

Til rette vedkommende

Anonymisert versjon av uttalelse - spørsmål om adgangen til positiv særbehandling ved ansettelse av dommer ved tingrett

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til henvendelse av 17. desember 2008 fra A.

A har bedt ombudet vurdere om Justis- og politidepartementet handlet i strid med likestillingsloven i forbindelse med utnevning av tingrettsdommer ved X tingrett.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kommet til at vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt, jf. likestillingsloven § 3a. Ombudet konkluderer med at Justis- og politidepartementet ikke handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd jf. §§ 3 og 3a ved utnevningen av Y til dommer ved X tingrett.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda til full overprøving. Fristen er tre uker fra det tidspunkt partene mottar ombudets uttalelse, jf. vedlagte veiledning.

Sakens bakgrunn

I september 2008 ble det lyst ledig et embete som tingrettsdommer ved X tingrett med søknadsfrist 22. september 2008. Det var ni søkere til stillingen. Erik Melander og Bernt Bull fra innstillingsrådet for dommere og sorenskriver Æ ved X tingrett intervjuet fem aktuelle kandidater.

Det følger av domstolloven § 55a at innstillingsrådet for dommere skal avgi innstilling i forbindelse med dommerutnevnelser. Domstolleder gir skriftlig uttalelse som følger med innstillingen. Regjeringen står fritt til å velge blant dem som er innstilt, jf. Ot.prp. nr. 44 (2000-2001). Innstillingsrådet for dommere avga følgende enstemmige innstilling:

1. A
1. Y
2. Z

Av utvidet søkerliste framgår det at A er født i 1962, ble uteksaminert høsten 1987, hadde karakteren (...) og har denne utdanningen:

1992: Advokatbevilling
1988: Universitetet i Oslo, spesialfagseksamen
1987: Universitetet i Oslo, juridisk embetseksamen

Under arbeidserfaring framgår følgende:

”[...]”

I utvidet søkerliste er det opplyst at Y er født i 1969, at hun er uteksaminert høsten 1996 med karakteren (...), og at hun har denne utdanningen:

1996: Universitetet i Oslo, juridisk embetseksamen
”[...]”

Y har ifølge utvidet søkerlise slik praksis:

”[...]”

Av innstillingsrådet for dommeres innstilling framgår det at de to kandidatene er vurdert slik:

”[...]”

Sorenskriver Æ avga en særuttalelse hvor det framgår at hun mener Y er best kvalifisert. Æ skriver blant annet følgende i sin uttalelse:

”[...]”

Ved kongelig resolusjon av 21. november 2008 ble det bestemt at:

”Konstituert statsadvokat Y utnevnes til tingrettsdommer ved X tingrett med tiltredelse fra det tidspunkt Domstoladministrasjonen bestemmer.”

Ved årsskiftet var det 240 mannlige og 117 kvinnelige dommere i førsteinstans. 33 % av førsteinstansdommerne i Norge er kvinner. Det er en uttrykt målsetting å øke kvinneandelen blant dommere, jf. Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) punkt 8.3.2. og St.prp. nr. 1 (2008-2009) side 44. Ved X tingrett var det på søknadstidspunktet kvinnelig domstolleder, én mannlig dommer, én kvinnelig dommer, to mannlige og én kvinnelig dommerfullmektig og ti kvinnelige saksbehandlere.

Innstillingsrådet har utarbeidet et eget praksis/policy-notat. I notatet står det under overskriften Innstillingsrådets praksis:

”Innstillingsrådet praktiserer moderat kjønnskvoltering, det vil si at kvinnelige søkere blir fortrukket dersom flere kvinnelige og mannlige søkere står tilnærmet likt. Dette gjelder særlig hvor det fra før er mange menn og få eller ingen aktuelle kvinner i det aktuelle dommerkorps. Men også generelt, ut fra at det i dommerkorpsset på landsbasis er en betydelig underrepresentasjon av kvinner. Det er imidlertid ikke aktuelt å anvende prinsippet i domstoler hvor det allerede måtte være en overrepresentasjon av kvinner.”

A henvendte seg til ombudet 17. desember 2008.

Partenes argumenter

A mener kjønn kan være årsaken til at han ikke fikk embetet som tingrettsdommer ved X tingrett.

A ble enstemmig innstilt som nr. 1 til stillingen av innstillingsrådet for dommere, som består av syv personer. Innstillingsrådet har en meget bred kompetanse til å vurdere de ulike kandidatenes kvalifikasjoner. For A framstår det som om Justis- og

politidepartementet har satt til side den brede vurderingen som innstillingsrådet har foretatt uten at den begrunnelsen som gis er fyllestgjørende for resultatet. A viser til at han har en mer omfattende og allsidig praksis enn den søkeren som ble utnevnt. Det gjelder både dommerpraksis og ulike øvrige stillinger i offentlig og privat sektor på både saksbehandler- og ledernivå. Y har ingen erfaring fra privat sektor, men utelukkende fra offentlig sektor. Viktigheten av variert yrkesbakgrunn er særskilt nevnt i brev fra departementet, under henvisning til St.prp. nr. 1 (2007-2008). As dommerpraksis er ca. 3 år og 2 måneder mot Ys på sannsynligvis 2 år.

Ifølge departementets opplysninger, vil det heller ikke være noen skjev kjønnsfordeling blant embetsdommere ved X tingrett. Tre av fire embetsdommere ved tingretten er kvinner. A mener at X tingrett skal vurderes som en egen enhet, og at vilkårene for positiv særbehandling dermed ikke er oppfylt. Han mener hans syn støttes av Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse i sak 06/810.

Justis- og politidepartementet mener kandidatene A og Y framsto som like godt kvalifiserte. Regjeringen valgte i dette tilfellet å følge domstolleders anbefaling om å utnevne Y til stillingen. Departementet delte ikke domstolleders syn om at Y er bedre kvalifisert enn A, men etter departementets vurdering, framsto A og Y som like godt kvalifiserte til stillingen.

Departementet mener både Y og A tilfredsstillende de strenge kravene som stilles til tingrettsdommere, og at begge to er godt kvalifisert for dommerembete. Y har bedre eksamenskarakter enn A (...), noe som tillegges betydelig vekt av domstolleder. A har lengre arbeidserfaring enn Y (avsluttende eksamen henholdsvis høsten 1987 mot høsten 1996). Bredde i erfaringen er viktig for dommere, jf. St.prp. nr. 1 (2007-2008) side 47, men erfaringens lengde medfører ikke nødvendigvis at erfaringen blir mer relevant eller bedre. Arbeidsbakgrunnen vil ikke nødvendigvis være bredere dersom man har arbeidet både i privat og offentlig sektor. Departementet mener A har like bred arbeidsbakgrunn som Y.

Y har bred erfaring og får meget gode referanser. Domstolleder har blant annet framhevet i sin uttalelse at Y i en referanseuttalelse beskrives som "en hjørnestein i fagmiljøet" i politidistriktet hun arbeidet tidligere, samt at hun var rask og effektiv uten at det gikk ut over kvaliteten. A får også meget god omtale av referansene.

A har ledererfaring fra stillinger som avdelingssjef ved (...), ligningssjef/registerfører ved (...) ligningskontor- og folkeregister, samt regiondirektør i (...), mens Y har ledet etterforskningen i straffesaker i kraft av sine posisjoner i påtalemyndigheten. Ved tilsetning i en domstollederstilling ville ledererfaring blitt tillagt mer vekt enn ved denne dommerstillingen.

Departementet vil framheve at Y har arbeidet tre år i skattelovavdelingen i Finansdepartementet. Avdelingen har ansvar for å utarbeide lover og forskrifter innen skatte- og avgiftsområde. Arbeidet stiller høye krav til juridiske kvalifikasjoner og er dermed meget relevant erfaring for en dommerstilling. A har ingen tilsvarende erfaring.

Begge kandidatene har god erfaring fra arbeid i retten gjennom arbeid som henholdsvis advokat og innen påtalemyndigheten. As dommererfaring er ikke vesentlig lengre enn Ys da konstitusjonsperiodene hans har vært relativt kortvarige.

Før Y ble utnevnt var det én kvinnelig og én mannlig dommer i tillegg til kvinnelig domstolleder ved X tingrett. Domstolen består for øvrig av to mannlige og én kvinnelig dommerfullmektig og ti kvinnelige saksbehandlere. Hensynet til kjønnsbalanse ved den konkrete domstolen var altså ikke en del av begrunnelsen for å foretrekke Y framfor A.

Departementet mener uansett at det er innenfor likestillingslovens § 3a og lovens formål å utnevne Y. Selv om kvinner ikke er underrepresentert ved den konkrete domstolen, må en slik utnevning anses å fremme likestilling, sett hen til målsettingen om å øke kvinneandelen ved landets domstoler. Bakgrunnen for målsettingen er at kvinner generelt er underrepresentert ved landets domstoler. En rekke av landets domstoler er små og består av et par embetsdommere. I X tingrett er det kun fire embetsdommere. Dersom kjønnskvolterung kun kan benyttes hvor den enkelte domstolen har en ujevn kjønnsbalanse, vil det bli langt vanskeligere å oppnå målet om en økt kvinneandel i domstolene.

Rettslig grunnlag

Likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 forbyr å legge vekt på kjønn ved ansettelses. Likestillingsloven forbyr både direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Med direkte forskjellsbehandling menes en handling som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn. Dersom en kvalifisert søker forbigås av en mindre kvalifisert søker på grunn av kjønn, handler arbeidsgiver i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3.

Forskjellsbehandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling; såkalt positiv særbehandling, er likevel tillatt, jf. § 3a. Lovens formål om å fremme likestilling skal i følge § 1 ta særlig sikte på å bedre kvinners stilling. Vilråene for å benytte positiv særbehandling er trukket opp gjennom praksis. Tiltaket må være egnet til å fremme likestilling, og særbehandlingen må være rettet mot det

underrepresenterte kjønn på det aktuelle området. Videre må hensynet til likestilling veies opp mot ulempen for den som blir stilt dårligere som følge av særtiltaket. Positiv særbehandling kan bare brukes inntil målsettingen om likestilling er oppnådd.

Det følger av praksis fra EF-domstolen knyttet til direktiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet), som Norge er bundet av, at adgangen til positiv særbehandling er begrenset til såkalt moderat kvotering, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 7.2 og 7.4. Med moderat kvotering menes at det underrepresenterte kjønn kan bli foretrukket til en stilling når søkerne har tilnærmet like kvalifikasjoner. Det underrepresenterte kjønn kan derimot ikke foretrekkes dersom vedkommende er dårligere kvalifisert; såkalt radikal kvotering.

Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, dersom den ansvarlige ikke sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har skjedd, jf. likestillingsloven § 16.

Det følger av § 16 at den som hevder å ha benyttet positiv særbehandling etter § 3a, har bevisbyrden for at vilkårene for særbehandlingen er oppfylt.

Likestillings- og diskrimineringsombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd, nr. 1.

Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om utnevnelsen av Y til dommer ved X tingrett er i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3. Justis- og politidepartementet hevder A og Y framsto som like godt kvalifiserte. Regjeringen valgte å sette innstillingen til side og utnevne Y i tråd med domstolleders anbefaling.

Ombudet forstår departementets anførsler slik at departementet primært hevder at A og Y framsto som like godt kvalifiserte, men at departementet uansett mener vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt i dette tilfellet. Innstillingsrådets innstilling blir som den klare hovedregel avgjørende for regjeringens utnevnelser. Innstillingene blir satt til side i svært få saker. Om forholdet mellom innstillingsrådet for dommere og departementet uttales følgende i Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) pkt. 8.9.8:

”[...] regjeringen og Justisdepartementet foretar en ordinær vurdering av de aktuelle søkerne, men slik at Innstillingsrådets vurdering skal tillegges meget stor vekt. Behandlingen i Justisdepartementet forutsettes derfor å være svært begrenset.”

Når regjeringen valgte å fravike innstillingsrådets innstilling, legger ombudet til grunn at kjønnsrepresentasjon har vært en del av bakgrunnen for denne beslutningen. Ombudet forstår departementet i alle tilfeller slik at de ikke anser Y som best kvalifisert, i motsetning til domstolleder. Ombudet skal derfor vurdere om vilkårene for bruk av positiv særbehandling, jf. likestillingsloven § 3a, er oppfylt.

Underrepresentasjon

For at positiv særbehandling skal være tillatt, må tiltaket som benyttes være egnet til å fremme likestilling. Særbehandlingen må også være rettet mot det underrepresenterte kjønn. A hevder, med støtte i ombudets uttalelse i sak 06/810, at underrepresentasjon må vurderes i henhold til den enkelte arbeidsplass. I X tingrett er det en overrepresentasjon av kvinner dersom man medregner de kvinnelige saksbehandlerne. Dersom man bare legger til grunn dommerstillingene, herunder dommerfullmektigene og domstolleder, er det omtrent lik fordeling mellom kjønnene. Justis- og politidepartementet mener på den annen side at det er lite hensiktsmessig å vurdere moderat kjønnskvotering innen den enkelte tingrett. Bakgrunnen for myndighetenes målsetting om å øke kvinneandelen er at kvinner generelt er underrepresentert i landets domstoler.

Ved vurdering av underrepresentasjon har det som A framhever i praksis vært lagt vekt på fordelingen blant de ansatte på den enkelte avdeling, det enkelte institutt, departement med videre, jf. ombudets sak 06/810, i motsetning til sammensetningen til ansatte i samme type stilling.

Etter ombudets vurdering må det gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av når kvinner er underrepresentert. Ombudet mener for det første at man i dette tilfellet må ta utgangspunkt i *den enkelte stillingskategorien*. Det innebærer at det ikke er avgjørende at ti saksbehandlere ved X tingrett er kvinner, da disse tilhører en annen stillingskategori enn dommerne. Videre mener ombudet det er gode grunner til å vurdere kvinneandelen ikke bare på den enkelte arbeidsplassen, men i domstolene samlet sett. Ombudet legger særlig vekt på at kvinner generelt er underrepresentert ved landets domstoler. Den uttalte målsettingen til myndighetene er å øke antallet kvinnelige dommere i førsteinstans. Det er derfor nødvendig å legge representasjonen av kvinner i tingrettene samlet sett til grunn for å oppnå målet. I sak 23/2009 la Likestillings- og diskrimineringsnemnda til grunn at det var sterk

underrepresentasjon av kvinnelige ledere ved domstolene. Utnevning av kvinnelig domstolleder ville dermed ha stor likestillingsmessig betydning.

Bakgrunnen for adgangen til positiv særbehandling er ”en erkjennelse av at formell likestilling eller et diskrimineringsforbud alene ikke er et tilstrekkelig effektivt tiltak for å oppnå likestilling”, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 40. Behovet for å gjøre bruk av positiv særbehandling kan variere etter stillingstype. Etter ombudets syn vil det å se på kvinneandelen samlet sett være mest egnet til å fremme likestilling og således best oppfylle formålet med regelen. På landsbasis er kun 33 % av førsteinstansdommerne kvinner. Om det kan gjøres unntak dersom en domstol kun består av kvinner, har ombudet ikke tatt stilling til.

Tilnærmet like godt kvalifisert

A ble vurdert som best kvalifisert og innstilt som nr. 1 av innstillingsrådet for dommere. Y ble innstilt som nr. 2. Domstolleder innstilte Y som nr. 1 og A som nr. 2 fordi hun mente at Y er best kvalifisert. Regjeringen fravek innstillingsrådets innstilling og utnevnte Y som tingrettsdommer ved kongelig resolusjon den 21. november 2008. Ifølge det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjelder ved tilsetninger i det offentlige, skal den som er best kvalifisert for stillingen etter en helhetsvurdering av utdanning, yrkeserfaring og personlige egnet, tilsettes. Tilsvarende gjelder ved utnevnelser.

Det er etter ombudets vurdering klart at både Y og A er godt kvalifiserte søkere med en god juridikum. Y har imidlertid bedre karakter enn A (...). Innstillingsrådet legger ikke avgjørende vekt på karakterer i rangeringen, ifølge innstillingsrådets praksis/policy-notat, men det ”antas at gode karakterer avspeiler evner og anlegg for juss og juridiske metoder.” Ys faglige dyktighet tillegges betydelig vekt av domstolleder.

A har tjueen års erfaring som jurist. Y har tolv års arbeidserfaring. Lengden på erfaringen kan etter ombudets vurdering ikke være avgjørende i seg selv. Den må blant annet sees opp mot erfaringens innhold. Kandidatene har valgt forskjellige karriereveier. Y har arbeidet i ulike stillinger i det offentlige, mens A har erfaring både fra offentlig og privat sektor. Y har arbeidet innen påtalemyndigheten, A som advokat. Begge har altså erfaring fra arbeid i retten. De har også begge vært dommerfullmektig. A har i tillegg i tre kortvarige perioder vært konstituert herredsrettsdommer og lagdommer. Ombudet registrerer at A har arbeidet flere steder enn Y, at han har noe mer dommererfaring, samt ledererfaring i et større omfang. Et enstemmig innstillingsråd har innstilt A som nr. 1.

Det framgår av sakspapirene at både A og Y har fått gode tilbakemeldinger på arbeidet sitt og de blir begge omtalt som skikket for embetet.

Det avgjørende spørsmålet er om domstolleders og senere departementets avveining av kandidatens kvalifikasjoner er å anse som en urimelig eller uforsvarlig kvalifikasjonsvurdering, jf. Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 23/2009. Da innstillingsrådet kom til at A var best kvalifisert, la de særlig vekt på hans grundighet, arbeidskapasitet og dokumenterte resultater fra arbeidet som dommerfullmektig og konstituert dommer, i tillegg til personlig egnethet. Innstillingsrådet kom til at det ikke var hjemmel for å benytte positiv særbehandling fordi A etter deres vurdering var så vidt bedre kvalifisert. Domstolleder la betydelig vekt på at Y har den beste eksamenskarakteren av søkerne. Y er beskrevet som en "hjørnestein i fagmiljøet" i en referanseuttalelse. Domstolleder holder Y som bedre faglig kvalifisert, selv om A har lengre arbeidserfaring og også får gode attester. Departementet anbefalte at Y ble utnevnt.

Som omtalt ovenfor, skal innstillingsrådets innstilling vektlegges i meget stor grad. Ombudet mener likevel ikke at det er grunn til å legge avgjørende vekt på innstillingsrådets vurdering. Innstillingsrådet og domstolleder og senere departementet har en ulik avveining av kvalifikasjonene. Ombudet kan ikke se at innstillingsrådets vektlegging er mer riktig enn domstolleders og departementets anbefaling. Slik domstolleder vurderer søkerne, er Y best kvalifisert. Departementet vurderer at Y og A er like godt kvalifisert til stillingen. Da kan regelen om positiv særbehandling benyttes. Ombudet mener på denne bakgrunn at vilkårene for positiv særbehandling etter § 3a er oppfylt.

Likestillings- og diskrimineringsombudet gir slik uttalelse:

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at Justis- og politidepartementet ikke har handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 ved utnevnelsen av dommer ved X tingrett. Vilårene for bruk av positiv særbehandling, jf. likestillingsloven § 3a, er oppfylt.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
Likestillings- og diskrimineringsombud

Vedlegg: Orientering om å bringe en sak inn for Likestillings- og
diskrimineringsnemnda.

Kopi: Justis- og politidepartementet, Postboks 8005 Dep, 0030 Oslo.

Saksbehandler: Cathrine Sørli.