

# Rekkevidden av statens menneskerettslige plikt til å bekjempe økonomisk og sosial ulikhet

Julia Köhler-Olsen, Førstemanuensis, PhD i juss, OsloMet – storbyuniversitetet

## Abstract

Although economic and social human rights have been part of legal and judicial review in various national and international jurisdictions for a respectable time, the use of thorough legal and judicial review on social welfare politics seems to be rather reluctant. Legal professionals restrain their review to the minimum for economic and budget reasons. Despite several human rights norms requiring state action, the question remains if chosen actions are all just politics or if these actions are responsible to judicial scrutiny. The article argues for a thorough legal analysis through the lens of the right to non-discrimination and right to equality drawing heavily on the work of legal scholar Sandra Fredman's theory on 'substantive equality' and its four dimensions: The redistributive dimension, the recognition dimension, the participation dimension and the transformative dimension.

## 1. Innledning

### 1.1 *Formål og problemstilling*

Artikkelen har som formål å analysere rekkevidden av statens menneskerettslige plikt til å bekjempe økonomisk og sosial ulikhet. Spørsmålet

artikkelen drøfter, er om menneskerettslige normer stiller rettslige krav om *hvordan, det vil si på hvilken måte*, staten skal sikre økonomiske og sosiale menneskerettigheter. Artiklens problemstilling handler dermed om forholdet mellom politikuttforming og menneskerettigheter. Det handler om hvor langt statens menneskerettslige forpliktelse til å sikre velferd rekker, holdt opp mot statens frihet til utformingen av velferdspolitik. Drøftelsen av svaret baseres på rettskilder og den juridiske teorien om «substantive equality» («reell likhet») utviklet av juridisk forsker og professor Sandra Fredman.

Det avgrenses mot diskusjoner knyttet til spørsmål om forholdet mellom plikt og rett.<sup>1</sup> Det nevnes her bare kort at drøftelsen i denne artikkelen legger til grunn den amerikanske rettsfilosofen Wesley Hohfelds teori om at rettigheter må og kun kan bli beskrevet nærmere ved å henvise til forpliktelser visse andre har.<sup>2</sup> Samtidig forutsettes at rettigheter er og bør logisk gå foran plikter, slik Neil MacCormick forfekter.<sup>3</sup> Det betyr at fordi individene har økonomiske og sosiale menneskerettigheter, er staten forpliktet til virkeliggjøring av disse.

## 1.2 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen redegjøres i avsnitt 2 for den valgte metoden for å kunne svare på artikkelens problemstilling. Deretter, i avsnitt 3, introduseres det teoretiske grunnlaget for drøftelsen av spørsmålet om staten er menneskerettslig forpliktet til å implementere en velferdspolitik med et bestemt innhold. I avsnitt 4 fremheves det menneskerettslige kravet om å virkeliggjøre økonomiske og sosiale menneskerettigheter uten diskriminering. Avsnitt 5 drøfter på hvilken måte retten til ikke-diskriminering og rett til likhet stiller krav til velferdspolitik og hvordan Sandra Fredmans teori om «substantive equality» kan anvendes for å analysere velferdspolitikens virkeliggjøring av økonomiske og sosiale

- 1 Se om dette blant annet: Köhler-Olsen, J. Barnets rett til selvbestemmelse i forhold til religiøse normer, Avhandling for graden PhD, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, Oslo, 2012 kapittel 8.6.
- 2 Kramer, M. H., Simmonds, N.E. & Stener, H. A debate over rights, Oxford University Press, Oxford, 1998 s. 13.
- 3 MacCormick, N. Legal right and social democracy, Oxford University Press, Oxford, 1982 s. 161.

menneskerettigheter. Avsnitt 5.1 omhandler domstolenes forståelse av statensskjønnsmargin når det gjelder implementeringen av økonomiske og sosiale rettigheter. Med utgangspunkt i krav til implementering fra FN komiteen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK komiteen) drøftes det deretter om retten til ikke-diskriminering og rett til likestilling, likhet og likebehandling, basert på teorien om «substantive equality», innebærer at statens rettslige forpliktelse rekker lenger enn det domstolskontrollen har etablert, se avsnitt 5.2 og 5.3. Avsluttende bemerkninger knyttet til artikkelens tema er gitt under avsnitt 6.

## 2. Metode

Menneskerettskonvensjoner må tolkes for å kunne svare på spørsmålet om hvor langt statens forpliktelse rekker når det gjelder virkeliggjøring av individets økonomiske og sosiale menneskerettigheter. En vurdering av statens menneskerettslige forpliktelser i lys av Fredmans teori om «substantive equality», se nedenfor avsnitt 3, krever en tolkning av statens plikt til å sikre retten til ikke-diskriminering og retten til likhet. For å være transparent skal jeg redegjøre for de tolkningsprinsippene, tolkningsprosessen og mitt kunnskapssyn som er grunnlaget for min tolkning av rettslige kilder om statens menneskerettslige forpliktelser.

Norge etter internasjonale sedvane forpliktet til å tolke internasjonale avtaler etter kravene stilt opp i Wienkonvensjonen om traktattolkning.<sup>4</sup> Det følger av konvensjonens artikkel 31 at menneskerettskonvensjoners bestemmelser må bli tolket i henhold til den vanlige forståelsen av begrepene gitt den konteksten de er skrevet i. Samtidig skal ordlydstolkningen se hen til formålet og hensikten for menneskerettsbestemmelsen, jf. artikkel 31 nr. 1. Denne tolkingsregelen ivaretar så vel prinsippet om tolkning i «god tro» og en teleologisk fortolkning, det vil si en fortolkning som ivaretar formålet og hensikten med menneskerettsbestemmelsen. Tolkningen av konvensjoner krever dermed å bevege seg i det spennet om ikke å tolke begrepene utvidende på en måte som forplikter staten lenger enn det den har bundet seg til, samtidig som tolkningen av ordlyden skal ivareta formålet og hensikten med menneskerettsbe-

4 United Nations Vienna Convention on the law of treaties, 23 May 1969.

stemmelsen. Det formålstjenlige tolkningsprinsippet er beslektet med en dynamisk fortolkningsstil av internasjonale konvensjoner. En dynamisk fortolkning innebærer at forståelsen av begrepene og innholdet i teksten gis et noe annet innhold enn når konvensjonen ble utarbeidet. For at en menneskerettsbestemmelse ikke blir overflødig, men fortsatt ivaretar formålet og hensikten med menneskerettskonvensjonen, vil det kunne være nødvendig å forstå ordlyden i lys av endrede samfunnsforhold, endrede forståelser og ny kunnskap. For eksempel vil det kunne være et annet syn av hva som ligger i begrepet «diskriminering» i dag enn det gjorde når FNs menneskerettskonvensjoner ble vedtatt i det forrige århundre. At tolkningsprosessen skal finne fram til det «objektive» meningsinnholdet i lys av konvensjonens formål og hensikt beskriver nærmest to sentrale, men ulike kunnskaps- og vitenskapsteoretiske syn i rettsvitenskap. Mens kravet om å finne frem til det objektive meningsinnholdet står seg godt i en rettspositivistisk tradisjon, vil en formålstjenlig og noen ganger dynamisk fortolkningsstil kunne være forankret i et mer verdibasert syn på rettsvitenskapen. Menneskerettighetskonvensjoner er ikke som andre internasjonale avtaler. Det skyldes at disse ikke først og fremst er gjensidig bindende mellom stater, men at avtaleforholdet eksisterer mellom den enkelte staten og individene som befinner seg i staten. For at individets beskyttelse skal være reelt, vil det være nødvendig å tolke konvensjonsbestemmelsen ved å se hen til konvensjonens formål og hensikt.<sup>5</sup> Etter mitt syn er konvensjonenes formål og hensikt uttrykk for verdier. Formål og hensikt til en konvensjon representerer ikke moralske eller sosiale verdier, men er blitt til rettslige verdier ved å være en del av en menneskerettskonvensjon, og derfor legitime og relevante kilder i en objektiv fortolkning av menneskerettskonvensjoner.<sup>6</sup> I forlengelse av dette mener jeg at det også er legitimt at tolkningen av rettslige kilder er gjort i lys av sosiale formål og hensikt, og dermed til syvende og sist

5 Nowak, M. CCPR Commentary, 2 utgv., N.P. Engel, Kehl, 2006 p. XXVII. Human Rights Committee, *Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, UN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998.

6 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, 2 utgv., Oxford University Press, Oxford, 1997 s. 199.

kan hente argumentasjon fra normer utenfra jussens autoritative kilder.<sup>7</sup> Dette er forsvarlig så lenge jeg er så transparent som mulig ved å vise hvilken etisk verdibasert norm som påvirker min tolkning av de rettslige kildene. Som leser vil se, er min tolkning preget av en etisk verdibasert norm om reell likhet som kun oppnås når grupper i samfunnet ikke blir utsatt for systemisk og grunnleggende, reell diskriminering, se avsnitt 4 nedenfor.

Verken FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) eller FNs barnekonvensjon (BK) blir fortolket av en autoritativ domstol. I tolkningen av konvensjonene mangles det derfor et juridisk organ som autoritativt kan slå fast at et begrep eller konvensjonstekst skal tolkes dynamisk.<sup>8</sup> Konvensjonenes overvåkningsorganer, FN komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK komiteen), FN komiteen for sivile og politiske rettigheter (menneskerettighetskomité) og FN komiteen for barns rettigheter (barnekomiteen), utarbeider imidlertid generelle kommentarer der deler av den enkelte kommentaren handler om tolkning av innholdet av enkelte konkrete bestemmelser i konvensjonen. Slike tolkningsuttalelser fra komiteene er relevante rettskilder for forståelsen av menneskerettighetsbestemmelsen og rekkevidden av statens forpliktelse overfor det enkelte individet. Det er riktignok en pågående diskusjon om hvor stor vekt komiteenes generelle kommentarer har som rettslig kilde, men det er etter mitt syn ikke lenger tvil om at de generelle kommentarene er relevante rettskilder for fortolkningen av konvensjonstekstene.<sup>9</sup>

ØSK komiteens generelle kommentar nr. 3 (1990) om statens forpliktelser til å implementere økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har

7 Van Bueren, G. *Combating Child Poverty: Human Rights Approaches*, Human Rights Quarterly, Vol. 21, s. 680, 1999. Hart, H.L.A. *Positivism and the Separation of Morals*, Harvard Law Review, Vol. 71, Nr. 4, s. 611, 1958.

8 En generell uttalelse om tolkningsprinsippet «dynamisk fortolkning» er knyttet til EMK og praksis fra EMD. Domstolen har uttalt at EMK «is a living instrument» og at den må fortolkes dynamisk. Dette ble for første gang uttalt av EMD i *Tyrrer v. UK*, Application no 5856/72, 1978.

9 Se for eksempel: Bårdsen, A. *Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm*, i Bergby, G., Matningsdal, M., Skoghøy, J.E.A. & Øie, T. M. (Red.) *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, Universitetsforlaget, Oslo, 2016.

stor relevans og vekt i vurdering av statens plikt til å realisere den enkeltes økonomiske og sosiale menneskerettigheter.<sup>10</sup> Tilsvarende relevant og viktig rettskilde for å besvare artikkelens spørsmål, er ØSK komiteens generelle kommentar nr. 20 (2009) om retten til ikke-diskriminering.<sup>11</sup> FNs barnekomité har i sine generelle kommentarer vist til ØSK komiteens tolkningsuttalelser om statsforpliktelse og retten til ikke-diskriminering og støtter seg på disse når det gjelder tolkning av BK artikkel 4 om statsforpliktelse og artikkel 2 om retten til ikke-diskriminering.

Andre relevante og vektige rettskilder som anvendes for å svare på forskningsspørsmålet, er internasjonal og nasjonal domstolspraksis. Denne praksisen forteller om hvordan domstolene forstår rekkevidden av statens rettslige plikt til å virkeliggjøre økonomiske og sosiale menneskerettigheter.

I tillegg til disse rettskildene anvendes gjennomgående teorien om «substantive equality» for å drøfte rekkevidden av statsforpliktelsen når det gjelder virkeliggjøring av økonomiske og sosiale rettigheter. Fredman har utviklet teorien om «substantive equality» i en rekke artikkelpublikasjoner.<sup>12</sup> Det er spesielt to publikasjoner fra 2016 som legges til grunn som juridisk teori og rettskilde i denne artikkelen.<sup>13</sup> Grunnen for dette er at jeg vurderer artiklene til å vise mest overbevisende og mest tydelig at hennes teori kan forankres og er knyttet til rettsområdet «Diskrimineringsrett» og dets menneskerettslige kilder.

- 10 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 3, 1990, The nature of States parties' obligations.
- 11 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights. UN Doc. E/C.12/GC/20.
- 12 Fredman, S. The Public Sector Equality Duty, *Industrial Law Journal*, Vol. 40, Nr. 4, s. 405–427, 2011. Fredman, S. Substantive equality revisited, *Oxford University Press*, Vol. 14, Nr. 3, s. 712–738, 2016. Fredman, S. Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 16, s. 273–301, 2016. Fredman S. Substantive equality revisited: A rejoinder to Catharine MacKinnon, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, Nr. 3, s. 747–751, 2016.
- 13 Fredman, S. Substantive equality revisited, *Oxford University Press*, Vol. 14, Nr. 3, s. 712–738, 2016. Fredman, S. Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 16, s. 273–301, 2016.

### 3. Teoretisk grunnlag

#### 3.1 Det menneskerettslige kravet

Drøftelsen om rekkevidden av statens rettslige plikt holdt opp mot politikkkutformingen hviler på teorien om «human rights based approach», oversatt til «menneskerettslig tilnærming». Det innebærer at velferdspolitikken hviler på statens normative forpliktelser som følger av internasjonale menneskerettigheter. Begrepet tilnærming har en prosessuell karakter. Jeg argumenterer i denne artikkelen for at staten er forpliktet til å virkeliggjøre økonomiske og sosiale menneskerettigheter under hensyntaken av bestemte forhold og dermed på en bestemt måte. Velferdspolitikken skal ha som mål å virkeliggjøre økonomiske og sosiale menneskerettigheter. Det er den materielle siden av statsforpliktelsen. Jeg vil dermed omdøpe begrepet «menneskerettslig tilnærming» til et rammeverk som kalles for «*menneskerettslig krav*».

Denne forståelsen av de menneskerettslige kravene ligner teorier kjent fra designfag som arkitektur, teknologi og industridesign m.fl. I disse fagene utvikles tekniske designløsninger med mål om å ivareta eller møte sluttbrukerens behov. Riktignok er sluttbrukerens behov ikke bare målet, men også utgangspunkt for designutviklingen, men vektleggingen av sluttbrukerens behov er hele tiden et sentralt element i arbeidet om å utvikle et produkt.<sup>14</sup> En analogi til dette er at individenes økonomiske og sosiale menneskerettigheter likestilles med sluttbrukerens behov. I politikkkutformingen til offentlige myndigheter skal det utvikles løsninger som ivaretar og realiserer den enkeltes økonomiske og sosiale menneskerettigheter. Den enkeltes økonomiske og sosiale menneskerettigheter er dermed målet og også utgangspunktet for politikkkutviklingen, og er hele tiden et sentralt moment i arbeidet med å utforme og implementere politikk.

Det teoretiske rammeverket om «menneskerettslig krav» vil dermed også kunne uttale seg om når politikkkutformingen leder til et sluttpro-

14 Moggridge, B. & Atkinson, B. *Designing interactions*, MIT press, Cambridge, 2016, Vol. 17. Löwgren, J. *From HCI to interaction design*, Human Computer Interaction, IGI Publishing, Hershey, 2001. Cooper A., Reinmann R., Cronin C. & Noessel C. *About Face: The Essentials of interaction design*, 4 utg., John Wiley & Sons, Canada, 2014.

dukt som riktignok hadde økonomiske og sosiale menneskerettigheter som utgangspunkt, men som mangelfull vurderer og analyserer individets kontekst og situasjon opp mot dets menneskerettigheter. En slik mangel vil kunne få som resultat at den enkeltes økonomiske og sosiale menneskerettigheter ikke blir virkeliggjort. Det betyr at menneskerettigheter til syvende og sist har en rekkevidde som gir føringer til politikktutforming når oppfyllelsen av menneskerettighetene er ansett som målet og dermed sluttproduktet, heller enn som en tilnærming eller utgangspunkt alene.

Jeg finner støttet for et slikt syn i Fredmans teori om «substantive equality», som legger vekt på at velferdspolitikkk skal ha som mål å oppfylle økonomiske og sosiale menneskerettigheter under hensyntaken til den ufordelaktige stillingen og status enkelte grupper i samfunnet har og opplever. På grunn av diskriminering har individer som tilhører enkelte grupper i samfunnet en vanskelig posisjon til å få virkeliggjort sine økonomiske og sosiale menneskerettigheter. Et påfølgende spørsmål er så om staten er forpliktet til å føre en politikk som motarbeider diskrimineringen slik at økonomiske og sosiale ytelser og tjenester kan bli virkeliggjort også for de individene som tilhører marginaliserte grupper i samfunnet.

### 3.2 *Retten til ikke-diskriminering som menneskerettslig krav*

Professor i jus ved Oxford Universitet, Sandra Fredman, har i en periode på over 10 år utviklet teorien «substantive equality», som jeg oversetter til teorien om «reell likhet». Jeg forstår hennes teori om «substantive equality» til nettopp å fremheve *de menneskerettslige kravene* som stilles til statens utforming av velferdspolitikken i samsvar med den enkeltes rett til ikke-diskriminering.

Fredmans forskningsinteresse i ikke-diskrimineringsrett og menneskerettigheter, herunder økonomiske og sosiale menneskerettigheter, har ledet henne til å utforske spørsmålet om rekkevidden av statens positive forpliktelse til å realisere og implementere økonomiske og sosiale menneskerettigheter opp mot statens politiske valg.<sup>15</sup> Dette har blant annet

15 Fredman, S. Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide, *South African Journal on Human Rights*, Vol 21, Nr. 2, s. 163–190, 2005.  
Fredman, S. Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation,



ført til en publikasjon i 2008 der Fredman drøfter og argumenterer for en statsforpliktelse der staten er forpliktet til å legge til rette for (facilitate) utøvelsen av individenes økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile og politiske rettigheter.<sup>16</sup>

Fredman mener at menneskerettigheter krever at staten har en plikt til å sikre at menneskerettigheter virkelig gjøres uansett valgene den enkelte tar, eller opplever å måtte ta.<sup>17</sup> Konteksten det enkelte individet lever sitt liv i, kan bety at den enkelte opplever å *måtte* ta et bestemt valg. Selv om det ville være flere valgmuligheter, oppleves ikke friheten for den enkelte som en reell mulighet. For at konsekvensene av den opplevde ufriheten ikke medfører begrensninger i den enkeltes opplevelse av sine menneskerettigheter, må staten sikre at uavhengig av valg tatt, vil økonomiske og sosiale menneskerettigheter bli oppfylt gjennom velferdspolitikken.

Begrepet «tilrettelegging» kan forstås som at staten skal sikre valgmuligheter. Fredman argumenterer imidlertid for at statens plikt til å legge til rette for, går lenger. Det sentrale er at uansett hvilke valg den enkelte tar i sitt liv, må staten sikre at menneskerettighetene blir virkelig gjort for den enkelte. For eksempel vil enkelte velge å bli hjemmeværende for å ivareta nære familiemedlemmer i stedet for å overlate omsorgen til offentlige institusjoner. Hvis tilrettelegging kun skulle bety å sikre valgmulighet, ville den enkelte måtte eventuelt tåle at omsorg for familiemedlemmer, i stedet for å bruke tid til deltakelse i arbeidslivet, betyr mindre inntekt med de negative konsekvensene dette kan medføre. Slike negative konsekvenser for virkeliggjøring av de økonomiske og sosiale rettigheter, må statens velferdspolitikk bøte imot.

Teorien om «substantive equality» tar utgangspunkt i retten til ikke-diskriminering. Denne retten forstås som en rettighet for individet. Fredmans teori om «substantive equality» videreutvikler retten til ikke-diskriminering som et verktøy for å kunne analysere menneskerettslig statens politikk overfor grupper og individer som har svak

Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol 12, Nr. 4, s. 369–397, 2005.

16 Fredman, S. *Human Rights Transformed – Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Se også denne publikasjonen: Fredman S. *Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities*, *South African Journal on Human Rights*, Vol. 23, s. 214–234, 2007.

17 Fredman, S. *Human Rights Transformed – Positive Rights and Positive Duties*, s. 16.

økonomisk og sosial status i samfunnet. Hun argumenterer mot at retten til ikke-diskriminering kun skal anvendes som en individuell rett der den enkelte må gå til domstolen for å få vurdert om hvorvidt staten har krenket menneskeretten eller ikke. Denne anvendelsen av rettigheter i retrospektive kan riktignok si noe om statens positive forpliktelse til å oppfylle økonomiske og sosiale rettigheter på en ikke-diskriminerende måte, men er lite proaktiv når det gjelder å holde stater ansvarlig for sin velferdspolitik. Dersom staten er positivt forpliktet til å sikre økonomiske og sosiale rettigheter uten diskriminering overfor enkelte og grupper i samfunnet, må det proaktivt kunne kreves at velferdspolitikken må være i samsvar med denne positive statsforpliktelsen til å oppfylle økonomiske og sosiale menneskerettigheter.<sup>18</sup>

Fredman argumenterer for at staten er positivt forpliktet til å sikre eller jobbe for målet om likhet ved å bekjempe mønstre av diskriminering og sosial ekskludering. Ifølge Fredman må denne forpliktelsen knytte seg direkte til statens politikkutforming, fordi den hittil valgte tilnærmingen der domstoler har vurdert statens menneskerettslige forpliktelser til å virkeliggjøre økonomiske og sosiale rettigheter har vist seg å være ineffektivt for å få til endring og sikre eller øke «reell likhet» i samfunn.<sup>19</sup> I avsnitt 4.2 gis det en mer inngående redegjørelse av teorien om «substantive equality».

## 4. Retten til en reell, grunnleggende likhet

### 4.1 *Statens plikt til å sikre lik virkeliggjøring av økonomiske og sosiale menneskerettigheter*

Retten til ikke-diskriminering innebærer at den enkelte eller grupper skal vernes mot usaklig forskjellsbehandling på grunn av ulike diskrimineringsgrunnlag som kjønn, etnisitet, religion og lignende. Beskyttede diskrimineringsgrunnlag er kjennetegnet av at det er forhold rundt enkeltindividet

18 Fredman, S. Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation, s. 372–373.

19 Fredman, S. Human Rights Transformed – Positive Rights and Positive Duties, s. 305.

som det er ulovlig å diskriminere på grunn av.<sup>20</sup> I den rettslige vurderingen om noen blir, er blitt eller kommer til å bli usaklig forskjellsbehandlet inngår en rekke momenter. Et moment er om den enkelte eller gruppen er stilt «dårligere enn andre». Videre er det et krav om at årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og forskjellsbehandlingen er oppfylt. Dersom forskjellsbehandlingen imidlertid har et legitimt formål, og er nødvendig for å oppnå det legitime formålet, samt ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, taler man om saklig forskjellsbehandling. Videre stilles spørsmålet om forskjellsbehandling er direkte eller indirekte diskriminering og om det er adgang til positiv særbehandling.<sup>21</sup>

Statsforpliktelsen etter ØSK artikkel 2 krever at stater umiddelbart, uavhengig av ressursene, implementerer individenes økonomiske og sosiale rettigheter uten *noen form for diskriminering*.<sup>22</sup> ØSK komiteen understreker i den generelle kommentaren nr. 20 om ikke-diskriminering i økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (2009) at staten er forpliktet til å iverksette lovgivning, politikk, planer og strategier som avskaffer så vel formell som «substantive» (reell og grunnleggende) diskriminering.<sup>23</sup> Komiteen påpeker at denne grunnleggende diskrimineringen er knyttet til systemisk diskriminering. Med dette mener komiteen at noen grupper opplever diskriminering som er forankret i hårdnakket, gjennomtrengende og dypstikkende sosial atferd og organisering, som ofte er uimotsagt og indirekte diskriminering. Systemisk diskriminering kan bli forstått som rettsregler, politikk, praksis og dominerende kulturelle holdninger både i den offentlige og private sfæren som skaper ulemper for noen grupper, mens det gir fordeler for andre grupper.<sup>24</sup> Komiteen peker i den forbindelse på offentlige myndigheters

20 Prop. 81 L (2016-201) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering, para. 11.1, s. 81

21 Se blant annet Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering, §§ 6-11.

22 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 3, para.1.

23 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 20, paras. 37 og 38.

24 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 20, para.12

plikt til å yte tilstrekkelig oppmerksomhet til grupper av individer som lider under historisk og vedvarende fordommer.<sup>25</sup>

Også barnekonvensjonen artikkel 2 om retten til ikke-diskriminering understreker at barnets rettigheter skal sikres uten diskriminering *av noe slag*. ØSK komiteens generelle kommentar nr. 3 (1990) om statsforpliktelse understreker, som nevnt ovenfor, at staten umiddelbar, uavhengig av ressurser, er forpliktet til å sikre at virkeliggjøring av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter skjer uten noen form for diskriminering.<sup>26</sup> FNs barnekomité støttet seg på ØSK komiteens forståelse av statsforpliktelsens rekkevidde i den generelle kommentaren nr. 5 om tiltak til gjennomføring av barnekonvensjonen (2003), jf. barnekonvensjonen artikkel 4.<sup>27</sup> Barnekomiteen har ikke kommet med en nyere generell kommentar om retten til ikke-diskriminering etter at ØSK komiteen har publisert Generell kommentar nr. 20 i 2009. I barnekomiteens generelle kommentaren nr. 19 om offentlig budsjettering for å realisere barns rettigheter (2016) uttaler komiteen at statens tiltak og budsjettering av disse skal sikre *reell likhet* mellom grupper av barn. Det er dermed legitimt å anta at også barnekomiteen anerkjenner at diskriminering kan hindre reell likhet mellom barn, og at forståelsen av retten til ikke-diskriminering og rett til likhet i barnekonvensjonen også omfatter en forpliktelse for stater å avskaffe systemisk diskriminering som hindrer reell likhet.

Retten til likhet er beslektet med retten til ikke-diskriminering. Rett til likhet for loven og lik beskyttelse av loven er nedfelt i SP artikkel 26 første setning. Retten knytter seg altså til likhetskravet i lovgivningen. Sammenhengen med retten til ikke-diskriminering blir synlig i andre setning i SP artikkel 26. Der sies det at for å nå målet om lik beskyttelse av loven, skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdige og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling. ØSK komiteen viser på sin side forbindelsen mellom diskriminering og likhet ved å bruke begge begreper likestilt i den generelle kommentaren

25 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 20, para. 8.

26 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 3, para. 1.

27 FNs barnekomité, Generell kommentar nr. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/GC/2003/5, para. 5.

nr. 20 når den skriver flere steder om de menneskerettslige prinsippene «non-discrimination and equality».<sup>28</sup>

I norsk rett brukes begrepet «likestilling» i stedet for «likhet». I lovforarbeid til likestillings- og diskrimineringsloven uttaler Barne- og likestillingsdepartementet at «likestilling» innebærer likeverd, like rettigheter og muligheter.<sup>29</sup> I uttrykket at likestillings- og diskrimineringsloven har som formål å «fremme likestilling», jf. § 1, ligger det at loven skal påvirke holdninger og øke bevisstheten om diskriminerende praksiser og barrierer.<sup>30</sup> Etter min forståelse brukes begrepet «likestilling» slik «equality» er forstått i engelske rettskilder. Sammenhengen mellom retten til ikke-diskriminering og likhet/likestilling er at et vern mot diskriminering fører til likestilling/likhet.

#### *4.2 Fire dimensjoner til å oppfylle statsforpliktelsen*

Retten til ikke-diskriminering og målet om retten til likhet knyttes gjerne til tre politiske standpunkter. De kan, for det første, bli knyttet til synet om at alle individer, uavhengig av sin bakgrunn eller tilhørighet, skal ha like muligheter. De kan også, for det andre, brukes for å forfekte en velferdspolitik som har som sin kjerne i å sikre mest mulig likt resultat for alle individer uavhengig av deres bakgrunn, tilhørighet eller status. For det tredje kan retten til ikke-diskriminering og retten til likhet bli forstått som et grunnlag for en velferdspolitik der målet er å sikre det enkelte individet verdighet.

Som vist i avsnitt 4.1 ovenfor, handler det menneskerettslige kravet om ikke-diskriminering og likhet ikke om like muligheter eller likt resultat. Rett til ikke-diskriminering krever mer av statlig velferdspolitik enn like muligheter eller likt resultat, eller verdighet. Det menneskerettslige kravet handler om å avskaffe «substantive» og systemisk diskriminering med mål om lik gjennomføring og virkeliggjøring av økonomiske og sosiale rettigheter for enhver.<sup>31</sup> Et menneskerettslig krav betyr at økonomiske og sosiale rettigheter gjennomføres og virkeliggjøres uten formell, reell

28 Se for eksempel: ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 20, paras. 2, 3, 4 og 5.

29 Prop. 81 L (2016-2017) om likestilling og forbud mot diskriminering, para. 8.8.3.

30 Ibid, para. 8.8.2.

31 ØSK komiteen, Generell kommentar nr. 20.

og systemisk diskriminering. Kun på denne måten vil rettighetene være beskyttet likt for alle av loven, jf. SP artikkel 26, jf. ØSK artikkel 2 og barnekonvensjonen artikkel 2 og 4.

En slik statsforpliktelse til å avskaffe systemisk diskriminering krever mer dyptpløyende analyser av hvilke mekanismer som fører til at økonomiske og sosiale menneskerettigheter ikke realiseres for noen grupper i samfunnet. Fredman skriver at bekjempelse av systemisk diskriminering krever at myndigheter adresserer flere sentrale dimensjoner av retten til ikke-diskriminering og rett til likhet. Den reelle, grunnleggende likheten (substantive equality) oppnås kun når fire ulike, men også overlappende dimensjoner blir ivare tatt når politikk utformes og implementeres ifølge Fredman.<sup>32</sup>

For det første innebærer en velferdspolitikk, som skal oppfylle retten til ikke-diskriminering og likhet, et mål om å bøte på og korrigere historisk forankrede ufordelaktige posisjoner i samfunnet (redistributive dimension). For det andre krever retten til ikke-diskriminering og likhet under implementering av velferdsrettigheter at velferdspolitikk imøtegår fordommer, stigmatisering, stereotypier, ydmykelse og vold knyttet til de beskyttede diskrimineringsgrunnlagene (the recognition dimension). For det tredje skal velferdspolitikk, for å oppfylle individenes og gruppenes rett til ikke-diskriminering og likebehandling, fremme deres stemme og deltakelse for å motvirke politisk og sosial ekskludering (the participation dimension). For det fjerde skal offentlig myndigheters velferdspolitikk tilpasses reelle forskjeller, og ved det sørge for strukturelle endringer (the transformative dimension).<sup>33</sup>

De fire dimensjonene av retten til ikke-diskriminering og retten til likhet gir et analytisk verktøy for bedre å illustrere og fremheve de mangefasetterte sidene av ulikhet. I tillegg muliggjør de fire dimensjonene å analysere om velferdspolitikk, handlinger, praksiser eller institusjoner hindrer eller fremmer rett til reell, grunnleggende likhet under implementeringen av velferdsrettigheter.<sup>34</sup>

32 Fredman, S. Substantive equality revisited, s. 712–738.

33 Ibid, s. 727. Se også: Fredman, S. Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights, s. 282.

34 Fredman, S. Substantive equality revisited, s. 713.

Retten til ikke-diskriminerings fire dimensjoner krever en bevisst analyse der alle de fire dimensjonene inngår i. Det kan en rekke ganger være tilfellet at de fire dimensjonene kolliderer med hverandre, trekker i ulike retninger eller overlapper hverandre. For eksempel vil velferdstjenester som direkte retter seg mot barn som vokser opp i lavinntektsfamilier – i motsetning til universelle tjenester gitt til alle barn i samfunnet – riktignok kunne forbedre barnets posisjon i samfunnet (redistributive dimensjon) og øke deres sosiale inkludering (participation dimensjon), men man vil kunne stå i fare for å øke stigma og skammen (recognition dimensjon), samt opprettholde strukturene som underbygger forskjellene mellom barn i lavinntektsfamilier og andre barn (transformative dimensjon). Det er da de fire dimensjonene skal bli vurdert samlet slik at velferdspolitikken implementerer velferdsrettigheter på en måte som i størst mulig grad så vel endrer historisk ulike posisjoner i samfunnet, avverger skam, stigma, ydmykelse og stereotypier, fremmer sosial deltakelse og inkludering og samtidig ser behovet for strukturelle endringer gjennom for eksempel positiv særbehandling av visse grupper i samfunnet. Ved å ivareta alle de fire dimensjonene under utvikling av velferdspolitikken – og gjennom en analyse der det ses hen om de fire dimensjonene er oppfylt i implementeringsprosessen – vil virkeliggjøring av individenes økonomiske og sosiale menneskerettigheter i størst mulig grad sikres.

## 5. Et rettslig krav om reell virkeliggjøring av velferdsrettigheter

### 5.1 *Rettslig prøving av velferdstjenester og -ytelser – en minimumsløsning*

Det er en omforent oppfatning om at økonomiske og sosiale menneskerettigheter forplikter staten til *hva* de skal oppnå, mens det er opp til statens skjønnsmargin om *hvordan* dette skal oppnås, både når det gjelder innhold i velferdspolitikken og med tanke på ytelsenes og tjenestenes omfang.

En slik tilnærming er kjent fra praksis utviklet av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).<sup>35</sup> I domstolens begrunnelse vises til

<sup>35</sup> Se for eksempel: EMD, *James and others v. the UK*, 1986, Application No. Series A no 263; EMD, *Steck and others v. the UK*, 2006, Application no. 65731/01.

nasjonale myndigheters direkte kunnskap om samfunnet de agerer i og dets behov, og nasjonale myndigheter er dermed prinsipielt i en bedre posisjon til å vurdere hva som er i den offentlige interessen når det gjelder sosiale og økonomiske rettigheter. Domstolen vil dermed akseptere nasjonale myndigheters politiske valg i hvordan økonomiske og sosiale menneskerettigheter skal virkeliggjøres så lenge valgene ikke er «manifestly without reasonable foundations».<sup>36</sup>

Også i nasjonale rettssystemer er domstolene tilbakeholdne når det gjelder å vurdere innhold i velferdspolitik. I Rt. 1990 s. 874 er det første av to spørsmål om rettigheter etter daværende sosialomsorgsloven og kommunehelsetjenesteloven kunne håndheves for domstolen. Det var altså tvil om en økonomisk ytelse overhodet kunne vurderes av en domstol, noe retten kom frem til at det var adgang til. Det andre spørsmålet var om rettigheter gitt i lov kunne faktisk håndheves av domstolen fordi det gjaldt økonomiske rettigheter om hjemmehjelp. Høyesterett konkluderer med at rettigheter i lovene kunne håndheves for domstolen. Rekkevidden av domstolenes prøvingsrett ble satt til å vurdere om offentlige myndigheters forvaltningsvedtak oppfyller et visst minstekrav som må forutsettes for å gjelde for slike ytelser. Forvaltningens frie skjønn i fastsettelsen av økonomiske og sosiale ytelser kunne ikke tilsi en større rekkevidde enn at det prøves om forvaltningsskjønnet blir utøvd «åpenbart urimelig».<sup>37</sup>

Tilsvarende tilnærming om at domstolene kun vil blande seg inn i velferdspolitiske avgjørelser og valg når disse er åpenbart urimelige eller «manifestly without reasonable foundations» er synlig i saker om velferdsytelser og -tjenester behandlet av den tyske forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht – statens «Gestaltungsspielraum» – skjønnsmargin) og den britiske høyeste domstolen (Supreme Court).<sup>38</sup>

Domstolenes tilnærming i Europa viser tilbakeholdenhet når det gjelder rekkevidden av juridiske krav inn i statenes velferdspolitik. Det

36 EMD, *Stec and others v. UK*, 2006, para. 52.

37 Rt. 1990 s. 874, s. 888.

38 Se for eksempel: *BvferG*, 1 BvL 1/09 (*Hartz IV-Entscheidung*), paras. 138-143; UK Supreme Court, *R (on the application of SG and others (previously JS and others)) (Appellants) v. Secretary of State for Work and Pensions (Respondent)*, [2015] UKSC 16, para. 11.



er ikke for jurister og dommere å avgjøre hvordan og med hvilket innhold økonomiske og sosiale rettigheter, enten de er nedfelt i menneskerettskonvensjoner eller i statens konstitusjon, skal bli oppfylt med mindre et minimumskrav av rimelighet og forsvarlighet ikke er oppfylt.

I motsetning til praksis fra regionale og nasjonale domstoler, er internasjonale overvåkningsorganer med ansvar for økonomiske og sosiale menneskerettigheter langt mer pågående når det gjelder å gi føringer til innhold og utforming av den nasjonale velferdspolitikken. Det er gjennom retten til ikke-diskriminering at statens plikt til å oppfylle menneskerettigheter blir til en plikt som strekker seg lenger enn en rett til minimumsytelser.

Ikrevet om å implementere barnets økonomiske og sosiale rettigheter uten noen form for diskriminering ligger det, som vist ovenfor i avsnitt 4.1, en forventning om at økonomiske og sosiale rettigheter skal virkeliggjøres, oppfylles, for ethvert enkeltindivid uavhengig av bakgrunn eller tilhørighet. Den enkeltes rett til likhet skal oppnås gjennom en politikk som oppfyller retten til ikke-diskriminering.

Forskjellsbehandling i velferdssystemet handler i nordiske velferdsstater i all hovedsak ikke om manglende tilgang til en økonomisk og sosial rettighet, men at virkeliggjøring av rettigheten for den enkelte er vanskelig gjort på grunn av holdninger, politikoutforming, praksis og rettslige regler.<sup>39</sup> For eksempel er det en krevende oppgave for skolene å utjevne sosioøkonomiske forskjeller og sikre at barn og ungdom uavhengig av deres bakgrunn, opplever mestring og lykkes i sin skolegang.<sup>40</sup>

## *5.2 Domstolspraksis og de fire dimensjonene av retten til ikke-diskriminering*

En reell innsigelse mot anvendelsen av det analytiske verktøyet om «substantive equality» redegjort for ovenfor under avsnitt 4.2, er at den ikke har grunnlag i rettslige kilder. Verktøyet er ikke omtalt eller synlig

39 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 20, para. 12.

40 Lillejord, S., Halvorsrud, K., Ruud, E., Morgan, K., Freyr, T., Fischer-Griffiths, P., Eikeland, O. J., Hauge, T. E., Homme, A. D., Manger, T., Kirkebøen, L. J. & Sandsør, A. M. J. Frafall i videregående opplæring: En systematisk kunnskapsoversikt. Kunnskapssenter for utdanning, Oslo, 2015.

i bruk i noen rettsavgjørelser. Det finnes ikke eksempler på at domstoler har analysert et spørsmål om ikke-diskriminering i velferdsrett gjennom bruk av alle de fire dimensjonene. Imidlertid er dimensjonene hver for seg synlige i domstolenes argumentasjon og vurdering når de står overfor spørsmål om en velferdsytelse eller -tjeneste er implementert i samsvar enten med minimumskrav eller i samsvar med retten til ikke-diskriminering.

I Rt. 1990 s. 874 er førstvoterende dommer opptatt av at domstolskontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse handler om å vurdere om vedtaket om velferdstjenestene tilfredsstillende et visst minstekrav. Høyesterett knytter minstekravet opp mot det livsviktige behovet saksøkeren hadde for stell og pleie.<sup>41</sup> Denne saken ble grunnlaget for en doktrine i norsk velferdsrett om at økonomi er et relevant hensyn i velferdspolitiske avgjørelser, også i enkeltsaker, men grensen må trekkes der «minimumskravet» står i fare for ikke å bli oppfylt. Etter mitt syn er denne grensdragningen et uttrykk for at offentlige myndigheters valg i velferdspolitikken ikke kan krenke den enkeltes verdighet gjennom å ydmyke vedkommende (the recognition dimension).

Den tyske forfatningsdomstolen uttalte tydelig i den såkalte Hartz IV-saken fra 2010 at økonomisk stønad etter den tyske sosialtjenesteloven (Sozialgesetzbuch II) ikke kan være så lav at den enkeltes verdighet ikke er ivaretatt.<sup>42</sup> Saken handlet om utregning av omfanget av økonomisk stønad. Klageren var en familie med en ungdom på 14 år. Klageren anførte at stønadens omfang, og da den delen av stønaden som skulle dekke behovet for ungdommen, ikke sikret deres eksistensminimum. Domstolen ga en nærmere forklaring av hvilke elementer som måtte være oppfylt for at lav inntekt kunne anses å ivareta den enkeltes verdighet. De fysiske behovene som mat, klær, husholdning, bosted, varme, hygiene og helse måtte være sikret, men også relasjoner med andre mennesker og en viss mulighet til å delta i samfunnslivet, i det kulturelle og politiske livet, måtte være mulig gjort for at ungdommens verdighet skulle være ivaretatt.<sup>43</sup> Dennesaken handlet ikke om hvorvidt lavsatser diskrimine-

41 Rt. 1990 s. 874, s. 888.

42 BverfG, 1 Bv11/09, para. 134-136. Tydelighetens skyld er at hvert menneskes iboende verdighet er beskyttet i den første bestemmelsen i den tyske forfatningen, § 1 GG.

43 Ibid, para. 135.

rer en ungdom som bor i en familie med lav inntekt. Domstolen uttalte ikke eksplisitt at økonomisk stønad skal være i samsvar med retten til ikke-diskriminering og likhet. Det er imidlertid synlig at sosial og politisk inkludering (participation dimension) spilte en rolle når domstolen vurderte om satsene av økonomisk stønad for barn og unge var for lave.

Den britiske Supreme Court måtte i saken R (on the application of SG and others) v. Secretary of State for Work and Pension avgjøre om en øverste begrensning av økonomisk stønad er diskriminerende overfor familier med barn sammenlignet med andre stønadsmottakere. Den øverste begrensningen av økonomisk stønad, omtalt som «benefit cap», skal være et middel for å motivere stønadsmottakere til å komme ut i arbeidslivet. Flertallet i Supreme Court (3-2) mente at formålet med begrensningen av stønadsutbetalinger er legitimt. Det er i velferdspolitikken interesse at flestarbeidsføre voksne er i arbeid. Familier med barn som ofte har større vansker å finne arbeid, og som har høyere boutgifter, blir ikke diskriminert holdt opp mot andre stønadsmottakere etter en proporsjonalitetsvurdering der målet om selvhjelpenhet ble holdt opp mot familienes situasjon etter at «benefit cap» ble innført.

Argumentasjonen til flertallet viser etter mitt syn manglende hensyntaken til en rekke sider ved retten til ikke-diskriminering og rett til likhet. Domstolsflertallet legitimerer for det første statens syn om at «benefit cap» motiverer til å finne arbeid for de som hittil ikke har gjort det. Det er stigmatisering av denne gruppen stønadsmottakere siden det legges til grunn at uten denne øvre grensen av stønader ville ikke foreldrene søke om jobb (manglende recognition dimension). For det andre anerkjenner ikke flertallet den virkeligheten og situasjonen som familier med barn befinner seg i (manglende redistributive dimension). I stedet for legger flertallet vekt på at denne nøytrale regelen om «benefit cap» som gjelder for alle mottakere av offentlige stønader, likebehandler mottakerne uavhengig av deres status i samfunnet. Hadde flertallet lagt vekt på konteksten og situasjonen som familier med lav inntekt befinner seg i, ville vurderingen knyttet til likebehandling muligens falt annerledes ut.

Mindretallsdommer Lady Hale omtalte familienes status og situasjon i samfunnet og arbeidslivet, og la sosial status og situasjon til grunn for sin vurdering om middelet helliger målet for familier som trenger økonomisk støtte fra velferdsstaten. Hun påpekte om «benefit cap»

at: «...the major aim, of incentivising work and changing the benefits culture, has little force in the context of lone parents, whatever the age of their children.”<sup>44</sup> Mindretallsdommen trakk inn familienes kontekst og behov i vurderingen om velferdspolitikken med utbetalingstak treffer én av de gruppene som står utenfor arbeidslivet. «The redistributive dimension» ligner dermed indirekte diskriminering og støtter opp under en tilnærming om tilpasset behandling for å oppnå reell likhet.

I EMDs storkammersak *D.H. and others v. Czech Republic* fra 2007 avviste domstolen statens anførsel om at romafamiliene valgte fritt å sende sine barn til en spesialscole for romabarn. Storkammeret påpekte at foreldrene, som tilhører en minoritetsgruppe utsatt for historisk og vedvarende fordommer, stigma og manglende deltakelse, ikke hadde et reelt valg. Friheten til å kunne foreta et faktisk, reelt valg var sterk begrenset nettopp av de samme faktorene som befester deres lave status i samfunnet.<sup>45</sup> Storkammeret analyserte foreldrenes deltakelse (the participation dimension) og et behov for å opprette en historisk urettferdig situasjon (redistributive dimension) ved å se nøye på deres historiske posisjon og status, eller manglende sådan, i samfunnet.<sup>46</sup>

De fire dimensjonenes bidrag er å gi, som nevnt, et analytisk verktøy for å granske om velferdspolitiske strategier, programmer og rettslige reguleringer oppfyller statens plikt til ikke-diskriminering og den enkeltes og gruppens rett til likhet, og legger dermed spesiell vekt på systemisk diskriminering. Eksemplene fra rettspraksis synliggjør at enkelte av dimensjonene har spilt en rolle i dommernes analyse av velferdspolitiske valg holdt opp mot oppfyllelse av en økonomisk og sosial menneskerettighet. Domstolene har vurdert om den velferdspolitiske reguleringen bidro til å rette opp eller opprettholde en vedvarende historisk urettferdighet og maktubalanse (redistributive dimension). Også spørsmål om velferdspolitikken opprettholdt eller økte stigma og skammen, eller ydmyket den enkelte og dermed krenket vedkommendes

44 *R (on the application of SG and others) v. Secretary of State for Work and Pension* [2015] UKSC 16, para. 229.

45 *EMD, D.H. and others v. Czech Republic*, Judgment of 13 November 2007, Application No. 57325/00, para. 203.

46 *Fredman, S. Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights*, s.289.

verdighet (recognition dimension) ble vurdert i noen saker. I tillegg har mulighet til å delta i det sosiale og politiske samfunnsliv vært et moment i vurdering av om staten oppfyller sin plikt til å sikre en tilstrekkelig levestandard (participation dimension).

### 5.3 *Retten til reell, grunnleggende likhet – en plikt til å endre grunnleggende diskriminering*

En analyse av velferdspolitiske strategier, programmer og rettslige reguleringer i lys av de fire dimensjonene knyttet til retten til en reell, grunnleggende likhet og retten til ikke-diskriminering er etter mitt syn en oppfyllelse av statenes forpliktelse til å implementere økonomiske og sosiale menneskerettigheter uten *noen form for diskriminering*.<sup>47</sup>

En innsigelse er at en slik analyse ikke samsvarer med den utviklede rettslige praksis om retten til ikke-diskriminering. Jeg sikter til vurderingen om vedkommende eller gruppen er stilt «dårligere enn andre», om kravet om årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunlaget og forskjellsbehandlingen er oppfylt, om forskjellsbehandlingen har et legitimt formål, om den er nødvendig for å oppnå formålet og om forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, om direkte eller indirekte diskriminering og om det er adgang til positiv særbehandling.<sup>48</sup>

Jeg mener at de fire dimensjonene vil være relevante hensyn i en rekke av de ulike stegene knyttet til en analyse av hvorvidt et individ eller en gruppe av individer blir diskriminert eller blir hindret i likestilling. Når det gjelder krav om årsakssammenheng, foreligger det i stor grad forskningsbasert kunnskap om hvordan marginaliserte enkeltindivider og grupper strever med å få oppfylt sine økonomiske og sosiale menneskerettigheter. For eksempel strever barn som vokser opp i familier med vedvarende lavt inntekt at retten til utdanning, retten til hvile, fritid og lek, retten til høyest oppnåelig helsestandard og retten til deltakelse ikke virkelig gjøres likt som for barn som ikke tilhører denne gruppen i sam-

47 ØSK Komiteen, Generell kommentar nr. 3, para. 1.

48 Se ovenfor avsnitt 4.1 og Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering, §§ 6-11.

funnet.<sup>49</sup> Det er kunnskap om forhold som handler om de vedvarende og dypt innarbeidede fordommer som befester den svakere posisjonen og status i samfunnet (the redistributive dimension). Denne kunnskapen vil kunne gi inngang til å se nærmere på om velferdspolitikken har tatt denne årsakssammenhengen innover seg. Det bør ikke stilles for strenge krav til årsakssammenheng, da negative konsekvenser ikke oppstår for enhver i gruppen. Kvantitative målinger gir imidlertid en indikasjon på at forskjellsbehandling kan baseres på gruppens stilling og status i samfunnet.

Hvorvidt bestemte krav eller tiltak rettet mot enkelte individer og grupper i samfunnet er legitime, vil kreve en oppmerksomhet rettet mot konteksten disse lever i (the redistributive dimension). Den årsakssammenhengen må imidlertid ikke bare være knyttet til sosio-økonomiske forskjeller. For å få til en dypere forståelse av mulige årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnet og forskjellsbehandling kreves at de tre øvrige dimensjonene blir vurdert.<sup>50</sup> Er for eksempel grunnen for hvorfor barn i lavinntektsfamilier ikke deltar på fritidsaktiviteter knyttet til skammen om å måtte låne utstyr (the recognition dimension), om at stemmene til de barn som opplever skammen ikke blir hørt (the participation dimension) eller strukturelle forhold som for eksempel å bo usentral, men med lave bokostnader, som igjen betyr lang, dyr reisevei til fritidsaktiviteter (transformative dimension)? Sistnevnte vil ha betydning for en politikktutforming som ser på strukturelle forhold

49 Backe-Hansen, E. Barn og unges håndtering av vanskelig livsvilkår – Kunnskapsbidrag fra 36 studier av barnefattigdom, NOVA-rapport 12/04, 2004, s. 18. Nav, Fattigdom og levekår i Norge – Tilstand og utviklingstrekk 2017, NAV-rapport Nr. 4/2017, s. 6. Kane, A.A, Neverdal S. & Stenberg O. Barnets rett til en forsvarlig levestandard. Utøvelse av skjønn i Nav og barneverntjeneste, Fontene forskning, Vol. 11, Nr. 1, s.17–29, 2018. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Oppvekstrapport 2017. Stefansen, K. & Turner, L.M. Boforhold blant barnefamilier med lav inntekt, NOVA Notat Nr. 1/12, 2012. Elstad, J. O. Foreldrenes helse, i Sandbæk, M. & Pedersen, A. W. (Red) Barn og unges levekår i lavinntektsfamilier – en panelstudie, NOVA, Oslo, 2010. Lillejord, S., Halvorsrud, K., Ruud, E., Morgan, K., Freyr, T., Fischer-Griffiths, P., Eikeland, O. J., Hauge, T. E., Homme, A. D., Manger, T., Kirkebøen, L. J. & Sandsør, A. M. J. (2015) Frafall i videregående opplæring: En systematisk kunnskapsoversikt, Kunnskapsenter for utdanning, Oslo, 2015. Bakken A. & Elstad J. I., For store forventninger – Kunnskapsløftet og ulikhetene i grunnskolekarakterer, NOVA-rapport 7/12, s.109–110, 2012.

50 Fredman, S. Substantive equality revisited, s. 735.

rundt barnet i kommunen. By- og kommuneplanlegging og utvikling kan ha betydning for grupper med lav økonomisk og sosial status på et strukturelt nivå.

Når det vurderes om formålet med en velferdspolitik er legitimt, er dimensjonen om anerkjennelse (the recognition dimension) relevant. Formålets legitimitet må holdes opp mot eksisterende stereotyper og skammen, og det må vurderes om formålet oppleves ydmykende for den enkelte og gruppen. Legitimiteten må dessuten vurderes i lys av de to andre dimensjonene om deltakelse (the participation dimension) og forandring av eksisterende strukturer (the transformative dimension). Spørsmålet må være om formålet med velferdspolitikken strategi øker individenes mulighet til deltakelse i det sosiale og politiske liv, og bidrar den til å forandre fastlåste eksisterende strukturer.

Etter mitt syn vil de fire dimensjonene spesielt komme til nytte som analytiske verktøy når velferdspolitiske strategier, tiltak og reguleringer inngår i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil sjelden være mulig å oppnå oppfyllelse av alle de fire dimensjonene samtidig, selv om dette er idealet. Dersom formålet er funnet til å være legitimt, er spørsmålet om velferdspolitikken bruker midler som ivaretar de fire dimensjonene på best mulig måte. De valgte midlene må granskes i lys av spørsmål om forankret lav posisjon i samfunnet, stereotyper, stigma og skam, sosial og politisk deltakelse, samt mulighet for strukturelle endringer.

I vurderingen om gruppen eller den enkelte er dårligere stilt enn andre i samfunnet, vil kravet om den reelle, grunnleggende likhet ikke kunne bidra til en analyse. Tvert imot vil kravet om at enhver form for diskriminering motvirkes bli svekket når nåløyet som man må komme gjennom, er å vise at man behandles dårligere enn andre. Formålet med «substantive equality» er nettopp å komme bort fra å måtte vise at individet og/eller gruppen stiller dårligere enn andre. Derimot vurderes det om velferdspolitikken oppnår en realisering av alles økonomiske og sosiale rettigheter uavhengig av om det måtte finnes grupper som behandles bedre eller ikke.

En annen innsigelse mot analyseverktøyet, kan være at også dette analyseverktøyet forstås som et prosessuelt minimumskrav til velferdspolitikken. Domstolene vil kunne avgrense deres domstolskontroll mot det materielle innhold i statens politikk. Dommere vil dermed kun

kontrollere om offentlige myndigheter har foretatt en analyse av de fire dimensjonene uten å gå inn i de substansielle vurderingene. Et motvekt mot en slik utvikling av en minimal domstolskontroll er å fremheve statens rettslige plikt til å realisere individenes økonomiske og sosiale menneskerettigheter.

## 6. Avsluttende bemerkninger

En vanlig tilnærming til forholdet mellom velferdspolitik og juss er at domstolene skal spille en tilbaketrucken rolle. Riktignok skal materielle og prosessuelle rettsregler sikre tilgang til ytelser og tjenester når disse først er etablert i et velferdssystem, men domstolen har ikke noe å gjøre med å blande seg inn i de politiske avgjørelsene om hvordan velferdssystemet blir utformet/ designet, det vil si om velferdspolitikken treffer godt de det gjelder.

En slik forståelse av forholdet mellom velferdspolitik og domstolene tar ikke hensyn til forholdet mellom velferdspolitik og retten til ikke-diskriminering og likestilling, likhet og likebehandling. Umiddelbare rettslige forpliktelser om å sikre at velferdssystemets tjenester og ytelser er ikke-diskriminerende og oppnår målet om likestilling, likhet og likebehandling, krever at domstolene blander seg inn i velferdspolitikens valg når det gjelder realisering av økonomiske og sosiale menneskerettigheter.

Kravet om at økonomiske og sosiale rettigheter skal implementeres uten noen form for diskriminering forplikter staten og juristene til å granske hvordan offentlige myndigheter skal oppfylle plikten om å virkeliggjøre økonomiske og sosiale rettigheter likt. Særlig en bevissthet om systemisk diskriminering vil kunne gi et rettslig innhold i svaret på spørsmålet om hvordan staten skal oppfylle sine menneskerettslige forpliktelser når det gjelder realisering av økonomiske og sosiale menneskerettigheter.

Til syvende og siste ligger ansvaret for velferdspolitikken hos lovgiveren og offentlig forvaltning, men jurister i ulike deler av offentlig forvaltning, academia og i domstolsystemet har et ansvar for å kreve at velferdspolitik er i samsvar med menneskerettslige krav.