

KAPITTEL 4

Forbud mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningen – et rettslig cluster

Kirsten Sandberg og Vibeke Blaker Strand

4.1 Innledning

Forvaltningens vedtak har stor betydning for borgerne. For å sikre rettferdige og rettsriktige vedtak er det etablert og utviklet ulike krav som setter grenser for – og bidrar til å korrigere – forvaltningens virksomhet. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er ett av dem.

Over tid har det blitt vedtatt og utviklet flere ulike rettsregler, prinsipper, håndhevings- og overprøvingsordninger som har betydning for spørsmål om usaklig forskjellsbehandling. Rettsreglene, prinsippene og ordningene har til dels ulik bakgrunn og retter seg også mot ulike sider ved temaet. De er ofte beskrevet med utgangspunkt i juridiske enkeltfag, særlig forvaltningsretten og diskrimineringsretten, som begge inneholder et forbud mot dette. Dermed har oppmerksomheten blitt rettet først og fremst mot særegenheten ved den enkelte rettsregel, den enkelte prinsipp eller den enkelte håndhevings- eller overprøvingsordning.

Enkeltdelene ligger tett inntil hverandre, og skaper et tett forbundet og sammenfiltret helhetsbilde. Helheten kaller vi et *rettslig cluster*. Innen musikk brukes begrepet *cluster* om «en gruppe av tilstøtende toner, altså

toner som ligger tett inntil hverandre».¹ Clusteret utgjør «en udefinerbar akkord», og kan nærmest være «som en lydmur» der det er vanskelig å «skille ut de enkelte tonehøyder».² Det er mange likhetstrekk mellom et musikalsk cluster og det rettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.³ Ved å vise frem både delene og helheten i dette forbudet, gir vi i dette kapitlet en bred fremstilling av forbudet mot usaklig forskjellsbehandling etter norsk rett i dag.

Både diskrimineringsrettens og forvaltningsrettens forbud har som formål å motvirke ulikhet. I retten ses likhetshensynet ofte på som en grunnverdi, som har tett sammenheng med hensynet til rettferdighet. Likheter er imidlertid ikke et entydig begrep. Det er blant annet spørsmål om hva som skal være likt for hvem, og om det er formell likhet, mulighetslikhet eller resultatlikhet som er ønskelig.⁴ Selv om hensynet til likhet begrunner forbud mot usaklig forskjellsbehandling etter så vel en forvaltningsrettslig som en diskrimineringsrettslig tilnærming, gjøres det ikke på samme måte. Den forvaltningsrettslige læren om usaklig forskjellsbehandling skal ivareta hensynet til likhet mellom de som får sine saker behandlet av forvaltningen, og den henger nært sammen med kravet om at forvaltningen skal opptre saklig og objektivt. Forbudet mot diskriminering vokste frem som en respons på manglende likestilling mellom kvinner og menn, særlig som følge av kvinnediskriminerende regler, praksiser og strukturer innen arbeidsliv, utdanning og organisasjonsliv. Kjønn har vært en spydspiss i utviklingen av regler om diskrimineringsvern.⁵ I dag er diskrimineringsvernet utvidet slik at det også omfatter andre grupper. Vernet bygger på en erkjennelse av

1 Store norske leksikon (snl.no) ved Stig Wernø Holter. «Cluster (musikk)» (2020). https://snl.no/cluster_-_musikk.

2 Musikkordboken.no. «Cluster» (u.å.). <https://musikkordboken.no/ord-c.html>.

3 Tilnærmingen er inspirert av Synnøve Ugelvik, «Mot et harmonisk Europa? Om utviklingen av den strafferettslige kontrollen i EU, og hvordan denne kan føre til et mindre likeverdig fellesskap», *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol. 136, nr. 1, 2012, s. 36–54 der hun bruker harmonilære for å kaste lys over konkrete problemområder innen EU.

4 Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018, s. 66. Se også Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022, kap. 1, pkt. 1.2 og 1.3.

5 Anne Hellum, «Rettslig spydspiss. Diskriminerings- og likestillingsrettens kvinne- og kjønnsperspektiv», i Helga Aune mfl. (red.), *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og likestilling. Hyldest til Kirsten Ketscher*, Karnov Group 2017, s. 123–139.

at forskjellsbehandling mange ganger kan ha sammenheng med gruppebaserte forhold som kjønn, nedsatt funksjonsevne, religion, etnisitet, seksuell orientering eller alder. Diskrimineringsforbudet spiller inn i en samfunnskontekst der både historiske forhold og nåværende strukturer gjør at noen grupper kommer dårligere ut enn andre, og er et regelsett som søker å forhindre og bøte på dette. Når vi i dette kapitlet skal belyse diskrimineringsvernets betydning i forvaltningen, er ikke oppmerksomheten kun rettet mot kjønnsdiskriminering, men mot den bredden diskrimineringsvernet har i dag.

Selv om det forvaltningsrettslige forbudet ikke har den samme bakgrunnen, er det ingenting i veien for at også det kan anvendes mot kjønnsdiskriminering. Hvis to søknader, for eksempel om byggetillatelse, behandles ulikt på grunn av partenes kjønn, vil det være i strid med dette forbudet.

I dag er det rettslige landskapet for forvaltningens virksomhet blitt vesentlig endret som følge av rettens internasjonalisering, herunder Norges EØS-rettslige forpliktelser og forpliktelser etter internasjonale menneskerettskonvensjoner.⁶ De internasjonale kildene møter, legger seg inntil og krysser forvaltningsrettens begreper og rettslige kategorier. Det diskrimineringsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, som følger av nasjonal rett, men som også er en del av EU/EØS-retten og av internasjonale menneskerettskonvensjoner, er et eksempel på nettopp dette.⁷

Likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) § 2 første ledd lyder: «Loven gjelder på alle samfunnsområder.» Loven kommer til anvendelse for både offentlige og private aktører. Mens det forvaltningsrettslige

6 Dette slår også Forvaltningslovutvalget fast, som i sin utredning av ny forvaltningslov påpeker at staten i dag «er underlagt en rekke internasjonale forpliktelser som direkte eller indirekte kan ha betydning for forvaltningens virksomhet.» Se NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* pkt. 75.

7 Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal 2022, kap. 2. I EU/EØS-retten har forbudet mot diskriminering utviklet seg gjennom forbud mot nasjonalitetsdiskriminering og forbud mot kjønnsdiskriminering. Begge forbudene ble opprinnelig innført for å understøtte EUs målsetting om fri flyt av arbeidskraft over landegrensene, men begrunnelsen for vernet mot kjønnsdiskriminering har over tid utviklet seg og endret kurs. I dag skal kjønnsdiskrimineringsvernet først og fremst bidra til å ivareta individers rettighetsvern. Likestilling mellom kvinner og menn utgjør et grunnleggende EU-rettslig prinsipp som henter sin legitimitet og begrunnelse i det menneskerettslige utgangspunktet om likhet og ikke-diskriminering. Nasjonalitetsdiskriminering er ikke tema videre i dette kapitlet.

forbudet mot usaklig forskjellsbehandling først og fremst har betydning for forvaltningens enkeltvedtak, inneholder diskrimineringsforbudet også krav til innholdet i lover, forskrifter og rundskriv, samt krav til saksbehandlingen. Videre i kapittelet begrenses fremstillingen til forvaltningens enkeltvedtak, fordi det er dette som representerer krysningsfeltet mellom de to lærene. Det er her clusteret særlig spiller seg ut.

Fremstillingen videre er bygget opp skrittvis, eller tone for tone. Først presenteres i punkt 4.2 utgangspunktene for hvert av de to forbudene. Deretter ser vi i punkt 4.3 isolert på innholdet i det forvaltningsrettslige forbudet. I punkt 4.4 beskriver vi det diskrimineringsrettslige forbudets materielle innhold – og hvordan det er å forstå opp mot det forvaltningsrettslige forbudet. Overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjonering av de to forbudene bidrar til å gjøre tonebildet enda tettere, se punkt 4.5. Til slutt, i punkt 4.6, rettes oppmerksomheten mot ytterligere to toner, som igjen utvider klangbildet – og som viser nyere utviklingstrekk. Dette er spørsmålene om Grunnloven § 98 inneholder et generelt forbud mot diskriminering, og om forholdsmessighet kan sies å være et generelt krav til forvaltningens virksomhet. I punkt 4.7 gir vi en kortfattet beskrivelse av clusteret som helhet og noen avsluttende refleksjoner.

4.2 Utgangspunkter

4.2.1 Det forvaltningsrettslige forbudet

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten er utviklet på nasjonalt plan, gjennom Høyesteretts praksis.⁸ Det utgjør en del av myndighetsmisbrukslæren, som kan omtales som «et sett med ulovfestede skranker for forvaltningens skjønnsutøving».⁹ Denne læren innebærer at forvaltningen ved sin utøving av skjønn er avskåret fra å legge vekt på utenforliggende hensyn, og å treffe avgjørelser som er vilkårlige, grovt urimelige eller som innebærer usaklig forskjellsbehandling.¹⁰

8 Marius Stub, «Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk», i Hans Christian Bugge mfl. (red.), *Lov, liv og lære. Inge Lorange Backer 70 år*, Universitetsforlaget 2016, s. 491–512, på s. 492.

9 NOU 2019: 5 pkt. 34.2.2.

10 NOU 2019: 5 pkt. 34.2.2.

Å unngå usaklig forskjellsbehandling er en forpliktelse for alle offentlige myndigheter når de i sine enkeltvedtak utøver skjønn. Forbudet utgjør en begrensning i forvaltningens frihet til å bestemme hva som skal bli utfallet i enkeltsaker, også når den opererer innenfor lovens ytre rammer. Betydningen av læren blir synlig når noen hevder at forvaltningen gjennom innholdet i enkeltvedtak har forskjellsbehandlet individer eller virksomheter.

Læren om usaklig forskjellsbehandling går ut på at forvaltningen ikke har adgang til å treffe vedtak som innebærer at like tilfeller behandles ulikt, uten at det er en saklig grunn til det. Dette betyr for eksempel at en kommune som vanligvis tildeler stønad til spedbarnsutstyr i tillegg til satsene for livsopphold etter sosialtjenesteloven § 18,¹¹ ikke i en konkret sak kan avslå dette uten at det begrunnes i saklige forskjeller mellom denne familien og andre. Den kan heller ikke gi slik stønad til en far, men ikke til en mor, hvis sakene ellers er like. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling bidrar ved dette til å fremme likhet mellom borgerne.

Det forvaltningsrettslige forbudet er bare aktuelt der loven overlater et skjønn til forvaltningen. Bare da kan det oppstå situasjoner der to like tilfeller behandles ulikt, samtidig som begge løsninger befinner seg innenfor rammene som trekkes opp av hjemmelsloven.¹²

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling har særlig betydning for forvaltningens utøvelse av hensiktsmessighetsskjønnet, også kalt forvaltningens egentlig frie skjønn eller kan-skjønnet. Dette skjønnet angis gjerne i loven med at forvaltningen «kan» vedta noe hvis vilkårene er oppfylt. Læren har også betydning der den lovbestemmelsen forvaltningen anvender, inneholder skjønnsmessige eller vurderingspregede ord og

11 Se Arbeids- og sosialdepartementet. *Rundskriv A-1/2021 Statlige veiledende retningslinjer for økonomisk stønad for 2021*, 25. august 2021. Dokumentnr. A-1/2021 [Lest i Lovdata Pro].

12 I Rt. 2007 s. 302 (Kværner Oil & Gas) uttaler Høyesterett riktignok at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling også gjelder for rettsanvendelsesskjønn. Utsagnet modereres i HR-2019-273-A (Travkusk) der Høyesterett sier at myndighetsmisbruk «i egentlig forstand» kan det ikke bli tale om når det gjelder et rent rettsanvendelsesskjønn, men at likebehandlingsprinsippet kan tenkes å slå inn også der. For en grundig drøftelse av dette, se Marius Stub, «Gjelder det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling også ved lovtolkning?», i Iris Nguyen Duy mfl. (red.), *Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith 70 år*, Fagbokforlaget 2020, s. 563–598. Se også Marius Emberland, «Om kravet til likebehandling når forvaltningen treffer enkeltvedtak som beror på rettsanvendelsesskjønn», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 133, nr. 4, 2020, s. 349–392. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2020-04-01>.

uttrykk som domstolene ikke prøver fullt ut. Det kan være fordi loven selv sier det, for eksempel når folketrygdloven § 15-6 første ledd bokstav c lar det være opp til Nav å vurdere hva som utgjør «nødvendig og hensiktsmessig» utdanning eller opplæring som gir rett til overgangsstønad. Eller det kan følge av forarbeidene, for eksempel når det gjelder hva som utgjør «nødvendige» helse- eller omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1 a.¹³ Men selv om domstolene ellers i prinsippet kan prøve subsumsjonen, kan de være tilbakeholdne med å prøve det faglige skjønnet som subsumsjonen innebærer, jf. naturfredningsdommen i Rt. 1995 s. 1427, på s. 1433.¹⁴ En slik tilbakeholdenhet er begrunnet i at det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket, har bedre faglige forutsetninger for å foreta de aktuelle vurderingene. Når domstolen ikke prøver den konkrete rettsanvendelsen fullt ut, er det behov for at myndighetsmisbrukslæren kommer inn.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er imidlertid en snever sikkerhetsventil som kun kommer til anvendelse når nærmere definerte materielle vilkår er oppfylt. Dette ser vi nærmere på nedenfor i punkt 3.

Forvaltningslovutvalget har i NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* foreslått å lovfeste myndighetsmisbrukslæren, herunder forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.¹⁵

4.2.2 Det diskrimineringsrettslige forbudet

Diskrimineringsrettens forbud mot usaklig forskjellsbehandling er resultatet av en lang nasjonal og internasjonal rettsutviklingsprosess. På nasjonalt plan ble et forbud mot diskriminering første gang formalisert

13 Ifølge Prop. 91 L (2010–2011) spesialmerknadene til pbrl. § 2-1 a må den enkeltes behov for slike tjenester veies opp mot fellesskapets behov, og det kan legges vekt på kommunens økonomiske ressurser, likevel slik at kommunen ikke kan gå under en minstestandard.

14 Se Eckhoff og Smith 2018, s. 381–382. I denne saken gjaldt skjønnet et fredningsvedtak basert på uttrykket «spesiell naturtype». Flertallet (dissens 4–1) prøvde dette og fulgte forvaltningens syn, mens mindretallet mente at retten ikke skulle prøve forvaltningens vurderinger, som var av «utpreget naturfaglig karakter» knyttet til «svært skjønsmessige vurderingstemaer».

15 Se utvalgets forslag til ny lov § 40: «Forvaltningsorganet skal ikke legge vekt på utenforliggende hensyn. Forvaltningsskjønnet skal ikke være vilkårlig eller innebære usaklig forskjellsbehandling.» Se nærmere om dette forslaget NOU 2019: 5 pkt. 34.2.2.

gjennom likestillingsloven 1978.¹⁶ Loven omhandlet kun diskriminering på grunn av kjønn. I dag omfatter vernet en rekke ulike grupper. Vernet reguleres gjennom likestillings- og diskrimineringsloven 2017 (ldl.), som forbyr diskriminering på grunnlag av «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene».¹⁷ De opplistede gruppeforankrede kategoriene kalles *diskrimineringsgrunnlag*. Som vi ser, inkluderer loven blant annet en rekke grunnlag som har sammenheng med både biologisk og sosialt kjønn.

Den nasjonale lovgivningen om likestilling og diskriminering preges i stor grad av rettens internasjonalisering. EU/EØS-retten inneholder direktiver som gir vern mot diskriminering på grunn av kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, livssyn, funksjonshemming, alder og seksuell orientering.¹⁸ Disse har påvirket utformingen av den nasjonale lovgivningen, og norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med EU/EØS-retten.¹⁹

Diskrimineringsvern står også sentralt i internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge er part i, og som norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med, se Grunnloven § 92 om myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. For de konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2, følger det av § 3 at de har forrang fremfor andre lover, som derfor må tolkes i samsvar med

16 Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.

17 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven). I tillegg gir arbeidsmiljøloven kap. 13 og skipsarbeidsloven kap. 10 vern på arbeidslivets område for grunnlagene politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder.

18 Se kjønnslikestillingsdirektivet (2006/54/EF), kjønnslikestillingsdirektivet om varer og tjenester (2004/113/EF), etnisitetsdirektivet (2000/43/EF) og likebehandlingsdirektivet (2000/78/EF). Diskrimineringsvernet innen EU har dessuten utviklet seg gjennom regulering og praksis om nasjonalitetsdiskriminering, det vil si diskriminering som følge av personers tilknytning til et annet medlemsland innad i EU/EØS. Se Christa Tobler, «Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law», *Intersentia* 2005, s. 101 flg.

19 Plikten til at norsk rett skal være i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser, følger av EØS-loven. På diskrimineringsfeltet er det i tillegg lagt til grunn at norsk rett skal være i tråd med EU-rettens ikke-diskrimineringsdirektiver, som ikke er en del av EØS-avtalen. For en beskrivelse av dette, se f.eks. Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 6.2.2.

konvensjonene. I FN er det vedtatt tre konvensjoner med diskrimineringsvern som tema: FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (som er tatt inn i menneskerettsloven), FNs rasediskrimineringskonvensjon og FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. I tillegg er bestemmelser om forbud mot diskriminering inntatt i de andre konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, EMK artikkel 14, SP artikkel 2 og artikkel 26, ØSK artikkel 2 og FNs barnekonvensjon artikkel 2. Diskrimineringsforbudene i EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen har ingen uttømmende opplisting av diskrimineringsgrunnlag, men inneholder gjennom formuleringene «annen status / annen stilling / status for øvrig» isteden for en åpen sekkekategori. Dette har gitt fleksibilitet for konvensjonenes håndhevingsorganer til å innforholke nye grunnlag i diskrimineringsvernet etter hvert som det har vist seg å være behov for dette.

I 2014 ble likhetsprinsippet, at alle er like for loven, og forbud mot diskriminering innført på grunnlovs nivå gjennom Grunnloven § 98. Diskrimineringsforbudet har en bred ordlyd, noe som reiser spørsmål om hvilke grupper som omfattes, se punkt 4.6 nedenfor.

4.3 Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling

4.3.1 Innledning

Vilkårene for at det skal foreligge usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten, er at det har skjedd en forskjellsbehandling, og at denne ikke har saklig grunn. Er derimot to ulike tilfeller behandlet likt, kan det eventuelt bli spørsmål om indirekte diskriminering, se punkt 4.4.

For å konstatere forskjellsbehandling må saken ha fått et annet utfall enn en annen sak som ser ganske lik ut. Man må altså først sammenligne med resultatet i andre saker. Deretter må man ta stilling til om denne forskjellsbehandlingen har hatt saklig grunn. Følgelig må man se nærmere på hvordan vedtaket er begrunnet.

Innholdet i de to vilkårene er i all hovedsak utviklet gjennom praksis fra Høyesterett. Ifølge denne inneholder kriteriet om forskjellsbehandling flere elementer som må være oppfylt. I vurderingen av om

forskjellsbehandlingen er saklig, kan det skilles mellom de tilfellene hvor forvaltningen ikke har gitt noen begrunnelse for den ulike behandlingen, og der hvor den er begrunnet.

4.3.2 Hva utgjør forskjellsbehandling?

4.3.2.1 Innledning

For at det skal bli tale om usaklig forskjellsbehandling, må det være gjort forskjell mellom denne saken og andre saker. Dette forutsetter at sakene er sammenlignbare, for forskjellsbehandling av ulike saker er vanligvis ikke noe problem. Læren kan være praktisk ved avgjørelse av søknader og dessuten der forvaltningen av eget tiltak gir et pålegg, for eksempel om å betale avgift eller stanse utslipp.

For å kunne si at sakene er like nok til å være sammenlignbare, må de normalt være avgjort ut fra samme rettsgrunnlag. Av dette følger også et krav om at forvaltningen har det samme rommet for å bruke skjønn i de sakene som sammenlignes. Videre må faktum være nokså likt, iallfall de sidene av faktum som er vesentlige for vedtakets innhold. At sakene er sammenlignbare, betyr ikke at de trenger å være helt like.

Høyesterett har videre lagt til grunn at sakene som sammenlignes skal være behandlet av samme organ, og at forskjellsbehandling forutsetter avvik fra fast praksis.

4.3.2.2 Begrensning til samme organ?

Hittil har domstolene bare slått ned på forskjellsbehandling mellom avgjørelser truffet av samme organ.²⁰ Dette er ikke nødvendigvis et formelt krav, men i praksis er det lettere å sammenligne med saker fra samme organ. Dessuten kan det være relevante forskjeller mellom ulike organers kompetanse.

Hver kommune er ett organ, og ulikhet mellom kommuner regnes ikke som forskjellsbehandling. Dette er en følge av det kommunale selvstyre, som nå er lovfestet i Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven

20 Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 2019, s. 121; Eckhoff og Smith 2018, s. 406.

§ 2-1, men som også gjaldt tidligere. Det omfatter også fylkeskommuner. Rt. 2011 s. 111 gjaldt en fylkeskommunes kompetanse til å tilbakekalle drosjeløyver og ilegge karantene. Der aksepterte Høyesterett at praksis kunne variere rundt om i landet, avhengig av de særlige problemene i den enkelte fylkeskommune og hvilke prioriteringer disse har i samferdselspolitikken (avsnitt 67).

En kommune som er oppdelt i kommunedeler (bydeler) med ansvar for en geografisk del av kommunen, jf. kommuneloven § 5-7, er like fullt ett organ. Det lokale selvstyret etter Grunnloven § 49 er å forstå som kommunalt selvstyre og omfatter ikke en tilsvarende rett til selvstyre for kommunedeler. Dette innebærer at de må finne seg i å bli sammenlignet når de utøver sitt skjønn, og dermed kan ulike nivåer på tjenestene i ulike bydeler, for eksempel i Oslo, utgjøre forskjellsbehandling. Riktignok vil en sakstype som er delegert til bydelen gjerne ha et lokalt tilsnitt, men om dette fører til at saker kan behandles forskjellig, avhenger blant annet av hva slags tjeneste det er tale om.

Hvis lokale kontorer innenfor en statlig etat behandler like tilfeller ulikt, kan det være forskjellsbehandling. Det kan for eksempel gjelde trygdesaker som avgjøres av de lokale Nav-kontorene. Folketrygdloven anses riktignok som en rettighetslov med liten grad av skjønn for myndighetene når først vilkårene for en ytelse er oppfylt. Men en del av bestemmelsene åpner likevel for skjønn, for eksempel § 1-5 siste ledd andre punktum om unntak fra hvem som regnes som samboere. Her må det være riktig å anta at Nav som helhet skal ivareta hensynet til likhet og sørge for at disse bestemmelsene ikke praktiseres ulikt fra sted til sted. Dette er det mulig å oppnå gjennom riktig opplæring, gode rundskriv og ved at Nav sentralt er klageorgan med Trygderetten som overprøvingsinstans. En annen sak er at også for statlige organer kan geografiske ulikheter være relevante, for eksempel når saker behandles av ulike politidistrikter.

4.3.2.3 *Krav om fast eller entydig praksis*

Ifølge rettspraksis er det ikke nok for å konstatere forskjellsbehandling at det foreligger enkelte sammenlignbare saker som har fått gunstigere resultat enn den aktuelle saken. Det må foreligge en fast eller entydig

praksis som det skjer et avvik fra.²¹ I Rt. 1983 s. 1290, som gjaldt søknad om tillatelse til avkjørsel fra riksvei, fant Høyesterett at det i fire lignende saker var gitt slik tillatelse. Men at disse hadde fått tillatelse, kanskje på sviktende grunnlag, var ikke nok til å fastslå at det i forhold til denne søkeren var skjedd en usaklig forskjellsbehandling, så lenge flertallet av søknader var blitt avslått. I utvisningssaken i Rt. 1998 s. 1795 var det påberopt at en annen utlending i en lignende sak ikke var blitt utvist. Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig til å underkjenne vedtaket om utvisning av saksøkeren, for den saken han viste til, fremsto som et mulig unntak fra en ellers konsekvent og streng praksis (s. 1808).

En entydig praksis ble i drosjeløyvedommen satt som forutsetning for å konstatere usaklig forskjellsbehandling. De enkeltsakene saksøkeren hadde vist til, var ikke «bevis for at det er en entydig praksis som tilsier at det har skjedd et brudd på prinsippet om likebehandling i dette tilfellet» (68).²² I Rt. 2012 s. 1547 om merverdiavgift ble kravet opprettholdt, riktignok med en kommentar om at det ble sett på som uheldig at praksis ikke var konsistent (49).

De refererte sakene kan tyde på at det skal mye til for å konstatere avvik fra en fast praksis. Dommen i Rt. 1994 s. 60 (New York) viser likevel at i noen tilfeller kan så lite som to saker være tilstrekkelig som sammenligningsgrunnlag. Diskoteket New York i Stavanger var nektet en prøveperiode som nattklubb med utvidet skjenke- og åpningstid på halvannen time, til forskjell fra Cobra Bar Dance og Taket. Det var i orden at kommunestyret ville begrense antall skjenkebevillinger, men alle de interesserte måtte få mulighet til å bli vurdert på lik linje. De tre utestedene fremsto som svært like, både i art og beliggenhet, og sakene falt sammen i tid. Like tilfeller ble da behandlet ulikt, og Høyesterett krevde at det skulle foreligge en saklig grunn for dette. I denne saken fantes det ikke noen fast praksis om å nekte utvidet skjenketid som sakene om Cobra Bar Dance og Taket representerte unntak fra. Disse to utgjorde derfor

21 Stub 2016 behandler dette etter spørsmålet om forskjellsbehandlingen kan rettfærdiggjøres, mens det etter vårt syn dreier seg om hvorvidt det i det hele tatt har skjedd en relevant forskjellsbehandling. Høyesterett skiller ikke tydelig mellom de ulike leddene i vurderingen.

22 Rt. 2011 s. 111.

det relevante sammenligningsgrunnlaget, til forskjell fra sakene nevnt ovenfor.

Selv om et vedtak utgjør et brudd med en fast eller entydig praksis, kan det likevel være tillatt dersom det er ledd i en omlegging av praksis, for eksempel ut fra endrede politiske forhold eller ny kunnskap på området. Det kan for eksempel være at flere bedrifter gjennom årene har fått tillatelse til utslipp av en bestemt type gass. Hvis det så kommer forskning som viser at denne gassen er mer helseskadelig enn antatt, kan forurensningsmyndighetene heretter nekte å gi tillatelse til utslipp av den. Eller en kommune som har vært slepphendt med å gi dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen, kan bli nødt til å legge om praksis etter påtrykk fra de sentrale myndigheter. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er ikke til hinder for slike praksisendringer.

4.3.3 Når har forskjellsbehandlingen saklig grunn?

Et klart tilfelle av usaklig forskjellsbehandling er der det ikke vises til noen grunn. Den nevnte New York-saken er et eksempel på dette. En enstemmig Høyesterett uttalte at kommunen ikke hadde påberopt noen grunn til å vurdere utestedet New York annerledes enn Cobra Bar Dance og Taket, og kom til at det var foretatt usaklig forskjellsbehandling. Heller ikke i Rt. 2012 s. 1444 var det gitt noen forklaring på forskjellsbehandlingen. Den gjaldt forsinkelsesrente ved krav om tilbakebetaling av for mye utbetalt trygd. Staten hadde i og for seg adgang til å kreve slik rente, men når den ikke hadde gjort det overfor andre i samme situasjon, kunne den heller ikke gjøre det her.

Når det ikke er vist til noen grunn, kan forskjellene være helt tilfeldige, for eksempel fordi en sak er avgjort av en saksbehandler som ikke har sjekket hvordan andre tilsvarende saker er behandlet. Det kan også være at organet ikke vil vedkjenne seg grunnen til den ulike behandlingen, for eksempel «trynefaktoren» eller at parten oppleves som «vanskelig». I disse tilfellene vil det naturligvis ikke foreligge noen saklig grunn til forskjellsbehandlingen, og den vil være ulovlig.

I de tilfellene hvor forvaltningen begrunner forskjellsbehandlingen, er det spørsmål om grunnen er saklig. Rt. 1996 s. 78 gjaldt skjenkebevilling. I

valget mellom søkere som det ut fra en alkoholpolitisk vurdering ikke var noe å innvende mot, hadde kommunen lagt vekt på hvor i Nordfjordeid sentrum skjenkestedene ville ligge. Høyesterett uttalte at når kommunen med en lovlig begrunnelse hadde fastsatt et «tak» på antallet skjenkebevillinger, måtte det være adgang til å legge vekt på hvilken lokalisering av skjenkestedet som ut fra en bredere vurdering av miljø- og byutviklingshensyn ville være den heldigste. Dette hadde kommunestyret gjort.

I Rt. 1974 s. 149 (Sauda) omhandlet utgiftene til renovasjon for boliger som i 1916 var oppført av bedriftene og som fortsatt var eid av dem. Det dreide seg om en anleggsby, Åbøbyen, hvor bedriftene selv i stor grad hadde sørget for infrastrukturen, herunder renovasjon. Da kommunen i 1958 overtok ansvaret for å utføre renovasjonen, ble den enig med bedriftene om at disse fortsatt skulle dekke utgiftene. I 1967 sa bedriftene opp denne avtalen og krevde å betale samme renovasjonsavgift som andre huseiere, en avgift som dekket rundt halvparten av de reelle kostnadene. Kommunen mente at bedriftenes spesielle stilling innen kommunen utgjorde saklig grunn til å forskjellsbehandle dem. Den anførte at bedriftene fortsatt hadde ansvaret for en rekke funksjoner i Åbøbyen som normalt tillå de kommunale myndigheter, herunder elektrisitets- og vannforsyningen samt vedlikehold av veier, kloakk mv. Høyesteretts flertall viste til at dette opprinnelig skyldtes at en tynt befolket og fattig kommune ikke kunne løse alle de oppgavene anlegget førte med seg på kort tid. De historiske forholdene kunne imidlertid ikke gi tilstrekkelig saklig juridisk grunnlag for å videreføre forskjellsbehandlingen med hensyn til renovasjon. Heller ikke at bedriftene eide mange hus, eller at det for dem var nokså uvesentlige utgifter, kunne være avgjørende. Dette kan ses som eksempel på at endrede samfunnsforhold kan føre til at forskjellsbehandling ikke lenger har noen saklig grunn.

Også læren om at forvaltningen ikke kan ta utenforliggende hensyn, er en del av myndighetsmisbrukslæren og et utslag av at forvaltningen må opptre saklig.²³ De to lærene har dermed likhetstrekk. Forskjellen er at den som mener at et hensyn som er tatt i en sak er utenforliggende i seg selv, ikke trenger å gå veien om en sammenligning med andre saker.

23 Graver 2019, pkt. 8.3; Eckhoff og Smith 2018, s. 388–389.

Omvendt kan en forskjellsbehandling anses som usaklig uten at det er tatt utenforliggende hensyn. Det kan hende at et i og for seg saklig hensyn ikke kan begrunne den forskjellen som er gjort, eller at forskjellsbehandlingen ikke har noen grunn i det hele tatt. Hvorvidt læren om utenforliggende hensyn likevel kan være del av det rettslige clusteret som er tema i dette kapitlet, kommer vi tilbake til i punkt 4.4.

4.4 Forbudet mot diskriminering

4.4.1 Innledning

Diskriminering kan defineres som ulovlig forskjellsbehandling. Nærmere bestemt dreier det seg om tilfeller der personer, på grunn av faktorer som kjønn, etnisitet eller alder, utsettes for forskjellsbehandling, og forskjellsbehandlingen ikke har en tilstrekkelig begrunnelse. Etter lovgivningen må tre vilkår må være oppfylt for at diskriminering skal kunne konstateres.²⁴ For det første må det foreligge forskjellsbehandling. Dette vil si at en person behandles dårligere enn andre. For det andre må denne forskjellsbehandlingen ha sammenheng med et vernet diskrimineringsgrunnlag. Dersom det foreligger forskjellsbehandling som er knyttet til et vernet grunnlag, er det – for det tredje – et vilkår at forskjellsbehandlingen ikke kan begrunnes på en måte som likevel gjør den lovlig.

I det følgende skal vi se nærmere på vilkårene for diskriminering og sammenholde disse med det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Noen likheter og forskjeller kan slås fast allerede her.

En forskjell er at det etter den diskrimineringsrettslige læren er et vilkår at det må foreligge sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og et vernet diskrimineringsgrunnlag. Dette har nær sammenheng med diskrimineringsvernets begrunnelse, som går ut på å korrigere gruppebasert ulikhet. Dette vilkåret innebærer samtidig en terskel for at

²⁴ Det foreligger også en egen diskrimineringsrettslig bevisbyrderregel. Denne belyses ikke nærmere her.

diskrimineringsforbudet kan komme til anvendelse. En slik begrensning følger ikke av den forvaltningsrettslige læren.

Det er imidlertid også likhetstrekk i vilkårene for usaklig forskjellsbehandling etter forvaltningsretten og diskrimineringsretten. Begge regelsett stiller krav om at det må foreligge forskjellsbehandling, og begge inneholder en åpning for at denne kan begrunnes på en måte som gjør den lovlig. Selv om det er ytre likhetstrekk, er det imidlertid store innholdsmessige forskjeller på begge disse punktene. Fremstillingen nedenfor viser at innholdet i begge disse vilkårene er gunstigere for individet etter den diskrimineringsrettslige læren enn etter den forvaltningsrettslige.

4.4.2 Hva utgjør forskjellsbehandling?

Vilkåret om forskjellsbehandling forutsetter at noen stilles dårligere enn andre. Forskjellsbehandling kan finne sted enten direkte eller indirekte. Begge deler er omfattet av den diskrimineringsrettslige læren.²⁵

Direkte forskjellsbehandling omfatter situasjoner der en person direkte på grunn av sitt kjønn, sin alder, sin religion, sin nedsatte funksjonsevne mv. behandles dårligere enn andre. Dette vil si at like tilfeller behandles ulikt. Direkte forskjellsbehandling er ofte forankret i stereotype oppfatninger av egenskaper ved blant annet kvinner, eldre, homofile og lesbiske, ikke-vestlige innvandrere, kristne eller muslimer, som ikke har sammenheng med det enkelte individs egenskaper og kvalifikasjoner.

Odelslovens utforming frem til 1974 er et eksempel på direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, fordi den uttrykkelig fastsatte at menn gikk foran kvinner med hensyn til odelsretten. At det er ulike vilkår i folketrygdloven for mødres og fedres uttak av foreldrepermisjon, er et annet eksempel.²⁶ Et tredje eksempel på direkte forskjellsbehandling er arbeidsmiljøloven § 15-13 a første ledd, som fastsetter den generelle aldersgrensen for opphør av arbeidsforhold til 72 år. Den utgjør forskjellsbehandling på grunn av alder.

²⁵ Se også Hellum og Strand 2022, kap. 5 og 6.

²⁶ Folketrygdloven § 14-13.

Indirekte forskjellsbehandling foreligger der bestemmelser, betingelser, praksiser, handlinger og unnlatelser er nøytralt utformet eller bygger på nøytrale kriterier (og dermed ikke utgjør direkte forskjellsbehandling), men likevel fører til at personer havner i en dårligere posisjon enn andre på grunn av kjønn, etnisitet, religion, nedsatt funksjonsevne m.m. En annen måte å beskrive indirekte forskjellsbehandling på, er at ulike tilfeller blir behandlet likt.

EU-domstolen spilte en vesentlig rolle i utviklingen av vernet mot indirekte diskriminering. Her var *Bilka*-dommen avsagt i 1986 sentral.²⁷ Saken oppstod fordi personer som arbeidet deltid i varehuskjeden *Bilka* ikke fikk samme pensjonsrettigheter som personer som arbeidet heltid. EU-domstolen fastslo at pensjonsordningen, som var gitt en nøytral utforming, utgjorde indirekte forskjellsbehandling fordi den rammet kjønnsskjevt. Grunnen til dette var at flertallet av de heltidsarbeidende var menn, og flertallet av de deltidsarbeidende var kvinner.

Ldl. §§ 7 og 8 definerer direkte og indirekte forskjellsbehandling. Det fremkommer at forskjellsbehandling forutsetter at noen behandles eller stilles «dårligere» enn andre.²⁸ For å kunne slå fast om det foreligger forskjellsbehandling, må situasjonen til personen som mener seg diskriminert sammenlignes med situasjonen til andre personer. Det er imidlertid ikke noe krav om at det identifiseres en eller flere sammenlignbare saker, slik som etter den forvaltningsrettslige læren. Det sentrale etter den diskrimineringsrettslige læren er om en person er behandlet eller kommer dårligere ut enn andre personer som får eller kan få sine saker behandlet av forvaltningen.

I saker om direkte forskjellsbehandling skal sammenligningen etter forarbeidene foretas «med utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner»,²⁹ jf. uttrykket «tilsvarende situasjon» i ldl. § 7. Indirekte forskjellsbehandling forutsetter at et nøytralt regelverk har virkninger som gjør at

27 EU-domstolen, *Bilka*-dommen, Sak C-170/84, EU:C:1986:204.

28 Dette fremkommer ikke direkte av ordlyden i aml. § 13-1, men må innfortolkes.

29 Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) pkt. 8.3.5.3 s. 35.

personer som tilhører en diskrimineringsvernet gruppe stilles dårligere enn andre.³⁰

Forskjellsbehandling kan for eksempel knytte seg til nivået på en ytelse eller til hvilke betingelser som stilles, men rekker videre enn dette. Det er ikke et krav om at forskjellsbehandling av enkeltpersoner skal ha funnet sted i praksis, verken direkte eller indirekte. Det er tilstrekkelig at et forhold er *egnet til* å diskriminere enkeltpersoner. Dette vil si at forskjellsbeholdende kriterier inntatt i lover, forskrifter, rundskriv eller vedtak kan aktualisere spørsmål om brudd på vernet mot diskriminering til tross for at det ikke har inntruffet en konkret negativ virkning, fordi dette er «bindende betingelser som etter sin art forutsettes å bli fulgt».³¹ Dersom et rundskriv slår fast at personer med en bestemt religion ikke skal tildeles de samme goder som andre, vil det derfor i seg selv reise spørsmål om direkte diskriminering. Lover, forskrifter, rundskriv og vedtak kan også ha et innhold som ikke direkte forskjellsbehandler ulike grupper, men som likevel indirekte kan ha virkninger som gjør at personer fra noen grupper stilles dårligere enn andre. For eksempel vil generelle krav til språkferdigheter som vilkår for å motta et gode, indirekte kunne føre til at noen personer stilles dårligere enn andre på grunn av etnisitet eller nedsatt funksjonsevne. Og om det innføres generelle krav knyttet til kroppsvekt og høyde for at en person skal kunne få et tilbud eller et gode, vil det utløse spørsmål om indirekte kjønnsdiskriminering.³²

En person som mener seg diskriminert, har ulike måter å underbygge en påstand om diskriminering på. Direkte forskjellsbehandling kan underbygges gjennom en sammenligning med både faktiske og hypotetiske personer som befinner seg i en lik eller tilsvarende situasjon som den som mener seg diskriminert.³³ Indirekte forskjellsbehandling kan underbygges ved hjelp av statistikk eller på andre måter. Et eksempel er forskning som viser at kommuner systematisk innvilger et mindre antall timer i hjemmehjelp til eldre kvinner med døtre enn til eldre kvinner

30 EU-domstolen, CHEZ, Sak C-83/14, EU:C:2015:480, avsnitt 101. Dette er nærmere utredet i Hellum og Strand 2022, pkt. 6.2.3.

31 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 12.9.2.2 s. 111.

32 I et slikt tilfelle vil det også kunne oppstå spørsmål om «skjult» eller tildekket direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, se Hellum og Strand 2022, pkt. 6.2.1.

33 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 12.2.5.1 s. 103. Se Hellum og Strand 2022, kapittel 9.

med sønner: Hjelpetrengende eldre kvinner som har en datter mottar 25 prosent mindre offentlig omsorg enn om hun hadde hatt en sønn. Og hjelpetrengende eldre menn med datter mottar gjennomsnittlig 19 prosent mer offentlig omsorg enn eldre kvinner med datter.³⁴ Selv om tildelingen av hjemmehjelp skjer på grunnlag av et nøytralt regelverk, viser tallene at det foreligger kjønnsrelaterte forskjeller i hvordan regelverket praktiseres. Tallene kan tyde på at det finner sted indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.³⁵

Når vi sammenholder det forvaltningsrettslige og det diskrimineringsrettslige vilkåret om forskjellsbehandling, ser vi at den forvaltningsrettslige læren har en innretning som er strammere enn den diskrimineringsrettslige. Den inneholder krav om at det må foreligge sammenlignbare saker, den gjelder først og fremst avgjørelser truffet av samme organ, og det må konstateres en entydig praksis som det aktuelle vedtaket avviker fra. Etter den diskrimineringsrettslige læren er det tilstrekkelig at en person har kommet, eller vil kunne komme, dårligere ut enn andre, så lenge dette henger sammen med et diskrimineringsgrunnlag. Læren er ikke begrenset til sammenlignbare saker (selv om det kan være relevant), og det er ikke noe krav om fast praksis. Spørsmålet om samme organ er i liten grad satt på spissen, men det kan ikke utelukkes at det vil kunne oppstå spørsmål der forskjeller mellom ulike forvaltningsorganers vedtak anses å utgjøre diskriminering.

Diskrimineringsrettens forbud har derfor i en del tilfeller en sterkere forbindelseslinje til det forvaltningsrettslige forbudet mot utenforliggende hensyn enn til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Dette vil være tilfelle dersom det i et vedtak er lagt vekt på diskriminerende

34 Se Thea Berge mfl. *Formell og uformell omsorg. Samspillet mellom familien og velferdsstaten*. NOVA Notat 3/14. Oslo: 2014. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/bitstream/handle/20.500.12199/5197/NOVA-Not-3-14-Formell-og-uformell-omsorg.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 19 som viser en slik kjønnsforskjell i tildeling av hjemmetjenester. For enkelhets skyld omhandler vårt eksempel hjemmehjelp, som dekkes av uttrykket «praktisk bistand» i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 b. Brukeren har rett til dette etter pbrl. § 2-1 a andre ledd hvis det er nødvendig, men omfang og nivå må vurderes konkret ut fra den enkeltes behov. Kommunens ressurser kan tas i betraktning, se Prop. 91 L (2010–2011) spesialmerknaene til pbrl. § 2-1 a andre ledd. Utmålingen er dermed i noen grad overlatt til forvaltningens frie skjønn.

35 Om forskjellsbehandlingen har en begrunnelse som gjør den tillatt, kommenteres ikke nærmere her.

faktorer, for eksempel etnisitet, religion, kjønn eller seksuell orientering, til tross for at disse faktorene ikke er relevante. Slike kriterier vil kunne klassifiseres som utenforliggende hensyn. I så fall vil det aktuelle vedtaket både kunne stride mot forbudet mot diskriminering og mot forbudet mot utenforliggende hensyn på samme tid. Ved overprøving og håndheving vil en person i et slikt tilfelle kunne påberope seg begge deler. Dette åpner opp for mange veier og valg, se nærmere i punkt 4.5.

4.4.3 Krav om sammenheng med ett eller flere diskrimineringsgrunnlag

Det andre vilkåret er at det må være en sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og ett eller flere vernede diskrimineringsgrunnlag. Dette reflekteres i ordlyden i ldl. § 6 første ledd, der det slås fast at «[d]iskriminering på grunn av» de opplistede gruppekjennetegnene, er forbudt. Også forskjellsbehandling på grunn av «kombinasjoner» av grunnlagene, såkalt *sammensatt diskriminering*, er forbudt.

Krav om sammenheng med ett eller flere diskrimineringsgrunnlag utgjør en begrensning i diskrimineringsforbudets rekkevidde. Dette er en begrensning som ikke er del av det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Dersom forskjellsbehandlingen ikke kan knyttes til noe vernet gruppekjennetegn, men ser ut til å være tilfeldig, skyldes dårlig kjemi mellom tjenestemannen og personen eller har andre grunner som ikke er akseptable, vil det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling dermed ha mest å tilby.³⁶

Som nevnt inneholder flere menneskerettskonvensjoner en åpen sekkekategori som har ført til at nye grunnlag over tid har blitt inkludert i diskrimineringsvernet. EMD og FNs menneskerettskomité har for eksempel innfortolket ekteskapeleg status, helse, nasjonalitet og yrkestilhørighet i diskrimineringsforbudene i EMK og SP.³⁷ Ved spørsmål om diskriminerende forvaltningsvedtak, vil enkeltpersoner kunne påberope seg brudd på EMK og SP direkte, dersom en sak omhandler grunnlag som ikke er

³⁶ Se imidlertid punkt 4.6.

³⁷ NOU 2009: 14 pkt. 13.4.2 s. 157. Se bl.a. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel Kehl 2005, s. 626.

listet opp i den ordinære likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Menneskerettskonvensjonenes forbud mot diskriminering, og praksis på den internasjonale arena, skaper en fleksibilitet som gjør at forbudet mot diskriminering over tid utvikles videre og kommer til anvendelse for nye grupper og problemstillinger. Dette betyr at begrensningen til de opp-listede grunnlagene svekkes. Grunnlovens diskrimineringsforbud er en del av dette bildet, se punkt 4.6.

4.4.4 Lovlig forskjellsbehandling

Ikke all forskjellsbehandling utgjør diskriminering. Det tredje og siste vilkåret for diskriminering er at det ikke dreier seg om lovlig forskjellsbehandling. For å avgjøre dette, må det etter ldl. § 9 foretas en bred forholdsmessighetsvurdering. Det skal tas stilling til om forskjellsbehandlingen «har et saklig formål» og om den er «nødvendig for å oppnå formålet». I tillegg må den ikke være «uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles». Alle de tre undervilkårene må være oppfylt, noe som blant annet vil si at forskjellsbehandling som er begrunnet i et saklig formål, fortsatt vil være ulovlig dersom den er uforholdsmessig inngripende.

Med saklig formål menes at forskjellsbehandlingen må være begrunnet i ett eller flere beskyttelsesverdige formål.³⁸ Hva som er beskyttelsesverdige formål, vurderes konkret ut ifra den enkelte situasjon. I arbeidslivet vil det for eksempel kunne dreie seg om hensyn knyttet til arbeidsgivers økonomi, eller ulike administrative eller markedsmessige hensyn. Forskjellsbehandling i forvaltningen vil kunne være begrunnet i fordelingshensyn, hensyn knyttet til borgernes helse og sikkerhet eller lignende. Under nødvendighetskriteriet skal det vurderes om samme formål kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Om det finnes slike alternativer, taler det for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig. Til sist skal det vurderes om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette omtales ofte som forholdsmessighet i snever forstand. Her trekkes individuelle

³⁸ NOU 2005: 8 s. 173.

forhold ved den enkelte sak inn, og inngrepets alvorlighetsgrad for individet ses opp mot det som søkes oppnådd. Jo mer inngripende tiltaket er for den som rammes, jo viktigere må formålet som søkes oppnådd være. I proposisjonen til likestillings- og diskrimineringsloven er det presisert at «[k]ravet til forholdsmessighet innebærer at løsningen samlet sett må fremstå som rimelig».³⁹ Det er også fremhevet at «hensynet til likestilling og ikke-diskriminering generelt [vil] veie tungt» i interesseavveiningen.⁴⁰

Den diskrimineringsrettslige unntaksadgangen og den forvaltningsrettslige har ulik innretning. Mens forvaltningsretten nøyer seg med å kreve at forvaltningen kan begrunne på saklig vis hvorfor like tilfeller er behandlet ulikt, inneholder den diskrimineringsrettslige unntaksadgangen i tillegg et nødvendighetskrav og et forholdsmessighetskrav. Dette hever terskelen for hva som skal til for at forskjellsbehandlingen er lovlig. Ved at den inneholder et krav om forholdsmessighet, blir konsekvensene for individene som rammes trukket inn i vurderingen. Et forbud mot uforholdsmessige inngrep følger ikke av den forvaltningsrettslige læren om usaklig forskjellsbehandling. Myndighetsmisbrukslæren inneholder riktignok også et forbud mot grovt urimelige avgjørelser, se punkt 4.6 nedenfor. Men det skal mye til å nå frem med dette, og så sant det foreligger et diskrimineringsgrunnlag, vil den private part lettere vinne frem på grunnlag av diskrimineringsreglene enn etter læren om usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten. Vi skal se på to eksempler.

Diskrimineringsnemndas behandling av en sak om avslag på søknad om opptak til fengselsbetjentutdannelsen reiste spørsmål om direkte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.⁴¹ A hadde søkt om opptak til fengselsbetjentutdanningen hos Kriminalomsorgens høyskole og utdannessenter. Avslaget på opptak var begrunnet i at A manglet syn på et øye. Det ble slått fast både at det forelå direkte forskjellsbehandling og at den hadde sammenheng med diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne. I vurderingen av om det dreide seg om lovlig

39 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 14.2.1 s. 119.

40 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 14.2.1 s. 119. Avveiningen påvirkes også av hvilket diskrimineringsgrunnlag en sak gjelder, av hvilket samfunnsområde saken omhandler, og av om saken omhandler direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Dette faller det utenfor formålet med dette kapittelet å gå nærmere inn i.

41 DIN-2018-55.

forskjellsbehandling, viste nemnda til at avslaget blant annet var begrunnet i hensynet til egen og andres sikkerhet, noe som ble ansett å være et saklig hensyn. Nemnda mente imidlertid at nødvendighetskriteriet ikke var oppfylt, fordi det i vurderingen av avslaget ikke i tilstrekkelig grad var foretatt en individuell vurdering av As faktiske kompetanse. Det ble dermed konkludert med at A var blitt utsatt for direkte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

Dersom et enkeltvedtak er utformet på bakgrunn av et bakenforliggende reglement, kan spørsmål om brudd på diskrimineringsvernet tas opp enten med utgangspunkt i reglementet eller med utgangspunkt i det aktuelle enkeltvedtaket. Nemndas behandling av en sak om eksamensavvikling på en lørdag illustrerer dette.⁴² Konkret omhandlet saken spørsmålet om jødiske studenter var diskriminert på grunn av sin religion fordi universitetet hadde planlagt eksamen for dem på en lørdag.⁴³ Studentene praktiserte i tråd med jødisk tro at lørdag er helligdag. Saken var foranlediget av de konkrete avslagene på søknader om endring av eksamensdag, men for nemnda var saken sentrert rundt universitetets reglement. Reglementet for eksamensavvikling var nøytralt utformet, men hadde virkninger som satte enkelte studenter i en dårligere stilling enn andre. Nemnda slo fast at det forelå indirekte forskjellsbehandling som hadde sammenheng med religion. Det ble imidlertid konkludert med at forskjellsbehandlingen hadde en begrunnelse som likevel gjorde den lovlig, og at det dermed ikke forelå diskriminering. Blant annet ble universitetets behov for praktiserbare eksamensordninger ansett å utgjøre et saklig formål. I den konkrete forholdsmessighetsvurderingen ble det tillagt vekt at de aktuelle studentene hadde mulighet til å få tilpassning i form av gyldig fravær og at de kunne gå opp til utsatt eksamen, der lørdagen ble unngått som eksamensdag.

Den første saken er et eksempel på at diskrimineringsforbudet kan gi sterkere rettigheter enn forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten. A ville – hvis saken var blitt ført for en domstol – neppe nådd frem med det forvaltningsrettslige forbudet, ettersom det ble ansett

42 LDN-2012-36.

43 LDN-2012-36.

som saklig å avslå fordi han manglet syn på et øye. Forbudet mot grovt urimelige avgjørelser ville heller ikke vært til hjelp her, fordi terskelen ligger så høyt. I den andre saken ville det neppe vært aktuelt å påberope det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i det hele tatt, siden forskjellsbehandlingen var indirekte. Det fantes ingen sammenlignbare tilfeller hvor studentene slapp å ha eksamen på lørdag, slik det kreves hvis det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling skal være aktuelt. Hadde saken likevel vært prøvd av domstolene etter denne læren, ville vurderingen stoppet etter at det var fastslått at grunnen var saklig; forholdsmessigheten ville ikke blitt vurdert (annet enn eventuelt gjennom et krav til begrunnelsen, se nedenfor i punkt 4.6). Etter den forvaltningsrettslige læren ville man heller ikke prøvd reglementet og dets virkninger på generelt plan, men holdt seg til enkeltsakene. Også denne saken illustrerer derfor at man kan komme lenger med diskrimineringsforbudet, selv om studentene ikke nådde frem i dette tilfellet.

4.5 Overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjoner

4.5.1 Innledning

Gjennom overprøving eller håndheving av et forvaltningsvedtak foretas en etterfølgende kontroll med forvaltningens virksomhet. Dersom det i den forbindelse konstateres at et vedtak bryter med enten diskrimineringsforbudet eller det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, setter det skranker for myndighetsutøvelsen. Overprøvings- og håndhevingsmulighetene har på denne måten direkte betydning for realiseringen av de materielle reglene.

Overprøving og håndheving skjer vanligvis i enten et forvaltningsrettslig eller et diskrimineringsrettslig spor. Koblinger mellom de to sporene er i liten grad synlige utad, men finnes likevel.

Den som mener seg utsatt for forvaltningsrettslig usaklig forskjellsbehandling, kan ta det opp gjennom forvaltningsklage og domstolsbehandling. Men også diskrimineringsforbudet kan i enkeltsaker prøves i dette sporet. Der kan det utgjøre et selvstendig grunnlag for

ugyldighet. For begge gjelder at Sivilombudet har kompetanse til å uttale seg om innholdet i et forvaltningsvedtak, herunder myndighetsmisbruk og diskriminering.

På likestillings- og diskrimineringsfeltet er det etablert et eget apparat bestående av Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) og Diskrimineringsnemnda, som begge er uavhengige forvaltningsorganer. Nemnda har kompetanse til å håndheve diskrimineringslovgivningen.⁴⁴ Den skal bidra til gratis, enklere og raskere håndheving av saker om diskriminering enn det som er mulig gjennom ordinær domstolsbehandling. Om et diskriminerende forvaltningsvedtak skal bringes inn for nemnda, et overordnet forvaltningsorgan, Sivilombudet eller ordinære domstoler, må avgjøres av den som angriper vedtakets innhold.⁴⁵

4.5.2 Klage til overordnet forvaltningsorgan

Den som mener at et forvaltningsvedtak innebærer usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering, kan klage til overordnet organ (eller annen klageinstans) etter forvaltningsloven (fvl.) § 28. Klageinstansen kan i utgangspunktet prøve alle sider av saken. Den har etter loven bare plikt til å vurdere de synspunktene klageren kommer med, jf. § 34 andre ledd, men det er alminnelig antatt at den uansett må prøve om vedtaket har hjemmel. Ut fra utredningsplikten etter fvl. § 33 femte ledd kan klageinstansen etter omstendighetene også få plikt til å prøve om grensene for skjønnsutøvelsen er overtrådt, iallfall hvis det er noe i saken som tyder på dette.⁴⁶ For å sikre prøving er det likevel viktig at en klager som mener at det har skjedd usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering, påberoper seg det i klagen.

Regelen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum om at et statlig klageorgan som prøver et vedtak fra et kommunalt organ skal legge «stor vekt

44 Kompetansen er nærmere regulert i diskrimineringsombudsloven 2017. På diskrimineringsfeltet har det helt siden vedtakelsen av likestillingsloven i 1978 eksistert et eget lavterskel håndhevingsapparat.

45 I tillegg vil forbudet mot diskriminering i mange tilfeller også kunne håndheves av internasjonale håndhevingsorganer, etter at nasjonale rettsmidler er uttømt, men her konsentrerer vi oss om nasjonal overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjoner.

46 Eckhoff og Smith 2018, s. 305.

på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn», spiller ingen rolle her. Grunnen er at myndighetsmisbrukslæren og diskrimineringsforbudet danner rettslige grenser for det frie skjønn, og disse grensene kan klageinstansen uansett prøve. Hvis forbudet mot usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering er overtrådt, er det en rettslig feil som kan føre til endring av vedtaket. Det innebærer at klageinstansen kan endre vedtaket, oppheve det eller treffe nytt vedtak.

4.5.3 Sivilombudet

Et forvaltningsvedtak kan bringes inn for Sivilombudet. Ombudet kan prøve alle sider av saken, blant annet om det har skjedd myndighetsmisbruk som følge av usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering. Kommer hun til at det er begått feil, kan hun likevel ikke endre vedtaket eller instruere forvaltningen om å gjøre det, men må nøye seg med «å uttale sin mening», jf. sivilombudsloven § 12 første ledd.⁴⁷ Normalt vil forvaltningen rette seg etter Sivilombudets syn.⁴⁸

Sivilombudet kan også ta opp saker av eget tiltak.

4.5.4 Klage til Diskrimineringsnemnda om at vedtak utgjør diskriminering

Diskrimineringsnemnda håndhever den nasjonale likestillings- og diskrimineringslovgivningen.⁴⁹ Nemnda har vanligvis kompetanse til å treffe bindende vedtak om brudd på forbudet mot diskriminering, men nemnda kan «ikke treffe vedtak om at andre forvaltningsorganers vedtak innebærer brudd på» forbudet mot diskriminering, jf. diskrimineringsombudsloven (diskrol.) § 14 første ledd.⁵⁰ I saker om diskriminerende vedtak kan nemnda bare avgi en ikke-bindende uttalelse om hvorvidt det

47 Lov 18. juni 2021 nr. 121 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven).

48 NOU 2019; 5 pkt. 24.1.

49 Se diskrol. § 1 annet ledd som lister opp hvilke lover det gjelder.

50 Et unntak fra dette foreligger ved at nemnda likevel kan fatte vedtak i saker der et forvaltningsorgan har truffet vedtak i kraft av å være arbeidsgiver, se diskrol. § 14 første ledd annet punktum. I slike tilfeller er nemnda også gitt kompetanse til å tilkjenne oppreisning og erstatning etter diskrol. § 12.

foreligger lovbrudd. Begrunnelsen for dette er at nemnda ikke skal være en forvaltningsdomstol.⁵¹ Følgelig har den ikke kompetanse til å omgjøre et vedtak som følge av ugyldighet, og den kan heller ikke pålegge stansing, retting eller andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering opphører, jf. diskrol. § 11 annet ledd. Det er likevel en forventning om at offentlige myndigheter respekterer nemndas tolkninger, og det finnes flere eksempler på at ikke-bindende uttalelser har ført til endring av praksis.⁵²

En annen mulighet er at LDO bringer en sak inn for nemnda der det ikke er en konkret klager, men der det foreligger dokumentasjon som tyder på at diskriminering finner sted, for eksempel i en offentlig institusjon eller i forvaltningens praksis.⁵³ Vi behandler ikke dette nærmere.

4.5.5 Domstolsbehandling

I en sak for domstolene kan saksøkeren påberope seg at et forvaltningsvedtak er ugyldig som følge av usaklig forskjellsbehandling etter den forvaltningsrettslige læren, og eventuelt kreve erstatning. En saksøker kan også påberope seg ugyldighet og eventuelt kreve oppreisning og/eller erstatning som følge av brudd på forbudet mot diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven. Hvilket grunnlag saksøkeren velger å påberope seg, avhenger av den konkrete saken og om man mener at vilkårene for det ene eller andre er oppfylt, eventuelt begge.

Domstolsprøvingen med forvaltningsvedtak begrenser seg som utgangspunkt til å utgjøre en etterfølgende lovlighetskontroll. Forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn prøves ikke, men grensene for skjønnnet prøves gjennom myndighetsmisbrukslæren, herunder forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Rettsanvendelsen har domstolene som hovedregel kompetanse til å prøve fullt ut, også lovens anvendelse på

⁵¹ Prop. 80 L (2016–2017) pkt. 8.3.1 s. 67.

⁵² Vibeke Blaker Strand, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettinger i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Gyldendal juridisk 2016, s. 135–166.

⁵³ Se diskrol. § 8 første ledd annet punktum. Et eksempel er nemndas behandling av en sak som ble brakt inn for den av LDO, som omhandlet kjønnsdiskriminerende soningsforhold i Tromsø fengsel, se DIN-2019-114.

faktum i det konkrete tilfellet, subsumsjonen. Det hender likevel at loven overlater subsumsjonen til forvaltningen, eller at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve subsumsjonen der den bygger på forvaltningens faglige vurderinger.⁵⁴ Også i disse tilfellene prøver domstolene om forvaltningen har holdt seg innenfor de grensene som myndighetsmisbrukslæren setter.

Når domstolen har konstatert at det har skjedd usaklig forskjellsbehandling, andre former for myndighetsmisbruk eller diskriminering, må den vurdere om feilen skal føre til ugyldighet.

Usaklig forskjellsbehandling etter myndighetsmisbrukslæren er en feil som har virket inn på vedtakets innhold ved at resultatet i saken er blitt et annet enn det skulle vært. Siden vedtaket ligger innenfor hjemmelslovens rammer, mens mangelen gjelder skjønnsutøvelsen, blir det ikke uten videre ugyldig. Det må foretas en helhetsvurdering – en interesseavveining – av om mangelen skal føre til ugyldighet, slik det følger av ulovfestet rett.⁵⁵ Ugyldighet vil i disse tilfellene være til gunst for parten, noe som taler sterkt for å kjenne vedtaket ugyldig, hvis det ikke er til skade for andre interesser. Gjelder saken derimot for eksempel ansettelse i det offentlige, som er et enkeltvedtak etter fvl. § 2 annet ledd, vil det gjerne være en annen som har fått stillingen og har innrettet seg på dette. Da vil interesseavveiningen normalt føre til at denne personen får beholde stillingen, mens det isteden kan bli aktuelt å gi erstatning til den som forskjellsbehandlingen har gått ut over.

Dersom den usaklige forskjellsbehandlingen har ført til økonomisk tap for parten, kan hun søke erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler.⁵⁶ Et typisk eksempel er at hun i perioden frem til feilen blir rettet opp har gått glipp av en inntekt hun ellers ville fått. Hvis vedtaket ikke lar seg endre på grunn av sterke interesser i å la det bli stående, kan det bli aktuelt med erstatning til parten for tapet det medfører.

Hvis det konkluderes med at et vedtak strider mot forbudet mot direkte eller indirekte diskriminering, vil det også ofte ha fått et annet resultat enn det skulle ha fått. I så fall har feilen hatt innvirkning, noe som taler

54 Se bl.a. Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning).

55 Om interesseavveiningen, se Eckhoff og Smith 2018, s. 474–478.

56 Se f.eks. Eckhoff og Smith 2018, kap. 30 V.

med tyngde for å kjenne vedtaket ugyldig. Noe annet vil være problematisk sett opp mot diskrimineringsrettslige krav til effektiv håndheving. Men også her kan en interesseavveining føre til at vedtaket blir stående, slik som ved ansettelse i det offentlige som nevnt ovenfor. Den diskriminertes interesser må da isteden ivaretas gjennom en kombinasjon av at det slås fast at diskriminering har funnet sted, og at dette utløser krav på erstatning og/eller oppreisning etter ldl. § 38.⁵⁷ Det følger av bestemmelsens tredje ledd at erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen, og at oppreisning for ikke-økonomisk skade «fastsettes til det som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig».⁵⁸ Beregningen vil blant annet avhenge av om vedtaket blir opprettholdt eller ikke.

I sak som reises for domstolene, skal domstolene etter Grunnloven § 89 også prøve om forvaltningens praksis strider mot diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98 annet ledd, se punkt 4.6.

4.6 Nye utviklingstrekk

4.6.1 Innledning

Etter å ha gjennomgått de materielle reglene om usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten og diskrimineringsretten, og overprøvingen og håndhevingen av dem, vil vi nå rette blikket fremover. Det er særlig to utviklingstrekk vi ser grunn til å fremheve: grunnlovfestingen i 2014 av retten til likhet og forbudet mot diskriminering, og forholdsmessighetsprinsippets betydning for forvaltningens virksomhet.

4.6.2 På vei mot et generelt diskrimineringsforbud?

Grunnloven § 98 lyder:

Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

⁵⁷ Diskrimineringsnemnda har som hovedregel kompetanse til å treffe bindende vedtak i saker der forvaltningsorganer utøver arbeidsgiverfunksjoner, se ldl. § 14 første ledd.

⁵⁸ Se Hellum og Strand 2022, kap. 20.

Den brede utformingen av diskrimineringsforbudet i § 98 annet ledd aktualiserer vurderinger av bestemmelsens anvendelsesområde. Særlig sentralt er spørsmålet om hvilke grupper som kan påberope seg dette forbudet mot diskriminering. Ordlyden viser ikke til noen bestemte grupper. Jo flere grupper bestemmelsen kommer til anvendelse for, desto større betydning kan bestemmelsen få i møte med spørsmål om usaklig forskjellsbehandling.

Stortingets menneskerettighetsutvalg diskuterte om diskrimineringsgrunnlagene burde listes opp i § 98, men svarte nei på dette.⁵⁹ Det skyldtes at personer med kjennetegn som ikke ble tatt inn i listen, ville kunne oppleve at deres problemer ikke ble tatt alvorlig, og at det var for stor usikkerhet knyttet til hvilke grunnlag som burde tas med og hvor langt de ulike grunnlagene rakk. Flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité mente at «en opplisting i Grunnloven av diskrimineringsgrunnlag ikke vil tjene formålet, all den tid det gjør bestemmelsen mer rigid, og dermed øker faren for å utelate fremtidige grunnlag for diskriminering som nå er vanskelige å forutse».⁶⁰

Det ble påpekt at domstolene i første rekke må forholde seg til ordinær lovgivning for å tolke forbudet mot diskriminering.⁶¹ Grunnlovsbestemmelsen ble imidlertid utformet som en individuell rettighet som kan bringes inn for domstolene i enkeltsaker.⁶² Hensikten var at bestemmelsen skal kunne fungere som en sikkerhetsventil dersom øvrig regelverk «mot formodning skulle mangle».⁶³ Dette kan for eksempel være tilfelle ved forskjellsbehandling som åpenbart er usaklig «og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person».⁶⁴

EMK, SP og ØSK gir diskrimineringsvern for flere grupper enn det som følger av den nasjonale likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Grunnlovsbestemmelsen kommer i tillegg til konvensjonsbestemmelsene, og det er spørsmål om den skal tolkes slik at den gir diskrimineringsvern for alle grupper som er vernet gjennom menneskerettighetene. Dette er

59 Menneskerettsutvalget i Dokument 16 (2011–2012) s. 149–150.

60 Innst. 186 S (2013–2014) s. 25.

61 Dokument 16 (2011–2012) pkt. 26.6.2.3 s. 147.

62 Dokument 16 (2011–2012) s. 149–150, Innst. 186 S (2013–2014) s. 25.

63 Dokument 16 (2011–2012) pkt. 26.6.2.3 s. 147.

64 Innst. 186 S (2013–2014) s. 25.

ikke endelig rettslig avklart, men kan sies å være i tråd med praksis fra Høyesterett der Grunnlovens menneskerettsbestemmelser er tolket i lys av lignende bestemmelser i internasjonale menneskerettskonvensjoner.⁶⁵ En utvikling i denne retning vil bidra til å forsterke diskrimineringsforbudets betydning i møte med forvaltningens vedtak, fordi stadig flere grupper vil bli inkludert. En slik utvikling vil samtidig nødvendiggjøre nye vurderinger av hvilke grupper som uttrykkelig skal vernes mot diskriminering gjennom ordinær lovgivning. Denne utviklingen vil også «spise seg» ytterligere inn på området som dekkes av myndighetsmisbrukslæren, særlig forbudet mot utenforliggende hensyn.

4.6.3 Forholdsmessighet som krav til forvaltningens vedtak

Innen menneskerettighetene og EU/EØS-retten brukes forholdsmessighet ofte i vid forstand og inkluderer da krav om egnethet, nødvendighet og saklighet. I dette punktet diskuterer vi kravet om forholdsmessighet i snever forstand, som innebærer at det som taler for et vedtak, holdes opp mot de konsekvensene det får for parten. Det har i lengre tid pågått en diskusjon om det kan sies å eksistere et generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett, ut over det som følger av menneskerettighetene, EU/EØS-retten og enkelte nasjonale lover, noe blant annet Graver har tatt til orde for.⁶⁶ Her er det viktig å skille mellom forvaltningen selv på den ene siden og domstolene som overprøvingsorgan på den andre. At forvaltningen selv har plikt til å vurdere om vedtak de treffer er forholdsmessige, også i snever forstand, kan etter vårt syn ikke være tvilsomt. Det følger allerede av Isene-dommen i Rt. 1981 s. 745, som krever at begrunnelsen for et forvaltningsvedtak må vise at forvaltningen har vurdert forholdsmessigheten på en forsvarlig måte, iallfall ved inngripende vedtak.⁶⁷ Dette innebærer at det må fremgå av vedtaket at konsekvensene

65 Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57 og HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81.

66 Graver 2019, s. 139.

67 Graver 2019, s. 139 nevner også en eldre avgjørelse, Rt. 1961 s. 910, som antyder at forholdsmessigheten av et vedtak skulle vært vurdert.

for parten er vurdert og avveid mot formålet med vedtaket.⁶⁸ Når det skal fremgå, forutsetter det at forvaltningen har foretatt denne vurderingen og avveiningen.

En annen sak er hvor langt domstolene går i å prøve om et forvaltningsvedtak er forholdsmessig.⁶⁹ Høyesterett har i flere senere dommer gitt uttrykk for at det ikke er grunnlag for å oppstille et generelt krav om forholdsmessighet som domstolene prøver.⁷⁰ En prøving av om vedtaket er forholdsmessig, er tilnærmet det samme som å prøve om det er rimelig. Av hensyn til maktfordelingen mellom forvaltningen og domstolene har domstolene vært meget tilbakeholdne med å prøve rimeligheten av forvaltningsvedtak. Bare der et vedtak er grovt urimelig, er det blitt satt til side av Høyesterett.⁷¹ Det skal svært mye til, og dette er dermed ingen vanlig forholdsmessighetsvurdering.⁷² En full prøving av forholdsmessigheten ville innebære at retten selv foretok den skjønnsmessige avveiningen, også der loven overlater et hensiktsmessighetskjønn til forvaltningen. Isteden nøyer domstolene seg med å kontrollere – ved å se på forvaltningens begrunnelse – at forvaltningen har vurdert rimeligheten eller forholdsmessigheten på en forsvarlig måte. Det betyr ikke at forvaltningen kan la være å vurdere rimeligheten eller forholdsmessigheten av et vedtak, eller bevisst kan treffe urimelige vedtak så lenge de ikke er grovt urimelige. Den er som nevnt nødt til å begrunne sine vedtak på en måte som viser at forholdsmessigheten er forsvarlig vurdert.

Det kan for øvrig følge av nasjonal lovgivning eller internasjonal rett at domstolene skal prøve om et vedtak er forholdsmessig, også i snever forstand, slik som etter den nasjonale likestillings- og diskrimineringslovgivningen og Grunnloven § 98. Dette gjelder når domstolene prøver forvaltningens inndragning av tillatelser eller konsesjoner som en sanksjon, se fvl. § 50 jf. § 45. I noen tilfeller følger det dessuten av

68 Kravet til begrunnelsen er fulgt opp i en lignende sak i Rt. 2000 s. 1066.

69 Også Graver 2019 skiller domstolsprøving av forholdsmessigheten ut til egen behandling se kap. 9.3 s. 140–146.

70 Se Rt. 2008 s. 560 (avsnitt 48) og Rt. 2011 s. 304 (avsnitt 56).

71 Se Rt. 1997 s. 1784 (på s. 1795). Saken gjaldt avslag på fornyet bosettingstillatelse i Norge etter at den forrige var bortfalt. Se også Rt. 2014 s. 310 om tilbakekall av drosjeløyver som følge av straffbare forhold, avsnitt 63–79. Mortvedt-dommen, Rt. 1951 s. 19, er den som vanligvis nevnes som eksempel på at et vedtak er satt til side som grovt urimelig.

72 Se Rt. 2008 s. 560 (avsnitt 48).

rettspraksis, iallfall ved prøvingen av vilkår som forvaltningen har stilt til et begunstigende vedtak.⁷³ Videre gjelder det på områder omfattet av menneskerettighetene og i EØS-retten. Ved at kravet til forholdsmessighet prøves på disse områdene, har det fått et ganske bredt nedslagsfelt i norsk rett.

Det kan spørres om domstolene i en sak om usaklig forskjellsbehandling innen forvaltningsretten likevel burde prøve om den er forholdsmessig. Argumentet for en prøving i denne sammenheng ville nettopp være at saken er behandlet forskjellig fra andre saker. Da kunne man forvente at domstolene ikke bare prøver om forskjellsbehandlingen har saklig grunn, men også om den rammer parten på en uforholdsmessig måte. Selv om domstolene finner at grunnen er saklig, kan det være at den ikke er tungtveiende nok til å begrunne at parten stilles dårligere enn i sammenlignbare saker, med de konsekvenser dette har for parten. At man da nærmer seg en prøving av rimeligheten, er ikke så problematisk når det først er konstatert at det har skjedd en forskjellsbehandling.

4.7 Clusteret

Det helhetlige tonebildet spenner vidt. Vi har sett at det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling særlig har betydning der en sak er behandlet forskjellig fra andre på mer tilfeldig grunnlag. Det er også relevant der forskjellen har en grunn som er uakseptabel, så sant denne ikke dekkes av et diskrimineringsgrunnlag. Gjør den det, er det lettere å nå frem ved å bruke diskrimineringsreglene. Vilkårene som må være oppfylt for at det skal foreligge usaklig forskjellsbehandling etter læren om myndighetsmisbruk, innebærer at dette er aktuelt i relativt få tilfeller.

Diskrimineringsforbudets nedslagsfelt er på sin side begrenset til situasjoner der forskjellsbehandling kan knyttes til et diskrimineringsgrunnlag. Forutsatt at det foreligger sammenheng med et grunnlag, er imidlertid vilkårene for direkte eller indirekte diskriminering enklere å oppfylle enn vilkårene som følger av den forvaltningsrettslige læren.

⁷³ Se Rt. 2003 s. 764.

Gjennomgangen viser dermed at det forvaltningsrettslige og det diskrimineringsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i praksis anvendes i ulike tilfeller. Begge utgjør i og for seg overordnede alminnelige krav til myndighetsutøvelse, men de har ulike og bare delvis overlappende nedslagsfelt.

Begrensningen i diskrimineringsvernet til opplistede diskrimineringsgrunnlag blir tonet ned av at menneskerettighetene har en ganske åpen tilnærming til hvilke grupper som er vernet av forbudet mot diskriminering. Dette kan også komme til å få betydning for tolkningen av Grunnlovens diskrimineringsforbud. I tillegg berer generelle krav til forholdsmessighet om seg, både til forvaltningens praksis og til domstolsprøvingen. Disse nyere utviklingstrekkene spiser seg inn på området som er dekket av myndighetsmisbrukslæren.

Overprøving og håndheving av spørsmål om usaklig forskjellsbehandling kan finne sted gjennom å bringe en sak inn for et overordnet forvaltningsorgan, Diskrimineringsnemnda, Sivilombudet eller ordinære domstoler. Det varierer hva som kan oppnås av rettsvirkninger og sanksjoner.

Clusteret kan på én måte fremstå overveldende og lite oversiktlig. Samtidig ser vi, når vi bryter det ned, at det ikke finnes én enkelt regel eller ett enkelt prinsipp som egner seg til å favne alle dimensjonene vi har vært inne på. Selv om det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i praksis anvendes i færre tilfeller enn diskrimineringsforbudet, bidrar det til å forhindre at forvaltningen behandler like saker ulikt, uten at det har en god grunn. Hvis noen mener at dette likevel skjer, er det nødvendig å ha muligheten for domstolsprøving som en sikkerhetsventil.

Helhetsbildet synliggjør imidlertid rettens kompleksitet og utvikling. Det viser at spørsmål om grenser for forvaltningsvedtak ikke kun kan løses med utgangspunkt i eldre rettslige strukturer, men må inkludere helheten i dagens rettslige landskap.

Dagens rettsanvendere må dermed ha et våkent forhold til alle de ulike regelsettene som etablerer rammer for forvaltningens praksis. Et cluster, når det spilles ut med full kraft, har gjerne en oppvekkende effekt på dem som hører etter.

Litteratur

- Berge, Thea mfl. *Formell og uformell omsorg. Samspillet mellom familien og velferdsstaten*. NOVA Notat 3/14. Oslo: 2014. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/bitstream/handle/20.500.12199/5197/NOVA-Not-3-14-Formell-og-uformell-omsorg.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Dokument 16 (2011–2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011*.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 11. utgave. Universitetsforlaget, 2018.
- Emberland, Marius. «Om kravet til likebehandling når forvaltningen treffer enkeltvedtak som beror på rettsanvendelsesskjønn». *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 133, nr. 4 (2020) s. 349–392. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2020-04-01>.
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. Universitetsforlaget, 2019.
- Hellum, Anne. «Rettslig spydspiss. Diskriminerings- og likestillingsrettens kvinne- og kjønnsperspektiv». I *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og ligestilling. Hyldest til Kirsten Ketscher*, Helga Aune mfl. red., Karnov Group, 2017, s. 123–139.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal 2022.
- Musikkordboken.no. «Cluster» (u.å.). <https://musikkordboken.no/ord-c.html>.
- NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet*.
- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*.
- NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov*.
- Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel Kehl, 2005.
- Store norske leksikon (snl.no) ved Stig Wernø Holter. «Cluster (musikk)» (2020). https://snl.no/cluster_-_musikk.
- Strand, Vibeke Blaker. «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ik Dahl og Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 135–166.
- Stub, Marius. «Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk». I *Lov, liv og lære. Inge Lorange Backer 70 år*. Hans Christian Bugge mfl. red., Universitetsforlaget, 2016, s. 491–512.
- Stub, Marius. «Gjelder det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling også ved lovtolking?» I *Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith 70 år*. Iris Nguyen Duy mfl. red., Fagbokforlaget, 2020, s. 563–598.
- Tobler, Christa. «Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law». *Intersentia* (2005).
- Ugelvik, Synnøve. «Mot et harmonisk Europa? Om utviklingen av den strafferettslige kontrollen i EU, og hvordan denne kan føre til et mindre likeverdig fellesskap». *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift* vol. 136, nr. 1 (2012) s. 36–54.