

Professor UiO Vibeke Blaker Strand

Diskrimineringsvern og religionsfrihet i et historisk og aktuelt lys – et juridisk perspektiv

1 Innledning

Vi har i dag en generell og felles likestillings- og diskrimineringslov, som gjelder på alle samfunnsområder. Loven trådte i kraft i 2017. Den regulerer en rekke gruppers diskriminerings- og trakasseringsvern, idet den forbyr diskriminering og trakassering som har sammenheng med: kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene.

Loven inneholder regler som gir individer et vern mot diskriminering og trakassering, og den inneholder strukturelle forpliktelser som blant annet omfatter alle arbeidsgivere, herunder Den norske kirke.

En ny felles lov om tros- og livssynssamfunn trådte i kraft i 2021. Denne loven har nær sammenheng med at Den norske kirke i 2017 ble løsrevet fra staten.

De to lovene synliggjør at det har funnet sted en omfattende rettsutvikling som har betydning for trossamfunn.

Etter mitt syn tar regulering knyttet til diskrimineringsvern på en måte pulsen på hvor tett staten har gått – og går – inn i det som skjer i trossamfunn.

Hvorfor er det slik?

Diskrimineringsvernet har til hensikt å ivareta både kvinners, menns og ulike minoritetsgruppers rettigheter, for eksempel personer som lever i homofilt samliv. I møte med mer konservative religiøse oppfatninger, har det oppstått konflikter mellom religionsfriheten og likebehandlingsprinsippet, som diskrimineringsvernet bygger på.

Hvordan har dette blitt håndtert? Hva har da måttet vike?

Gjennom de siste 50 år, har det funnet sted en utvikling i tre faser:

- 1) Fase med stort handlingsrom
- 2) Fase der jussen presser seg stadig mer inn
- 3) Situasjonen etter at kirken er frikoblet fra staten (2017—)

Jeg skal i det følgende si litt om disse tre fasene.

2 Fase med stort handlingsrom

Om vi går mer enn 50 år tilbake i tid, forelå det et tydelig skille mellom den religiøse sfære, som ble ansett å høre til privatlivet, og den offentlige sfære. Jussen holdt seg i stor grad unna den religiøse sfæren.

Med diskrimineringslovgivning ble dette utfordret.

Startstedet i Norge var likestillingsloven om kjønnslikestilling, som etter mye diskusjon ble vedtatt i 1978.

Et av stridstemaene handlet om hvilken betydning loven skulle ha i møte med virksomheten i trossamfunn.

Dette endte med at likestillingslovens virkeområde ble begrenset i møte med trossamfunnene: Loven gjaldt på alle områder, med unntak av *indre forhold i trossamfunn*. Dette har også blitt omtalt som likestillingslovens vikeplikt. Hva som skulle høre til de indre forhold og som likestillingsloven ikke skulle gjelde for, var ikke nødvendigvis så lett å slå fast. Denne tilnærmingen synliggjør uansett handlingsrommet som både Den norske kirke og andre trossamfunn ble tildelt i møte med likebehandlingsprinsippet.

Deretter tok det 20 år før det i arbeidsmiljøloven i 1998 ble innført bestemmelser om vern mot diskriminering som har sammenheng med etnisitet, homofil legning og homofil samlivsform ved ansettelser.

Også her ble det innført særbestemmelser for trossamfunn, idet det ble lovfestet at trossamfunn kunne forskjellsbehandle basert på homofil samlivsform, dersom det blant annet kunne begrunnes i stillingens karakter.

Det forelå altså to ulike tilnærminger som begge la opp til handlingsrom for trossamfunnene. I likestillingsloven ble lovens virkeområde brukt som reguleringsmekanisme. I arbeidsmiljøloven ble trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle knyttet opp mot forbudet mot diskriminering – gjennom egne unntaksbestemmelser.

I dagligtale brukes ordene «diskriminering» og «forskjellsbehandling» om hverandre. I jussen er dette annerledes. Her brukes «forskjellsbehandling» både om det som er lovlig og det som er ulovlig, mens ordet «diskriminering» brukes om det som er ulovlig. «Diskriminering» er definert som direkte eller indirekte forskjellsbehandling som har sammenheng med et vernet diskrimineringsgrunnlag (for eksempel kjønn), og som *ikke* har en begrunnelse som likevel gjør den tillatt. Dette betyr at ordet «forskjellsbehandling» er videre enn ordet «diskriminering». I møte med virksomhet i trossamfunn er det som regel rekkevidden av forbudet mot *direkte diskriminering* som aktualiseres, fordi forskjellsbehandling gjerne direkte begrunnes i faktorer som kjønn, homofil samlivsform eller religiøse forståelser/posisjoner.¹

3 Fase der jussen presser seg stadig mer inn

At jussen etter hvert presset på, har nær sammenheng med den norske rettens internasjonalisering. Menneskerettighetens fokus på individvern har spilt inn. Det samme har EU/EØS-rettens regler om diskrimineringsvern, som blant annet har tatt opp i seg det menneskerettslige individvernet.

Vern mot diskriminering på grunn av kjønn var en del av EU-samarbeidet helt fra De europeiske fellesskap (EF) ble etablert i 1967, og kjønnslikestillingsprinsippet er også en del av EØS-avtalen fra 1994. Det tok noe tid før andre gruppers diskrimineringsvern ble inkludert i EU-retten.

¹ Arbeidsmiljølovens regulering handlet om at det eksplisitt ble gitt rom til direkte forskjellsbehandling begrunnet i homofil samlivsform.

År 2000 markerer et viktig tidsskille i EU/EØS-retten ved at både flere grupper ble inkludert i diskrimineringsvernet og ved at det fant sted en innstramning av adgangen til direkte forskjellsbehandling.

Dette er året da vedtok EU en ikke-diskriminerings-pakke som blant annet inneholdt et direktiv som forbød etnisk diskriminering (direktiv 2000/43/EF) og et direktiv om likebehandling i arbeidslivet (direktiv 2000/78/EU). Likebehandlingsdirektivet omfatter grunnlagene religion, tro, nedsatt funksjonsevne, alder eller seksuell orientering. Selv om de to direktivene fra 2000 ikke er en del av EØS-avtalen, har det i Norge vært politisk enighet om at vi skal ha regler om diskrimineringsvern som tilsvarer EU-regelverket, og de har derfor blitt implementert i norsk rett (se nedenfor). Diskrimineringsreglene i de to direktivene fra år 2000 smittet også over til regelverket om kjønnslikestilling, som er en del av EØS-avtalen.

Direktivene etablerte mer konkrete – og snevrere regler – om adgang til direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet. Et sentralt prinsipp som ble slått fast var at det i arbeidslivet kun skulle være adgang til direkte forskjellsbehandling dersom dette kunne begrunnes i såkalte *ekte yrkeskvalifikasjoner* («genuine occupational requirements»).

Mer konkret går dette ut på at direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av for eksempel kjønn eller homofil samlivsform alltid er forbudt, med mindre en arbeidsgiver kan dokumentere at det å stille krav om kjønn eller samlivsform har *avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket*. Å stille krav knyttet til kjønn eller samlivsform skal heller ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.²

Også internasjonale menneskerettskonvensjoner har fått en stadig økt betydning i norsk rett. Dette har særlig skjedd i kjølvannet av at menneskerettsloven trådte i kraft i 1999.

Den europeiske menneskerettskonvensjon var blant konvensjonene som ble gjort til del av norsk lov gjennom menneskerettsloven. Konvensjonens artikkel 9 omhandler religionsfrihet og regulerer blant annet adgangen til hva som skal til for lovlig å begrense utøvelse av religion.

Også FNs kvinnediskrimineringskonvensjon er gjort til en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven.³

Mens menneskerettskonvensjonenes pliktsubjekter er offentlige myndigheter, har EU/EØS-rettens diskrimineringsregler blitt inntatt i nasjonal rett på en måte som gjør at også private parter er forpliktet til å følge det.

Til sammen førte innflytelsen fra EU/EØS-retten og internasjonale menneskerettigheter til særlig tre ting:

- Det ble vedtatt en rekke nye nasjonale lover på likestillings- og diskrimineringsfeltet: diskrimineringsloven i 2005, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2008 og lov om diskriminering på grunn av seksuell orientering i 2013, som alle inneholdt bestemmelser som søkte å være i tråd med EU/EØS-retten samt med internasjonale menneskerettigheter. I tråd med EU/EØS-

² Se likestillings- og diskrimineringsloven § 9.

³ Dette skjedde først i 2009. I perioden 2005—2009 var den inkorporert gjennom likestillingsloven.

retten ble det vedtatt regler som ga snever adgang til direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet.

- Likestillingslovens unntak for indre forhold i trossamfunn og de særegne unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven ble opphevet i 2010. Det ble isteden slått fast at likestillingsloven skulle gjelde på alle samfunnsområder, og de generelle unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven skulle også gjelde for trossamfunn.⁴
- Hvilken betydning hadde rettens internasjonalisering for adgangen til å forskjellsbehandle kvinnelige prester i Den norske kirke, i menigheter med kvinneprestmotstand?

Det følger av FNs kvinnediskrimineringskonvensjon artikkel 7 b) at kvinner skal kunne inneha «offentlige stillinger» på lik linje med menn. Videre slås det fast i konvensjonens artikkel 2 d) at staten skal avstå fra alle handlinger og praksis som diskriminerer kvinner, samt sørge for at offentlige myndigheter og offentlige institusjoner handler i tråd med denne forpliktelsen.

Jeg konkluderte i min doktorgrad i 2011 med at en ordning med tillatt forskjellsbehandling av kvinnelige prester i en statskirke strider mot FNs kvinnediskrimineringskonvensjon og dermed også med likestillingsloven. Dette vil si at direkte forskjellsbehandling av kvinnelige prester i Den norske kirke utgjorde diskriminering og var derfor ulovlig. At likebehandlingsprinsippet strakk seg så langt som dette hang direkte sammen med Den norske kirkes status som statskirke.

I årene som fulgte har innholdet i reglene om diskrimineringsvern blitt utdypet gjennom konkret håndhevingpraksis – både på nasjonalt plan (særlig gjennom praksisen til Diskrimineringsnemnda) og på internasjonalt plan.

I praksis har flest enkeltsaker handlet om adgangen til å begrense eller forby bruk av religiøse plagg og symboler på ulike samfunnsområder. Det er færre saker som har omhandlet rekkevidden av trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle, men noen eksempler er det.

De fleste av disse har handlet om hvorvidt det er tillatt å forskjellsbehandle noen på grunn av livsvalg som avviker fra trossamfunnets lære, eller eventuelt på grunn av manglende trostilknytning:

For eksempel behandlet Likestillings- og diskrimineringsnemnda i 2012 en sak der den tok stilling til om en kristen internatskole kunne stille krav om kristen tro ved ansettelse i stilling som økonomileder.⁵

EU-domstolen har for eksempel behandlet spørsmålet om den religiøse arbeidsgiveren *Evangelisches Werk*, når de skulle ansette en som skulle skrive en rapport om rasediskriminering, kunne stille krav om medlemskap i en protestantisk kirke.⁶ Den har også behandlet en sak som omhandlet hvilken frihet et privat sykehus drevet av den katolske organisasjonen Caritas hadde til å si opp en ansatt som de mente levde i strid med den

⁴ I og med at likestillingsloven på dette tidspunktet ikke inneholdt noen bestemmelse om adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, ble det inntatt en egen unntaksbestemmelse om trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle direkte på grunn av kjønn i lovens § 3 (5). Når det gjaldt ansettelser var bestemmelsen modellert med utgangspunkt i de EØS-rettslige prinsippene som begrenset adgangen til direkte forskjellsbehandling til ekte yrkeskvalifikasjoner.

⁵ Referanse: LDN-2012-30.

⁶ Referanse: C-414/16 *Egenberger*.

katolske lære.⁷ I begge saker presiserte EU-domstolen at slike spørsmål skal være gjenstand for effektiv domstolskontroll. Den la til grunn at det kreves en konkret og tungtveiende begrunnelse fra arbeidsgivers side for at slik forskjellsbehandling skal kunne være tillatt.

4 Situasjonen etter at kirken er frikoblet fra staten (2017—)

Splittelsen mellom stat og kirke i 2017 er en endring som gjør at Den norske kirke har en større frihet opp mot likestillings- og diskrimineringsregelverket enn tidligere.

Kirken står fritt til å gå i både mer liberal og mer konservativ retning.

I prinsippet er det også mulig å se for seg forskjeller mellom ulike sogn/menigheter, der noen er mer konservative og andre mer liberale. Det skal imidlertid sies at det er få tegn til at dette er i ferd med å skje.

At løsrivelsen fra staten har skapt en noe større margin opp mot likebehandlingsprinsippet, gjør det interessant å se på hvordan kirken nå navigerer. Dette gjelder for eksempel kirkens håndtering av kvinneprestmotstandere, der vi ser at kirken har tydeliggjort sin posisjon i retning av å verne kvinnene.

Dette har ledet til at spørsmålet om diskrimineringsvernets betydning har blitt tatt opp fra mannlig konservative prester som mener at det å miste jobben på grunn av praktisert kvinneprestmotstand, krenker deres religionsfrihet og/eller utgjør diskriminering på grunn av religiøst syn. Dette problemkomplekset handler blant annet om hvorvidt diskrimineringsvernet kan gi et vern for det som i dag utgjør et minoritetssyn internt i kirken. Den rettslige vurderingen må ta utgangspunkt i likestillings- og diskrimineringslovens forbud mot direkte diskriminering, samt muligheten loven gir til å forskjellsbehandle dersom det har en tilstrekkelig begrunnelse. Det påhviler da Den norske kirke å begrunne at forskjellsbehandling av praktiserende kvinneprestmotstandere er nødvendig for å ivareta kirkens religiøse lære – et begrunnelseskrav jeg mener kirken vil kunne oppfylle.

Som arbeidsgiver er Den norske kirke forpliktet av likestillings- og diskrimineringslovens regler om aktivitets- og redegjøringsplikt. Det blir spennende å se hvordan kirken kommer til å arbeide med dette fremover.

Også loven om tros- og livssynssamfunn setter nye rammer for virksomheten i trossamfunn. Det følger av lovens § 6 (1):

«Dersom et tros- eller livssynssamfunn, eller enkeltpersoner som opptrer på vegne av samfunnet, utøver vold eller tvang, fremsetter trusler, krenker barns rettigheter, bryter lovbestemte diskrimineringsforbud eller på andre måter alvorlig krenker andres rettigheter og friheter, kan samfunnet nektes tilskudd eller tilskudd kan avkortes. Tilskudd kan også nektes eller avkortes dersom samfunnet oppfordrer eller gir støtte til krenkelser som er nevnt i dette leddet.»

Gjennom bestemmelsen er ordningen med statsstøtte blitt ledsaget av tydeligere rammer enn det som var tilfellet tidligere. Vi ser nå at bestemmelsens betydning har blitt aktualisert i møte med virksomheten i Jehovas vitner.

⁷ Referanse: C-68/17 IR.

Hvordan forholder staten seg til Den norske kirke etter løsrivelsen?

Det følger av Grunnloven § 16 at Den norske kirke skal «forbli[r] Norges folkekirke».

Samtidig heter det at «Alle tros- og livssynssamfunn skal understøttes på lik linje.»

Bestemmelsen synliggjør en spenning mellom kirkens særlige posisjon som folkekirke og et utgangspunkt om lik understøttelse av alle tros- og livssynssamfunn.

Min vurdering er at det i dette landskapet ligger mange problemstillinger som fortjener økt oppmerksomhet fremover. I praksis kommer den nevnte spenningen til overflaten gjennom enkeltsaker, for eksempel gjennom hvordan offentlige myndigheter håndterer krav om eierform overfor barnehager som eies av sokn i Den norske kirke versus hvilke krav som stilles til andre ideelle barnehager som drives med religiøst formål.⁸ Bak enkeltspørsmålene vaker imidlertid mer overordnede problemstillinger. Disse handler om å etablere en dypere forståelse av hva den kombinerte modellen med *både* en folkekirke og et likebehandlingsprinsipp faktisk er – og hvilken betydning modellen kan, skal og bør ha på ulike samfunnsområder.

⁸ Se: [Regjeringen snur – vil gjøre unntak for kirkens barnehager](#).