saken er Aml § 60 flg, arbeidstaker må bestride oppsigelsen ved å ta ut søksmål, men spørsmålet om diskriminering vil være et vesentlig element i vurderingen av om oppsigelsen tilfredsstiller kravet til ”saklig grunn”.
- Saker etter utlendingsloven
UDI fatter vedtak om utvisning av en familiefar grunnet straffedom. Personen som skal utvises argumenterer for at vedtaket innebærer diskriminering i forhold til retten til privatliv og familieliv jf EMK artikkel 8 nr 1. Det rettslige grunnlaget for å klage over vedtaket er utlendingslovens § 30 tredje ledd, og proporsjonalitetsbetraktninger. Søker må utforme en ordinær forvaltningsklage.
- Saker etter lov om barnevern

Barnevernet fatter vedtak om samvær under tilsyn, og fastslår samtidig at samtalen mellom mor og barn må foregå på norsk for at tilsynspersonen skal kunne følge med i samtalen. Mor – som ikke kan noe særlig norsk – mener at vedtaket innebærer diskriminering i forhold til retten til familieliv jf EMK artikkel 8 nr 1. Mor må utforme en ordinær forvaltningsklage.

Selv om kjernen i disse sakene er diskriminering, vil det umiddelbare rettshjelpsbehovet være relatert til andre rettsområder. Her mener Senteret at tilsynsorganets veiledningsplikt og videreformidlingsplikt blir av avgjørende betydning, og en veiledningsplikt i disse sakene vil et stykke på vei, men ikke fullt ut, avhjelpe bortfall av rettshjelp. Tilsynsorganet må kunne gi begrenset veiledning i forhold til hvorledes personer skal gå frem for å ivareta sine interesser, for deretter å gripe fatt i diskrimineringsmomentet i saken dersom det er mulig parallelt med f eks et søksmål om usaklig oppsigelse jf Aml § 60 nr 1.

Når den nye loven trer i kraft vil det for øvrig være et sterkt behov både for veiledning, rettsinformasjon og annen bistand. Spesielt ser vi at det vil oppstå et behov for å avklare hvilke saker som bør anlegges som en sak etter den nye loven og hvilke saker som må anlegges som en sak med utgangspunkt i et annet regelverk, og om det er hensiktsmessig med to parallelle prosesser.

Senteret mener at det foreligger et samfunnsmessig uakseptabelt udekket rettshjelpsbehov hos personer med minoritetsbakgrunn og at årsaken til dette er sammensatt. Konsekvensene av at SMEDs rettshjelp bortfaller må synliggjøres, og det må vurderes hvorvidt særskilte tiltak må iverksettes.

13.4.4 Fremtidig rettshjelps- og veiledningsbehov – det foreslåtte institusjonsapparatet

Med utgangspunkt i den foreslåtte institusjonsutformingen og vårt kjennskap til det rettshjelpsbehovet som foreligger i saker om diskriminering, mener vi at et bortfall av den rettshjelpsvirksomhet som SMED til nå har ytet, vil få ulike konsekvenser. Vi vil nedenfor peke på rettshjelpsbehovet og forsøke å si noe om hvorvidt forvaltningsorganets veiledningsplikt kan avhjelpe de negative konsekvensene av at enkeltpersoner ikke lenger har tilgang på kvalifisert partsrepresentasjon.

- Behov for rettshjelp i saker om diskriminering etter den nye loven
Som allerede nevnt vil det være et stort behov for veiledning i saker etter den nye loven. Spørsmålet er om en alminnelig eller utvidet/tilpasset veiledningsplikt er tilstrekkelig. Vi mener her at en tilpasset/utvidet veiledningsplikt kombinert med tilsynets egen undersøkelsesplikt, og rett til å kreve opplysninger, vil være tilstrekkelig til at saken blir opplyst på en god måte og uten at det er et behov for ytterligere rettshjelp. Et unntak kan tenkes i særlig kompliserte saker.

Behovet for rettshjelp i saker om diskriminering hvor saken må anlegges med utgangspunkt i annen lovgivning

Lovutvalget berører problemstillingen kort i NOUens punkt 19.4.1.4, og legger til grunn at tilsynsorganet kan informere om reglene i arbeidsmiljøloven, bistå i forbindelse med utforming av forvaltningsklage, eller klage til politiet.

Dette mener vi prinsipielt er en uheldig tilnærming til problemstillingen. Enten må tilsynsorganets veiledningsplikt være definert til å omfatte veiledning i alle saker om diskriminering som faller innenfor lovens område, ellers så må den være begrenset til veiledning i saker hvor tilsynsorganet har kompetanse. Senteret mener at veiledningsplikten må omfatte alle diskrimineringssaker, men at den vil få ulik utforming avhengig av om enkeltpersonen må ta andre skritt for å ivareta sine interesser parallelt med en henvendelse til et tilsynsorgan.

Selv om et Tilsynsorganet gir veiledning i disse sakene vil ikke et Tilsynsorgan under noen omstendigheter kunne opptre som en ”partsrepresentant” i forbindelse med f eks en forvaltningsklage. Tilsynsorganet må da nøye seg med å henvise personen til rett instans eller gi generell veiledning i forbindelse med utformingen av en klage over et vedtak, og deretter foreta en henvendelse til adressat for klagen for å kartlegge de faktiske og de rettslige forhold med utgangspunkt i tilsynsorganets kompetanse. Et tilsynsorgan kan naturligvis ikke kan fatte vedtak i slike saker med ugyldighetsvirkning jf det som Utvalget skriver om dette.

I en rekke saker f eks saker om oppsigelse/avskjed/omplussing hvor det er grunn til å tro at diskriminering er et element i beslutningen, må arbeidstaker for å ivareta sine interesser foreta rettslige skritt med bistand fra en advokat eller annen partsrepresentant. I slike saker vil et Tilsynsorgan ikke kunne spille noen sentral rolle. I saker hvor det reises kritikk mot politiets opptreden f eks i forbindelse med en pågripelse/innbringelse, trenger den fornærmede bistand enten til å skrive en klage eller en anmeldelse. Her vet SMED erfaringsmessig at personer trenger atskillig bistand både for å skrive klagen/anmeldelsen, sikre bevis for hendelsen f eks ved å ta kontakt med vitner etc.

I en kategori saker som SMED har erfaring med, forelegg for å ha hindret politiets arbeid, er det et sterkt behov for bistand til å søke om forsvarer jf strpl § 100 annet ledd, samt sikre opplysninger om vitner etc. Dette er to områder hvor det sentrale vil være et behov for partsrepresentasjon og ikke veiledning. Slik konkret bistand er ikke forenlig med tilsynsorganets upartiskhet. I disse sakene vil bortfallet av SMEDs rettshjelp etterlate et større udekket rettshjelpsbehov enn tilfellet er i dag.

- Generelt udekket rettshjelpsbehov

Det generelle udekkede rettshjelpsbehovet som er beskrevet ovenfor forblir uforandret ved at SMEDs rettshjelpsfunksjon bortfaller. Det som også forblir uforandret er behovet for bistand i forbindelse med henvisning til andre instanser. Vår erfaring er at det i forhold til flere av telefonhenvendelsene til SMED er behov for atskillige samtaler omkring en konkret sak før det klart hvor personen skal henvises, dersom det overhode finnes noen instans som kan bistå uten vederlag. Ofte er det ikke det.

Basert på dette mener vi at en generell/tilpasset veiledningsplikt, kombinert med en undersøkelsesplikt, ikke vil innebære at det skapes behov for partsrepresentasjon i saker som faller innenfor tilsynsorganets kompetanseområde. En veiledningsplikt som dekker også saker som må håndteres med utgangspunkt i annen lovgivning, vil delvis avhjelpe de negative konsekvensene av at SMEDs rettshjelp bortfaller. Dersom tilsynsorganets veiledningsplikt begrenses til de sakene hvor tilsynsorganet fatter vedtak i saken, bortfallet av SMEDs rettshjelp bli svært uheldig. Vi anbefaler derfor at veiledningsplikten gjelder for hele lovens anvendelsesområde. For saker hvor SMED har bistått som partsrepresentant, f eks i forbindelse med saker om oppsigelse, klage/anmeldelse av politiet etc, hvor det vil stride mot tilsynsorganets upartiskhet å engasjere seg, vil bortfallet av rettshjelp innebære at personer med minoritetsbakgrunn får et dårligere tilbud enn hva som er tilfelle i dag.

Bortfallet av rettshjelp vil få betydning for andre organisasjoner på feltet som har benyttet SMEDs spesialkompetanse som et supplement til egen viktig rådgivning i diskrimineringsaker, for eksempel OMOD og SEIF.

Senteret mener at lovgiver må ta i betraktning at alle diskrimineringsaker ikke lar seg løse med utgangspunkt i det foreslåtte lovverket. Diskriminerings spørsmål vil ofte være en integrert del av et mer omfattende problemkompleks og en sak må ikke sjelden anlegges med utgangspunkt i et annet regelverk, f eks arbeidsmiljøloven og straffeloven. I slike tilfeller vil bortfallet av SMEDs rettshjelp ikke bli avhjulpet med en veiledningsplikt.

13.5 SMEDs fremtidige rolle (NOU 20.4.2)

SMED skal forutsetningsvis inngå som del av det institusjonsapparatet som etableres for å forvalte den nye loven. Dette er åpenbart hensiktsmessig da SMED som statlig kompetanse- og rettshjelpskontor har opparbeidet seg kompetanse av både praktisk, juridisk og samfunnsvitenskapelig art, som har overføringsverdi til det nye håndhevingsapparatet.

Tatt i betraktning at vi foreslår en modell som innebærer at det opprettes et tilsynsorgan for etnisk likestilling, som både har oppgaver knyttet til å fatte vedtak i enkeltsaker, dokumentere og overvåke, samt veilede, vil et sentralt spørsmål være hvorvidt SMED kan omdannes til/inngå som del av et tilsynsorgan. Her mener vi at Lovutvalgets drøftelser har vært for overfladiske.

Utvalget har kun drøftet videreføring av SMED som et kompetansesenter, og ikke vurdert behovet for SMEDs kompetanse i et tilsynsorgan. Vi stiller spørsmålsteget ved om Utvalgets konklusjon er hensiktsmessig tatt i betraktning den institusjonsutformingen Utvalget selv foreslår. For det første er det etter vår vurdering ikke klart at SMED – med utgangspunkt i Lovutvalgets modell – bør omdannes til et kompetansesenter. For det annet – tatt i betraktning den modell som vi anbefaler – kommer problemstillingen ikke på spissen, da tilsynsorganet skal ha oppgaver knyttet til enkeltsaksbehandling og de oppgavene som ble foreslått lagt til kompetansesenteret.

På et punkt finner vi imidlertid grunn til å kommentere Lovutvalgets drøftelser. Utvalget benytter formuleringen ”omdanne” SMED til et kompetansesenter, og dette er etter vår vurdering villedende. Tilsynsorganets – og for den sakens skyld kompetansesenterets - organisering og oppgaver vil være vesensforskjellig fra Senterets organisering og oppgaver, og det er mer presist å snakke om overføring av kompetanse og nedleggelse av SMED.

Kompetansen som Senteret i dag innehar kan sammenfattes slik:

- Juridisk kompetanse om etnisk diskriminering
- Samfunnsvitenskapelig kompetanse om etnisk diskriminering
- Erfaring fra rettspolitisk arbeid/påvirkningsarbeid
- System for dokumentasjon knyttet til sakene SMED har behandlet
- Erfaring fra prosjektarbeid knyttet til å dokumentere art og omfang av diskriminering
- Kjennskap til feltet både ut fra et juridisk og samfunnsvitenskapelig perspektiv

Vi mener derfor at SMEDs kompetanse bør overføres til Tilsynsorganet for etnisk likestilling, og at SMED som institusjon nedlegges. Avslutningsvis vil vi fremhev at det er vår vurdering at det nye tilsynsorganet må tilføres ressurser ut over det som i dag tilføres SMED, da SMED er underdimensjonert i forhold til å løse de oppgavene som skal utføres av enten et tilsynsorgan eller et tilsynsorgan/kompetansesenter.

Senter mot etnisk diskriminering



LIK BEHANDLING • LIK MULIGHET • LIK RETT

Senter mot etnisk diskriminering (SMED)

Postadresse:

Postboks 677 Sentrum
NO-0106 Oslo

Besøksadresse:

Prinsensgate 22, Oslo

Telefon: 22 24 69 70

Faks: 22 24 69 72

E-post: smed@smed.no

Internett: www.smed.no

Senter mot etnisk diskriminering har vært i drift siden 1999. Senteret er et uavhengig, offentlig forvaltningsorgan som har som mål å styrke vernet mot diskriminering i Norge.

Vi tilbyr gratis veiledning og retts hjelp til personer som opplever negativ forskjellsbehandling på grunn av etnisk/nasjonal opprinnelse, hudfarge og/eller trosbekjennelse.

Senteret skal også dokumentere og overvåke situasjonen mht. art og omfang av denne type diskriminering. Som et ledd i dette arbeidet skal Senteret utarbeide årlige rapporter og komme med forslag til tiltak som kan forhindre diskriminering. Senteret samarbeider med andre parter for å forebygge og motarbeide etnisk diskriminering.

Utgitt av SMED, februar 2003

Design (omslag): www.cazawa.com