

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle homofilt samlevende

Kandidatnummer: 605

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 16103



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn for problemstillingen .....	1
1.3	Begrepsavklaringer .....	2
1.3.1	Trossamfunn .....	2
1.3.2	Diskriminering og forskjellsbehandling .....	3
1.3.3	Diskrimineringsgrunnlag .....	3
1.3.4	Seksuell orientering .....	4
1.3.5	Arbeidstaker og arbeidsgiver .....	4
1.4	Avgrensninger .....	5
1.5	Den videre fremstilling .....	5
<b>2</b>	<b>RETTSKILDER OG METODE</b> .....	<b>7</b>
2.1	Innledning .....	7
2.2	Internasjonale rettskilder .....	7
2.2.1	Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner .....	7
2.2.2	EU- og EØS-rettslige kilder .....	8
2.3	Nasjonale rettskilder .....	11
2.3.1	Grunnloven .....	11
2.3.2	Lov .....	14
2.3.3	Forarbeider .....	14
2.3.4	Håndhevingsorganer .....	15
<b>3</b>	<b>MØTET MELLOM TO GRUNNLEGGENDE MENNESKERETTIGHETER ..</b>	<b>17</b>
3.1	Religionsfrihet møter retten til likebehandling .....	17
3.2	Noen sentrale trossamfunn i Norge i dag .....	18
3.2.1	Den norske kirke .....	18
3.2.2	Den katolske kirke .....	19
3.2.3	Det Mosaiske Trossamfunn .....	19
3.2.4	Muslimske menigheter .....	19

3.3	Diskrimineringsvernet i et historisk perspektiv .....	19
<b>4</b>	<b>FORBUD MOT DISKRIMINERING.....</b>	<b>25</b>
4.1	Innledning .....	25
4.2	Direkte forskjellsbehandling .....	25
4.3	Indirekte forskjellsbehandling .....	28
<b>5</b>	<b>GRENSEN MELLOM DISKRIMINERING OG LOVLIG FORSKJELLSBEHANDLING .....</b>	<b>30</b>
5.1	Rammen for den videre vurdering .....	30
5.1.1	Den norske bestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling .....	30
5.1.2	EU-rettens bestemmelse om lovlig forskjellsbehandling .....	30
5.1.3	En avgrensning mot rammedirektivets artikkel 4 nr. 2 (2).....	32
5.1.4	Den europeiske menneskerettskonvensjons bestemmelse om diskriminering.	34
5.1.5	Nærmere om vurderingen av lovlig forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven § 6 .....	35
5.2	Kravet om saklig formål .....	36
5.2.1	Forskjellsbehandlingen må knytte seg til religionsutøvelsen.....	36
5.2.2	Forskjellsbehandling basert på andre grunnlag enn religion er usaklig .....	37
5.2.3	Når er forskjellsbehandlingen religiøst begrunnet?.....	37
5.3	Kravet om nødvendighet.....	45
5.3.1	Formålet med forskjellsbehandlingen .....	45
5.3.2	Forskjellsbehandlingen må knytte seg til praktiseringen av religionen .....	45
5.3.3	Når er forskjellsbehandling nødvendig for praktiseringen av religionen? .....	45
5.3.4	Uenighet innad i trossamfunnet.....	47
5.4	Kravet om forholdsmessighet .....	48
5.4.1	Hva ligger i kravet om forholdsmessighet?.....	48
5.4.2	Uenighet om fortolkningen av den religiøse lære .....	51
5.5	Sammenfatning .....	53
<b>6</b>	<b>BEVISSPØRSMÅL .....</b>	<b>54</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTNING.....</b>	<b>56</b>
<b>8</b>	<b>KILDELISTE.....</b>	<b>58</b>

8.1	Lover .....	58
8.2	Forarbeider .....	58
8.3	Rettspraksis .....	60
8.4	Internasjonale overenskomster og direktiver .....	61
8.5	Juridisk teori.....	62
8.6	Andre kilder .....	64

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

Avhandlingen søker å belyse trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle arbeidssøkere og ansatte på grunnlag av homofil samlivsform. Som en del av dette undersøkes det om ulike syn innad i trossamfunnet knyttet til den religiøse begrunnelsen for forskjellsbehandling, påvirker den rettslige adgangen til å forskjellsbehandle homofilt samlevende.

## 1.2 Bakgrunn for problemstillingen

Retten til ikke å bli diskriminert er en grunnleggende menneskerettighet. Diskrimineringsvernet har sin rettslige forankring i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og i nasjonal lovgivning.<sup>1</sup> Fravær av diskriminering innebærer at individer behandles likt uavhengig av faktorer som kjønn, etnisitet, alder og seksuell orientering mv.<sup>2</sup> Retten til religionsfrihet er på samme måte en grunnleggende menneskerettighet. Religionsfriheten kommer til uttrykk i Grunnlovens<sup>3</sup> § 16 og i internasjonale menneskerettskonvensjoner.<sup>4</sup> For trossamfunn innebærer dette en rett til indre selvstyre og en rett til å fastlegge sin egen religiøse lære.<sup>5</sup>

Trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle homofilt samlevende befinner seg således i skjæringspunktet mellom to sett av rettigheter: Retten til frihet, i form av fri religionsutøvelse, møter retten til likhet, gjennom diskrimineringsvernets krav om likebehandling. Avhandlingen søker å belyse hvilken rettslig adgang det er til forskjellsbehandling av homofilt samlevende og derigjennom hvordan avveiningen mellom religionsfriheten og diskrimineringsvernet faller ut.

---

<sup>1</sup> Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter/Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 8 og 9 jf. art. 14. De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 17 og 18 jf. art 2 nr. 1, og art 26. De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art. 6 og 15 jf. art 2 nr. 2.

<sup>2</sup> Strand (2012) s. 21

<sup>3</sup> Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 (Grunnloven)

<sup>4</sup> EMK art. 9 og 11, SP art. 18, ØSK art. 15.

<sup>5</sup> NOU 2008:1 s. 32-33

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform er forbudt.<sup>6</sup> Dersom forskjellsbehandlingen er *saklig, nødvendig og forholdsmessig* kan unntak fra hovedregelen likevel aksepteres.<sup>7</sup>

For trossamfunn bygger forskjellsbehandling av homofilt samlevende på en tolkning av den religiøse lære, og således en forståelse av at det ikke er forenelig med læren å tilsette eller beholde arbeidstakere som lever i homofilt partnerskap.

Avhandlingens tema aktualiseres av de siste års utvikling innad i en rekke trossamfunn i synet på homofilt samlevende. Eksempelvis er Den norske kirke i dag delt i synet på homofilt samliv og ansettelse i viglede stillinger. Et av temaene i avhandlingen vil som nevnt være om et slikt delt syn vil få rettslige konsekvenser for adgangen til å lovlig forskjellsbehandle homofilt samlevende.

## **1.3 Begrepsavklaringer**

### **1.3.1 Trossamfunn**

Trossamfunn i Norge reguleres av lov om trdomssamfunn og ymist anna av 1969 nr. 25 (trossamfunnsloven). I § 1 slås det fast at «Alle har rett til å driva religiøs verksemd åleine eller saman med andre, og til å skipa trdomssamfunn når rett og sømd ikkje vert krenkt». Begrepet trossamfunn er ikke nærmere definert i loven. I forarbeidene stilles det krav om en viss grad av organisering før man kan tale om et trossamfunn.<sup>8</sup> Det kan imidlertid ikke stilles krav om at trossamfunnet mottar offentlig støtte etter trossamfunnsloven.<sup>9</sup> Forarbeidene fremhever videre at hensynet til religionsfriheten tilsier at trossamfunnsbegrepet ikke må tolkes snevert.<sup>10</sup> I lovens kommentarutgave fremgår det at grunnlaget for et trossamfunn må være:

---

<sup>6</sup> Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk av 21. juni 2013 nr. 58 (diskrimineringsloven om seksuell orientering) § 5

<sup>7</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 40

<sup>9</sup> NOU 2008:1 s. 37

<sup>10</sup> Ibid. s. 38

«en religiøs tro, dvs. troen på en Gud eller kraft utenfor mennesket selv. Når denne troen er utformet i et tankemessig system, trosbekjennelse eller lære, som to eller flere personer slutter seg til, kan man snakke om et trossamfunn. Det sentrale i religiøs virksomhet vil ut fra dette være arbeid for å vinne tilslutning til læren og ulike former for dyrkelse eller tilbedelse, ofte på en rituell måte. ... »<sup>11</sup>

Utover dette, oppstilles få krav. Det overlates til trossamfunnene selv å avgjøre hvordan de ønsker å drive sin virksomhet og hvilke interne regler som skal gjelde.<sup>12</sup>

### **1.3.2 Diskriminering og forskjellsbehandling**

I dagligtalen benyttes diskrimineringsbegrepet i mange og ofte ulike situasjoner. Det rettslige diskrimineringsbegrepet er fastlagt i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og den nasjonale diskrimineringslovgivningen. Diskriminering kan kort beskrives som ulovlig forskjellsbehandling, knyttet til et av lovens diskrimineringsgrunnlag.<sup>13</sup> Definisjonen påpeker imidlertid det sentrale; ikke all forskjellsbehandling er diskriminering. Dersom behandlingen har et *saklig formål, er nødvendig og forholdsmessig* foreligger ikke diskriminering. Det er av denne grunn vanlig å operere med termen *lovlig forskjellsbehandling*. Denne begrepsbruken vil også benyttes i avhandlingen.

### **1.3.3 Diskrimineringsgrunnlag**

For at forskjellsbehandling skal være rettsstridig, må den knytte seg til et av lovens opplistede diskrimineringsgrunnlag. Deres funksjon i lovgivningen er å angi hvilke forhold ved en person som ikke kan begrunne dårligere behandling av vedkommende.<sup>14</sup> Eksempler på slike kjennetegn kan være kjønn, alder, religion, funksjonshemning mv. Det er diskrimineringsgrunnlaget «seksuell orientering» som er aktuelt for avhandlingens problemstilling.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> NOU 2008:1 s. 37; gjengivelse av sitat av Ole Hermann Fisknes' kommentarer til trossamfunnsloven §1 og lovens begrep «religiøs verksemd» og «trudomssamfunn» i Norsk lovkommentar.

<sup>12</sup> NOU 2008:1 s. 52

<sup>13</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 16

<sup>14</sup> Ibid. s. 61

<sup>15</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 1

### 1.3.4 Seksuell orientering

Begrepet seksuell orientering omfatter homofile, lesbiske, bifile og heterofile. Begrepet omfatter både seksuell *legning* og seksuell *samlivsform*.<sup>16</sup>

Sondringen mellom homofil *legning* og *samlivsform* er sentral for avhandlingen, da en rekke trossamfunn trekker et grunnleggende skille mellom det å ha en homofil legning og det å praktisere denne gjennom et likekjønnet samliv. Det er ikke legningen i seg selv som er problematisk, men det å leve denne ut i et parforhold. Avhandlingen behandler kun forskjellsbehandling på grunn av homofil *samlivsform*. Med *homofil* forstås i det videre både *lesbisk* og *homofil*. Begrepene homofil samlivsform og partnerskap vil benyttes om hverandre. Begge termene betegner situasjonen der to menn eller to kvinner er samlevende, enten i form av ekteskap, partnerskap eller som samboere.

### 1.3.5 Arbeidstaker og arbeidsgiver

Fremstillingen tar for seg *arbeidsgivers* adgang til å forskjellsbehandle *arbeidstaker* eller *arbeidssøker*. Definisjonen av arbeidstakerbegrepet i Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven) legges i det videre til grunn.<sup>17</sup> Etter § 1-8 forstås arbeidstaker som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Det avgrenses mot selvstendige oppdragsforhold, der avtalen innebærer et løfte om et bestemt resultat.

Med arbeidssøker forstås en som søker på en stilling i trossamfunnet.

I arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) er arbeidsgiver definert som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.» Det vil variere mellom de ulike trossamfunn hvilket organ innad i trossamfunnet som opptrer som arbeidsgiver. Dette beror på trossamfunnets egen organisering. Det vil føre for langt å gå nærmere inn på hvordan dette er organisert i det enkelte trossamfunn. Noen enkelttilfeller vil imidlertid belyses underveis i oppgaven.

---

<sup>16</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 63

<sup>17</sup> Arbeidsmiljøloven (aml.) § 1-8



## 1.4 Avgrensninger

Avhandlingen vil ikke drøfte hvorvidt det foreligger rettslig grunnlag til å forskjellsbehandle alminnelige medlemmer i trossamfunnet.

Videre er avhandlingen utelukkende knyttet til *trossamfunns* adgang til å forskjellsbehandle. Virksomheter som baserer sin drift på en religiøs forankring, slik som enkelte skoler, barnehager og aldershjem, vil ikke omfattes av fremstillingen.

Fremstillingen er ikke begrenset til å gjelde selve ansettelsen. Avhandlingen tar for seg hele ansettelsesforholdet, fra ansettelse og frem til et eventuelt opphør av arbeidsforholdet. I praksis vil problemstillingen ofte knytte seg til selve ansettelsesbeslutningen. Men også andre situasjoner kan tenkes, eksempelvis der en ansatt, ikke-praktiserende homofil inngår samboerskap med en likekjønnet.

Arbeidsgiver har i kraft av styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet og til å tilsette og si opp arbeidstakere, jf. blant annet Rt. 2000-1602.<sup>18</sup> Styringsretten betegnes gjerne som en restkompetanse. Det vil si at den begrenses av blant annet arbeidsavtalen, lover og tariffavtaler. Adgangen til å legge vekt på homofil samlivsform ved utøvelse av styringsretten er et typisk eksempel på at styringsretten er begrenset av lovgivningen. Det må antas at lovreguleringen på dette området er uttømmende, og derved ikke overlater noe handlingsrom til å forskjellsbehandle i kraft av styringsretten. Det avgrenses derfor mot en nærmere behandling av styringsretten.

## 1.5 Den videre fremstilling

I kapittel 2 belyses enkelte rettskildemessige problemstillinger som gjør seg gjeldende for avhandlingen. Kapittel 3 setter problemstillingen inn et praktisk perspektiv og gir en kortfattet fremstilling av enkelte trossamfunn i Norge i dag. Videre trekkes en historisk linje tilbake til innføringen av diskrimineringsvernet for seksuell orientering. I kapittel 4 behandles lovens diskrimineringsforbud. Kapittel 5 undersøker hvilken adgang trossamfunn har til å forskjells-

---

<sup>18</sup> Rt. 2000-1602 s. 1609

behandle homofilt samlevende. Dette er avhandlingens kjerne. I kapittel 6 vil reglene om bevisbyrde behandles kort.

## 2 Rettskilder og metode

### 2.1 Innledning

Diskrimineringsretten er et rettsområde i stadig utvikling. Som en naturlig konsekvens foreligger det et sammensatt og omfattende rettskildebilde, der både nasjonale og internasjonale rettskilder gjør seg gjeldende. Hensikten med dette kapitlet er å presentere noen særlige rettskildemessige utfordringer som oppstår i relasjon til avhandlingens problemstilling.

### 2.2 Internasjonale rettskilder

#### 2.2.1 Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner

Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner legger føringer og begrensinger for norske myndigheters handlingsrom i den nasjonale lovgivning.<sup>19</sup> Det er staten som er pliktsubjektet etter de internasjonale konvensjonene.<sup>20</sup> Private organisasjoner, herunder trossamfunn, er ikke direkte forpliktet til å rette seg etter konvensjonene. Private aktører må imidlertid innrette seg etter nasjonal lovgivning som er utformet i samsvar med statens internasjonale forpliktelser. Menneskerettighetskonvensjonene får på denne måten en indirekte effekt for private aktører. Konvensjonene vil derfor være av betydning når innholdet i nasjonale diskrimineringsbestemmelser skal fastlegges.<sup>21</sup>

Gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) § 2 er fem slike konvensjoner gjort til norsk lov.<sup>22</sup> Sentralt for avhandlingens problemstilling står Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Gjennom disse konvensjonene pålegges staten å respektere og

---

<sup>19</sup> NOU 2008:1 s. 18

<sup>20</sup> Ibid. s. 24

<sup>21</sup> L.c.

<sup>22</sup> EMK, SP, ØSK, De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK) og De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (BK)

sikre likebehandling av homofile,<sup>23</sup> samtidig som den pålegges å respektere og sikre religionsfriheten.<sup>24</sup>

Menneskerettighetskonvensjonene blir utarbeidet og håndhevet i internasjonale fora. Tilslutning fra statene er en forutsetning for konvensjonenes eksistens. Av denne grunn er konvensjonene ofte vagt utformet og gjenstand for stadig utvikling og diskusjon. Dette gjør seg særlig gjeldende for FNs konvensjoner. Detaljeringsgraden er her liten, og mangelen på autoritative organer gjør det vanskelig å utlede presist hvilke begrensninger konvensjonene legger på nasjonal lovgivning.<sup>25</sup> Det avgrenses derfor mot en behandling av FNs konvensjoner. En tilsvarende avgrensning ble foretatt av lovgiver da arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser ble endret i 2010.<sup>26</sup>

Den europeiske menneskerettskonvensjon håndheves av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Domstolen avgjør tvister mellom stater og privatpersoner. Avgjørelsene er rettslig bindende for statene. Domstolens autoritative praksis gjør det lettere å utlede presise normer fra EMK-systemet enn fra FNs konvensjoner. EMK-rettslige normer vil trekkes inn i drøftelsen etter hvert som de gjør seg gjeldende.

### **2.2.2 EU- og EØS-rettslige kilder**

I europeisk sammenheng har EU spilt en sentral rolle i utviklingen av diskrimineringsvernet. Norge er ikke en del av EU, men har gjennom EØS-avtalen overtatt og forpliktet seg til å gjennomføre en stor del av EU-retten i nasjonal lovgiving.<sup>27</sup>

Ved undertegnelsen av Amsterdamtraktaten i 1997 ble det i artikkel 13 nedfelt en adgang for EUs organer til å iverksette nødvendige tiltak for å bekjempe diskriminering. Artikkel 13 er siden flyttet og er nå plassert i Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte artikkel 19.

---

<sup>23</sup> EMK art. 8 og 9 jf. art. 14, SP art. 17 og 18 jf. art. 2 nr. 1, ØSK art. 6 og 15 jf. art 2 nr. 2.

<sup>24</sup> EMK art. 9 og 11, SP art. 18, ØSK art. 15.

<sup>25</sup> NOU 2008:1 s. 23

<sup>26</sup> L.c.

<sup>27</sup> EØS-rett (2004) s. 21

Med grunnlag i artikkel 13, vedtok EU i år 2000 en såkalt ikke-diskrimineringspakke.<sup>28</sup> Denne bestod blant annet av Direktiv 2000/43/EF<sup>29</sup> om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse og Direktiv 2000/78/EF<sup>30</sup> om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidsforhold (rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet). Rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet setter forbud mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder.

Ingen av de to direktivene er tatt inn i EØS-avtalen. Norge ønsket en slik implementering, men det ble ikke oppnådd enighet mellom EFTA-landene på dette punkt.<sup>31</sup> Norge valgte derfor på eget initiativ å innlemme direktivene i nasjonal rett. For rammedirektivets del ble dette gjort ved innføringen av et eget kapittel i da gjeldende arbeidsmiljølov av 1977.<sup>32</sup> I forarbeidene til endringsloven fremgår det at målsetningen med endringen var at Norge skulle ha et diskrimineringsvern «som minst er på høyde med EU ...».<sup>33</sup> Rettslig sett er Norge kun forpliktet til å gjennomføre de direktiver som er en del av EØS-avtalen.<sup>34</sup> Den nasjonale gjennomføringen av direktivene er av denne grunn kun en *politisk* forpliktelse fra Norges side. Denne sondringen, mellom en politisk og rettslig forpliktelse, gjør det nødvendig å knytte noen bemerkninger til hvilken vekt rammedirektivet skal tillegges ved fortolkningen av nasjonale diskrimineringsbestemmelser.

Problemstillingen er i de senere år behandlet av Høyesterett i fire dommer om aldersdiskriminering. Alder er, i likhet med seksuell orientering, omfattet av rammedirektivet om likebehandling. Av denne grunn er dommene av rettskildemessig betydning for avhandlingen.

I den første saken, Rt. 2010-202, *Kystlink*, ble en sjømann sagt opp med hjemmel i da gjeldende sjømannslov<sup>35</sup> (sjøml.) § 19, med den begrunnelse at han var fylt 62 år. Spørsmålet var

---

<sup>28</sup> Strand (2012) s. 46

<sup>29</sup> Rdir. 2000/43/EF

<sup>30</sup> Rdir. 2000/78/EF

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 36

<sup>32</sup> Lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 26. mars 2004 nr. 15

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14

<sup>34</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1. januar 1994 (EØS-avtalen) § 7

<sup>35</sup> Sjømannslov av 30. mai 1975 nr. 18

om oppsigelsen var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering i sjøml. § 33, som gjennomførte EUs rammedirektiv om likebehandling. Ved innføring av rammedirektivet la departementet til grunn at aldersgrensen på 62 år *ikke* var i strid med diskrimineringsforbudet i direktivet.<sup>36</sup> På samme tid ga departementet uttrykk for at diskrimineringsvernet i norsk rett skulle være på høyde med vernet i EU-retten.<sup>37</sup> På denne bakgrunn måtte Høyesterett vurdere hvilken betydning rammedirektivet skulle ha ved tolkningen av sjømannslovens bestemmelser. Skulle lovgivers forståelse av § 19 legges til grunn, eller skulle direktivet tillegges selvstendig betydning ved fortolkningen? Førstvoterende slår fast at domstolene

«som utgangspunkt må vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen.»<sup>38</sup>

Høyesterett konkluderte deretter med at bestemmelsen ikke var i strid med forbudet om aldersdiskriminering. Ved voteringen delte Høyesterett seg i tre. Fire dommere kom til at forskjellsbehandlingen var lovlig. De fire dommerne var imidlertid uenige om fremgangsmåten som skulle legges til grunn. Tredjevoterende, med støtte fra dommer Stabel, delte ikke førstvoterendes syn på EU-rettens betydning. Tredjevoterende kunne ikke se «at det er tilstrekkelige holdepunkter for at lovgiveren har forutsatt at direktivet skal supplere bestemmelsen i sjømannsloven ...».<sup>39</sup> Dommen etterlot med dette en viss usikkerhet knyttet til direktivets betydning i norsk rett.

I de påfølgende sakene, *SAS*<sup>40</sup>, *Gjensidige*<sup>41</sup> og *Helikopterpilot-dommen*<sup>42</sup> inntar Høyesterett samme rettskildemessige utgangspunkt som ble lagt til grunn av førstvoterende i *Kystlink*. Høyesterett uttaler at «arbeidsmiljølovens regler skal tolkes og anvendes i tråd med rammedirektivet».<sup>43</sup> Særlig i *Helikopterpilot-dommen* blir utgangspunktet om en direktivkonform

---

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 85 (2005-2006) s. 13

<sup>37</sup> NOU 2003:2 s. 7

<sup>38</sup> Rt. 2010-202 avsn. 56

<sup>39</sup> Ibid. avsn. 95

<sup>40</sup> Rt. 2011-609

<sup>41</sup> Rt. 2011-964

<sup>42</sup> Rt. 2012-219

<sup>43</sup> Ibid. avsn. 30

tolkning tydelig. Saken omhandlet en tariffavtalebestemt aldersgrense på 60 år for helikopterpiloter i selskapet CHC Helikopterservice AS, og spørsmålet var om det forelå ulovlig forskjellsbehandling, jf. arbeidsmiljølovens § 13-3. På samme tid som Helikopterpilot-saken kom for Høyesterett, verserte en tilsvarende sak for EU-domstolen, sak C-447/09 *Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG*.<sup>44</sup> I Prigge var problemstillingen hvorvidt en tariffavtalt aldersgrense som hindret videre arbeid som flyver etter fylte 60 år, var forenelig med forbudet mot diskriminering på grunn av alder. I påvente av avgjørelse i EU-domstolen valgte Høyesterett å utsette behandlingen av Helikopterpilot-saken. Høyesterett uttaler:

«...det er atskillig som kan tale for at det prinsipielle spørsmålet om sakligheten av hensynet til flysikkerhet som nå er stilt til EF-domstolen, vil kunne ha sentral betydning for avgjørelsen av herværende sak».<sup>45</sup>

Da Høyesterett senere behandlet saken, la den til grunn at de nasjonale bestemmelser om diskriminering måtte tolkes slik at de var forenelige med direktivet. Høyesterett kom deretter til at den tariffavtalte aldersgrensen innebar ulovlig forskjellsbehandling.

Den gjennomgatte rettspraksis viser med all tydelighet at det per i dag må anses som sikker rett at rammedirektivet skal gis direkte betydning ved tolkning av norske diskrimineringsbestemmelser. Dette innebærer at norske domstoler må forholde seg til EU-retten på selvstendig grunnlag, og ta stilling til de EU-rettslige kilder på samme måte som om en sak hadde blitt forelagt EU-domstolen. Den etablerte rettstilstanden må også antas å gjelde spørsmål knyttet til direktivets øvrige diskrimineringsgrunnlag, herunder seksuell orientering. Av denne grunn vil EU-rettslige kilder spille en sentral rolle for den videre fremstilling.

## **2.3 Nasjonale rettskilder**

### **2.3.1 Grunnloven**

Retten til religionsfrihet er nedfelt i Grunnloven (GrL.) § 16. Til sammenligning eksisterer det ikke et grunnlovfestet diskrimineringsvern i norsk rett. Diskrimineringsvernet kommer imidlertid til uttrykk i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Gjennom menneskerettslo-

---

<sup>44</sup> C-447/09 *Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG*

<sup>45</sup> Rt. 2010-944 avsn. 11

ven § 2 er fem slike konvensjoner<sup>46</sup> gitt status som norsk lov. Bestemmelsene i de inkorporerte konvensjonene skal gis forrang ved en eventuell motstrid mellom slike normer og annen lovgivning.<sup>47</sup> I tråd med alminnelig rettskildelære er norsk rett ordnet i et hierarkisk system, der Grunnloven som den trinnhøyeste normen er *lex superior*. Det eksisterer således en trinnhøydeforskjell mellom retten til religionsfrihet og retten til likeverd. Det må undersøkes om denne trinnhøydeforskjellen vil få materiell betydning for tolkningsresultatet når religionsfriheten og diskrimineringsvernet skal avveies. Mer konkret må det undersøkes om religionsfriheten, på grunn av sin trinnhøyere rang, medfører at det må gjøres inngrep i diskrimineringsvernet dersom det skulle oppstå konflikt mellom de to rettighetene.

Grl. § 110 c slår fast at «Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.». Bestemmelsen ble innført for å styrke menneskerettighetens stilling i nasjonal rett.<sup>48</sup> I forarbeidene til grunnlovsendringen ble det uttalt at bestemmelsen skal være retningsgivende for norske myndigheters politikk og at det ikke vil være «rettslig adgang til å føre en politikk i strid med det prinsipp den [§110 c] (min tilføyelse) gir uttrykk for ... ».<sup>49</sup> Da § 110 c ble vedtatt i Stortinget understreket stortingskomiteen denne uttalelsen.<sup>50</sup> Lovens forarbeider viser med all tydelighet at Grl. § 110 c er tiltenkt en reell betydning for den materielle rettstilstand i intern rett. Dersom rettsanvender lar Grunnloven innskrenke de rettigheter som følger av konvensjonene innlemmet i menneskerettighetsloven, vil dette stride mot den hensikt Grl. § 110 c er tiltenkt.

Rettspraksis fra Høyesterett viser på samme måte at grunnlovfestede rettigheter ikke kan anvendes til å innskrenke diskrimineringsvernet. I stedet søker domstolen å harmonisere Grunnlovens bestemmelser med de rettigheter som kommer til uttrykk gjennom internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.<sup>51</sup> Et eksempel kan hentes fra Rt. 2007-1807, *Vigrid*. Saken

---

<sup>46</sup> EMK, SP, ØSK, De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK) og De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (BK)

<sup>47</sup> Menneskerettsloven § 3

<sup>48</sup> Strand (2012) s. 103

<sup>49</sup> NOU 1993:18 s. 159

<sup>50</sup> Strand (2012) s. 104

<sup>51</sup> Høgberg (2010) s. 72



gjaldt hvorvidt en rekke uttalelser om jøder, gitt i et intervju med VG, var i strid med straffeloven<sup>52</sup> § 135a som blant annet setter forbud mot diskriminerende ytringer. I vurderingen måtte Høyesterett ta stilling til hvordan Grunnlovens § 100 om ytringsfrihet forholdt seg til diskrimineringsvernet i EMK art. 14. Det uttales:

«Rekkevidden av § 135a vil derfor måtte bestemmes ut fra en avveining av hensynet til beskyttelse mot diskriminering på grunn av rase med mer mot hensynet til ytringsfriheten».<sup>53</sup>

Grunnloven, som trinnhøyere norm, trekkes ikke inn som et moment i avveiningen. I stedet foretar retten en harmonisering av rettighetene. Det foreligger en rekke saker for Høyesterett der domstolen legger tilsvarende metodisk tilnærming til grunn.<sup>54</sup>

I teorien fremheves det at Grunnloven skal fortolkes i lys av sin samtid. Dersom myndighetenes utsagn om et styrket menneskerettighetsvern skal tas på alvor, bør dette få betydning for hvordan Grunnlovens bestemmelser fortolkes.<sup>55</sup> Det vil virke lite konsekvent å på den ene siden hevde at menneskerettigheter skal ha en styrket posisjon i norsk rett, for så å begrense disse rettighetene på grunn av Grunnloven som *lex superior*. Dette taler for å tolke Grl. § 16 på en måte som ikke svekker de rettigheter som kan utledes av internasjonale konvensjoner.<sup>56</sup>

På bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet, vil avhandlingen legge til grunn en metodisk tilnærming hvor Grunnloven harmoniseres med de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. En slik tilnærming innebærer at både Grunnlovens menneskerettigheter og de rettigheter som fremkommer i de internasjonale konvensjonene, må tas inn i den konkrete materielle drøftelse.<sup>57</sup> Følgelig kan Grunnlovens vern av religionsfriheten ikke automatisk tolkes slik at den gjør inngrep i det konvensjonsfestede diskrimineringsvernet. Med en slik metodisk tilnærming, nedtones betydningen av den formelle normstrukturen.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (Straffeloven)

<sup>53</sup> Rt. 2007-1807 avsn. 32

<sup>54</sup> Rt. 1997-1821, Rt. 2002-1618, Rt. 2007-687

<sup>55</sup> Strand (2012) s. 104

<sup>56</sup> *Ibid.* s. 105

<sup>57</sup> *Ibid.* s. 99

<sup>58</sup> *Ibid.* s. 99

### 2.3.2 Lov

Diskrimineringsforbudet i norsk rett er hjemlet i ulike lover. Hvilken lov som kommer til anvendelse, avhenger av hvilket diskrimineringsgrunnlag som gjør seg gjeldende. Arbeidsgivers adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av homofil samlivsform reguleres i Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk av 2013 nr. 58 (diskrimineringsloven om seksuell orientering).

Etter § 2 gjelder loven på alle livsområder, med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold. I § 15 konkretiseres lovens anvendelsesområde ytterligere i relasjon til arbeidsforhold. Bestemmelsen er ment som en presisering av § 2 og har ikke selvstendig betydning utover dette.<sup>59</sup> Etter § 15 gjelder diskrimineringsforbudet «alle sider av et ansettelsesforhold». Deretter følger en ikke uttømmende liste, hvor ulike sider av ansettelsesforholdet illustrer lovens rekkevidde. Enhver handling eller unnlattelse foretatt av arbeidsgiver - fra utlysning av stilling til et eventuelt opphør av arbeidsforholdet – er omfattet av lovens bestemmelser.

Diskrimineringsloven om seksuell orientering trådte i kraft 1. januar 2014 og er en del av en større lovrevisjon på diskrimineringsområdet. Lovarbeidet resulterte på samme tid i nye lover om likestilling mellom kjønnene, etnisk diskriminering og diskriminering og tilgjengelighet.<sup>60</sup> Det materielle innholdet i de nye lovene er i all hovedsak en videreføring av tidligere lovgivning.<sup>61</sup> Forarbeider til tidligere lover er av denne grunn fortsatt av interesse.<sup>62</sup>

### 2.3.3 Forarbeider

Det foreligger få rettskilder som konkret belyser avhandlingens problemstilling. I forarbeidene til gjeldende og tidligere lover eksisterer det derimot en del betraktninger omkring homofilt partnerskap og diskriminering av arbeidssøkere og ansatte i trossamfunn. På denne bakgrunn

---

<sup>59</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 163

<sup>60</sup> Lov om likestilling mellom kjønnene av 21. juni 2013 nr. 59, Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn 21. juni 2013 nr. 60, Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne av 21. juni 2013 nr. 61.

<sup>61</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 48

<sup>62</sup> Ibid. s. 84

vies forarbeidene forholdsvis mye plass i den påfølgende fremstilling. Hvilken vekt forarbeidene skal tillegges vil vurderes fortløpende i tråd med alminnelig juridisk metode.

#### **2.3.4 Håndhevingsorganer**

Diskrimineringsrettslige spørsmål håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda, i tillegg til alminnelige domstoler. Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av 10. juni 2005 nr. 40 regulerer håndhevingsorganenes kompetanse. Etter § 1 skal ombudet og nemnda «føre tilsyn med og medvirke til» gjennomføring av diskrimineringslovgivningen.

Ombudets oppgaver defineres i § 3. Bestemmelsen illustrerer ombudets sammensatte rolle som pådriver, opplyser og veileder knyttet til diskrimineringsrettslige spørsmål. Etter bestemmelsens tredje ledd har ombudet kompetanse til å gi uttalelser om «hvorvidt et forhold er i strid med bestemmelser nevnt i § 1» Slike uttalelser er ikke rettslig bindende for partene.<sup>63</sup>

Likestillings- og diskrimineringsnemnda avgjør etter § 7 om det foreligger brudd på diskrimineringslovene opplistet i § 1. En sak kan komme til behandling for nemnda på tre måter: Partene kan selv bringe saken inn. Ombudet kan kreve at saken behandles i nemnda, dersom ombudets uttalelse ikke tas til følge. Til slutt kan nemnda selv velge å overprøve en uttalelse gitt av ombudet. I sine vedtak kan nemnda pålegge «stansing, retting og andre tiltak» for å sikre at diskriminerende atferd opphører eller ikke gjentar seg. Partene i saken plikter å rette seg etter slike vedtak jf. § 7 (2). Etter § 12 kan vedtaket bringes inn for de alminnelige domstoler til full overprøving. Verken ombudet eller nemnda har kompetanse til å ilegge erstatning. Dersom partene ønsker dette, må de gå veien om domstolene. Det foreligger ingen plikt for partene til å få saken behandlet av ombudet eller nemnda, dersom én av partene ønsker det kan saken bringes direkte inn for de alminnelige domstoler.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 3

<sup>64</sup> NOU 2009:14 s 69

I perioden 2009 - 2012 behandlet nemnda 210 saker.<sup>65</sup> Sakstilfanget illustrer nemndas sentrale rolle som rettsanvender på diskrimineringsområdet. Av denne grunn må nemndspraksis anses som en viktig rettskildefaktor på området.

---

<sup>65</sup> Likestillings- og diskrimineringsnemnda (2014)

## 3 Møtet mellom to grunnleggende menneskerettigheter

### 3.1 Religionsfrihet møter retten til likebehandling

Trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle homofilt samlevende er et spørsmål om avveiningen mellom to grunnleggende menneskerettigheter: Religionsfrihet må avveies mot retten til likebehandling. De to rettighetene er begge grunnleggende og knytter seg til menneskets egenverdi og verdighet.<sup>66</sup>

Religionsfriheten har en individuell og en kollektiv side.<sup>67</sup> Den individuelle siden innebærer en livssyns- og trosfrihet for enkeltmennesket. I dette ligger en rett til å ha eller ikke ha en tro eller et livssyn av ethvert innhold, samt retten til å praktisere denne.<sup>68</sup> Det er den kollektive siden av religionsfriheten som gjør seg gjeldende for avhandlingens tematikk. I denne ligger retten for religiøse institusjoner til å bli anerkjent som trossamfunn, samt retten til indre selvstyre.<sup>69</sup> Retten til selv å velge hvem som skal ansettes i trossamfunnet er en del av den kollektive religionsfriheten.

Problemet oppstår når trossamfunn i kraft av sin autonomi bygger på synspunkter som strider mot andre grunnleggende normer i rettssystemet, slik som retten til likebehandling. Kjernen i retten til likbehandling er at mennesker har krav på å bli behandlet likt, uavhengig av faktorer som seksuell orientering, kjønn, alder mv.<sup>70</sup>

I praksis oppstår konflikten når trossamfunn behandler homofilt samlevende annerledes enn andre arbeidstakere og -søkere. Slik forskjellsbehandling kan gi seg utslag i ulike virkninger for arbeidstaker: Man kan miste jobben, man får ikke jobben man søker på tross av tilstrekkelige kvalifikasjoner, eller man taper andre rettigheter og goder knyttet til en stilling. Trossamfunns forskjellsbehandling av homofilt samlevende bygger på trossamfunnets tolkning av den

---

<sup>66</sup> NOU 2008:1 s. 64

<sup>67</sup> Ibid. s. 65

<sup>68</sup> Ibid. s. 33

<sup>69</sup> Ibid. s. 33

<sup>70</sup> Strand (2012) s. 21

religiøse læren og en forståelse av at det ikke er forenelig med læren å tilsette eller beholde arbeidstakere som lever i homofilt partnerskap. I den videre fremstilling blir det sentralt å ta stilling til hva som kreves av religiøs begrunnelse for at forskjellsbehandling skal være lovlig. Det må på samme tid undersøkes om denne begrunnelsen vil være tilstrekkelig for alle typer stillingskategorier i trossamfunnet. I likhet med andre arbeidsplasser eksisterer det ulike stillinger i et trossamfunn. Noen stillinger vil være nært knyttet til selve religionsutøvelsen, mens andre har en mer perifer forbindelse til trossamfunnets religiøse forankring. Stillingskategoriene prest og rengjøringspersonale illustrerer i denne sammenheng hvert sitt ytterpunkt. Det blir derfor sentralt å undersøke om avveiningen mellom religionsfrihet og diskrimineringsvernet faller likt ut for ulike typer stillingskategorier.

## **3.2 Noen sentrale trossamfunn i Norge i dag**

Dagens Norge er preget av et religiøst mangfold. I det følgende vil det gis en kort presentasjon av noen sentrale trossamfunn i Norge. Hensikten med fremstillingen er å redegjøre for de ulike trossamfunnenes tolkning av den religiøse lære i relasjon til homofilt partnerskap.

### **3.2.1 Den norske kirke**

Kirkemøtet er det øverste representative organ i Den norske kirke,<sup>71</sup> også i læremessige spørsmål. Saker av læremessig karakter forelegges Bispemøtet, før det behandles i Kirkemøtet.<sup>72</sup> Den norske kirke er delt i synet på homofilt samliv. Kirkemøtet har flere ganger behandlet ansettelse av homofile i kirkelig tjeneste. I 2007 aksepterte flertallet at det foreligger to teologisk begrunnede syn i homofilis spørsmålet. Vedtaket åpner for at homofile i partnerskap kan tilsettes og vigsles til tjeneste i Den norske kirke. Samtidig slår Kirkemøtet fast at:

«... det òg for framtida er kyrkjeleg grunngeving for ikkje å ordinere, vigsle, tilsetje eller gi tenestebrev til homofilt samlevande i partnarskap dersom biskop eller tilsetjingsorgan vurderer at det ikkje er i tråd med det som er kyrkja si lære og kyrkja sitt formål, og/eller av omsyn til aktuell(e) kyrkjelyd(ar).<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Lov om Den norske kirke (Kirkeloven) § 24 (2)

<sup>72</sup> Kirkemøtets forretningsorden § 2-4

<sup>73</sup> Kirkemøtets sak KM07/07 (2007) pkt. 2

### **3.2.2 Den katolske kirke**

Den katolske kirken i Norge er organisert under den globale katolske kirke, noe som medfører at den norske katolske kirke er underlagt en hierarkisk struktur som ledes fra Vatikanet. Den katolske lære aksepterer ingen form for samliv utenom ekteskap, dette gjelder også homofilt samliv. Kirken skiller mellom homofilt samliv og homofil legning. Det er kun samlivsformen som ikke aksepteres.<sup>74</sup>

### **3.2.3 Det Mosaiske Trossamfunn**

Det Mosaiske Trossamfunn i Norge er en del av den ortodokse jødedommen. Dette får betydning for menighetens syn på homofilt samlevende. I den ortodokse jødedommen er det kun menn som kan inneha rollen som rabbiner og en rabbiner kan ikke leve i homofilt partnerskap. Det Mosaiske Trossamfunn i Norge er underlagt rabbinateet i Jerusalem. Dette medfører at det norske mosaiske trossamfunn ikke kan tolke loven på egenhånd. Eventuelle nytolkninger av loven må godkjennes av rabbinateet.<sup>75</sup>

### **3.2.4 Muslimske menigheter**

Det finnes en rekke muslimske menigheter i Norge i dag. De fleste av disse tilhører muslimske organisasjoner med hovedsete i utlandet. Av denne grunn kan store reformer av læren ikke gjennomføres i Norge. Synet på homofili er omstridt i islam. Svært mange lærde fordømmer dette og vil ikke akseptere en homofilt samlevende imam. I de senere år har det imidlertid startet en debatt internt i muslimske samfunn, om homofili likevel skal aksepteres<sup>76</sup>.

## **3.3 Diskrimineringsvernet i et historisk perspektiv**

I det videre vil det gis en fremstilling av den nasjonale rettsutviklingen av diskrimineringsvernet knyttet til homofil legning og samlivsform. Fremstillingen vil belyse rettsutviklingen som har funnet sted fra arbeidsmiljøloven av 1977 og frem til i dag.

---

<sup>74</sup> NOU 2008:1 s. 58

<sup>75</sup> Ibid. s. 57

<sup>76</sup> Ibid. s. 62

Siktemålet med en historisk fremstilling er todelt. En gjennomgang av tidligere materiell rett vil for det første belyse den utviklingen som har funnet sted i samfunnet og på det politiske plan. Det søkes på denne måten å synliggjøre hvilke prioriteringer som er foretatt av lovgiver i avveiningen mellom religionsfriheten og individvernet. For det andre, vil en historisk forståelse av diskrimineringsvernet være av betydning når gjeldende rett skal fastlegges.<sup>77</sup> Dette skyldes at dagens lovgivning i stor grad er tuftet på materiell rett fra tidligere lover.<sup>78</sup>

Opprinnelig inneholdt ikke arbeidsmiljøloven av 1977<sup>79</sup> et forbud mot diskriminering på grunnlag av homofil legning eller samlivsform. Et slikt vern kom inn i loven i 1998.<sup>80</sup> I lovens § 55 A (1) ble nedlagt et forbud mot å be arbeidssøker gi opplysninger om sin homofile legning eller homofile samlivsform. Et tilsvarende forbud gjaldt allerede for opplysninger om hvordan arbeidssøkerne stilte seg til politiske, religiøse og kulturelle spørsmål.<sup>81</sup> Det ble samtidig inntatt et unntak fra hovedregelen. Slike opplysninger kunne likevel kreves dersom de var begrunnet i «stillingens karakter» eller dersom den aktuelle stillingen hadde betydning for gjennomføringen av virksomhetens politiske, religiøse eller kulturelle formål.

I § 55 A (2) ble det innført et forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelse på grunn av blant annet homofil legning og homofil samlivsform. I tredje ledd ble det oppstilt et særlig unntak som skulle gjelde trossamfunn.

«Unntatt fra forbudet i andre ledd om diskriminering på grunn av homofil samlivsform skal være stillinger knyttet til religiøse trossamfunn der det i utlysning av stillinger er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet».

Unntaket gjaldt kun forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, i motsetning til unntaket for innhenting av opplysninger som også gjaldt homofil legning. Dette var et bevisst

---

<sup>77</sup> Strand (2012) s. 154

<sup>78</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 84

<sup>79</sup> Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4

<sup>80</sup> Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 30. april 1998 nr. 24

<sup>81</sup> Strand (2012) s. 164



valg fra lovgivers side<sup>82</sup>, da en for vid unntaksbestemmelse ville hindre flere homofile å ta stillinger i trossamfunn enn det som hadde vært intensjonen.<sup>83</sup>

Om innholdet i unntaksadgangen i § 55 A uttales det i forarbeidene følgende:

«... unntaksbestemmelsene i dagens § 55 A første ledd sikrer at bl.a. religiøse trossamfunn, herunder Den norske Kirke, har full anledning til å innhente opplysninger om seksuell legning til søkere så lenge organisasjonen selv har slike krav knyttet til enkelte stillinger ut fra organisasjonens formål. Til stillinger der slike særlige krav iht. paragrafens første ledd er gjort kjent i utlysning av stillingen, skal heller ikke forbudet mot diskriminering pga seksuell legning i paragrafens andre ledd gjelde»<sup>84</sup>

Det eksisterte således en forholdsvis vid adgang for trossamfunn til å innhente og legge vekt på arbeidssøkeres homofile samlivsform. Det var særlig alternativet om «formålet» for virksomheten som åpnet for en slik vid adgang. Forarbeidene uttaler at det vil være opp til den enkelte virksomhet selv å vurdere hvilket formål virksomheten har og om den aktuelle stillingen har betydning for gjennomføring av dette formålet. Det fremheves at også mer perifere stillinger, som rengjøringspersonale eller vaktmester, vil kunne ha betydning for gjennomføring av formålet, og dermed omfattes av unntaksadgangen.<sup>85</sup>

Innføringen av et diskrimineringsvern på grunn av homofil legning og homofil samlivsform medførte isolert sett et styrket vern av individets rett til likebehandling. Når det kommer til formålsrettede virksomheter som trossamfunn, kan rekkevidden av vernet likevel diskuteres. Det kan anføres at den forholdsvis vide unntaksadgangen medførte en betydelig begrensning av diskrimineringsvernet. Gjennom unntaksbestemmelsens annet alternativ fikk arbeidsgiver, herunder trossamfunn, stor frihet til å definere sitt eget behov for å forskjellsbehandle og innhente opplysninger.

---

<sup>82</sup> Besl. L nr. 2 (1997-1998)

<sup>83</sup> Strand (2012) s. 166

<sup>84</sup> Innst.O nr. 27 (1997-1998) pkt. 7,2

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 30 (1981-1982) s. 5

I 2004 ble arbeidsmiljøloven endret.<sup>86</sup> Bakgrunnen for endringen var myndighetenes ønske om å implementere EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet i den nasjonale lovgivning.<sup>87</sup> I tråd med direktivet ble diskrimineringsforbudet på grunnlag av homofil legning og homofil samlivsform endret til et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av «seksuell orientering».<sup>88</sup> I tillegg ble vernet utvidet til å gjelde alle sider av ansettelsesforholdet, frem til nå var det kun ansettelsessituasjonen som var regulert.<sup>89</sup>

Under lovforberedelsen foreslo Arbeidslivslovutvalget å fjerne det særlige unntaket som gjaldt trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform. Utvalget mente at unntaksadgangen skulle videreføres gjennom den generelle unntaksregelen, slik at det ikke lenger skulle være en egen bestemmelse for trossamfunn.<sup>90</sup> Under høringsrunden møtte forslaget motstand, særlig fra kristne organisasjoner og Kultur- og Kirkedepartementet. Kritikerne fryktet at den foreslåtte endringen i for stor grad ville innskrenke trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform.<sup>91</sup> Den særlige unntaksadgangen for trossamfunn ble beholdt som følge av kritikken. I innstillingen fra kommunalkomiteen ble det imidlertid reist spørsmål om en videreføring av § 55 A (3) var i overensstemmelse med EU-direktivet.<sup>92</sup> Mindretallet mente at en videreføring ville være i strid med direktivet. Adgangen til å innhente opplysninger om homofil samlivsform og legning ved ansettelse ble også videreført. Ved tolkning av de nye bestemmelsene, viser forarbeidene til endringsloven uttrykkelig til forarbeidene til § 55 A i 1977-loven.<sup>93</sup>

Ved at lovgiver valgte å beholde den særlige unntaksregelen for trossamfunn, samt adgangen til å innhente opplysninger om legning og samlivsform, videreføres den tilnærming til diskrimineringsvernet som lå til grunn for innføring av bestemmelsene i 1998. Lovens vide unn-

---

<sup>86</sup> Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 2004 nr. 15

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 9

<sup>88</sup> Ibid. s. 30

<sup>89</sup> Ibid. s. 24

<sup>90</sup> NOU 2003:2 s. 46

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 42

<sup>92</sup> Innst.O. nr. 52 (2003-2004) s. 12-13

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 42

taksbestemmelser illustrerer en lovgiverprioritering der religionsfriheten gis rom, til fordel for individets diskrimineringsvern.

I januar 2006 trådte den nye arbeidsmiljøloven<sup>94</sup> i kraft. På diskrimineringsområdet var den nye loven i stor grad en videreføring av gjeldende rett, og forarbeidene viser i all hovedsak tilbake til tidligere lovers forarbeider.<sup>95</sup> Arbeidsmiljøloven videreførte på denne måten de avveininger mellom religionsfrihet og likeverd som var lagt til grunn ved tidligere lovrevisjoner.

Det særlige unntaket som gjaldt trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle ved ansettelser ble beholdt i den nye arbeidsmiljøloven frem til 2010. Loven ble da endret slik at trossamfunns forskjellsbehandling av homofilt samlevende måtte henføres under den generelle unntaksadgangen i § 13-3 (1):

«Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.»

I forarbeidene til endringsloven, slo departementet fast at unntaksadgangen for trossamfunn nå ble skjerpet.<sup>96</sup> Lovendringen skapte stor debatt. Stortingets mindretall mente lovendringen i for stor grad medførte en innstramming av trossamfunns adgang til å «innrette sin virksomhet i forhold til egen læremessig overbevisning».<sup>97</sup> Departementet på sin side understreket at den aktuelle innstrammingen var i tråd med EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet.<sup>98</sup>

I januar 2014 trådte den nye diskrimineringsloven om seksuell orientering i kraft. Forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering ble med dette utvidet til å gjelde alle livsområder, med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold. Loven innførte også

---

<sup>94</sup> Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 193

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 37

<sup>97</sup> Innst. 158 L (2009-2010) s.11

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 37

to nye diskrimineringsgrunnlag; forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk ble nå forbudt.<sup>99</sup> Som en følge av lovens ikrafttredelse, ble arbeidsmiljølovens bestemmelser om diskriminering på grunn av seksuell orientering fjernet.

Diskrimineringsloven om seksuell orientering førte med seg få materielle endringer. De endringer som er foretatt er i hovedsak tekniske justeringer.<sup>100</sup> Trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle må på samme måte som etter 2010 leses inn i den generelle unntaksadgangen<sup>101</sup>.

Som fremstillingen illustrerer, fordrer fastleggingen av homofiles diskrimineringsvern kjennskap til rettsutviklingen som har funnet sted på området. Særlig i de ti siste årene, synes rettsutviklingen å ha gått i retning av et sterkere vern for individet. Spørsmålet i det videre blir derfor å avgjøre hvor vi står i dag. Hvilken adgang har arbeidsgiver til å forskjellsbehandle homofilt samlevende? Og hvordan avveies forholdet mellom religionsfriheten og individets diskrimineringsvern i dagens rettskildebilde?

---

<sup>99</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 1

<sup>100</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 12

<sup>101</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6

## 4 Forbud mot diskriminering

### 4.1 Innledning

I norsk rett er det klare utgangspunktet at diskriminering på grunnlag av seksuell orientering er forbudt. Dette fremgår av diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 (1). Med diskriminering forstås «direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7».<sup>102</sup>

Forbudet mot diskriminering rammer vidt. Det omfatter diskriminering på grunn av «faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig seksuell orientering ...». Det stilles ikke krav om at arbeidsgiver faktisk kjenner til arbeidstakers legning. Loven omfatter også de tilfeller der arbeidsgiver tror vedkommende har en bestemt seksuell orientering, tidligere *har hatt det* eller *vil kunne komme til å få det*. Den aktuelle formuleringen er en teknisk nyskapning, men innebærer ingen realitetsendring i forhold til tidligere lovgivning.<sup>103</sup>

### 4.2 Direkte forskjellsbehandling

I § 5 (2) defineres direkte forskjellsbehandling som «handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes seksuell orientering ...».

Begrepet *handling* er vidt og defineres i forarbeidene til å inneholde «alle former for praksis, betingelser, vedtak, bestemmelser, avtaler osv.»<sup>104</sup> Alt fra arbeidsgivers formelle beslutninger til mer trivielle avgjørelser som ledd i den daglige driften, vil således omfattes av forbudet mot diskriminering. Også rene *unnlatelser* omfattes av loven. Eksempelvis vil det kunne anses som diskriminering dersom arbeidsgiver unnlater å innkalle en homofilt samlevende til jobbintervju på grunn av vedkommendes samlivsform.

---

<sup>102</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5

<sup>103</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 159

<sup>104</sup> Ibid. s. 16

En ytring er ikke en handling, og faller i utgangspunkt utenfor lovens definisjon av forskjellsbehandling.<sup>105</sup> Krenkende ytringer blir imidlertid fanget opp av lovens § 8 om trakassering. Bestemmelsen rammer ytringer som «virker eller har til formål å virke» krenkende, nedverdiggende mv. Særlig grove ytringer er i tillegg sanksjonert i straffelovgivningen.<sup>106</sup>

I enkelte tilfeller kan det være uklart om en ytring rettslig sett skal anses som en ytring eller en handling. Dette gjelder eksempelvis arbeidsgivers spørsmål til en arbeidssøker under et jobbintervju. I dette tilfellet er sontringen uten betydning, da lovens § 16 spesifikt regulerer arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål, blant annet om seksuell orientering. Hovedregelen er at slike spørsmål er rettsstridige. Situasjonen vil være mer uklar utenfor slike lovregulerte tilfeller. Forarbeidene slår fast at ytringer i enkelte sammenhenger vil omfattes av handlingsbegrepet. Det må trolig sondres mellom rene meningsytringer og andre ytringer, som på grunn av situasjonen de er fremsatt i, burde omfattes av diskrimineringsforbudet.<sup>107</sup> Som eksempel peker forarbeidene på tilfellet der en arbeidsgiver offentlig gir uttrykk for at han ikke ønsker å ansette arbeidssøkere som lever i homofilt partnerskap. Slike utsagn kan føre til at enkelte unnlater å søke på den aktuelle stillingen, noe som igjen begrenser vedkommende sin adgang til arbeidsmarkedet.

Loven omfatter forskjellsbehandling som har til *formål* eller *virkning* at en person stilles dårligere enn andre i tilsvarende situasjon. De klareste tilfellene av forskjellsbehandling foreligger der arbeidsgiver uttrykkelig ønsker å behandle en person annerledes på bakgrunn av ett av lovens diskrimineringsgrunnlag. Dette er tilfelle når et trossamfunn ikke anser det forenelig med sin religiøse lære å ha homofilt samlevende ansatt i trossamfunnet.

Hensikt eller intensjon om å forskjellsbehandle er ikke en nødvendighet. Det avgjørende er at handlingen eller unnlatsen har en slik *virkning*. På samme måte er det uvesentlig om arbeidsgiver handlet med forsett eller med uaktsomhet.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> NOU 2009:14 s. 39

<sup>106</sup> Straffeloven § 135 a

<sup>107</sup> NOU 2009:14 s. 40

<sup>108</sup> L.c.

Forskjellsbehandling fordrer at arbeidstakeren stilles *dårligere* enn andre i tilsvarende situasjon. Terskelen for hva som skal anses som dårligere, er ikke definert i loven. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at den som blir diskriminert, må havne i en mindre gunstig posisjon enn andre. I forarbeidene slås det fast at forskjellsbehandlingen må være av «negativ karakter», ved at vedkommende kommer i en «dårligere stilling som følge av forskjellsbehandlingen».<sup>109</sup> Det kreves ikke at arbeidstaker stilles «kvalifisert dårligere enn den det sammenlignes med. Det er tilstrekkelig at vedkommende stilles dårligere».<sup>110</sup> Denne uttalelsen støttes av Høyesterett i Rt. 2012-424, hvor spørsmålet var om det forelå aldersdirksminering av en 61 år gammel arbeidssøker. Om arbeidstakeren eller –søkeren havner i en dårligere stilling, beror på en konkret vurdering. I forarbeidene<sup>111</sup> til diskrimineringsloven om seksuell orientering slås det fast at diskrimineringsbegrepet skal forstås på samme måte som i likestillingsloven<sup>112</sup>. Likestillings- og diskrimineringsnemnda har i sin tolkning av loven uttalt at det skal legges en objektiv målestokk til grunn når det vurderes om noen er havnet i en dårligere stilling. Avgjørende for vurderingen er hva som i alminnelighet oppleves som dårligere. Arbeidstakers egen oppfatning kan tillegges vekt dersom det etter en slik vurdering fortsatt er tvil om arbeidstaker har havnet i en mindre gunstig posisjon.<sup>113</sup> En slik dårligere stilling kan gi seg utslag i lavere lønn, tap av arbeidsoppgaver, oppsigelse eller at man ikke får den jobben man ellers ville være kvalifisert for mv.

Diskriminering fordrer at arbeidstaker må behandles dårligere enn andre i *tilsvarende situasjon*. Hvorvidt noe skal anses som en *tilsvarende situasjon*, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Det må foreligge relevante likhetspunkter mellom situasjonene som sammenlignes for at vilkåret skal være oppfylt.<sup>114</sup> I Rt. 2012-424 uttaler Høyesterett at «i ansettelsessaker vil sammenligningsgrunnlaget i første rekke være søkere med tilnærmet like kvalifikasjoner».<sup>115</sup> Slike kvalifikasjoner vil typisk være utdanning og annen yrkeserfaring.

---

<sup>109</sup> NOU 2009:14 s. 40

<sup>110</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35

<sup>111</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 84

<sup>112</sup> Lov om likestilling mellom kjønnene

<sup>113</sup> LDN-7-2006 og LDN-22-2006

<sup>114</sup> NOU 2009:14 s. 39

<sup>115</sup> Rt. 2012-424 avsn. 32

Det stilles ikke krav om en konkret sammenligningsperson for at forskjellsbehandling kan konstateres. I tråd med forarbeidene er det tilstrekkelig med en såkalt hypotetisk sammenligningsperson. Det vil være nok å påvise at vedkommende er blitt behandlet dårligere enn hva en tenkt person, ville ha blitt.<sup>116</sup> Det er derfor ikke nødvendig at den som føler seg diskriminert kan vise til at en annen person eksempelvis har høyere lønn og at denne ikke lever i et homofilt partnerskap. Tilsvarende forståelse ligger til grunn for rammedirektivet om likebehandling,<sup>117</sup> og kommer til syne gjennom direktivteksten. Det fremgår her at diskriminering foreligger dersom noen behandles dårligere enn hva en annen i en tilsvarende situasjon «ville blive behandlet».<sup>118</sup>

Videre må det foreligge årsakssammenheng mellom den dårlige behandlingen og et av lovens diskrimineringsgrunnlag. Dette fremgår av formuleringen «og at dette skyldes seksuell orientering ...». Når det skal avgjøres om slik årsakssammenheng er til stede, er det den *faktiske* begrunnelsen for forskjellsbehandlingen som vil være avgjørende. Dersom en homofilt samlevende ville havnet i samme situasjon uavhengig av sin seksuelle samlivsform, foreligger ikke diskriminering.<sup>119</sup> Dette vil eksempelvis være tilfellet der en homofilt samlevende ikke får den jobben han søker på, og grunnen er at han mangler de grunnleggende faglige kvalifikasjoner stillingen krever, eller at en bedre kvalifisert søker blir tilsatt.

På den annen side er det uten betydning hva arbeidsgiver hevder er begrunnelsen for beslutningen. Det avgjørende blir hva som i realiteten er den bakenforliggende årsaken. Det kan i slike situasjoner oppstå vanskelige bevissspørsmål. Arbeidsgiver vil typisk hevde at arbeidstakers seksuelle orientering ikke har vært tillagt vekt og at det er andre grunner som ligger bak dennes beslutning. Slike bevissspørsmål vil behandles nærmere i kapittel 6.

### **4.3 Indirekte forskjellsbehandling**

Etter § 5 (2) forstås indirekte forskjellsbehandling som:

---

<sup>116</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 16

<sup>117</sup> Strand (2007) s. 145

<sup>118</sup> Rdir 2000/78/EF art. 2

<sup>119</sup> Strand (2012) s. 144



«... enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk.»

Indirekte forskjellsbehandling vil ikke være aktuelt for avhandlingens tema. Avhandlingen behandler hvorvidt trossamfunn kan forskjellsbehandle arbeidssøkere og ansatte på grunn av homofil samlivsform. En slik praksis er en direkte form for diskriminering, da den uttrykkelig er bygget på vedkommendes seksuelle orientering. Det foreligger med andre ord ikke en «nøytral» praksis. Det avgrenses derfor mot behandling av indirekte forskjellbehandling.

## **5 Grensen mellom diskriminering og lovlig forskjellsbehandling**

### **5.1 Rammen for den videre vurdering**

#### **5.1.1 Den norske bestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling**

Ikke all forskjellsbehandling av arbeidstakere regnes som diskriminering. På gitte vilkår vil slik behandling være lovlig. Kjernen i avhandlingen er hvor denne grensen trekkes, og hvilket handlingsrom dette gir trossamfunn. Adgangen til å forskjellsbehandle reguleres i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6:

Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- a) den har et saklig formål,
- b) den er nødvendig for å oppnå formålet og
- c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.

Bestemmelsen viderefører den lovendring som ble foretatt i arbeidsmiljøloven i 2010. Trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle reguleres ikke lenger av et særlig unntak, men må henføres under den generelle unntaksbestemmelsen.

#### **5.1.2 EU-rettens bestemmelse om lovlig forskjellsbehandling**

Som redegjort for i kapittel 3.3 ble arbeidsmiljøloven endret i 2004 for å sikre at norsk rett var i overensstemmelse med rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet. EU-retten skal tillegges stor vekt ved tolkningen av de nasjonale diskrimineringsbestemmelsene, dette følger av Høyesteretts praksis knyttet til direktivet. Rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet art. 4 regulerer adgangen til forskjellsbehandling. Art. 4 nr. 1 lyder som følger:

«Uanset artikel 2, stk. 1 og 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der har forbindelse med en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde, ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.»

Bestemmelsen omfatter de tilfeller der en bestemt egenskap, eksempelvis seksuell orientering, anses som nødvendig for å gjennomføre de oppgaver som ligger til en stilling.<sup>120</sup> Bestemmelsen åpner for forskjellsbehandling basert på alle direktivets diskrimineringsgrunnlag. En slik egenskap kan være nødvendig på to alternative måter: For det første dersom *karakteren av aktivitetene knyttet til stillingen* gjør det nødvendig. For det andre, dersom egenskapen er nødvendig *på grunn av konteksten disse aktivitetene utføres i*. Et typisk eksempel på bestemmelsens anvendelsesområde vil være der man ønsker at lederen i en homofil interesseorganisasjon selv er homofil.<sup>121</sup> For at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, må den i tillegg ha et legitimt mål og det må være et rimelig forhold mellom målet og forskjellsbehandlingen.

Bestemmelsen omtales gjerne som et GOR-unntak og er en del av en større gruppe unntak innenfor EU-retten som alle er bygget opp over samme lest. Forkortelsen betegner situasjonen der en bestemt egenskap, eksempelvis seksuell orientering, utgjør et «Genuin Occupational Requirement».<sup>122</sup>

I art. 4 nr. 2 (1) er det inntatt en særlig adgang til forskjellsbehandling for «kirker og andre offentlige eller private organisasjoner hvis etik er basert på religion eller tro». Bestemmelsen gir slike organisasjoner en særlig adgang til å forskjellsbehandle arbeidstakere og -søkere på grunn av deres «religion eller tro». Avslutningsvis slås det fast at bestemmelsen ikke åpner for «forskjellsbehandling med annen begrundelse». Forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering kan følgelig ikke hjemles i art. 4 nr. 2 (1).

I motsetning til art. 4 nr. 1, krever ikke art. 4 nr. 2 (1) at forskjellsbehandlingen skal være begrunnet i et «avgjørende» yrkesmessig krav. Trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av tro og religion er derfor noe videre enn den generelle unntaksadgangen som etableres i art. 4 nr. 1. Ettersom art. 4 nr. 2 (1) ikke åpner for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, vil bestemmelsen ikke forfølges i det videre.

---

<sup>120</sup> NOU 2008:1 s. 30

<sup>121</sup> L.c.

<sup>122</sup> Vickers (2007) s. 56

EU-domstolen har siden opprettelsen av rammedirektivet avsagt fire dommer knyttet til diskriminering på grunn av seksuell orientering.<sup>123</sup> Ingen av de fire dommene belyser unntaksbestemmelsen i direktivets art. 4 nr. 1. Sakene fokuserer utelukkende på hvorvidt direkte diskriminering har funnet sted etter direktivets art. 2 nr. 2. Av denne grunn gir dommene liten veiledning når grensene for lovlig forskjellsbehandling skal fastlegges.

Det eksisterer noe praksis knyttet til art. 4 nr. 1 når det gjelder direktivets øvrige diskrimineringsgrunnlag. EU-domstolen har behandlet to saker der unntaksbestemmelsens rekkevidde er tema, begge sakene er knyttet til aldersdiskriminering. Selv om dommene ikke omhandler seksuell orientering, vil de være av interesse når grensene for lovlig forskjellsbehandling skal fastlegges. De momenter og avveininger som domstolen legger vekt på, vil ha relevans også for direktivets øvrige diskrimineringsgrunnlag.

### **5.1.3 En avgrensning mot rammedirektivets artikkel 4 nr. 2 (2)**

Artikkel 4 nr. 2 (2) har følgende ordlyd:

«Under forudsætning af at dette direktiv i øvrigt overholdes, er det således ikke til hinder for, at kirker og andre offentlige eller private organisationer, hvis etik er baseret på religion eller tro, og som handler i overensstemmelse med den nationale forfatning og lovgivning, kan kræve af personer, der arbejder for dem, at de har en redelig indstilling til og er loyale over for organisationens etik.»

Bestemmelsen retter seg mot arbeidstakere som allerede er ansatt, jf. formuleringen «der arbejder for dem»<sup>124</sup> og inneholder et krav om at de ansatte må opptre med en redelig innstilling og være lojale overfor organisasjonens etikk.

Det har i teorien blitt reist spørsmål om art. 4 nr. 2 (2) har en selvstendig betydning ved siden av art. 4 nr. 2 (1), jf. forutsetningen om at direktivets bestemmelser «i øvrig overholdes».

---

<sup>123</sup> Sakene C-267/06 Tadao Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-147/08 Jürgen Römer mot Freie und Hansestadt Hamburg, C-81/12 Asociația ACCEPT mot Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, C-267/12 Frédéric Hay mot Crédit agricole mutuel de Charente- Maritime et des Deux-Sèvres.

<sup>124</sup> Strand (2012) s. 173

Spørsmålet har vært hvorvidt art. 4 nr. 2 (2) skal sees på som en forlengelse av første ledd, og dermed *kun* innebære at trossamfunnet kan kreve lojalitet mot etikken når det gjelder arbeidstakers religion eller tro, eller om den skal tillegges en selvstendig betydning slik at man også kan stille krav om annen lojal oppførsel, så lenge dette kan begrunnes i organisasjonens etikk. Dersom den siste forståelsen legges til grunn, innebærer dette at kirker og andre religiøse organisasjoner, kan kreve at arbeidstakere ikke lever i homofilt partnerskap så lenge dette strider mot organisasjonens etikk. Et slikt krav vil innebære en indirekte forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering.

EU-domstolen har ikke tatt stilling til spørsmålet. Problemstillingen er imidlertid reist i teorien.<sup>125</sup> De fleste teoretikerne velger å presentere problemet, for så å konkludere med at bestemmelsens innhold er uavklart inntil EU-domstolen behandler spørsmålet nærmere. For avhandlingens del blir det imidlertid nødvendig å ta stilling til om art. 4 nr. 2 (2) åpner for at trossamfunn kan kreve at arbeidstakere ikke kan leve i homofile partnerskap der dette strider mot trossamfunnets etikk.

Utgangspunktet for tolkningen er bestemmelsens ordlyd. Som utledet over, er det nettopp ordlyden som har forårsaket tvil om tolkningen ved at annet ledd innledes med formuleringen «Under forudsætning af at dette direktiv i øvrigt overholdes, er det således ikke til hinder ...» En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at henvisningen til direktivet «i øvrigt», medfører at annet ledd må forstås som en spesifisering eller en forlengelse av bestemmelsens øvrige innhold. En slik forståelse finner støtte i teorien.<sup>126</sup> Det er også tatt til orde for at begrepet «således» er tatt inn i bestemmelsen nettopp for å vise tilbake til første ledd.<sup>127</sup> Legges en slik forståelse til grunn, medfører dette at annet ledd *ikke* åpner for forskjellsbehandling på annet grunnlag enn religion og tro, slik første ledd legger opp til.

Etter mitt syn støttes en slik forståelse av annet ledd også av sammenhengen i regelverket. Artikkel 4 nr. 2 (2) er i teorien forstått slik at dersom ansatte i kirker og trossamfunn ikke inn-

---

<sup>125</sup> Waaldijk (2006) s. 50, Bell (2007) s. 308, Strand (2012) s. 173, Ellis (2012) s. 396

<sup>126</sup> Bell (2007) s. 308

<sup>127</sup> Waaldijk (2006) s. 50

retter seg etter organisasjonens etikk, vil dette danne grunnlag for oppsigelse.<sup>128</sup> Som påpekt over, regulerer art. 4 nr. 2 (2) forholdet der en arbeidstaker allerede *er ansatt*. Art. 4 nr. 2 (1) er derimot ikke begrenset til å gjelde ansatte arbeidstakere. Bestemmelsen kan også benyttes når det gjelder valget mellom arbeidssøkere i en ansettelsesprosess. På denne bakgrunn virker det lite logisk at man ved ansettelsen etter første ledd kun kan legge vekt på søkerens religion og tro, for så - når vedkommende er tilsatt - kan kreve at denne er lojal mot trossamfunnets etikk, også på andre områder. I praksis ville dette medføre at man etter første ledd ikke har anledning til å legge vekt på arbeidstakers seksuelle orientering ved selve ansettelsen, men at man når vedkommende har fått jobben, kan si opp arbeidstakeren dersom denne ikke innretter seg etter trossamfunnets syn på homofilt samliv. Denne logiske bristen taler etter mitt syn for at bestemmelsen ikke åpner for å legge vekt på seksuell orientering.

Direktivets fortale kan tas til inntekt for en tilsvarende forståelse av bestemmelsen. Fortalens premiss 23 slår fast at forskjellsbehandling kun kan finne sted «Under meget begrensede omstendigheter». Utsagnet tilsier en restriktiv tolkning av direktivets unntaksbestemmelser. På denne bakgrunn synes det lite rimelig at kirker og andre organisasjoner, hvis etikk er basert på religion og tro gjennom art 4 nr. 2 (2), har anledning til å forskjellsbehandle arbeidstakere på et hvert grunnlag, så lenge denne egenskapen er i strid med organisasjonens etikk. En slik fortolkning ville gitt kirker og religiøse organisasjoner et svært vidt spillerom med hensyn til hvordan de kan behandle sine ansatte. Fortalens utgangspunkt om en restriktiv tolkning, tilsier derfor at den snevreste fortolkningen av bestemmelsen legges til grunn i tvilstilfeller. Dette medfører at seksuell orientering *ikke* kan leses inn i bestemmelsens annet ledd.

Etter dette synes det nærliggende å konkludere med at art. 4 nr. 2 (2) ikke er anvendelig når det gjelder arbeidstakers seksuelle orientering. Den videre drøftelse vil derfor ta utgangspunkt i at forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering må vurderes etter art. 4 nr. 1.

#### **5.1.4 Den europeiske menneskerettskonvensjons bestemmelse om diskriminering**

EMKs forbud mot diskriminering kommer til uttrykk i art 14. Etter denne skal konvensjonens fastslåtte rettigheter sikres «uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, ... eller

---

<sup>128</sup> Bell (2001) s. 664

annen status». EMD har slått fast at seksuell orientering omfattes av begrepet «annen status».<sup>129</sup> Art. 14 er et aksessorisk diskrimineringsforbud, som betyr at bestemmelsen *i seg selv* ikke etablerer et vern mot diskriminering. Art. 14 kommer kun til anvendelse dersom en av konvensjonens øvrige rettigheter berøres.<sup>130</sup> Art. 8 sikrer retten til privatliv. Det er på det rene at en persons seksuelle orientering omfattes av denne bestemmelsen.<sup>131</sup> I art. 9 sikres individet rett til individuell religionsfrihet. Dermed kan trossamfunns forskjellsbehandling av homofilt samlevende også komme i strid med denne bestemmelsen.

EMD har ikke avsagt noen dom som konkret belyser avhandlingens tema. Det eksisterer likevel *noe* praksis som kaster lys over problemstillingen. De aktuelle sakene berører individers rettighetsvern ved oppsigelse i trossamfunn.<sup>132</sup>

### **5.1.5 Nærmere om vurderingen av lovlig forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven § 6**

Som nevnt i kapittel 2, har EU-rettslige kilder direkte betydning ved tolkningen av norske diskrimineringsbestemmelser. EMK-rettslige normer kan også bidra til ytterligere fastlegging av gjeldende rett. Denne tilnærmingen vil derfor benyttes nedenfor.

Det beror på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering hvorvidt et tilfelle skal anses som diskriminering eller lovlig forskjellsbehandling.<sup>133</sup>

Det er nær sammenheng mellom de ulike vilkårene, og av den grunn vil vurderingene lett kunne gli over i hverandre.<sup>134</sup> Unntaksbestemmelsen om forskjellsbehandling er et konkret uttrykk for den avveiningen som må foretas mellom retten til religionsfrihet og retten til likeverd. Departementet uttaler at det i praksis vil være et spørsmål om å finne den løsningen som best mulig ivaretar begge sett av rettigheter. Kravet for å gripe inn i en av rettighetene øker jo

---

<sup>129</sup> NOU 2008:1 s. 22

<sup>130</sup> Strand (2012) s. 195

<sup>131</sup> L.c.

<sup>132</sup> Strand (2012) s. 197

<sup>133</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 161

<sup>134</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 40

nærmere en konkret situasjon befinner seg de sentrale verdier rettigheten søker å ivareta.<sup>135</sup> Den praktiske konsekvensen av dette, blir at det må foretas en strengere vurdering av forskjellsbehandlingens lovlighet, dersom denne befinner seg i ytterkanten av religionsfrihetens kjerneområde. Eksempelvis skal det mer til for å begrunne forskjellsbehandling av rengjøringspersonale enn av trossamfunnets øverste religiøse leder.

Bestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling er en dynamisk bestemmelse. Regelens innhold vil bli presisert og utviklet etter hvert som konkrete saker blir behandlet av likestillings- og diskrimineringsnemnda og domstolene.<sup>136</sup> Unntaksbestemmelsens dynamiske preg er også lagt til grunn i EU-retten.<sup>137</sup> Den rettsutvikling som finner sted i EU-domstolen påvirkes av de endringer som finner sted i samfunnet generelt og gjennom tilslutningen av nye medlemsland.<sup>138</sup> Også EMD kjennetegnes ved sin dynamiske karakter.<sup>139</sup> Av denne grunn antas det at unntaksbestemmelsene knyttet til diskriminering, vil formes og utvikles i takt med de sosiale og kulturelle endringer som finner sted i samfunnet.

## 5.2 Kravet om saklig formål

Forskjellsbehandling må ha et «saklig formål» for at den skal være lovlig. I rammedirektivet opereres det med termen «legitimt» mål. Loven og direktivet gir liten veiledning når det gjelder det nærmere innhold i saklighetskravet. En avklaring av begrepet må dermed søkes gjennom øvrige rettskilder.

### 5.2.1 Forskjellsbehandlingen må knytte seg til religionsutøvelsen

Forskjellsbehandling er i følge forarbeidene saklig dersom den er *religiøst begrunnet*. Dette vil kun være tilfelle der det dreier seg om et forhold som har nær tilknytning til selve *religionsutøvelsen*, altså *praktiseringen av religionen*.<sup>140</sup> Det er et lærespørsmål hva som anses som religionsutøvelse. I dette ligger at det vil være opp til hvert enkelt trossamfunn, i kraft av

---

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 40

<sup>136</sup> L.c.

<sup>137</sup> Pitt (2009) s. 3

<sup>138</sup> EØS-rett (2004) s. 41, Pitt (2009) s. 3

<sup>139</sup> Aall (2011) s. 37 og 96

<sup>140</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 40



sin religiøse overbevisning, å fastlegge hvilke handlinger som er en del av religionsutøvelsen. Forarbeidene påpeker at domstolene må være varsomme med å overprøve trossamfunnets syn i slike spørsmål.<sup>141</sup> Hvilke handlinger som kategoriseres som religionsutøvelse vil variere mellom de ulike trossamfunnene. Felles for de fleste, er at såkalte forkynnende stillinger som prest, pastor eller imam, vil være stillinger som direkte er knyttet til religionsutøvelsen. Et eksempel fra Den norske kirke illustrer hvordan ulike trossamfunn selv definerer hvilke stillinger som knytter seg til praktiseringen av religionen. En kantor er en vigslet kirkemusiker og blir i Den norske kirke regnet for å utgjøre en del av religionsutøvelsen. I andre trossamfunn vil en tilsvarende stilling nødvendigvis ikke utgjøre en del av religionsutøvelsen. Stillingskategorier som rengjøringspersonale og kjøkkenansatte vil i de fleste trossamfunn ikke ta del i religionsutøvelsen. Her vil forskjellsbehandling med hjemmel i § 6 ikke være tillatt.<sup>142</sup>

### **5.2.2 Forskjellsbehandling basert på andre grunnlag enn religion er usaklig**

Ettersom forskjellsbehandling skal være religiøst begrunnet, må det avgrenses mot behandling som har sin bakgrunn i andre forhold enn religiøs overbevisning. Dette vil for det første gjelde forskjellsbehandling som springer ut av fordommer og stereotype oppfatninger. Slik atferd vil ikke oppfylle kravet om «saklig formål».<sup>143</sup> Det samme antas å gjelde der forskjellsbehandlingen er begrunnet i trossamfunnets praksis, kultur eller tradisjoner, og der disse ikke er religiøst forankret. I enkelte trossamfunn kan det være vanskelig å sondre mellom slik kulturell praksis og religiøs lære. Dette er tilfellet der den religiøse læren er utviklet gjennom den kulturelle tradisjonen, eller virker som en forlengelse av denne. I slike tilfeller vil det ikke være praktisk mulig å skille mellom religion og kultur. Forarbeidene understreker at forskjellsbehandling basert på slik praksis vil kunne anses som saklig.<sup>144</sup>

### **5.2.3 Når er forskjellsbehandlingen religiøst begrunnet?**

Forskjellsbehandlingen må være *religiøst begrunnet* for å være saklig. Spørsmålet blir derfor *hva som skal til* for at dette er tilfellet. I denne sammenheng må det særlig undersøkes om det

---

<sup>141</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

<sup>142</sup> Vickers (2007) s. 56

<sup>143</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

<sup>144</sup> L.c.

foreligger en terskel for når et synspunkt kan sies å være religiøst begrunnet. Kreves det eksempelvis enstemmig oppslutning, eller vil enhver anførsel om at noe hviler på en religiøs overbevisning, være tilstrekkelig for at saklighetskravet er oppfylt?

Det vil variere mellom ulike trossamfunn *hvor* den religiøse læren er forankret. En vanlig tilnærming er imidlertid at lærespørsmål utledes fra den religiøse skriften eller fra en religiøs tradisjon.<sup>145</sup> Også andre tilnærminger er mulig.

#### 5.2.3.1 Trossamfunnets lære utledes utelukkende fra den religiøse skriften

I enkelte trossamfunn hviler den religiøse lære utelukkende på trossamfunnets hellige skrift, ved at en ordrett forståelse av skriften legges til grunn. I slike trossamfunn vil det sjelden oppstå tvil om når et synspunkt er tilstrekkelig religiøst forankret. Domstolen må i slike tilfeller legge skriftens formuleringer opp mot til grunn.<sup>146</sup> For avhandlingen innebærer dette at dersom skriften gir uttrykk for at homofilt partnerskap er i strid med læren, vil saklig formål være til stede.

#### 5.2.3.2 Trossamfunnets lære fastlegges av én leder med tolkningsmonopol

I enkelte trossamfunn eksisterer det én autoritativ leder med enerett på fortolkning av trossamfunnets lære. Læren kan ha sitt grunnlag i tradisjon eller skrift. I slike trossamfunn vil det ikke oppstå problemer knyttet til å fastlegge den teologiske læren. Lederens tolkning av læren blir da avgjørende for hvordan religionen skal forstås. Som en konsekvens må domstolen legge til grunn lederens fortolkning av læren. Saklighetsvilkåret er oppfylt dersom en slik fortolkning slår fast at homofilt partnerskap strider med den religiøse overbevisning.

#### 5.2.3.3 Fravær av én autoritativ leder med tolkningsmonopol

I trossamfunn der det *ikke* eksisterer én leder med tolkningsmonopol, vil kompetansen til å tolke den religiøse lære ofte være delt mellom ulike parter innad i trossamfunnet. Organisatorisk eksisterer det her store forskjeller mellom ulike trossamfunn. To typiske organisasjonsformer blir imidlertid fremhevet i forarbeidene: For det første finnes det trossamfunn som

---

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 40-41

<sup>146</sup> NOU 2008:1 s. 71

opererer med formelt bestemmende organer. Disse organer er gitt myndighet på vegne av trossamfunnet til å avgjøre religiøse tolkningsspørsmål. Dette er eksempelvis tilfellet i Den norske kirke.<sup>147</sup> Her er Bispemøtet og Kirkemøtet gitt kompetanse til å uttale seg om kirkens syn i teologiske lærespørsmål, herunder synet på homofilt partnerskap. På den andre siden finner en trossamfunn der det ikke eksisterer en formell organisering i forhold til fastleggingen lærespørsmål. Slike trossamfunn vil typisk være ordnet ved at enkeltstående religiøse ledere i trossamfunnet er gitt adgang til å tolke læren. Dette gjelder eksempelvis i enkelte muslimske menigheter, hvor det ofte foreligger ulike tolkninger av læren imamene imellom.<sup>148</sup>

Felles for trossamfunn der tolkningskompetansen er spredt, er at det ofte vil oppstå uenighet om hvordan den religiøse lære skal forstås. Spørsmålet i det videre blir hvordan kravet om en *religiøs begrunnelse* påvirkes av en slik uenighet.

Det må først undersøkes om ordlyden kan gi veiledning. I rammedirektivet art. 4 nr. 1 slås det fast at forskjellsbehandlingen må utgjøre et «regulært» yrkesmessig krav. Dette vilkåret fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i den norske bestemmelsen. På bakgrunn av den vekt EU-direktivet skal tillegges ved fortolkningen, må det legges til grunn at vilkåret «regulært» skal innfortolkes som en del av den nasjonale bestemmelsen. Et slik syn støttes av forarbeidene.<sup>149</sup> En naturlig forståelse av begrepet «regulært» tilsier at forskjellsbehandlingen må være utslag av en praksis som til vanlig legges til grunn i trossamfunnet. Forarbeidene påpeker at «regulært» er et svakere uttrykk enn *konsekvent*. Forarbeidene antar derfor at direktivet *ikke* er til hinder for at enkelte menigheter forskjellsbehandler på grunn av homofilt partnerskap, mens andre ikke gjør det.<sup>150</sup>

Per dags dato foreligger det ikke praksis fra EU-domstolen som belyser trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle ansatte. Inntil det kommer en sak for domstolene som konkret omhandler trossamfunn, er det vanskelig å se for seg at rettspraksis knyttet til art. 4 nr. 1 vil gi

---

<sup>147</sup> Kirkeloven § 24 og 26

<sup>148</sup> NOU 2008:1 s. 71

<sup>149</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

<sup>150</sup> L.c.

særlig veiledning når saklighetsvilkåret skal fastlegges. Rammedirektivets vide anvendelsesområde medfører at domstolen må ta stilling til et vidt spekter av saker og et tilsvarende spekter av ulike virksomheter. Sakene som til nå er behandlet av EU-domstolen har utelukkende omhandlet forskjellsbehandling på grunn av alder. Domstolens vurderinger av saklighetsvilkåret har vært meget konkrete og tilpasset den aktuelle virksomhet. Av denne grunn er det lite veiledning å hente når saklighetskravet for *trossamfunn* skal fastlegges.

Fortalens premiss 23 taler for at adgangen til å forskjellsbehandle må tolkes strengt. Premisset viser tydelig at det ved direktivvedtaket var en forutsetning at forskjellsbehandling kun skulle være lovlig i svært begrenset omfang. Ettersom EU-retten skal tillegges betydelig vekt ved tolkningen av nasjonale bestemmelser, taler fortalen for at trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle må underlegges en restriktiv fortolkning. Det kan anføres at det må foreligge en solid religiøs begrunnelse før forskjellsbehandling vil være rettmessig. Følgelig kan det hevdes at det må kreves oppslutning av *et visst omfang* før et standpunkt kan sies å være religiøst begrunnet.

I forarbeidene slås det fast at det ikke kreves enighet om religiøse lærespørsmål for at forskjellsbehandlingen skal være religiøst begrunnet. Dette gjelder *internt* i det enkelte trossamfunn, men også *mellom* ulike trossamfunn innenfor samme religion.<sup>151</sup> Eksempelvis kan den lutherske og katolske kirke operere med ulike syn på homofilt samliv.

Når det gjelder uenighet internt i det enkelte trossamfunn uttaler Prop. 88 L, proposisjonen til diskrimineringsloven om seksuell orientering, at det ikke kan kreves at den religiøse tolkningen har støtte av et «bestemt flertall» i trossamfunnet.<sup>152</sup> Formuleringen kan tilsi at det likevel må foreligge et flertall, men at lovgiver ikke har ønsket å tallfeste dette. I Ot.prp nr. 79 er ordet «bestemt» derimot satt i parentes. Det uttales følgende:

«Det bør heller ikke kreves at fortolkningen har støtte blant et (bestemt) flertall i trossamfunnet».<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 126

<sup>152</sup> L.c.

<sup>153</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

Denne formuleringen tilsier at en religiøs fortolkning ikke trenger støtte fra et flertall. Konsekvensen av en slik forståelse blir at mindretallets synspunkt også kan legitimere forskjellsbehandling, nettopp fordi mindretallet selv mener at synspunktet er religiøst begrunnet. I sin ytterste konsekvens vil dette medføre at enhver religiøs fortolkning av læren kan legitimere forskjellsbehandling.

Etter dette synes det noe uklart hvilken forståelse som skal legges til grunn. Det kan virke som om departementet ikke har vært klar over denne ulikheten mellom formuleringene. I proposisjonen til diskrimineringsloven om seksuell orientering gjøres det klart at forarbeidene til tidligere lover<sup>154</sup> fortsatt gjelder ved tolkning av dagens bestemmelser.<sup>155</sup> Konsekvensen av dette blir at det foreligger ulike forarbeider, som antas å være samstemte, men som i realiteten innebærer en ikke uvesentlig nyanseforskjell. Det må utvises varsomhet med å tillegge denne ulikheten vekt i den ene eller andre retning, da det virker som departementet ikke har tilsiktet denne ulikheten. Det er med bakgrunn i dette uklart hva som kan utledes av forarbeidene med hensyn til om det kreves flertall for et synspunkt innad i trossamfunnet. Det som derimot *kan* utledes, er at det ikke stilles krav om et «bestemt flertall».

Departementet uttaler videre at Den norske kirke, også etter vedtaket på Kirkemøtet i 2007, kan begrunne forskjellsbehandling av homofilt samlevende. Det er opp til det enkelte bispedømmeråd og de lokale ansettelsesmyndigheter å avgjøre hvordan de ønsker å tilnærme seg spørsmålet om homofilt partnerskap, ettersom Den norske kirke har akseptert at begge syn er religiøst begrunnet. I forhold til spørsmålet om det foreligger en terskel for når et standpunkt er religiøst begrunnet, gir situasjonen i Den norske kirke ikke konkret veiledning. Dette har sin bakgrunn i at *flertallet* på Kirkemøtet mente at det er kirkelig begrunnelse for *begge* standpunktene. På denne måten bidrar ikke situasjonen i Den norske kirke til å oppklare hva som ligger i kravet til saklighet.

Forarbeidene uttrykker at domstolen bør være varsomme med å overprøve om et synspunkt er godt nok forankret i den religiøse læren dersom det skulle oppstå tvil om dette. Utsagnet vektlegger trossamfunnets autonomi fremfor retten til likebehandling.

---

<sup>154</sup> NOU 2008:1, NOU 2009:14 og Ot.prp. nr. 79 (2008-2009)

<sup>155</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 125

I juridisk teori er det skrevet lite om saklighetskravet i forhold til trossamfunn og forskjellsbehandling av homofilt samlevende. Både nasjonale og internasjonale teoretikere er varsomme med å uttale seg om hvor terskelen ligger, og spiller ballen tilbake til EU-domstolen for en nærmere avklaring. Det er lite konkret å hente fra teorien inntil en slik avklaring foreligger. Når det gjelder mer generelle uttalelser om unntaksadgangen, peker flere teoretikere<sup>156</sup> på direktivets fortale og understreket at forskjellsbehandling er tilsiktet i svært begrenset omfang. På den andre side fremheves religionsfriheten som en grunnleggende menneskerettighet, og at trossamfunn av denne grunn må tilsies en viss autonomi.<sup>157</sup> Dette synliggjør problemstillingens kompleksitet ved at den befinner seg i skjæringspunktet mellom to grunnleggende rettigheter.

Det er få rettskilder som gir veiledning når saklighetsstandarden skal fastlegges. Det må undersøkes om reelle hensyn kan belyse spørsmålet. I vurderingen av om slike rimelighetsbetraktninger kan påvirke tolkningen, må det holdes fast ved utgangspunktet om at det er snakk om to grunnleggende menneskerettigheter. Dette taler med styrke for at et eventuelt inngrep i disse rettighetene må hvile på en solid rettslig forankring.

Hensynet til forutberegnelighet kan tilsi at det må innfortolkes en viss terskel i saklighetskravet, slik at ikke enhver tolkning av den religiøse læren kan legitimere forskjellsbehandling. Fravær av en slik terskel vil medføre en meget uforutsigbar situasjon for arbeidstakere og søkere. I realiteten blir det da opp til den enkelte arbeidsgiver å avgjøre hvordan den religiøse lære skal tolkes. Et eksempel kan hentes fra islam, hvor det kan foreligge ulike fortolkninger av læren imamene imellom. Dersom det ikke kan stilles krav om en viss oppslutning rundt et religiøst synspunkt, vil fortolkningen foretatt av en enkeltstående imam legitimere forskjellsbehandling, selv om imamen er i betydelig mindretall sammenholdt med trossamfunnet for øvrig. Dette vil føre til en lite forutsigbar situasjon for arbeidstaker. Hensynet til forutberegnelighet tilsier derfor at det må kunne kreves *en viss* oppslutning i trossamfunnet, før et standpunkt kan anses som religiøst begrunnet.

---

<sup>156</sup> Strand (2012) s. 172, Ellis (2012) s. 394

<sup>157</sup> Doe (2011) s. 249

Det kan videre anføres at en fortolkning av læren bare er tilstrekkelig religiøst begrunnet dersom den bygger på tolkninger utført av trossamfunnets ledere med teologisk kompetanse. Dersom dette ikke legges til grunn, vil det overlates til det enkelte trossamfunn å avgjøre hva som skal til for at et synspunkt anses som religiøst begrunnet. Dette vil bero på trossamfunnets indre organisering. Et mulig utfall av dette er at det blir opp til lekfolk å fatte beslutning om hvordan menigheten skal tilnærme seg spørsmålet om homofilt samliv. I Den norske kirke vil dette delvis være tilfellet ved ansettelser av for eksempel diakoner, kateketer og kantorer. Slike arbeidstakere ansettes av fellesråd eller menighetsråd, som i stor grad består av lekfolk.<sup>158</sup> Fellesråd og menighetsråd står fritt til å velge hvilket av kirkens to syn på homofilt samlevende de ønsker å legge til grunn. Fra et diskrimineringsrettslig standpunkt kan det virke lite rimelig at det skal overlates til lekfolk å avgjøre om en arbeidstaker skal forskjellsbehandles på grunn av sin samlivsform. Avveiningen mellom religionsfrihet og likeverd er komplisert og langt fra uproblematisk. Det kan derfor anføres at et synspunkt må hvile på tolkninger foretatt av lærde, fremfor lekfolk uten teologisk utdanning. For den som blir utsatt for diskriminering, vil det trolig oppleves ekstra tyngende at vurderingen av hvorvidt det foreligger religiøst grunnlag for å forskjellsbehandle, er avgjort av personer uten formell teologisk kompetanse.

Det kan videre anføres at dersom terskelen for forskjellsbehandling legges for lavt, og domstolen ukritisk må bygge på trossamfunnets anførsler om religiøs overbevisning, kan dette skape rom for at religion brukes som begrunnelse for forskjellsbehandling der det egentlig er andre forhold som ligger bak ønsket om å behandle vedkommende annerledes. Dersom et trossamfunn tilsies en for stor autonomi, vil det bli svært vanskelig å avdekke slike tilfeller.

En gjennomgang av det foreliggende rettskildematerialet viser med tydelighet at det ikke foreligger et klart svar på når saklighetskravet er oppfylt. Dette leder oss tilbake til utgangspunktet: Inngrep i grunnleggende menneskerettigheter må bygge på en solid rettslig forankring, noe som synes vanskelig å spore i det eksisterende rettskildematerialet. Juridisk metode tilsier derfor at en må falle tilbake på de rettskilder som foreligger og utvise varsomhet med å lese inn for mye i disse, i påvente av en nærmere avklaring fra domstoler eller lovgiver.

---

<sup>158</sup> Kirkeloven §§ 6, 9, 12 og 14

Forarbeidene er klare på at det ikke kreves enighet om den religiøse læren. Det er også klart at det ikke kreves at tolkningen støttes av et *bestemt* flertall. Antakelig kan det heller ikke kreves at tolkningen støttes av et flertall, dette medfører at også mindretallets syn kan legitimere forskjellsbehandling.

En mulig sontring må kanskje trekkes mellom trossamfunn med og uten formelt besluttende organer. Der det ikke eksisterer slike organer, er forarbeidene klare på at ulike tolkninger innad i trossamfunnet *ikke* er til hinder for at forskjellsbehandling er lovlig. Eksempelvis vil den religiøse forståelsen som legges til grunn av en enkelt imam, være tilstrekkelig for at forskjellsbehandling er religiøst begrunnet og dermed saklig. I trossamfunn der det eksisterer formelt besluttende organer, er situasjonen mer usikker. Spørsmålet blir om en arbeidsgiver som slutter seg til mindretallet i det besluttende organet, likevel vil være berettiget til å forskjellsbehandle. Reelle hensyn tilsier at samtlige ansettelsesorganer burde rette seg etter flertallets syn. En slik tilnærming støttes også av rammedirektivets fortale. Spørsmålet blir imidlertid om disse argumentene har tilstrekkelig rettslig vekt til å innfortolke et krav om flertall i saklighetskravet. Etter mitt syn må dette besvares benektende. Til dags dato foreligger det ikke direktivpraksis som belyser fortalens betydning i relasjon til trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle. Inntil slik praksis kommer, må det utvises varsomhet med å tillegge fortalen for stor vekt. Særlig der en slik vektlegging innebærer å lese inn nye krav i saklighetsvilkåret, som verken fremgår av ordlyd, rettspraksis eller forarbeider.

Det kan heller ikke utledes noe konkret om *hvem* som må tolke den religiøse læren. Det kan anføres at det er urimelig å overlate til lekfolk å ta stilling til hvilken religiøs fortolkning som skal legges til grunn. I avvegingen mellom religionsfrihet og diskrimineringsvernet fører dette til at betydelig makt blir overlatt til lekfolk. Inntil det kommer en avklaring på dette punkt, må det likevel legges til grunn at det er opp til trossamfunnet å velge hvordan det skal organisere seg når det kommer til fastleggingen av den religiøse lære. Rimelighetsbetraktninger alene vil ikke være nok til å innfortolke en slik begrensning i lovgivningen. Det kan riktignok anføres at rammedirektivet - i tråd med fortalen - skal tolkes strengt, men heller ikke dette vil trolig være tilstrekkelig for å innfortolke et slikt krav i loven.

Oppsummert tilsier det foreliggende rettskildematerialet at trossamfunn besitter en omfattende autonomi. Det kan ikke utledes konkrete krav verken til flertall i trossamfunnet eller hvem



som skal stå bak tolkningen av læren. En slik tolkning av gjeldende rett gir religionsfriheten stort handlerom i forhold til diskrimineringsvernet. Om dette er forenelig med direktivets forutsetting om en snever unntaksadgang er kanskje noe tvilsomt.

### **5.3 Kravet om nødvendighet**

I § 6 litra b stilles det krav om at forskjellsbehandlingen «er nødvendig for å oppnå formålet ...».

#### **5.3.1 Formålet med forskjellsbehandlingen**

Formålet med forskjellsbehandlingen er at trossamfunnet skal kunne *praktisere og fremme sin religion i samsvar med sin teologiske lære*.<sup>159</sup> Dette følger som en naturlig konsekvens av kapittel 5.2 om «saklig formål». Det ble her fastslått at forskjellsbehandling kun er lovlig dersom den er *religiøst begrunnet*. Forskjellsbehandlingen vil kun være religiøst begrunnet hvis den er nært knyttet til selve *religionsutøvelsen*, dvs. *praktiseringen av religionen*.

#### **5.3.2 Forskjellsbehandlingen må knytte seg til praktiseringen av religionen**

Forskjellsbehandling er kun tillatelig dersom den er nødvendig for praktiseringen av religionen.<sup>160</sup> Det må av denne grunn avgrenses mot stillinger som ikke har direkte sammenheng med slik praktisering. Det vises til behandlingen i kapittel 5.2.1 hvor det ble gjort rede for hvilke stillinger som knytter seg til selve religionsutøvelsen.

#### **5.3.3 Når er forskjellsbehandling nødvendig for praktiseringen av religionen?**

En naturlig språklig forståelse av begrepet «nødvendig» tilser at det må foreligge en klar forbindelse mellom de oppgaver som ligger til den aktuelle stillingen, og kravet om at arbeidstakeren ikke må leve i homofilt partnerskap. Begrepet antyder at en eventuell likebehandling vil medføre at praktiseringen av religionen ikke kan gjennomføres i tråd med trossamfunnets religiøse overbevisning. I rammedirektivet benyttes begrepet «avgjørende erhvervsmæssig krav». Også her indikerer ordlyden at terskelen for å forskjellsbehandle ligger høyt.

---

<sup>159</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

<sup>160</sup> L.c.

EU-domstolen har avsagt to dommer der innholdet i art. 4 nr.1 blir belyst. I den første saken, *Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main*,<sup>161</sup> var spørsmålet om en maksimal aldersgrense på 30 år for å bli ansatt i brannvesenet var forenelig med direktivets forbud mot aldersdiskriminering. Aldersgrensen var begrunnet med de fysisk krevende oppgavene som lå til stillingen som brannmann i det aktuelle kompaniet. Ved nødvendighetsvurderingen går domstolen konkret inn i brannstyrkens arbeidsoppgaver og tar stilling til om den aktuelle aldersgrensen utgjør et «avgjørende» ervervsmessig krav. Domstolen holder brannstyrkens arbeidsoppgaver opp mot ulike aldersgrupper, og undersøker helt konkret om den aktuelle aldersgruppen vil være egnet til å utføre de aktuelle oppgavene. Det konkluderes med at god fysikk, og derigjennom lav alder, utgjør et «avgjørende» yrkesmessig krav for å kunne utføre de aktuelle arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte. Aldersgrensen på 30 år var dermed nødvendig.

Domstolens vurdering av nødvendighetsvilkåret er interessant også for avhandlingens problemstilling, da rettens framgangsmåte viser at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Domstolen legger videre til grunn at et «avgjørende» krav innebærer at de oppgavene som ligger til stillingen, ikke kan gjennomføres på en fullgod måte dersom forskjellsbehandling ikke finner sted. Det må foreligge en sterk forbindelse mellom den påkrevde egenskapen og gjennomføring av oppgavene. Overført til avhandlingens tematikk medfører dette at arbeidstakerens seksuelle orientering må hindre at religionen kan praktiseres på en tilfredsstillende måte.

Et slikt synspunkt støttes av forarbeidene. Forskjellsbehandling anses som «nødvendig» for religionsutøvelsen dersom den er begrunnet i trossamfunnets religiøse lære og det foreligger konflikt mellom læren og likebehandling av arbeidstakere.<sup>162</sup> Det vises til 5.2.3 hvor det ble redegjort for når et synspunkt er tilstrekkelig religiøst begrunnet.

I teorien understrekes det at «nødvendig» innebærer en høy terskel for at forskjellsbehandling kan anses som lovlig. Det uttales at art. 4 nr. 1 kun vil komme til anvendelse der det forelig-

---

<sup>161</sup> Sak C-229/08 Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

ger en klar forbindelse mellom egenskapen som er ønsket, altså fravær av homofilt partnerskap, og oppgavene som ligger til stillingen.<sup>163</sup>

Oppsummert synes det klart at nødvendighetsvilkåret oppstiller en høy terskel for at forskjellsbehandling kan anses som rettmessig. Egenskapen som begrunner forskjellsbehandlingen må være avgjørende for at arbeidsoppgavene som ligger til stillingen kan gjennomføres på en tilfredsstillende måte. For trossamfunn må det foreligge konflikt mellom den religiøse lære og det å ha homofilt samlevende i stillinger som knytter seg til religionsutøvelsen.

### 5.3.4 Uenighet innad i trossamfunnet

Det må undersøkes om utgangspunktet fra forrige avsnitt må fravikes dersom det foreligger uenighet i slike lærespørsmål.

Direktivteksten krever at forskjellsbehandlingen må utgjøre et «regulært krav». Som fastslått i kapittel 5.2.3 er «regulært» et svakere uttrykk enn *konsekvent*. Direktivteksten tilsier derfor at forskjellsbehandling kan være nødvendig, selv om det foreligger uenighet innad i trossamfunnet.

EU-domstolens praksis gir liten veiledning. Det fremgår imidlertid at hvert tilfelle må undergis en konkret vurdering. Det kan tenkes at EU-domstolen vil være tilbakeholdne med å anse nødvendighetsvilkåret som oppfylt der forskjellsbehandling kun praktiseres av et lite mindretall i trossamfunnet. Domstolens utsagn i Prigge-saken støtter et slikt synspunkt. Det uttales her at unntaksbestemmelsen «i øvrigt fortolkes strengt ...».<sup>164</sup> Det er imidlertid vanskelig å uttale seg sikkert om dette frem til en slik dom foreligger.

Direktivets fortale tilsier at det må foretas en streng fortolkning av vilkåret om nødvendighet. Dette kan tilsi at forskjellsbehandling ikke er nødvendig dersom det foreligger uenighet i trossamfunnet. Inntil det kommer en avklaring fra EU-domstolen, er det imidlertid vanskelig å si noe mer om hva som konkret kan sluttes fra fortalen.

---

<sup>163</sup> Vickers (2007) s. 56

<sup>164</sup> C-447/09 Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG

Forarbeidene uttaler at domstolen må være varsomme med å overprøve om et synspunkt er tilstrekkelig religiøst forankret. Dersom trossamfunnet anser forskjellsbehandlingen som religiøst forankret, må dette legges til grunn. Det kan ikke kreves enighet innad i trossamfunnet for at forskjellsbehandlingen skal være nødvendig.<sup>165</sup>

På samme måte som i kapittel 5.2.3, tilsier reelle hensyn at en inkonsekvent praksis i trossamfunnet kan oppleves som lite rimelig for den som forskjellsbehandles. Det kan anføres at slik forskjellsbehandling ikke vil være nødvendig for religionsutøvelsen. Dette gjør seg særlig gjeldende der forskjellsbehandlingen kun støttes av et lite mindretall.

En gjennomgang av rettskildene viser nok en gang at forarbeidene er den kilden som uttrykkelig uttaler seg om problemstillingen. Forarbeidene tillegger religionsfriheten avgjørende vekt i forhold til diskrimineringsvernet. Uenighet om den religiøse lære utelukker ikke at forskjellsbehandlingen er nødvendig. Spørsmålet blir deretter om reelle hensyn og direktivets fortale, som taler for et sterkere individvern, kan modifisere forarbeidenes utgangspunkt. Dette må trolig besvares benektende. Forarbeidene er meget tydelige og må derfor tillegges avgjørende vekt.

## **5.4 Kravet om forholdsmessighet**

### **5.4.1 Hva ligger i kravet om forholdsmessighet?**

For at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, må det være «et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere».<sup>166</sup>

Forarbeidene slår fast at forholdsmessighetskravet innebærer at den virkning forskjellsbehandlingen får for personen som utsettes for den, må tillegges vekt og veies mot hensynet til at trossamfunnet skal kunne praktisere og fremme sin religion i tråd med sin religiøse lære.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 41

<sup>166</sup> Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6

<sup>167</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 126

Kravet om forholdsmessighet går også frem av EMDs praksis. Domstolen krever at statenes regelverk må sikre at det foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering. I vurderingen må hensynet til trossamfunnets autonomi holdes opp mot enkeltindividets situasjon. Regelverket må sikre at avgjørelser ikke fattes automatisk, men at hver sak undergis en individuell vurdering. Domstolen er imidlertid varsom med å antyde utfallet av en slik avveining. Det avgjørende synes å være hvorvidt en konkret vurdering er *gjennomført*.

Et slikt synspunkt legges til grunn i saken *Schüth mot Tyskland*.<sup>168</sup> Schüth ble oppsagt fra sin stilling som kirkemusiker og dirigent i Den katolske kirke etter at han innledet et forhold med en annen kvinne, før han ble skilt fra sin kone. Da det ble kjent at Schüth ventet barn med sin nye kjæreste, mistet han jobben. Kirken mente Schüth hadde brutt regelverket for ansatte i Den katolske kirke. Den tyske domstolen kom til at oppsigelsen var gyldig. Spørsmålet for EMD var om Tyskland hadde foretatt en tilstrekkelig avveining mellom retten til privatliv jf. art 8 og trossamfunns autonomi jf. art. 9 og 11. EMD slo fast at det forelå konvensjonsbrudd. Tyske domstoler hadde ikke foretatt en tilstrekkelig inngående vurdering av de hensyn som gjorde seg gjeldene i saken. EMD viste til at det ikke var lagt vekt på Schüths familiesituasjon eller hans muligheter til å finne nytt arbeid. EMD uttaler:

«... the Court considers that a more detailed examination was required when weighing the competing rights and interests at stake ...».

Samme tilnærming ble lagt til grunn i *Obst mot Tyskland*.<sup>169</sup> Obst arbeidet som *director of public relations* i Den mormonske kirke. Obst var gift, men hadde samtidig et forhold med en annen kvinne. Da dette ble kjent, mistet han jobben. Den tyske domstolen foretok en inngående vurdering, før den konkluderte med at oppsigelsen var gyldig. Det ble sett hen til stillingens karakter og om det var mulig å løse situasjonen på en mindre inngripende måte. Videre la domstolen vekt på hvilke konsekvenser oppsigelsen ville få for Obst. Ettersom Obst fortsatt var ung, konkluderte domstolen med at oppsigelsen ikke var uforholdsmessig tyngende. Da saken kom opp for EMD, slo domstolen fast at det ikke forelå konvensjonsbrudd. Retten viste

---

<sup>168</sup> Schüth v. Germany

<sup>169</sup> Obst v. Germany

til at det var foretatt en balansert og konkret vurdering av de hensyn som gjorde seg gjeldende i saken.

Også innen EU-retten legges det opp til en konkret vurdering. I saken Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main,<sup>170</sup> slår EU-domstolen fast at forskjellsbehandling ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Dette medfører at så lenge trossamfunn kan operere i tråd med sin religiøse fortolkning, og samtidig behandle arbeidstakere og -søkere på en mindre inngripende måte, må en slik tilnærming legges til grunn. Som eksempel kunne man her tenke seg at den aktuelle arbeidstaker eller -søker fikk beholde selve stillingstittelen, men at vedkommende ikke fikk utføre de oppgavene som lå til stillingen. Rent formelt vil en slik tilnærming innebære en mindre inngripende behandling av arbeidstaker; den ansatte ville trolig oppleve en slik fremgangsmåte som like inngripende. Et annet alternativ er å omplassere arbeidstakeren til en stilling som ikke har en sentral funksjon i religionsutøvelsen. Begge de to alternativene innebærer en forskjellsbehandling av arbeidstaker. Eksempelene illustrer imidlertid at oppsigelse ikke vil være forholdsmessig der andre mindre inngripende tiltak kan iverksettes.

Forarbeidene påpeker at kravet til forholdsmessighet må tolkes strengere i arbeidslivet enn på andre livsområder. Dette begrunnes med at retten til arbeid og de goder som følger med, anses som grunnleggende rettigheter.<sup>171</sup> Det må derfor foreligge tungtvevende motargumenter for å gjøre inngrep i disse rettighetene.

På samme tid fremhever forarbeidene at trossamfunnets autonomi må tillegges betydelig vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Trossamfunn besitter en vidtrekkende autonomi når det gjelder hvorvidt et synspunkt er *tilstrekkelig religiøst forankret* og om forskjellsbehandling er *nødvendig*. Her må domstolen legge trossamfunnets tilnærming til grunn. Forarbeidene slår fast at det kun er forskjellsbehandling som rammer den enkelte arbeidstaker på en helt uakseptabel måte, som kan stoppes gjennom kravet til forholdsmessighet. Dette vil være tilfellet dersom forskjellsbehandlingen skader eller krenker den enkelte arbeidstakers helse eller inte-

---

<sup>170</sup> Sak C-229/08 Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main

<sup>171</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 87

gritet.<sup>172</sup> Ved forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform legger forarbeidene til grunn at slike konsekvenser ikke vil gjøre seg gjeldende. For andre diskrimineringsgrunnlag kan det imidlertid være aktuelt å stoppe forskjellsbehandling med en slik begrunnelse. Enkelte trossamfunn ser det som religiøst begrunnet å omskjære jenter. I forarbeidene er dette nevnt som et eksempel der forskjellsbehandlingen får uakseptable helsemessige konsekvenser. I slike tilfeller vil forskjellsbehandling kunne stanses gjennom kravet til forholdsmessighet. På denne bakgrunn slår forarbeidene fast at kravet til forholdsmessighet ikke får noen praktisk betydning ved forskjellsbehandling av homofilt samlevende i stillinger som direkte knytter seg til religionsutøvelsen.<sup>173</sup> Religionsfriheten og trossamfunns autonomi blir avgjørende for forholdsmessighetsvurderingen.

De foreliggende rettskilder slår fast at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Forarbeidene er imidlertid meget tydelige på hvordan en slik vurdering vil falle ut i relasjon til trossamfunn. Det antas at så lenge kravene til saklig formål og nødvendighet er til stede, kan trossamfunn forskjellsbehandle homofilt samlevende uten at kravet om forholdsmessighet er i veien for dette.

#### **5.4.2 Uenighet om fortolkningen av den religiøse lære**

På tross av konklusjonen i forrige avsnitt, må det undersøkes om uenighet i trossamfunnet kan medføre at forskjellsbehandling ikke er forholdsmessig.

I Prigge m.fl. mot Lufthansa foretar domstolen en inngående vurdering av forholdsmessighetsvilkåret. Domstolen måtte ta stilling til om det at det forelå offentligrettslige nasjonale og internasjonale bestemmelser som tillot pilotene å fly frem til fylte 65 år, medførte at den tariffavtale grensen på 60 år ikke var forholdsmessig. Domstolen løfter innledningsvis frem direktivets fortale og påpeker at forskjellsbehandling kun er tillatelig under meget begrensede omstendigheter. Begge aldersgrensene var begrunnet i hensynet til luftfartsikkerhet, men det forelå altså ulikt syn på *når* det var behov for forskjellsbehandling. Da arbeidsgiver ikke kunne begrunne hvorfor en grense på 60 år var nødvendig, konkluderte retten med at den tariffavtale aldersgrensen var uforholdsmessig. Det ble ansett som urimelig at tariffavtalen kunne

---

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 42

<sup>173</sup> L.c.

begrense pilotenes adgang til arbeidsmarkedet allerede ved 60 år, når myndighetene opererte med en annen og mindre inngripende grense.

Spørsmålet blir om Prigge-saken tilsier at uenighet om den religiøse begrunnelsen for å forskjellsbehandle, fører til at vilkåret om forholdsmessighet ikke er oppfylt. Etter mitt syn kan en slik forståelse av dommen ikke legges til grunn. Domstolen viser til arbeidsgivers manglende begrunnelse for forskjellsbehandlingen. På denne bakgrunn var det uforholdsmessig å begrense flyvernes adgang til arbeidsmarkedet allerede ved 60 år. I relasjon til avhandlingen er situasjonen en annen. Når det innad i et trossamfunn foreligger uenighet knyttet til behovet for å forskjellsbehandle, er dette fordi de ulike partene anser dette behovet som *begrunnet* i den religiøse lære. Situasjonen i Prigge er derfor ikke identisk med avhandlingens tematikk. Dommen kan følgelig ikke tas til inntekt for at uenighet innad i trossamfunnet fører til at forholdsmessighetsvilkåret ikke er oppfylt.

Reelle hensyn kan riktignok tale for at uenighet må føre til at forskjellsbehandling ikke er forholdsmessig. Dette gjelder særlig der det kun er et lite mindretall som ønsker slik forskjellsbehandling. Argumentet forsterkes ytterligere der forskjellsbehandlingen får inngripende konsekvenser for arbeidstaker. Et eksempel kan hentes fra stillingen som kantor i Den norske kirke. Man må som hovedregel ha fire års kirkemusikkutdanning for å arbeide som kantor.<sup>174</sup> Dersom en kantor mister jobben etter at han eller hun inngår homofilt partnerskap, kan dette få vidtrekkende konsekvenser for vedkommende. Innenfor samme trossamfunn risikerer kantoren å ikke få ny jobb, samtidig som en meget yrkesspesifikk utdanning kan gjøre det vanskelig å finne arbeid i en annen bransje. I slike tilfeller kan det anføres at de konsekvenser forskjellsbehandlingen får for arbeidstaker, ikke står i rimelig forhold til målet med en slik behandling. Spørsmålet blir imidlertid om slike hensyn kan begrunne at forarbeidenes klare utgangspunkt fravikes. Dette må trolig besvares benektende da forarbeidene på dette punkt er meget tydelige på hvordan forholdsmessighetskravet skal forstås i relasjon til trossamfunn.

---

<sup>174</sup> Den norske kirke (2014)



## 5.5 Sammenfatning

Trossamfunn besitter en vidtrekkende autonomi. I avveiningen mellom religionsfrihet og diskrimineringsvern tillegges religionsfriheten betydelig vekt.

Vilkåret om saklig formål innebærer at forskjellsbehandlingen må knytte seg direkte til religionsutøvelsen. Forskjellsbehandlingen må være begrunnet i trossamfunnets religiøse lære. Det er trossamfunnet selv som fastlegger innholdet i læren. Trossamfunnet bestemmer også hvilket organ som har religiøs tolkningskompetanse. Domstolen må være varsom med å overprøve om et synspunkt er tilstrekkelig forankret i læren. Det kan ikke stilles krav om enighet innad i trossamfunnet. Det kan heller ikke kreves at fortolkningen støttes av et flertall. Mindretallets synspunkt kan også legitimere forskjellsbehandling.

Forskjellsbehandlingen er nødvendig dersom likebehandling hindrer trossamfunnet i å praktisere religionen i samsvar læren. Domstolen må legge trossamfunnets forståelse av læren til grunn. Forskjellsbehandling er nødvendig selv om det foreligger uenighet om læren.

Vilkåret om forholdsmessighet innebærer at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. Det antas imidlertid at vilkåret ikke vil ha praktisk betydning ved forskjellsbehandling av homofilt samlevende. Så lenge trossamfunnet anser forskjellsbehandlingen som saklig og nødvendig, må dette legges til grunn.

## 6 Bevissspørsmål

Der trossamfunnet ikke har lovlig adgang til å forskjellsbehandle, vil det ofte oppstå uenighet om diskriminering har funnet sted. Dette vil typisk gjelde stillinger som ikke knytter seg direkte til religionsutøvelsen. Reglene om bevisbyrde blir da sentrale. Etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 23 skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

- a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og
- b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.

Bestemmelsen legger opp til en delt bevisbyrde mellom partene. Det vil være opp til arbeidstaker eller -søker som mener seg diskriminert å legge frem fakta i saken som gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted.<sup>175</sup> Dersom arbeidstaker eller -søker klarer å etablere en slik presumsjon, er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at diskriminering likevel *ikke* har funnet sted.<sup>176</sup> Beviskravet for arbeidsgiver er alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>177</sup>

Et eksempel kan tenkes der en homofilt samlevende ikke får den jobben han søker, selv om vedkommende kan vise til samme eller bedre formelle kvalifikasjoner enn andre søkere. I en slik situasjon kan det være grunn til å tro at det foreligger diskriminering. Det vil være opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at den manglende ansettelsen *ikke* skyldes vedkommendes homofile samliv. Arbeidsgiver må samtidig begrunne hvorfor søkeren ikke ble ansatt. Det må legges til grunn at diskriminering har funnet sted dersom arbeidsgiver *ikke* kan sannsynliggjøre at beslutningen ikke var påvirket av søkerens homofile samliv.

Hensikten bak bestemmelsen er å sikre et effektivt diskrimineringsvern. De faktiske omstendigheter i en konkret sak vil ofte være omfattende og vanskelige å få oversikt over. I tillegg vil slike opplysninger ofte ligge hos arbeidsgiver. Det er av denne grunn svært vanskelig for arbeidstaker eller -søker å oppfylle bevisbyrden alene.<sup>178</sup> I praksis ville en slik ordning føre til

---

<sup>175</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 201

<sup>176</sup> L.c.

<sup>177</sup> L.c.

<sup>178</sup> L.c.

at mange saker ikke hadde fått en reell prøving for domstolene.<sup>179</sup> Lovens bestemmelse om en delt bevisbyrde sikrer på denne måten en effektiv håndheving av forbudet mot diskriminering.

---

<sup>179</sup> NOU 2008:6 s. 107

## 7 Avslutning

Religionsfrihet og retten til likeverd er begge grunnleggende rettigheter som berører individets integritet og menneskeverd.<sup>180</sup> I møtet mellom disse rettighetene oppstår komplekse og følsomme problemstillinger.

Dagens rettskildes bilde gir den kollektive religionsfriheten et vidt spillerom. Trossamfunn har en vidtrekkende autonomi og definerer i stor grad sitt eget behov for å forskjellsbehandle. Dette er en naturlig konsekvens av religionsfriheten som grunnleggende rettighet. Trossamfunnets rett til indre selvstyre er kjernen i den kollektive religionsfriheten. Fra et diskrimineringsrettslig perspektiv kan det problematiseres hvorvidt gjeldende rett i stor nok grad ivaretar enkeltmenneskets rett til likeverd. Dette gjør seg særlig gjeldende i relasjon til lovens saklighetskrav. Det kreves *ikke* at en religiøs fortolkning støttes av et flertall i trossamfunnet. Også mindretallets synspunkt kan legitimere forskjellsbehandling. I tillegg skal domstolene være varsomme med å overprøve om forskjellsbehandling er godt nok forankret i den religiøse læren. Det kan problematiseres hvorvidt en *så* vid adgang til forskjellsbehandling vil stå seg mot EU-rettens utgangspunkt om en svært snever unntaksbestemmelse. På samme måte kan det diskuteres om en *så* generell tilnærming til saklighetskravet oppfyller EMDs krav om en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

I stortingsmeldingen «Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg»<sup>181</sup> går det frem at stadig flere står frem med sin lesbiske og homofile orientering. Det antas at problemstillingen vil komme på dagsorden i større omfang i årene som kommer. Problemstillingen aktualiseres ytterligere av en endret oppfatning i synet på homofili i trossamfunn og i samfunnet for øvrig.

Norges internasjonale forpliktelser har bidratt til å utvikle det nasjonale diskrimineringsvernet. Rammedirektivet medførte endringer i regelverket og fra 2010 måtte trossamfunn forholde seg til samme unntaksregel som andre arbeidsgivere. Formelt sett medførte dette en innstramning i religionsfriheten til fordel for diskrimineringsvernet. En gjennomgang av gjelden-

---

<sup>180</sup> NOU 2008:1 s. 64

<sup>181</sup> St.meld. nr. 25 (2000-2001) s. 2

de rett viser imidlertid at trossamfunn fortsatt besitter en omfattende autonomi. Det kan med rette stilles spørsmål ved om lovendringen oppnådde den innstrammende effekt som den i utgangspunktet var tiltenkt. Det antas at avveiningen mellom religionsfrihet og diskrimineringsvern vil fortsette å utvikle seg i tiden som kommer, - det gjenstår å se hvordan en slik avveining vil falle ut dersom en sak kommer for domstolene.

## 8 Kildeliste

### 8.1 Lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av. 17. mai 1814
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1969 Lov om trossamfunn og ymist anna (trossamfunnsloven) av 13. juni 1969 nr. 25
- 1975 Sjømannslov (sjømannsloven) av. 30. mai 1975 nr. 18 (opphevet)
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)
- 1996 Lov om Den norske kirke (kirkeloven) av 7.juni 1996 nr. 31
- 1998 Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 30. april 1998 nr. 24 (opphevet)
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 2004 Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m av 26. mars 2004 nr. 15 (opphevet)
- 2005 Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) av 10. juni 2005 nr. 40
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
- 2013 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) av 21. juni 2013 nr. 58
- 2013 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av. 21. juni 2013 nr. 59
- 2013 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) 21. juni 2013 nr. 60
- 2013 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) av 21. juni 2013 nr. 61

### 8.2 Forarbeider

- |             |   |
|-------------|---|
| NOU 1993:18 | Lovgivning om menneskerettigheter               |
| NOU 2003:2  | Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet |
| NOU 2008:1  | Kvinner og homofile i trossamfunn               |

NOU 2008:6	Kjønn og lønn. Fakta, analyser og virkemidler for likelønn
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern
Ot.prp. nr. 30 (1981-1982)	Om lov om endring i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 85 (2005-2006)	Om lov om endringer i sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18
Ot.prp. nr. 79 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)
Prop. 88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Innst.O nr. 27 (1997-1998)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Innst.O. nr. 52 (2003-2004)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Innst. 158 L (2009-2010)	Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)

- Besl. L nr. 2 (1997-1998) Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven).
- St.meld. nr. 25 (2000-2001) Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg

### 8.3 Rettspraksis

Rt. 1997-1821  
Rt. 2000-1602  
Rt. 2002-1618  
Rt. 2007-687  
Rt. 2007-1807  
Rt. 2010-202  
Rt. 2010-944  
Rt. 2011-609  
Rt. 2011-964  
Rt. 2012-219  
Rt. 2012-424

Obst v. Germany The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 september 2010.  
Hentet fra: Press release issued by the Registrar:  
([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3272505-3650095#{\"itemid\":\[\"003-3272505-3650095\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3272505-3650095#{\))

Schüth v. Germany The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 september 2010.  
Hentet fra: Press release issued by the Registrar:  
([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3272505-3650095#{\"itemid\":\[\"003-3272505-3650095\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3272505-3650095#{\))

Sak C-267/06 Tadao Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen. Hentet fra: Den Europæiske Unions Tidende 24. mai 2008 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2008:128:TOC>)

Sak C-147/08 Jürgen Römer mot Freie und Hansestadt Hamburg. Hentet fra: Den



Europæiske Unions Tidende 2. juli 2011 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2011:194:TOC>)

Sak C-229/08 Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main. Hentet fra: Den Europæiske Unions Tidende 13. mars 2010 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2010:063:TOC>)

Sak C-447/09 Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG. Hentet fra: Den Europæiske Unions Tidende 29. november 2011 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2011:319:TOC>)

Sak C-81/12 Asociația ACCEPT mot Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării. Hentet fra: Den Europæiske Unions Tidende 15. juni 2013 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2013:171:TOC>)

Sak C-267/12 Frédéric Hay mot Crédit agricole mutuel de Charente- Maritime et des Deux-Sèvres. Hentet fra: Den Europæiske Unions Tidende 22. februar 2014 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2014:052:TOC>)

LDN-7-2006 Likestillings- og diskrimineringsnemda. Hentet fra: (<http://www.diskrimineringsnemnda.no/sites/d/diskrimineringsnemnda.no/files/470360571.pdf>)

LDN-22-2006 Likestillings- og diskrimineringsnemda. Hentet fra: (<http://www.diskrimineringsnemnda.no/sites/d/diskrimineringsnemnda.no/files/996764011.pdf>)

## **8.4 Internasjonale overenskomster og direktiver**

BK De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter

EMK	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter/Den europeiske menneskerettskonvensjon
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1. januar 1994
KDK	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner
SP	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter
ØSK	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
Rdir. 2000/43/EF	Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse. Hentet fra: <a href="http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1398323646718&amp;uri=CELEX:32000L0043">http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1398323646718&amp;uri=CELEX:32000L0043</a> )
Rdir. 2000/78/EF	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Hentet fra: <a href="http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1398323390892&amp;uri=CELEX:32000L0078">http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1398323390892&amp;uri=CELEX:32000L0078</a> )

## 8.5 Juridisk teori

- Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utg. Bergen, 2011.
- Bell, Mark *Sexual Orientation Discrimination in Employment: An Evolving Role for the European Union*. I: Legal recognition of same-sex partnerships. Wintermute, Robert og Andenæs, Mads (red.). Oxford og Portland, Oregon. 2001, s.653-676.

- Bell, Mark *Anti-discrimination law and the European Union*. Oxford, 2002.
- Bell, Mark *Direct Discrimination*. I: Cases, Materials and text on National, Supranational and International non-discrimination law. Scheick, Dagmar, Waddington, Lisa og Bell, Mark (red.). Oxford og Portland, Oregon, 2007, s. 185-322.
- Doe, Norman *Law and Religion in Europe*. 1. utg. Oxford, 2011
- Ellis, Evelyn og Watson, Philippa *EU Anti-Discrimination Law*. 2. utg. Oxford EU Law Library, 2012. Oxford Scholarship Online, januar 2013.  
(<https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6A6A6A2E626B7362657166707562796E65667576632E70627A++/view/10.1093/acprof:oso/9780199698462.001.0001/acprof-9780199698462#>)
- Høgberg, Benedikte Moltumyr *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo, 2010
- Pitt, Gwyneth *Genuine Occupational Requirements*. Academy of European Law. Trier, 2009. ([http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/05\\_Occupational\\_requirements/2009\\_Pitt\\_EN.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/05_Occupational_requirements/2009_Pitt_EN.pdf))
- Strand, Vibeke Blaker *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett et ensartet vern? I: Lov og rett 2007 nr. 03 s. 131-153 (Sisert fra Idunn.no)*
- Strand, Vibeke Blaker *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse*. 1. utg. Oslo, 2012
- Vickers, Lucy *Religion and Belief Discrimination in Employment - the EU law*. European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, 2007.  
(<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2013&langId=en>.)

Waldijk, Kees og Bon- *Sexual orientation discrimination in the European Union: The na-*  
ni-Baraldi, Matteo *tional laws and the employment equality directive.* Haag, 2006

*EØS-rett* Fredrik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004

## 8.6 Andre kilder

Kirkemøtets forretningsorden. Fastsatt av Kirkemøtet 1984. Sist endret 2007.

Kirkemøtets sak KM07/07 (2007) Hentet fra:

(<http://www.kirken.no/?event=doLink&famID=18231>)

Den norske kirke. *Kantor - Liker å gi folk gode opplevelser i kirka.* [Sitert 12. april 2014].

(<http://www.kirken.no/?event=doLink&famID=327>)

Likestillings og diskrimineringsnemnda. *Saker.* [Sitert 10. mars 2014].

(<http://www.diskrimineringsnemnda.no/wips/702143727/>)