

Hvilke begrensninger oppstiller diskrimineringsvernet for religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette kandidater som lever i samboerskap?

Kandidatnummer: 819

Leveringsfrist: 25 april 2017

Antall ord: 16 986



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av oppgavens tema.....	1
1.2	Kort om rettskildebildet og den videre fremstillingen.....	2
1.2.1	Særlig om den rettskildemessige betydningen av FN-komiteenes uttalelser	4
1.3	Definisjoner og avgrensninger	5
2	OMFATTES GRUNNLAGET SAMBOERSKAP AV DISKRIMINERINGSVERNET?	7
2.1	Omfattes grunnlaget samboerskap av norsk diskrimineringslovgivning?	7
2.2	Inneholder internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge er part i et diskrimineringsvern som omfatter grunnlaget samboerskap?	9
2.2.1	Omfatter EMKs diskrimineringsvern grunnlaget samboerskap?	9
2.2.2	Omfatter SPs og ØSKs diskrimineringsvern grunnlaget samboerskap?	12
2.2.3	Inneholder andre internasjonale konvensjoner et diskrimineringsvern for samboere?	14
2.3	Omfattes grunnlaget samboerskap av diskrimineringsvernet i Grunnloven § 98?	15
2.4	Arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav som begrensning for religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette samboere	20
2.5	Oppsummering	20
3	NÅR VIL DET LIKEVEL VÆRE LOVLIG Å NEKTE ANSETTELSE PÅ GRUNN AV SAMBOERSKAP?	21
3.1	Hva skal til for at religiøse arbeidsgivere kan nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap etter EMK?	21
3.1.1	EMDs vurderingskriterier på diskrimineringsrettens område	22
3.1.2	Betydningen av hva slags diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder	23
3.2	Oppstiller diskrimineringsvernet etter SP og ØSK strengere begrensninger for religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette samboere enn hva EMKs diskrimineringsvern gjør?	25
3.3	Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsfriheten etter norsk rett.....	27
3.3.1	Stillingens karakter	29
3.3.2	Betydningen av hva slags diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder	30
3.3.3	Andre vurderingsmomenter	31
3.4	Kort om rekkevidden av arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav	32

3.5	Oppsummering.....	33
4	HVILKEN BETYDNING FÅR GRUNNLOVENS OG DE INTERNASJONALE KONVENSJONENES DISKRIMINERINGSVERN FOR SAMBOERE I NORGE?	34
4.1	Betydningen av de internasjonale menneskerettskonvensjonenes diskrimineringsvern	34
4.1.1	Betydning som skranke og tolkningsmoment	34
4.1.2	Har staten en plikt etter konvensjonene til å gi samboere et sterkere diskrimineringsvern enn hva norsk diskrimineringslovgivning gjør i dag?	35
4.1.3	Rekker statens forpliktelser etter SP og ØSK lenger enn etter EMK?	38
4.2	Betydningen av et eventuelt grunnlovsvern.....	39
4.3	Oppsummering.....	40
5	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	41
5.1	Konklusjoner.....	41
5.2	Er dagens vern tilstrekkelig?.....	41
	LITTERATURLISTE.....	42

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens tema

Tro og livssyn anerkjennes som et fellesgode i samfunnet¹ og en viss frihet til å organisere seg som man selv mener man har behov for, er helt avgjørende for å sikre en reell religionsfrihet. Dette innebærer at det i en del tilfeller vil være nødvendig å stille ulike religiøst begrunnede krav til ansatte hos religiøse arbeidsgivere, med den konsekvens at en del kandidater ikke vil kunne bli ansatt i disse stillingene. Både Grunnloven § 110 og ØSK² artikkel 6 anerkjenner imidlertid at arbeidsføre mennesker skal ha muligheten til å tjene til livets opphold ved arbeid. Videre er retten til å ikke bli diskriminert, også i ansettelsessituasjoner, helt grunnleggende i et moderne samfunn, og omtales av Wilson som grunnlaget for all menneskerettsbeskyttelse.³ Det er blant disse svært grunnleggende menneskerettighetene at oppgavens tematikk befinner seg.

Utgangspunktet er at en arbeidsgiver selv velger hvem som skal ansettes.⁴ Dette utgangspunktet blir imidlertid modifisert av blant annet diskrimineringsvernet.⁵ Det er allerede skrevet en del om vernets begrensninger for religiøse arbeidsgivers adgang til å stille krav til kjønn, seksuell orientering samt religiøs tilhørighet.⁶ Det er imidlertid meg bekjent skrevet svært lite om diskrimineringsvernets begrensninger for adgangen til å stille ytterligere krav, herunder krav til livsvalg. Å stille krav til slike livsvalg, vil være med på å sikre at arbeidstakerne ikke bare deler arbeidsgivers religiøse overbevisning på et ”teoretisk nivå”, men at denne overbevisningen også leves ut i praksis. Målet med denne oppgaven, er derfor å belyse diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religiøse arbeidsgivers styringsrett på et område som potensielt kan falle mellom to stoler. Norsk diskrimineringsrett er bygd opp rundt forbud mot diskriminering på ulike diskrimineringsgrunnlag – og samboerskap er i utgangspunktet ikke blant disse. På den andre siden er det langt fra gitt at arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav vil hindre en religiøs arbeidsgiver i å nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap. Er det dermed ”fritt frem” for religiøse arbeidsgivere til å stille de krav man måtte ønske? Selv om denne oppgaven primært drøfter diskrimineringsvernets rekkevidde for *samboere* i møte med religiøse arbeidsgivere, vil det også være mulig å trekke paralleller til andre lignende forbildefunksjoner⁷ som heller ikke er omfattet av diskrimineringsgrunnlagene i diskrimineringslovgivningen.

¹ St.meld. nr. 17 (2007-2008) s. 18.

² Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

³ Wilson (2010) s. 252.

⁴ Dette følger av arbeidsgivers styringsrett, se bl.a. Skjønberg og Hognestad (2014) s. 68.

⁵ Se Jakhelln (2006) kap. 1.3.1 flg.

⁶ Se bl.a. Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, 2012.

⁷ Slike ”forbildefunksjoner” kan for eksempel være en ønsket seksualmoral eller avholdenhet fra tobakk og alkohol.

Diskrimineringsvernets rekkevidde for slike forbildefunksjoner, vil dermed også til en viss grad kunne belyses ved å benytte seg av funnene hva gjelder samboeres vern.

Selv om saker om krav til samlivsform ved ansettelser hos religiøse arbeidsgivere ofte blir løst på andre måter enn ved å sette spørsmålene på spissen for en domstol, er problematikken likevel aktuell. Blant annet sa biskopene i Den norske kirke senest i mars 2017 nei til at prester kan leve i samboerskap⁸ og det har i det siste versert flere saker i media om problematikken.⁹ Det at denne typen saker sjelden blir gjenstand for rettsopplysning og rettsutvikling fra domstolenes side, aktualiserer også behovet for at det i juridisk litteratur undersøkes og opplyses om rettstilstanden og eventuelle behov for at lovgiver gjør endringer.

1.2 Kort om rettskildebildet og den videre fremstillingen

Oppgavens problemstilling vil bli drøftet ut fra alle relevante rettskilder. For det første står nasjonal diskrimineringslovgivning sentralt. Grunnlovsforbudet mot diskriminering, som ble tatt inn i Grunnloven i 2014, vil naturlig nok også bli vurdert. Bestemmelsen er forholdsvis ny, og det finnes derfor lite både praksis og teori som kan være egnet til å avgjøre diskrimineringsvernets rekkevidde etter bestemmelsen. Fremstillingen vil peke på flere usikkerhetsmomenter knyttet til bestemmelsens rekkevidde. Videre vil rekkevidden av diskrimineringsvernet som følger av våre internasjonale forpliktelser, bli vurdert. De relevante regelsettene er Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), Den internasjonale konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter (SP), Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK), samt ILO-regelverk.¹⁰ Også EØS-retten inneholder et diskrimineringsvern,¹¹ men dette vernet omfatter ikke samboere.¹² Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på EØS-rettens diskrimineringsvern. Endelig vil jeg se kort på rekkevidden av arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav i situasjoner hvor religiøse arbeidsgivere nekter å ansette samboere.

⁸ Vårt Land (2017).

⁹ Se bl.a. NRK (2016) og Minervanett (2017).

¹⁰ Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp, som innebærer at norske domstoler ikke kan håndheve folkerettslige regler uten at disse er gjort til norsk rett, se Skoghøy (2002) s. 338. EMK, SP, ØSK og KDK er imidlertid alle inkorporert i norsk rett og gitt forrang foran alminnelig lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3.

¹¹ Et generelt diskrimineringsvern er imidlertid ikke omfattet av EØS-avtalen, men Norge har ønsket å politisk forplikte seg på rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet, jf. St.prp. nr. 11 (2003-2004) s. 2.

¹² Se rådsdirektiv 2000/78/EF artikkel 4, jf. artikkel 1. Heller ikke rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opphav, eller rådsdirektiv 2006/54/EF artikkel 14 nr. 2 om diskriminering på grunn av kjønn i arbeidsforhold, inneholder et diskrimineringsvern for samboere.

Rettskildebildet er preget av lite rettspraksis, ettersom saker om krav til samlivsform ved ansettelser hos religiøse arbeidsgivere ofte blir løst på andre måter enn ved å sette spørsmålene på spissen for en domstol. I arbeidet med oppgaven har jeg imidlertid gjennomgått en del tilgrensende praksis. Både praksis fra norske domstoler, Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) og Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO), samt praksis fra internasjonale organer som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og FNs menneskerettskomité, vil bli redegjort for og brukt i oppgavens drøftelser. Drøftelsene er ellers i stor grad basert på proposisjoner og NOUer, stortingsbehandlingen av lovforslag, General Comments fra ulike FN-komiteer, samt et omfattende utvalg av både norsk og internasjonal litteratur.

Diskrimineringsvernene etter Grunnloven og menneskerettskonvensjonene skiller seg fra diskrimineringsvernet etter de nasjonale likestillings- og diskrimineringslovene, ved at disse i utgangspunktet kun kan påberopes overfor *staten*. Dette innebærer at slike vern i utgangspunktet ikke kan påberopes direkte overfor religiøse arbeidsgivere, ettersom disse er private parter.¹³ Eventuelle diskrimineringsvern for samboere etter Grunnloven og menneskerettskonvensjonene, kan imidlertid innebære forpliktelser for staten til å sikre et visst vern også mellom private parter. Oppgavens tematikk reiser med andre ord tre hovedspørsmål: Finnes det et diskrimineringsvern for samboere etter de ulike regelsettene, hva er i så fall rekkevidden av disse vernene, og til slutt hvilken betydning får eventuelle diskrimineringsvern etter Grunnloven og de internasjonale konvensjonene for samboere i Norge.

Oppgaven kan disponeres på ulike måter. Jeg har valgt å først, i kapittel 2, ta stilling til om samboerskap i det hele tatt er et diskrimineringsgrunnlag etter de ulike regelsettene. Dette kapitlet vil dermed ha relevans utover kun forholdet til religiøse arbeidsgivere, ettersom det vil synliggjøre i hvilken grad samboerskap også generelt sett er et diskrimineringsgrunnlag etter de ulike regelsettene. Det er imidlertid ikke slik at *all* forskjellsbehandling - selv om denne bygger på et diskrimineringsgrunnlag - er ulovlig. I kapittel 3 vil jeg derfor drøfte den nærmere rekkevidden av et eventuelt diskrimineringsvern for samboere. Meg bekjent finnes det ikke praksis fra håndhevingsorganene til de internasjonale menneskerettskonvensjonene som berører rekkevidden av samboeres diskrimineringsvern i møte med religiøse arbeidsgivere. Drøftelsen av konvensjonsvernens rekkevidde, vil dermed i større grad belyse i hvor stor grad samboerskap er et beskyttelsesverdig diskrimineringsgrunnlag, samt hvor sterk prøvingsintensitet EMD legger opp til i saker om diskriminering på grunn av samboerskap. Etter norsk diskrimineringslovgivning, finnes det imidlertid mer praksis om diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religiøse arbeidsgivere. Men meg bekjent finnes

¹³ Den norske kirke var riktignok tidligere en statlig religiøs arbeidsgiver, men ble fra 1 januar 2017 eget rettssubjekt og er dermed nå en privat virksomhet, se Lovvedtak 56 (2015–2016) ny § 2.

det heller ikke her praksis om rekkevidden av *samboeres* diskrimineringsvern i møte med religiøse arbeidsgivere. Jeg vil imidlertid likevel prøve å trekke linjer for i hvor stor grad religiøse arbeidsgivere kan nekte å ansette kandidater som lever i samboerskap, selv om konklusjonene nødvendigvis ikke vil være helt sikre. Jeg vil her også benytte funnene til å kort gi noen vurderinger av i hvor stor grad religiøse arbeidsgivere kan nekte å ansette kandidater på grunnlag av andre slike ”forbildefunksjoner”, som for eksempel seksualmoral eller forhold til alkohol og andre rusmidler.

I kapittel 4 vil jeg drøfte hvilken betydning eventuelle diskrimineringsvern etter Grunnloven og menneskerettskonvensjonene vil ha for samboende jobbsøkere i møte med religiøse arbeidsgivere. Dette innebærer blant annet å drøfte om staten etter konvensjonene og Grunnloven har en plikt til å ha nasjonal diskrimineringslovgivning som omfatter grunnlaget samboerskap. Dermed vil også kapittel 4 ha et videre anvendelsesområde enn bare tilfeller hvor samboere blir forskjellsbehandlet av religiøse arbeidsgivere.

1.2.1 Særlig om den rettskildemessige betydningen av FN-komiteenes uttalelser

Jeg finner grunn til å si noe kort om den rettskildemessige vekten av uttalelser fra FN-komiteene i enkeltsaker samt deres General Comments, ettersom dette er kilder som er brukt i oppgaven, men som ikke er blant de mest brukte rettskildene i norsk rett.

FN-organenes uttalelser om hvorvidt statens forpliktelser er overholdt i en konkret sak, er ikke rettslig bindende.¹⁴ Høyesterett har imidlertid funnet det ”klart” at en uttalelse av FNs menneskerettskomité må ha ”betydelig vekt som rettskilde”.¹⁵ Statene retter seg i praksis etter komiteens uttalelser, og som Skoghøy påpeker, taler da hensynet til rettssikkerhet, forutberegnelighet og likhet for loven for å tillegge komiteenes avgjørelser stor vekt.¹⁶

Hva gjelder betydningen av FN-komiteenes generelle kommentarer, har Høyesterett i flere avgjørelser vist til både uttalelser i individklagesaker og generelle kommentarer uten at det blir sagt noe om et eventuelt skille mellom deres vekt.¹⁷ I forarbeidene til inkorporeringen av KDK, fremholder imidlertid departementet at det trolig må legges ”stor vekt” på komiteens generelle kommentarer i en rent folkerettslig sammenheng, men at deres innvirkning i en konkret norsk

¹⁴ Ulfstein (2012) s. 552. Komitéuttalelsene skiller seg på denne måten fra EMDs dommer, som er bindende, se Ruud og Ulfstein (2011) s. 238.

¹⁵ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81 (storkammeravgjørelse). Som Skoghøy (2016) på s. 4 påpeker, er synspunktet fulgt opp i en rekke senere avgjørelser, som for eksempel Rt. 2013 s. 374 avsnitt 47 og Rt 2015 s. 1142 avsnitt 31.

¹⁶ Skoghøy (2016) s. 4.

¹⁷ *ibid.*

sak, ”vil kunne variere alt etter kor klar fråsegna er, og i kva grad den konkrete saka er identisk med dei situasjonane komiteen truleg har hatt for auge under utarbeidinga”.¹⁸

Oppsummert er det, som justiskomiteen slo fast i sin innstilling til menneskerettsloven av 1999, et «overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis». ¹⁹ Dette talar for å tillegge både generelle kommentarer og uttalelser i en spesifikk sak stor vekt.²⁰

1.3 Definisjoner og avgrensninger

Begrepene 'forskjellsbehandling' og 'diskriminering' vil stå sentralt i oppgaven. Mens 'forskjellsbehandling' vil bli brukt om både lovlig og ulovlig forskjellsbehandling, vil 'diskriminering' bli forbeholdt den ulovlige forskjellsbehandlingen. For at det skal være tale om diskriminering, må vedkommende ha blitt behandlet forskjellig fra andre i en tilsvarende situasjon, forskjellsbehandlingen må ha skjedd på bakgrunn av et diskrimineringsgrunnlag og forskjellsbehandlingen må ikke ha vært saklig og forholdsmessig.²¹

Diskrimineringsgrunnlaget samboerskap vil også stå sentralt i oppgaven. Med samboerskap menes her personer som bor sammen i et ekteskapslignende forhold uten å være gift.²² Det presiseres at det med dette grunnlaget menes situasjoner hvor personer blir forskjellsbehandlet på grunn av sitt samboerskap som sådan – og ikke hvor for eksempel en religiøs arbeidsgiver åpner for å ansette heterofile samboere, men ikke homofile samboere. I en slik situasjon vil den homofile være forskjellsbehandlet på grunn av sin seksuelle legning. Seksuell legning er et diskrimineringsgrunnlag etter diskrimineringslovgivningen, og tilfellet ville dermed klart vært omfattet av diskrimineringsforbudet.²³ Dersom en arbeidsgiver imidlertid verken vil ansette heterofile eller homofile samboere, er homofile samboere ikke forskjellsbehandlet på grunn av sin legning - men på grunn av sin status som samboere - og vil dermed naturlig nok stå i samme stilling som heterofile samboere.²⁴

¹⁸ Ot.prp.nr. 93 (2008–2009) s. 32.

¹⁹ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) s. 6.

²⁰ Se også Skoghøy (2016) s. 4-5. Hans oppfatning er at FNs menneskerettskomité tillegger generelle kommentarer ”stor vekt” og at det ikke finnes holdepunkter for at komiteene legger mindre vekt på sine generelle kommentarer enn på uttalelser i klagesaker.

²¹ Strand (2012) s. 133.

²² Forholdet trenger imidlertid ikke være langvarig for å bli ansett som et samboerskap.

²³ Jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

²⁴ For god ordens skyld: Når det i oppgaven snakkes om 'diskrimineringsvern for samboere', menes diskrimineringsvern på det grunnlag at man lever i samboerskap. Samboere vil selvfølgelig også ha et diskrimineringsvern i likhet med alle andre på andre grunnlag, som f.eks. kjønn, religion m.v.

Endelig bør det knyttes noen bemerkninger til begrepet 'religiøse arbeidsgivere'. Begrepet brukes i denne oppgaven som en samlebetegnelse for arbeidsgivere med religiøse formål. Trossamfunn vil naturlig nok falle inn under betegnelsen. Også andre arbeidsgivere med et religiøst formål, som for eksempel religiøse skoler og organisasjoner, er ment å falle inn under samlebegrepet. Oppgavens vurderinger vil også til en viss grad være relevante for livssynssamfunn.

Oppgaven har sin naturlige avgrensning mot spørsmål om bevisbyrde, Likestillings- og diskrimineringsombudets og Likestillings- og diskrimineringsnemndas håndhevingskompetanse,²⁵ samt rettsvirkningene av konstatert diskriminering. Forholdet mellom adgangen til å spørre om samboerskap i ansettelsesprosessen og adgangen til å nekte at den som ansettes lever i samboerskap, vil heller ikke bli behandlet. Det samme gjelder spørsmålet om en ansatt som innleder et samboerforhold under ansettelsesforholdet kan sies opp på grunn av dette. Det jeg har for øye er å vurdere hvilke begrensninger diskrimineringsvernet oppstiller for religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette kandidater som lever i samboerskap.

²⁵ Se mer om dette i diskrimineringsombudsloven.

2 Omfattes grunnlaget samboerskap av diskrimineringsvernet?

2.1 Omfattes grunnlaget samboerskap av norsk diskrimineringslovgivning?

Arbeidsgivers rett til å selv avgjøre hvem som skal ansettes, følger av arbeidsgivers styringsrett.²⁶ Styringsretten begrenses imidlertid av blant annet diskrimineringslovgivning²⁷, samt mer allmenne saklighetsnormer²⁸. Jeg kommer nærmere tilbake til de allmenne saklighetsnormene mot slutten av kapittel 2. Først vil jeg her ta stilling til om arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringslovene inneholder et forbud mot diskriminering på grunn av samboerskap. Dersom dette er tilfelle, vil diskrimineringsvernet begrense i hvilke tilfeller religiøse arbeidsgivere kan nekte å ansette en kandidat på grunn av vedkommendes samboerskap.

Diskrimineringsvern ved ansettelser finnes i arbeidsmiljøloven kapittel 13²⁹, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskrimineringsloven om nedsatt funksjonsevne og diskrimineringsloven om seksuell orientering og kjønnsuttrykk.³⁰ Arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbyr diskriminering på grunnlag av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon samt alder. Ingen av disse grunnlagene omfatter samboerskap, og det er dermed mer interessant å vurdere om samboerskap er et diskrimineringsgrunnlag etter likestillings- og diskrimineringslovene, se også henvisningen til disse lovene i arbeidsmiljøloven § 13-1 fjerde til syvende ledd.

Vernet i likestillings- og diskrimineringslovene er knyttet opp mot de eksplisitt opplistede diskrimineringsgrunnlagene kjønn, herunder graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon,³¹ religion, livssyn og etnisitet, herunder nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk,³² nedsatt funksjonsevne,³³ seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.³⁴ Listen over diskrimineringsgrunnlag er ment å være uttømmende,³⁵ hvilket taler for at samboerskap ikke er omfattet av diskrimineringsvernet som lovene gir.

²⁶ Skjønberg og Hognestad (2014) s. 68.

²⁷ *ibid.* s. 69.

²⁸ Fanebust (2015) s. 117.

²⁹ Jf. arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd bokstav a.

³⁰ Likestillings- og diskrimineringslovene gjelder på arbeidslivets område, se lovenes § 2.

³¹ Jf. likestillingsloven § 5 første ledd.

³² Jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 6 første ledd.

³³ Jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 første ledd.

³⁴ Jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 første ledd.

³⁵ Se forarbeidene til likestillings- og diskrimineringslovene av 2013, Prop. 88 L (2012-2013) s. 67, hvor "[d]epartementet foreslår at diskrimineringsgrunnlagene i diskrimineringslovgivningen angis uttømmende

Det kan imidlertid være nærliggende å anta at samboerskap vil falle inn under diskrimineringsgrunnlaget religion, ettersom det er religiøse overbevisninger som oftest vil være *begrunnelsen* for å ønske å forskjellsbehandle på grunn av samboerskap. Dette er imidlertid ikke tilfelle, ettersom diskrimineringsgrunnlag – som er forhold ved personen som blir forskjellsbehandlet – og diskrimineringsbegrunnelse – som er begrunnelsen for hvorfor en aktør ønsker å forskjellsbehandle – er to ulike ting. Det å velge å leve i samboerskap er ikke et valg man tar som følge av sin religiøse overbevisning, og innebærer følgelig ikke forskjellsbehandling på grunn av religion.³⁶

For helhetens skyld, bør det nevnes at arbeidsmiljøloven inntil 1 januar 2014 inneholdt en bestemmelse som begrenset arbeidsgivers mulighet til å spørre om ”søkerens samlivsform” i en ansettelsesprosess.³⁷ Bestemmelsen var imidlertid ment å kun gjelde *homofil* samlivsform. Inntil 9 april 2010 var bestemmelsens ordlyd ”søkerens eventuelle homofile legning eller samlivsform”, og det ble slått fast i forarbeidene til endringene at forslaget om å endre ordlyden til ”søkerens samlivsform” ikke var ment å innebære materielle endringer.³⁸ Det fremgår også klart at det er snakk om homofil samlivsform når bestemmelsen i andre ledd ses i sammenheng med første ledd, som forbyr arbeidsgiver å ”i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om *seksuell legning...*” (min kursivering).³⁹ Bestemmelsene om seksuell legning og samlivsform ble tatt ut av arbeidsmiljøloven og videreført i diskrimineringsloven om seksuell orientering da denne ble vedtatt i 2013, og trådte i kraft 1 januar 2014.⁴⁰

Etter dette er ikke samboerskap omfattet av diskrimineringsvernet som følger av arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringslovene.

som i dag.” Flertallet i Stortingets familie- og kulturkomité sluttet seg til dette synspunktet, se Innst. 441 L (2012–2013) s. 18.

³⁶ Dersom en religion - mot all formodning - imidlertid skulle kreve at deres tilhørere må leve i samboerskap i stedet for å gifte seg, vil vedkommende som nektes ansettelse på grunnlag av sitt samboerskap, kunne være indirekte diskriminert på grunn av religion.

³⁷ Daværende arbeidsmiljølov § 13-4 andre ledd andre punktum.

³⁸ Se Ot.prp.nr. 79 (2008-2009) s. 61. Endringen var begrunnet med at det er homofile søkeres *samlivsform* – og ikke deres seksuelle orientering som sådan – som vil være relevant grunnlag for forskjellsbehandlingen, jf. Innst. 158 L (2009-2010) s. 6. Dette ble bedre gjenspeilet av den endrede ordlyden.

³⁹ Dette var bestemmelsens ordlyd både før og etter endringen i andre ledd i 2010, hvor ordlyden i andre ledd ble endret fra ”søkerens eventuelle homofile legning eller samlivsform” til ”søkerens samlivsform”.

⁴⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 184.

2.2 Inneholder internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge er part i et diskrimineringsvern som omfatter grunnlaget samboerskap?

Diskrimineringslovutvalget slo i sin sluttrapport fast at de internasjonale menneskerettskonvensjonenes diskrimineringsvern har en klar kjerne, men at rekkevidden av reglene er vanskelig å fastslå med sikkerhet.⁴¹ Jeg vil likevel prøve å fastslå vernets rekkevidde for samboere, og spørsmålet blir først om noen av konvensjonene som Norge er part i inneholder et diskrimineringsvern som omfatter grunnlaget samboerskap.

2.2.1 Omfatter EMKs diskrimineringsvern grunnlaget samboerskap?

2.2.1.1 Omfattes ansettelsessituasjoner av EMKs diskrimineringsvern?

Diskrimineringsvernet etter EMK følger av artikkel 14, hvor det går fram at "[t]he enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex ... religion ... or other status". Dette innebærer at diskrimineringsvernet etter EMK er såkalt aksessorisk.⁴² Dette betyr at diskrimineringsvernet kun beskytter personer i tilfeller hvor en sak faller inn under minst én av de andre konvensjonsbestemmelsene, jf. formuleringen "the enjoyment of the rights and freedoms *set forth in this Convention*" (min kursivering).⁴³ Det er imidlertid ikke et vilkår at det må foreligge *brudd* på den aktuelle bestemmelsen. Det er tilstrekkelig at sakens faktum faller inn under en eller flere av konvensjonsbestemmelsenes *virkeområde*.⁴⁴ Spørsmålet blir dermed først om ansettelsessituasjoner omfattes av en eller flere av konvensjonens bestemmelsers virkeområde.

Retten til arbeid fremgår ikke uttrykkelig av EMK. Spørsmålet blir dermed om ansettelsessituasjoner likevel er omfattet av konvensjonen på annet grunnlag.⁴⁵ Det vil kunne være nærliggende å anta at ansettelser hos religiøse arbeidsgivere vil falle inn under EMK artikkel 9 om religionsfrihet. Det vil imidlertid være arbeidstaker – og ikke arbeidsgiver – som påberoper seg diskrimineringsvernet, og dermed også førstnevntes situasjon som må omfattes av anvendelsesområdet til en annen konvensjonsbestemmelse. Ettersom det neppe vil følge av

⁴¹ NOU 2009:14 s. 44.

⁴² Tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK artikkel 1 har et videre diskrimineringsvern enn EMK artikkel 14 og hjemler at "[t]he enjoyment of *any right set forth by law*" (min kursivering) skal sikres uten diskriminering. Norge har imidlertid ikke ratifisert denne tilleggsprotokollen, og dette diskrimineringsvernet gjelder dermed ikke i norsk rett. Se Europarådet (2017) for oversikt over hvilke stater som har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12.

⁴³ Dette fremgår også av EMDs praksis, se bl.a. Thlimmenos mot Hellas avsnitt 40: "For Article 14 to become applicable it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols."

⁴⁴ Thlimmenos mot Hellas avsnitt 40.

⁴⁵ I tidlig konvensjonspraksis ble diskrimineringsforbudet i artikkel 14 tolket så snevert at det ikke kunne konstateres brudd på bestemmelsen med mindre også en annen bestemmelse i konvensjonen var brutt. EMD har imidlertid forlatt denne praksisen, og det er nå tilstrekkelig å være på "området" for en av konvensjonens øvrige rettigheter, se Aall (2011) s. 64 og 71.

den samboende arbeidssøkers religion eller livssyn at vedkommende skal leve i samboerskap, vil tilfellet ikke falle inn under artikkel 9.

Det bør imidlertid drøftes om ansettelsessituasjoner kan falle inn under retten til respekt for privatlivet etter artikkel 8. Storkammeravgjørelsen i saken Konstantin Markin mot Russland gjaldt spørsmålet om Konstantin Markin var blitt diskriminert av russiske myndigheter fordi han ble nektet like lang foreldrepermisjon som kvinner ville hatt krav på. Domstolen presiserte at selv om artikkel 8 verken inneholder en rett til foreldrepermisjon eller pålegger statene å ha slike ordninger, blir familielivet påvirket av adgangen til å få foreldrepermisjon, ettersom dette gir mulighet for foreldrene til å være hjemme med barna. Sakens faktum falt dermed innenfor artikkel 8s virkeområde.⁴⁶ Dette viser at selv om ikke retten til å *velge et spesifikt yrke* følger av EMK,⁴⁷ kan likevel *andre forhold knyttet til en ansettelsessituasjon* falle inn under artikkel 8.

Aall beskriver privatliv etter artikkel 8 ved å vise til at man kan ”se for seg en kjerne med utgangspunkt i den personlige – fysiske og psykiske – integritet; herunder personlig identitet (navn), kjønnslig identitet, seksuell legning og seksualliv, personlig utvikling og selvbestemmelse, herunder også viljen og muligheten til å utvikle relasjoner til andre.”⁴⁸ Nettopp denne muligheten til å utvikle relasjoner til andre, var avgjørende for EMD i saken Sidabras og Džiautas mot Litauen. Saken gjaldt spørsmålet om to litauere var diskriminert fordi deres tidligere KGB-ansettelser avskar dem fra å søke jobber innenfor flere private sektorer, som følge av en litauisk lov som la restriksjoner på hvor tidligere KGB-ansatte kunne søke jobber. Domstolen poengterte at begrensningene i å kunne søke arbeid i en del private sektorer ikke hadde påvirket klagernes mulighet til å engasjere seg i visse typer profesjonelle aktiviteter. Begrensningene hadde imidlertid påvirket deres muligheter til å ”develop relationships with the outside world to a very significant degree and has created serious difficulties for them in terms of earning their living, with obvious repercussions on the enjoyment of their private lives”.⁴⁹ Domstolen viste med dette at forhold ved en person som fører til restriksjoner på hvilke jobber vedkommende kan få, kan falle innenfor privatliv-begrepet i artikkel 8. Til dette kommer også at domstolen har slått fast at det ikke finnes noe vanntett skott som deler sfæren av sosiale og økonomiske rettigheter fra området som er dekket av EMK.⁵⁰ Også i Niemietz mot Tyskland viste EMD til at ”private life” ikke er ment å ekskludere aktiviteter ”of a professional or

⁴⁶ Dommens avsnitt 130.

⁴⁷ Se f.eks. Thlimmenos mot Hellas avsnitt 41.

⁴⁸ Aall (2011) s. 195.

⁴⁹ Dommens avsnitt 48.

⁵⁰ Sidabras og Džiautas mot Litauen avsnitt 47.

business nature”. Dette ettersom folk flest har en betydelig, om ikke den aller største, muligheten for å utvikle relasjoner med ”the outside world” nettopp gjennom sitt arbeid.⁵¹

Terskelen for at artikkel 8 er berørt, er som vist ovenfor ikke veldig høy. Dette gir grunn til å anta at også situasjoner hvor en person nektes en jobb på grunn av sitt samboerskap, vil falle inn under artikkel 8s *virkeområde* – selv om det trolig skal svært mye mer til for at artikkel 8 *isolert sett* er brutt. Det er imidlertid tilstrekkelig at saksforholdet faller inn under artikkel 8s virkeområde for at artikkel 14 skal kunne anvendes i en sak.

2.2.1.2 *Omfattes samboerskap av diskrimineringsgrunnlagene i EMK art 14?*

Videre må det også spørres om samboerskap faller inn under de opplistede diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 14. Bestemmelsen slår fast at rettighetene og frihetene som følger av konvensjonen skal sikres uten diskriminering ”on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.

EMD har slått fast at ”marital status” faller inn under ”other status” i EMK artikkel 14.⁵² Dette illustreres blant annet i saken Petrov mot Bulgaria. Domstolen kom til at Petrov ble utsatt for forskjellsbehandling som var ulovlig etter EMK artikkel 14, jf. artikkel 8, ved at han ikke fikk ringe til sin samboer fra fengselet, noe gifte fikk. Også i saken Shackell mot Storbritannia ble forskjellsbehandling på grunnlag av samboerskap vurdert. EMD kom imidlertid til at det var innenfor statenes skjønnsmargin å ha et lovverk som medførte at samboere og ektefeller hadde ulike trykderettigheter som gjenlevende dersom partneren døde. Domstolen avviste derfor saken.⁵³ Samboerskap er etter dette et diskrimineringsgrunnlag som er omfattet av EMK.⁵⁴

2.2.1.3 *Analoge situasjoner*

Som påpekt i Petrov mot Bulgaria, forbyr ikke artikkel 14 *enhver* forskjellsbehandling selv om saken faller inn under konvensjonens anvendelsesområde og det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget er omfattet av artikkel 14.⁵⁵ Personen som mener seg diskriminert må også være behandlet annerledes enn andre i en ”analogous or relevantly similar position”⁵⁶. Spørsmålet blir dermed om samboere og gifte som søker en stilling er i såkalte analoge situasjoner.

⁵¹ Niemietz mot Tyskland avsnitt 29.

⁵² Jacobs, White og Ovey m.fl. (2014) s. 577-578 og McMichael mot Storbritannia avsnitt 94-99.

⁵³ Se dommen under ”The Law”.

⁵⁴ Se for øvrig også NOU 2009:14 s. 157, hvor Diskrimineringslovutvalget slår fast at ekteskapeleg status faller inn under grunnlagene etter EMK artikkel 14.

⁵⁵ Dommens avsnitt 52.

⁵⁶ Dommens avsnitt 52.

I Petrov-saken, presiserte EMD at situasjonen for gifte og ugifte par ikke er "fully analogous" og at det eksisterer forskjeller på disse typene par, spesielt hva gjelder rettslig status.⁵⁷ Dette gir grunn til å tro at ikke absolutt alle samboere vil være omfattet av EMKs diskrimineringsvern som følge av deres status som samboere. EMD la i Petrov-saken avgjørende vekt på Petrovs etablerte familieliv, som domstolen omtalte som "an established long-term *de facto* relationship".⁵⁸ Han hadde da bodd sammen med sin samboer i fire år, og de hadde fått et barn sammen førti dager før han ble innsatt i fengsel.⁵⁹ Om den aktuelle samboeren anses å være i en analog situasjon som en gift person, må dermed trolig avgjøres etter en konkret vurdering i den enkelte situasjon, hvor samlivets stabilitet vil være av avgjørende betydning.

Grunnlaget samboerskap er omfattet av EMKs diskrimineringsvern. I tillegg til at personen som mener seg diskriminert må være behandlet annerledes enn andre i en analog situasjon for å være diskriminert i henhold til EMK artikkel 14, må forskjellsbehandlingen heller ikke ha "objective and reasonable justification"⁶⁰. Jeg kommer nærmere tilbake til hva som ligger i dette vilkåret i oppgavens kapittel 3.1.

2.2.2 Omfatter SPs og ØSKs diskrimineringsvern grunnlaget samboerskap?

Både FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FNs internasjonale konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP) inneholder bestemmelser om likhet og diskrimineringsvern. ØSK artikkel 2(2) og SP artikkel 2(1) forplikter statene til å sikre rettighetene som fremgår av de respektive konvensjonene for sine borgere, uten diskriminering på en rekke grunnlag. I likhet med EMK, forbyr bestemmelsene med andre ord kun diskriminering som finner sted knyttet til rettigheter som er omfattet av den aktuelle konvensjonen. Hva gjelder ØSK, er retten til arbeid omfattet av artikkel 6, slik at konvensjonens diskrimineringsvern får anvendelse i ansettelsessituasjoner. Ansettelsessituasjoner er imidlertid ikke uttrykkelig omfattet av SP-konvensjonen, og den videre drøftelsen vil derfor ta utgangspunkt i vernet etter ØSK artikkel 2(2). SP artikkel 26 hjemler imidlertid et generelt likhetskrav, som jeg vil komme tilbake til nedenfor.

Selv om diskrimineringsvernet i ØSK artikkel 2(2) gjelder på arbeidslivets *område*, må det imidlertid også spørres om vernet omfatter diskrimineringsgrunnlaget samboerskap. Artikkel 2(2) forbyr diskriminering "of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". Samboerskap faller ikke

⁵⁷ Dommens avsnitt 53.

⁵⁸ Dommens avsnitt 52 og 53.

⁵⁹ Dommens avsnitt 16.

⁶⁰ Petrov mot Bulgaria avsnitt 54.

uttrykkelig inn under noen av disse grunnlagene. Spørsmålet blir dermed om samboerskap faller inn under ”other status”.

Aall presiserer at ”[d]et prinsipielt og praktisk viktige kravet om ikke-diskriminering på konvensjonsrettighetenes område, ØSK artikkel 2(2), SP artikkel 2(1) og EMK artikkel 14, er *identisk i sin utforming og like forpliktende*” (min kursivering).⁶¹ Ettersom vi ovenfor har sett at EMK artikkel 14 omfatter grunnlaget samboerskap, tilsier dette, dersom man legger Aalls betraktning til grunn, at samboerskap er omfattet også etter ØSK artikkel 2(2).

FNs ØSK-komité synes også å være av den oppfatning at samboerskap omfattes av diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 2(2). Komiteen presiserer i General Comment No. 20 at “[t]he nature of discrimination varies according to context and evolves over time. A flexible approach to the ground of “other status” is thus needed in order to capture other forms of differential treatment that cannot be reasonably and objectively justified and are of a comparable nature to the expressly recognized grounds in article 2, paragraph 2.”⁶² Komiteen presiserer videre i samme avsnitt at “marital and family status” er blant grunnlagene som faller inn under ”other status”.⁶³ Komiteen eksemplifiserer grunnlaget ved å slå fast at eksempelvis forskjellig tilgang til trygderettigheter avhengig av om man er gift eller ikke, vil være diskriminerende med mindre forskjellsbehandlingen kan rettfærdiggjøres på grunnlag av ”reasonable and objective criteria”.⁶⁴ Samboerskap vil med andre ord være omfattet av diskrimineringsvernet etter ØSK.

2.2.2.1 Likhetskravet i SP artikkel 26

Som nevnt ovenfor, hjemler SP artikkel 26 et likhetsprinsipp, hvor det slås fast at alle mennesker er like for loven, samt at alle har rett på lik beskyttelse av loven uten å bli diskriminert. Bestemmelsen hjemler med andre ord et generelt likhetskrav på alle områder, ettersom den ikke kun beskytter rettigheter omfattet av konvensjonen.⁶⁵ Det er imidlertid verdt å merke seg at diskrimineringsvernet ikke gjelder like bredt som man ved første øyekast kan få inntrykk av: Det gjelder kun på områder som nasjonale lovgivere har tatt opp til regulering.⁶⁶ Arbeidsliv er imidlertid regulert i norsk lovgivning, og lovgiver har vedtatt et

⁶¹ Aall (2011) s. 32. Dette samsvarer også med Wien-konvensjonen artikkel 31. Se nærmere om denne i kap. 3.2. Nowak peker imidlertid på at Menneskerettskomiteen er mindre opptatt enn EMD av å finne sammenlignbare grupper og vurdere om disse er i analoge situasjoner, se Nowak (2005) s. 627.

⁶² Avsnitt 27.

⁶³ Dette fremgår også av General Comment No.16 til ØSK avsnitt 5, hvor det presiseres at mange kvinner opplever ulike former for diskriminering på grunn av bl.a. ”other status”, herunder ”marital ... status”.

⁶⁴ General Comment No.20 til ØSK avsnitt 31.

⁶⁵ I motsetning til SP artikkel 2(1) og ØSK artikkel 2(2), som er aksessoriske bestemmelser.

⁶⁶ Opsahl (1996) s. 74.

diskrimineringsvern ved ansettelser. Artikkel 26 kommer dermed til anvendelse. Spørsmålet blir dermed om samboerskap omfattes av diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 26.

I likhet med diskrimineringsgrunnlagene opplistet i ØSK artikkel 2(1), SP artikkel 2(2) og EMK artikkel 14, følger det også av SP artikkel 26 at alle har rett på lik beskyttelse av loven uten å bli diskriminert ”on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”. Ettersom vi ovenfor har sett at samboerskap omfattes av de øvrige bestemmelsene, er det god grunn til å tro at det samme vil gjelde for artikkel 26. Jeg vil imidlertid for god ordens skyld knytte noen selvstendige bemerkninger til om samboerskap er et grunnlag etter artikkel 26.

I saken *Danning mot Nederland* var spørsmålet om forskjellsbehandling av gifte og samboeres rett til arbeidsløshetsstrygd, innebar brudd på SP artikkel 26. FNs menneskerettskomité kom til at dette ikke var tilfelle, men samboerskap ble ansett som et relevant grunnlag for forskjellsbehandling etter artikkel 26. I saken *Derksen mot Nederland* var spørsmålet om det var i strid med artikkel 26 at ny lovgivning, som ga like rettigheter til gjenlevende gifte og samboere, ikke kunne anvendes på tilfeller hvor den ene samboende partneren hadde dødd før regelens ikrafttredelsestidspunkt. Også her kom komiteen til at dette ikke innebar brudd på artikkel 26, men at samboerskap var et relevant diskrimineringsgrunnlag.⁶⁷ For øvrig viser Nowak, som har skrevet en omfattende kommentarutgave til SP-konvensjonen, til at kriteriet ”other status” er så bredt ”that it may be used even as a general yardstick of reasonableness, objectivity and proportionality of legislative acts”.⁶⁸ Det er med andre ord klart at grunnlaget samboerskap vil falle innenfor diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 26, i likhet med ØSK artikkel 2(2).

2.2.3 Inneholder andre internasjonale konvensjoner et diskrimineringsvern for samboere?

For helhetens skyld bør det spørres om det også finnes andre internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert og dermed er forpliktet til å overholde, som oppstiller et diskrimineringsvern hvor grunnlaget samboerskap er omfattet. Dette synes imidlertid ikke å være tilfelle.

⁶⁷ *Danning* avsnitt 14 og *Derksen* avsnitt 9.2. I begge sakene ble forskjellsbehandlingen ansett å bygge på ”reasonable and objective criteria” og var dermed ikke i strid med konvensjonen.

⁶⁸ Nowak (2005) s. 627.

ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke vil kunne være et aktuelt grunnlag.⁶⁹ Av artikkel 1 nr. 1 går det imidlertid frem at det er diskriminering på grunnlag av ”race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin” som i utgangspunktet er ulovlig etter konvensjonen. Ingen av disse grunnlagene rommer samboerskap, og ILO-konvensjon nr. 111 inneholder dermed ikke et diskrimineringsvern som omfatter grunnlaget samboerskap.

Også FNs kvinnekonvensjon kunne vært et mulig grunnlag. Konvensjonen er imidlertid begrenset til å gjelde diskriminering på grunn av *kjønn*, se artikkel 1 samt konvensjonens fortale. Selv om konvensjonen inneholder regler om diskriminering hva gjelder familieforhold, se artikkel 16, gjelder disse imidlertid like rettigheter for menn og kvinner *i ekteskapet*, som foreldre, ved eventuelt ekteskapsbrudd m.v.. Bestemmelsen gir med andre ord ikke samboende kvinner et diskrimineringsvern for tilfeller hvor samboende kvinner blir forbigått av gifte kvinner ved for eksempel en ansettelse. Artikkel 11 om arbeidslivet, er også begrenset til å gjelde diskriminering på grunnlag av at man er kvinne. FNs kvinnekonvensjon inneholder med andre ord ikke et diskrimineringsvern som omfatter grunnlaget samboerskap.

2.3 Omfattes grunnlaget samboerskap av diskrimineringsvernet i Grunnloven § 98?

I 2014 vedtok Stortinget å grunnlovsfeste en rekke menneskerettigheter, herunder et diskrimineringsvern. Grunnloven § 98 slår fast at

”[a]lle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.”

Grunnlovsbestemmelsen er utformet generelt. Den inneholder med andre ord ikke eksplisitt opplistede diskrimineringsgrunnlag, slik andre diskrimineringsforbud i diskrimineringslovgivningen gjør. Dette reiser spørsmålet om Grunnloven hjemler et mer generelt diskrimineringsvern enn den nasjonale lovgivningen for øvrig, på en slik måte at også samboerskap vil være omfattet.

Både Menneskerettighetsutvalget, kontroll- og konstitusjonskomiteen og Barne- og likestillingsdepartementet har lagt til grunn at Grunnloven § 98 gir selvstendige rettigheter som kan påberopes utover diskrimineringslovgivningen, dersom diskrimineringslovgivningens vern

⁶⁹ Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) er FNs organisasjon for arbeidslivet, se FN-sambandet (Den internasjonale arbeidsorganisasjonen). Norge ratifiserte konvensjon nr. 111 24 september 1959, jf. FN-sambandet (Konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke).

er mindre vidtrekkende enn Grunnlovens.⁷⁰ Det er imidlertid ingen automatikk i det at grunnlovsvernet gir selvstendige rettigheter, gjør at dette vernet rekker lenger enn diskrimineringslovgivningens vern. Rekkevidden av grunnlovsvernet må bero på en nærmere tolkning av bestemmelsen og dens forarbeider.

Bestemmelsens *ordlyd* synes isolert sett å hjemle et generelt vern mot diskriminering, hvor *alle* potensielle diskrimineringsgrunnlag vil være omfattet. Bestemmelsens generelle preg, kan imidlertid tale for at den mister noe av sitt rettighetspreg.

Diskrimineringslovutvalget la i sin utredning til grunn "...at et diskrimineringsvern i Grunnloven ikke bør gå lenger enn diskrimineringsvernet etter diskrimineringslovgivningen. Et grunnlovsvern vil dermed i utgangspunktet ikke gi nye eller utvidede materielle rettigheter."⁷¹ Utvalget åpnet imidlertid for at det ikke nødvendigvis alltid vil være sammenfall mellom innholdet i Grunnlovens og diskrimineringslovenes vern. Det ble vist til at grunnlovsbestemmelsen vil gi domstolene muligheter til å "fylle "hull" i lovgivningen og til å føre kontroll med stortingsflertallet i tider hvor diskrimineringsvernet har dårligere kår enn i dag".⁷²

Menneskerettighetsutvalget pekte på sin side på at det først og fremst er de politiske myndigheter som må trekke den nærmere grenseoppgangen for hva som vil være omfattet av Grunnlovens diskrimineringsforbud.⁷³ Dette kan tale for at Grunnlovens diskrimineringsvern ikke er ment å rekke lenger enn diskrimineringslovenes vern. Utvalget fremholdt imidlertid at det "derfor [er] av avgjørende betydning at de politiske myndigheter sørger for et omfattende regelverk på området med det siktemål å søke å beskytte individene mot diskriminering. Det vil være dette regelverket domstolene må forholde seg til og tolke i vanskelige saker. En grunnlovsbestemmelse vil i første rekke sikre den enkelte tilgang til å få sin diskrimineringssak prøvet for domstolene. Dersom øvrig regelverk *mot formodning skulle mangle*, vil grunnlovsbestemmelsen måtte prøves direkte av domstolene" (min kursivering).⁷⁴ Dette viser at det i alle fall er en *mulighet* for at grunnlovsvernet kan rekke lenger enn vernet etter alminnelig lovgivning. Regjeringen har imidlertid nylig lagt frem forslag til ny felles likestillings- og diskrimineringslov. Departementet har frarådet å vedta en samlekategori i den

⁷⁰ Se hhv. Dok. 16 (2011-2012) s. 148, Innst. 186 S (2013-2014) s. 25, vedlegg til høringsnotat om ny felles likestillings- og diskrimineringslov s. 13 og Prop. 81 L (2016-2017) s. 36. Også ordlyden taler for at bestemmelsen gir selvstendige rettigheter, jf. formuleringen "intet menneske må utsettes for". Dette ettersom ordlyden er knyttet opp mot *menneskets rett*, heller enn *statens plikt*.

⁷¹ NOU 2009:14 s. 318-319.

⁷² *ibid.* s. 319.

⁷³ Dok. 16 (2011-2012) s. 147.

⁷⁴ *ibid.*

nye loven.⁷⁵ Dersom lovgiver ender opp på samme konklusjon, vil dette kunne være et argument for at politiske myndigheter anses å ha trukket opp grensene for hvilke grunnlag som skal ha et diskrimineringsvern etter norsk rett. Samboerskap vil dermed ikke være omfattet av Grunnlovens diskrimineringsvern. På den annen side, kan det imidlertid argumenteres for at grunnen til at man eventuelt ikke vil vedta en samlekategori i diskrimineringslovene, ikke er ment som et uttrykk for rekkevidden av grunnlovsvernet. Det kan snarere kun handle om at man ikke ønsker å gi denne typen grunnlag den styrkede posisjonen som diskrimineringslovene gir, ved at disse er underlagt blant annet særlige regler om bevisbyrde og håndheving.

Heller ikke kontroll- og konstitusjonskomiteens behandling av forslaget til grunnlovsbestemmelse om diskrimineringsvern, tydeliggjør hvilket vern bestemmelsen er ment å ha. Komiteen uttalte på den ene siden at forslaget til ny § 98 (som ble vedtatt) ”ikke [ville] endre dagens rettstilstand, men befeste et vesentlig prinsipp i det norske demokratiet”.⁷⁶ Dette kan tale for at ordlyden må tolkes betydelig innskrenkende. Samtidig sa imidlertid saksordfører Jette Christensen (Ap) i sitt innlegg i stortingsdebatten om Grunnloven § 98 at ”[k]omiteens flertall mener ikke at eksempler på diskrimineringsgrunnlag bør listes opp. Komiteen mener at bestemmelsen står seg og ikke er til å misforstå. *Usaklig forskjellsbehandling skal ikke forekomme.* Ved ikke å liste opp diskrimineringsgrunnlag unngår vi å utelate det som vi i dag ikke kjenner som diskrimineringsgrunnlag” (min kursivering).⁷⁷ Selv om Christensen selv mener at bestemmelsen ikke er til å misforstå, åpner hennes uttalelser for flere tolkninger. For det første kan uttalelsen forstås slik at henvisningen til å ikke utelate diskrimineringsgrunnlag vi ikke kjenner i dag, er ment som at bestemmelsen *på vedtakstidspunktet* kun er ment å romme diskrimineringsgrunnlagene som følger av diskrimineringslovgivningen, men at flere grunnlag kan innfortolkes inn i bestemmelsen siden.⁷⁸ En slik tolkning vil innebære at en rekke situasjoner hvor usaklig forskjellsbehandling forekommer, ikke vil være dekket av grunnlovsforbudet, ettersom denne forskjellsbehandlingen skjer på et grunnlag som ikke er omfattet av den alminnelige diskrimineringslovgivningen. På den annen side, gjør Christensens klare ønske om at usaklig forskjellsbehandling ikke skal forekomme - og da nødvendigvis slik at det er *usakligheten* og ikke *grunnlaget som sådan* som begrenser hva som vil være forskjellsbehandling - det imidlertid nærliggende å anta at komiteen i alle fall ikke har utelukket

⁷⁵ Se prop. 81 L (2016-2017) s. 96-97.

⁷⁶ Innst. 186 S (2013-2014) s. 25.

⁷⁷ Forhandl. i Stortinget 13 mai 2014 (2013-2014) s. 2473.

⁷⁸ Som presisert i vedlegg til høringsnotat om ny likestillings- og diskrimineringslov s. 14-15, kan det imidlertid ikke være slik at vedtakelse av nye grunnlag i diskrimineringslovgivningen, automatisk innebærer en utvidelse av grunnlovsvernet. En slik tolkning vil være i strid med reglene om hvordan grunnlovsendringer skal skje, jf. Grunnloven § 121.

muligheten for at Grunnloven § 98 andre ledd kan hjemle et videre vern enn diskrimineringslovgivningen for øvrig.⁷⁹

Det bør imidlertid også spørres om hvilken betydning diskrimineringsvernet i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som er gjort til norsk rett, vil ha ved tolkningen av innholdet i diskrimineringsvernet i Grunnloven.

Ettersom menneskerettighetskatalogen i Grunnloven fremdeles er relativt ny, er det begrenset med høyesterettspraksis knyttet til spørsmålet om grunnlovsrettighetene skal leses i lys av internasjonale menneskerettigheter som er inkorporert i norsk lov. I dommen inntatt i Rt. 2015 s. 93 (Maria-saken), presiserte Høyesterett at det ”etter vår forfatning [er] Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”⁸⁰. Høyesterett la imidlertid videre til grunn at Grunnloven skal tolkes ”i lys av de *folkerettslige forbildene*” (min kursivering)⁸¹ – men likevel slik at ”fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning som ved tolkningen av de *parallelle konvensjonsbestemmelsene*” (min kursivering)⁸².

Dette reiser spørsmålet om de aktuelle diskrimineringsbestemmelsene i folkeretten - EMK artikkel 14, ØSK artikkel 2 og SP artikkel 2 og artikkel 26 – har vært *forbilder* ved utformingen av Grunnlovens diskrimineringsforbud og om konvensjonsbestemmelsene er å anse som *parallelle bestemmelser* til grunnlovsbestemmelsen.

Til sammenlikning viser Høyesterett i Maria-dommen til at Grunnloven § 104 ble utformet ”etter mønster av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 for å kunne trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis”.⁸³ Da står man klart overfor parallelle bestemmelser. Hva gjelder diskrimineringsvernet, har man ingen tilsvarende uttalelser i forarbeidene. De aktuelle bestemmelsene har heller ikke en likt utformet ordlyd, ettersom grunnlovsbestemmelsen er utformet helt generelt, mens konvensjonsbestemmelsene er knyttet opp til en rekke diskrimineringsgrunnlag. Dette kan tale mot at vi står overfor parallelle bestemmelser. På den annen side er også diskrimineringsvernet som følger av konvensjonsbestemmelsene svært vidt,

⁷⁹ Bestemmelsen ble utover Christensens innlegg ikke nevnt i stortingsdebatten, hvilket tyder på at alle partiene var enige i Christensens forståelse av bestemmelsen. (For god ordens skyld: Helge Thorheim (Frp) nevnte riktignok bestemmelsen ved å si at Frp ville stemme for komiteens innstilling knyttet til Grl. § 98.)

⁸⁰ Dommens avsnitt 57.

⁸¹ Dommens avsnitt 57. Uttalelsen handlet konkret om Grunnloven § 102, men må antas å gjelde for alle bestemmelsene i Grunnlovens menneskerettighetskatalog.

⁸² Dommens avsnitt 57.

⁸³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64. Se Dok. 16 (2011-2012) s. 192 om bakgrunnen for utformingen av Grl. § 104.

og grunnlaget ”other status” synes å tilsvare et nærmest helt generelt diskrimineringsvern.⁸⁴ Bestemmelsenes prinsipielt ulike utforminger kan nok imidlertid tilsi at Høyesterett ikke vil betrakte dem som helt parallelle. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) tok også opp spørsmålet i sitt vedlegg til høringsnotatet om ny felles likestillings- og diskrimineringslov, men konkluderte med at ”det ikke uten videre er klart hvilken vekt [de internasjonale menneskerettighetene] skal ha i [tolkningen av Grunnloven § 98].”⁸⁵

Uavhengig av om Høyesterett vil velge å anse diskrimineringsforbudene i Grunnloven og i konvensjonene som *parallelle bestemmelser* eller ikke, er det i alle tilfeller Høyesterett som ”har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”.⁸⁶ Staten har etter Grunnloven § 92 en plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene slik disse er nedfelt i blant annet menneskerettskonvensjonene inkorporert i norsk lov. Det er på den bakgrunn grunn til å tro at Høyesterett, i alle fall til en viss grad, vil se hen til innholdet i konvensjonsbestemmelser som ligner grunnlovsbestemmelsene, selv om bestemmelsene ikke nødvendigvis er helt parallelle. Akkurat hvor langt Høyesterett eventuelt vil gå i å tolke Grunnlovens diskrimineringsvern i samsvar med vernet etter menneskerettskonvensjonene, er, som BLD påpeker, uklart.

Oppsummert peker både Diskrimineringslovutvalget og Menneskerettighetsutvalget på at det er lovgiver som primært vil dra opp linjene for Grunnlovens diskrimineringsvern gjennom alminnelig lovgivning. Det er imidlertid uklart hvilket vern kontroll- og konstitusjonskomiteen har ment at bestemmelsen skal gi. Som vist i kapittel 2.2.1 og 2.2.2, omfatter diskrimineringsvernet etter EMK, SP og ØSK flere diskrimineringsgrunnlag enn hva de norske diskrimineringslovene gjør. Dette kan tale for at domstolene kunne ha prøvd å innfortolke dette vernet i grunnlovsbestemmelsen, men dette er heller ikke gitt, jf. ovenfor. Barne- og likestillingsdepartementet oppsummerer for så vidt godt i forarbeidene til ny felles likestillings- og diskrimineringslov, ved å konstatere at ”de fleste grunnlagene som i dag har et vern mot diskriminering [synes] å ha et vern også etter Grunnloven § 98, men den nærmere rekkevidden av vernet er uklar.”⁸⁷

Det er med andre ord uklart om diskrimineringsvernet etter Grunnloven rekker lenger enn vernet etter diskrimineringslovene. Det er dermed også uklart om samboerskap er omfattet av Grunnlovens diskrimineringsforbud. Det må være lov å håpe at lovgiver i forbindelse med

⁸⁴ Se kap. 2.2.1 og 2.2.2 for en nærmere redegjørelse om rekkevidden av konvensjonenes diskrimineringsvern.

⁸⁵ Vedlegg til høringsnotat om ny likestillings- og diskrimineringslov s. 14.

⁸⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

⁸⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 36.

behandlingen av forslaget til ny felles likestillings- og diskrimineringslov, vil være tydeligere på hva som er ment å være grunnlovsbestemmelsenes rekkevidde.

2.4 Arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav som begrensning for religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette samboere

I tillegg til diskrimineringsregelverket, vil også arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav, som begrenser arbeidsgivers styringsrett, begrense religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette samboere.

Høyesterett slo i dommen inntatt i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen), fast at "[u]tøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn".⁸⁸ Det er alminnelig anerkjent at religiøse arbeidsgivere i en del tilfeller kan ha et legitimt behov for å stille visse krav til sine ansatte for å ha mulighet til å drive virksomhet i tråd med egen lære.⁸⁹ Dette tilsier at et krav om at ansatte ikke lever i samboerskap – forutsatt at dette er begrunnet i den religiøse læren – neppe kan anses å være "vilkårlig" eller et "utenforliggende hensyn". I lojalitet til lovgiver, bør man også være tilbakeholden med å strekke saklighetskravet spesielt langt når lovgiver uttrykkelig har tatt stilling til at listen over diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringslovgivningen skal være uttømmende. De nærmere grensene for hva som vil være vilkårlig eller utenforliggende hensyn i tilfeller hvor religiøse arbeidsgivere ønsker å forskjellsbehandle på grunnlag av samboerskap, vil bli drøftet noe nærmere i kapittel 3.4.

2.5 Oppsummering

Fremstillingen ovenfor har vist at samboerskap ikke er et diskrimineringsgrunnlag etter arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringslovene. EMK, ØSK og SP inneholder derimot et diskrimineringsvern som omfatter samboerskap. Det er imidlertid kun statene, og ikke private parter, som blir pålagt forpliktelser etter konvensjonene. Det samme gjelder for et eventuelt grunnlovsvern. Hvilken betydning Grunnlovens og de internasjonale konvensjonenes diskrimineringsvern dermed får for samboere i Norge, vil jeg drøfte i kapittel 4. Først vil jeg, i neste kapittel, drøfte i hvilke tilfeller det vil være lovlig å nekte å ansette en kandidat på grunn av samboerskap – selv når samboerskap anses å være et diskrimineringsgrunnlag. Rekkevidden av arbeidsrettens saklighetskrav i situasjoner hvor religiøse arbeidsgivere vil nekte å ansette kandidater på grunn av samboerskap, vil også bli kort vurdert.

⁸⁸ Se dommens s. 427. Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsgiver kunne endre oppmøtested for de ansatte ved Statoils anlegg på Kårstø, med den følgen at arbeidstiden først startet da de ansatte var på plass ved sitt aktuelle arbeidssted inne på området – og ikke idet de entret Statoils område. Høyesterett kom enstemmig til at en slik endring lå innenfor de endringer arbeidsgiver kunne gjøre i kraft av sin styringsrett.

⁸⁹ Vickers (2015) presiserer bl.a. på s. 116 at "[u]nder the ECHR, Article 9 is reasonably clear that the autonomy of religious groups should be respected; they should be able to determine their own leadership, for example."

3 Når vil det likevel være lovlig å nekte ansettelse på grunn av samboerskap?

Oppgavens kapittel 2 viste at EMK, SP og ØSK inneholder et diskrimineringsvern som inkluderer samboere. *All* forskjellsbehandling på grunn av samboerskap er imidlertid ikke dermed diskriminerende. Spørsmålet i dette kapitlet blir derfor i hvilke tilfeller religiøse arbeidsgivere likevel lovlig vil kunne nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap. Jeg vil først drøfte rekkevidden av EMKs vern, for deretter å se på om SPs og ØSKs diskrimineringsvern er mer omfattende enn EMKs. Jeg vil deretter si noe om diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsfriheten etter norsk rett, før jeg avslutningsvis kort vil vurdere rekkevidden av arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav for samboende arbeidssøkere i møte med religiøse arbeidsgivere.

3.1 Hva skal til for at religiøse arbeidsgivere kan nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap etter EMK?

Spørsmålet er her hva som skal til for at EMKs diskrimineringsvern ikke forbyr religiøse arbeidsgivere å nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap, til tross for at en slik nektelse vil innebære forskjellsbehandling av personer som ellers er i analoge situasjoner.

EMD har slått fast at forskjellsbehandling vil være lovlig dersom den har ”objective and reasonable justification”. Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må ”pursue a legitimate aim” samt at det må være ”a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”.⁹⁰

Når den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) prøver om medlemsstatene har handlet i samsvar med EMK, overprøver domstolen imidlertid i liten grad statenes faktiske skjønnsutøvelse. Domstolen vurderer i første rekke om de relevante momentene er vektlagt og vurdert av nasjonale domstoler og lovgivere. Som Kierulf helt riktig påpeker, er EMK ”subsidiær til de avveininger mellom rettigheter og politiske interesser som primært skal foretas av nasjonalstatene. Når statene begrunner avveiningene deres land mener er riktige, og disse begrunnelsene forholder seg til EMDs vurderingskriterier, skal det mye til at EMD anser EMK brutt.”⁹¹ Obst- og Schüth-sakene er gode eksempler på dette. Sakene gjaldt ikke diskriminering ved ansettelser, men hvorvidt personer kunne *sies opp* fra stillinger hos religiøse arbeidsgivere,

⁹⁰ Se bl.a. Den belgiske språksaken under B avsnitt 10, Shackell mot United Kingdom under ”The Law” punkt 1 og Fretté mot Frankrike avsnitt 34.

⁹¹ Kierulf (2017) avsnitt 10. Se også Strand (2012) s. 201 om EMDs avgjørelser på diskrimineringsrettens område: ”EMDs oppmerksomhet er først og fremst rettet mot at avveiningene som er foretatt skal være tilstrekkelig inngående, og er tilbakeholden med å kreve en bestemt konklusjon.” Høyesterett har også slått fast at norske domstoler skal benytte samme metode som EMD ved tolkningen av EMK, med den reservasjonen at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen, se bl.a. Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

på grunn av handlinger de foretok i sine privatliv. Både Obst og Schüth hadde innledet et forhold til andre enn sine ektefeller og ble sagt opp fra henholdsvis en mormonsk og en katolsk kirke, fordi de ikke levde opp til de etiske standardene som ble krevet av de ansatte. EMD kom til at EMK artikkel 8 om retten til privatliv *ikke* var brutt i Obst-saken, ettersom tyske domstoler hadde tatt alle relevante faktorer i betraktning og balansert disse på en grundig måte. At tyske domstoler la mer vekt på hensynet til den mormonske kirken enn på hensynet til Obst, var dermed ikke konvensjonsstridig.⁹² I Schüth-saken, kom EMD imidlertid til at EMK artikkel 8 *var* brutt, ettersom tyske domstoler verken hadde forklart godt nok hvorfor arbeidsgivers interesser måtte veie tyngre enn arbeidstakers, samt at partenes rettigheter ikke var veid mot hverandre i henhold til EMK.⁹³

3.1.1 EMDs vurderingskriterier på diskrimineringsrettens område

Selv om EMD er relativt tilbakeholdne med å overprøve statens faktiske skjønnsutøvelse, prøver EMD imidlertid om de relevante momentene er vektlagt og vurdert av nasjonale domstoler og lovgivere. Dette reiser naturlig nok spørsmålet om hvilke vurderingskriterier EMD anvender ved vurderingen av om diskrimineringsforbudet i artikkel 14 er brutt.

Hva gjelder kravet til saklig formål ("legitimate aim"), er det klare utgangspunkt at krav som stilles på grunn av arbeidsgivers behov for å organisere sin virksomhet på en tilfredsstillende måte, vil være saklige. Vickers presiserer blant annet at "[u]nder the ECHR, Article 9 is reasonably clear that the autonomy of religious groups should be respected; they should be able to determine their own leadership, for example."⁹⁴

Hvilke vurderingskriterier EMD mener at skal med i *forholdsmessighetsvurderingen*, er imidlertid mer interessant å se nærmere på. Sakene nevnt ovenfor viser at EMD vektlegger den konkrete vurderingen, og er opptatt av at det ikke skal være *automatikk* i hvordan hensynet til arbeidsgivers religionsfrihet skal veies opp mot hensynet til individets adgang til å skaffe seg arbeid.⁹⁵ Domstolen er opptatt av å sikre at individuelle forhold i den enkelte sak og knyttet til den enkelte person skal tas med i forholdsmessighetsvurderingen.⁹⁶ Dette er en tilnæringsmåte som til sammenligning også går igjen hos EU- og EFTA-domstolen.⁹⁷

⁹² Avgjørelsen er ikke oversatt til engelsk, og gjengivelsen av saken er derfor basert på "legal summary" på EMDs nettsider.

⁹³ Dommens avsnitt 74.

⁹⁴ Vickers (2015) s. 116.

⁹⁵ Strand (2012) s. 201.

⁹⁶ *ibid.*

⁹⁷ *ibid.* Dette illustreres bl.a. i Kalanke-saken (Case C-450/93 Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen), hvor tysk regelverk ga kvinner automatisk forrang til stillinger i sektorer hvor kvinner var underrepresentert. Denne automatikken stred mot EU-retten. EU-domstolen kom til motsatt resultat i Marschall-saken (Case C-409/95 Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen), ettersom det relevante regelverket inneholdt en såkalt 'saving

Selv om Obst- og Schüth-sakene nevnt ovenfor ikke gjaldt ansettelse, men oppsigelser, viser sakene likevel hvilke momenter EMD anser som relevante ved vurderingen av hvilke krav religiøse arbeidsgivere kan stille til sine ansatte. Først og fremst er det av avgjørende betydning om klageren har hatt mulighet til å få prøvd sin sak for et for partene uavhengig organ som kan veie partenes interesser mot hverandre.⁹⁸ Videre ser EMD naturlig nok på stillingens karakter.⁹⁹ Et utgangspunkt er at jo nærmere utøvelsen av religionens kjerne en stillings oppgaver er, jo tyngre veier arbeidsgivers styringsrett og religionsfrihet i møte med en kandidats diskrimineringsvern.¹⁰⁰ Også mulighetene for å skaffe seg ny jobb – og i ansettelsestilfeller dermed mulighetene til å skaffe seg en *annen* jobb - ble vurdert og vektlagt av EMD i Schüth-saken.¹⁰¹ I Obst-saken la EMD vekt på Obst' unge alder ved vurderingen av hvor inngripende oppsigelsen ville være for ham, og viste til at han dermed trolig ikke ville ha store problemer med å få seg en ny jobb.¹⁰² I Schüth-saken fikk tyske domstoler kritikk for å kun ha balansert arbeidsgivers interesser opp mot den ansattes interesse i få beholde jobben. Etter EMDs syn skulle også hensynet til Schüths familieliv og hvordan en oppsigelse ville påvirke dette vært tatt i betraktning.¹⁰³ Individets livssituasjon er med andre ord av betydning.

3.1.2 Betydningen av hva slags diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder

Det er også interessant å se på om kravet til den konkrete begrunnelsen vil variere etter hvilket diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen som den religiøse arbeidsgiveren står for gjelder, herunder om det kreves mindre for å godta forskjellsbehandling på grunnlag samboerskap, enn for eksempel kjønn.

Arnadóttir slår fast at enkelte diskrimineringsgrunnlag, som blant annet kjønn og nasjonalitet, er bedre beskyttet enn andre, ved at EMDs prøvingsintensitet varierer etter hva slags type diskrimineringsgrunnlag sakene gjelder.¹⁰⁴ Dette henger godt sammen med Aalls sondring mellom grunnlag som bygger på ”kjennetegn den enkelte ikke kan gjøre noe med” (som kjønn

clause’ som sikret at relevante momenter ved like godt kvalifiserte kandidater av begge kjønn ble vurdert. Også EFTA-domstolen belyste i sak E-01/02 viktigheten av å ha rom for å vektlegge individuelle forhold. Domstolen godtok ikke en norsk bestemmelse som åpnet for å lyse ut stillinger som stipendiat for kun ett kjønn hvor dette var underrepresentert.

⁹⁸ Se for eksempel Schüth mot Tyskland avsnitt 59.

⁹⁹ Strand (2012) s. 201. Se også Schüth mot Tyskland avsnitt 61.

¹⁰⁰ Se bl.a. Vickers (2015) s. 116.

¹⁰¹ Dommens avsnitt 73.

¹⁰² Avgjørelsen er ikke oversatt til engelsk, og gjengivelsen av saken er derfor basert på ”legal summary” på EMDs nettsider.

¹⁰³ Schüth mot Tyskland avsnitt 67.

¹⁰⁴ Arnadóttir (2003) s. 141-142.

og etnisitet) og ”verdier som den enkelte – i et demokratisk samfunn – må få ha i fred” (som religion og politiske oppfatninger)”.¹⁰⁵ Han fremholder at det som et utgangspunkt, ut fra tanken om menneskers likeverd, skal mer til å forskjellsbehandle på de førstnevnte grunnlagene enn de sistnevnte.¹⁰⁶ Dette kommer også til uttrykk i EMDs praksis. I Timishev mot Russland slo domstolen fast at ”no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified”.¹⁰⁷ EMD slo i saken fast at det var diskriminerende av russiske myndigheter å nekte saksøker adgang til et gitt geografisk område på grunn av hans etnisitet. Hva gjelder kjønn, har EMD ikke vært like strenge, men likevel stilt krav til at det må være snakk om ”very weighty reasons” for å godta forskjellsbehandling.¹⁰⁸

Samboerskap er imidlertid langt fra en like grunnleggende karakteristikk ved et menneske som hva blant annet etnisitet og kjønn er. Mens kjønn og etnisk tilhørighet er noe man er født med, og religion er et grunnleggende identitetstrekk ved et menneske, havner samboerskap i en slags tredje kategori som består av grunnlag man lettere kan velge bort. Denne adgangen til å velge seg inn i, eller bort fra, grunnlaget, taler for at EMD vil kreve mindre av begrunnelsen når det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget er samboerskap heller enn for eksempel kjønn. EMD har også vist i praksis at domstolen gir statene en viss skjønnsmargin til å forskjellsbehandle samboere og ektefeller. Saken Shackell mot Storbritannia er et eksempel på dette, hvor EMD konkluderte med at det var innenfor statenes skjønnsmargin å ha et lovverk som begrenset enkelte trygderettigheter til kun å gjelde for gjenlevende ektefeller og ikke for gjenlevende samboere.¹⁰⁹

Etter dette kan religiøse arbeidsgivere etter EMK nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap dersom denne forskjellsbehandlingen er saklig og forholdsmessig. Hva som vil være saklig og forholdsmessig må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle, og en rekke momenter kan tenkes tatt i betraktning. EMD vil imidlertid gi nasjonale domstoler relativt stor frihet i den konkrete skjønnsutøvelsen dersom EMDs prinsipper og vurderingskriterier anvendes.¹¹⁰ Det skal i slike tilfeller mye til at EMD anser EMK brutt.¹¹¹

¹⁰⁵ Aall (2011) s. 67.

¹⁰⁶ *ibid.*

¹⁰⁷ Dommens avsnitt 58.

¹⁰⁸ Se Aall (2011) s. 68-69 for en nærmere redegjørelse.

¹⁰⁹ Se premiss 1 under ”The Law”. Saken gjaldt spørsmålet om en gjenlevende kvinnelig samboer, som ville fått trygderettigheter som enke dersom hun og mannen hadde vært gift da han døde, var diskriminert etter EMK.

¹¹⁰ Andenæs, Kravik og Bjørge (2015) s. 323-324.

¹¹¹ Kierulf (2017) avsnitt 10. I Norge har imidlertid ikke samboere et diskrimineringsvern etter diskrimineringslovene. I hvilken grad Norge etter EMK har en plikt til å vedta lovgivning som forbyr diskriminering av samboere mellom private parter, vil bli tema i kap. 4.1.2.

3.2 Oppstiller diskrimineringsvernet etter SP og ØSK strengere begrensninger for religiøse arbeidsgiveres adgang til å nekte å ansette samboere enn hva EMKs diskrimineringsvern gjør?

I likhet med etter EMK, vil forskjellsbehandling etter SP og ØSK være lovlig dersom denne er basert på "reasonable and objective criteria".¹¹² Spørsmålet blir da hva som menes med "reasonable and objective criteria" etter SP og ØSK og om dette skal tolkes strengere etter FN-konvensjonene enn etter EMK.

Vilkåret innebærer at forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål og at det må være forholdsmessighet mellom målet som ønskes realisert og tiltakene og deres effekt.¹¹³ Sett i lys av Wien-konvensjonen artikkel 31, må det videre antas at kravet til "reasonable and objective criteria" skal tolkes likt etter SP og ØSK. Praksis fra FNs menneskerettskomité vil dermed være relevant ved tolkningen av ØSK-bestemmelsen, og omvendt. Etter Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 nr. 1, skal en traktat tolkes lojalt i samsvar med ordenes vanlige mening i den kontekst de er benyttet og i lys av bestemmelsens formål.¹¹⁴ Både SP og ØSK er FN-konvensjoner, de gjelder på lik linje i norsk rett, og konvensjonene oppstiller både de samme diskrimineringsgrunnlagene og har identiske vilkår for at forskjellsbehandling på et aktuelt diskrimineringsgrunnlag likevel skal være lovlig. I tillegg har begge konvensjonene som formål å sikre grunnleggende menneskerettigheter for de tilsluttede statenes borgere. Kilder knyttet til hver av de to konvensjonene vil derfor bli behandlet om hverandre i den følgende drøftelsen.

Det kan spørres om SP og ØSK på dette grunnlaget også skal tolkes likt som EMK. Selv om de tre konvensjonene alle stiller krav om at forskjellsbehandlingen må være saklig og forholdsmessig for å være lovlig, og alle konvensjonene fremmer menneskerettighetene, finnes det imidlertid større likheter mellom SP og ØSK enn mellom disse og EMK. Dette ettersom SP og ØSK begge er FN-konvensjoner som håndheves av FN-organer (riktignok to ulike komiteer), mens EMK hører under Europarådet. EMDs og FNs menneskerettskomités tilnærming til saker som kommer opp, synes også å ikke alltid være helt sammenfallende. Skoghøy fremhever – riktignok på generelt grunnlag og ikke spesielt i relasjon til diskrimineringsvernet – at selv om FNs menneskerettskomité "legger stor vekt på formålsbetraktninger, har den et edruelig forhold til rettsutvikling". Dette i motsetning til EMD,

¹¹² Dette følger av ØSK General Comment No.20 avsnitt 13 og SP General Comment No.18 avsnitt 13. Kriteriet gjelder både etter SP artikkel 2(1) og artikkel 26, jf. Nowak (2005) s. 45.

¹¹³ Dette følger for ØSKs vedkommende av ØSK-komiteens General Comment No.20 avsnitt 13. Hva gjelder SP, følger kravet til "legitimate aim" av SP GC no 18 avsnitt 13, mens kommentaren er taus om krav til forholdsmessighet. FNs menneskerettskomité har imidlertid lagt forholdsmessighetskriteriet til grunn i sin praksis, se Gillot mot Frankrike avsnitt 13.2.

¹¹⁴ Se også Skoghøy (2011) s. 513.

som Skoghøy mener flere ganger har gått for langt i sin dynamiske tolkning.¹¹⁵ Jeg vil derfor i det følgende kun bruke kilder basert på de to FN-konvensjonene for å avgjøre rekkevidden av deres diskrimineringsvern.

Som Nowak riktig påpeker, skal ”reasonable”-kriteriet dekke et bredt spekter av ulike typer saker, og det blir derfor nødvendigvis svært krevende – om ikke umulig – å gi veldig konkrete og lite skjønnspregede holdepunkter for hvordan kriteriet skal forstås.¹¹⁶ Det må, naturlig nok, foretas konkrete vurderinger i den enkelte sak. De generelle omstendighetene i staten hvor forskjellsbehandlingen har funnet sted vil være av betydning, herunder landets kulturelle og religiøse bakgrunn, samt dets tradisjoner og skikker.¹¹⁷ Videre vil også sosiale verdier og standarder være av betydning - også når disse endres raskt (som for eksempel aksepten for homofili).¹¹⁸ Nowak fremholder at rettspraksis knyttet til retten til likhet og til å ikke bli diskriminert, illustrerer bedre enn praksisen knyttet til noen annen rettighet at SP-konvensjonen er ”a living instrument” som må tolkes og anvendes i samsvar med hvordan holdningene endrer seg i samfunnet.¹¹⁹ Denne fleksibiliteten gjenspeiles også i ØSKs diskrimineringsvern. Som Wilson påpeker i relasjon til diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 2(2), åpner bestemmelsen for at andre grunnlag enn de opplistede kan bli lagt til ”based on changing practices and the evolution of attitudes in society”.¹²⁰ Dette viser at også ØSK åpner for å tolkes og anvendes i samsvar med hvordan holdningene endrer seg i samfunnet.

Hva gjelder samboerskap som grunnlag for forskjellsbehandling, synes imidlertid praksisen fra FNs menneskerettskomité å være på linje med EMDs praksis. I likhet med i EMDs Shackell-sak, hvor EMD fant at det falt innenfor statenes skjønnsmargin å ha et lovverk som begrenset rett til trygdeytelser til kun å gjelde for gjenlevende ektefeller og ikke samboere,¹²¹ anser også FNs menneskerettskomité tilsvarende forskjellsbehandling for å bygge på ”reasonable and objective criteria”. I saken Danning mot Nederland kom komiteen til at forskjellsbehandling av gifte og samboeres rett til arbeidsløshetsstrygd var saklig og forholdsmessig, slik at denne ikke innebar brudd på SP artikkel 26.¹²² I saken Derksen mot Nederland var spørsmålet om det var i strid med artikkel 26 at ny lovgivning, som ga like rettigheter til gjenlevende gifte og samboere, ikke kunne anvendes på tilfeller hvor den ene samboende partneren hadde dødd før regelens ikrafttredelsestidspunkt. Komiteen viste til at det ikke var diskriminerende å gjøre

¹¹⁵ Skoghøy (2011) s. 530.

¹¹⁶ Nowak (2005) s. 628.

¹¹⁷ *ibid.*

¹¹⁸ *ibid.*

¹¹⁹ *ibid.*

¹²⁰ Wilson (2010) s. 223.

¹²¹ Shackell mot Storbritannia premiss 1 under ”The Law”.

¹²² Avsnitt 14.

forskjell på gifte og samboeres rettigheter i denne saken, og at det dermed heller ikke innebar brudd på artikkel 26 at lovgivningen ikke ble gitt tilbakevirkende kraft.¹²³ I både Danning- og Dersken-sakene, la komiteen vekt på at gifte har en annen rettslig status enn samboere – både hva gjelder plikter og rettigheter – og at personene selv står helt fritt til å velge om dette er noe de ønsker å ta del i eller ikke. Komiteens uttalelser ser ut til å bygge på et synspunkt om at det ikke innebærer diskriminering at en samboer ikke kan kreve giftes rettigheter, når vedkommende selv ”kun” har valgt å forplikte seg til samboeres plikter.¹²⁴ Uttalelsene tyder på at samboeres diskrimineringsvern etter SP og ØSK er betydelig svakere enn vernet for personer som blir forskjellsbehandlet på grunn av karakteristikk som vanskelig eller ikke kan endres, som for eksempel kjønn og etnisitet. Basert på FNs menneskerettskomité’s aksept for at stater forskjellsbehandler gifte og samboere ved utformingen av rettigheter, gir dette liten grunn til å tro at diskrimineringsvernet etter SP og ØSK begrenser religiøse arbeidsgiveres frihet til å nekte ansettelser på grunn av samboerskap i nevneverdig mye større grad enn hva EMKs diskrimineringsvern gjør.

3.3 Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsfriheten etter norsk rett

I dette kapitlet ville det vært naturlig å stille spørsmål om i hvor stor utstrekning religiøse arbeidsgivere kan nekte å ansette en kandidat som lever i samboerskap etter norsk diskrimineringslovgivning. Ettersom samboerskap imidlertid ikke er et diskrimineringsgrunnlag etter dette regelsettet, vil en slik drøftelse innebære å drøfte rekkevidden av et vern som ikke finnes. Samboerskap har imidlertid en klar berøringsflate mot diskrimineringsgrunnlaget religion, ettersom samboerskap er et slags ”tilleggskrav” til ”grunnkravet” religiøs tilknytning. Å stille krav til en viss samlivsform, er med andre ord å stille krav til at arbeidstaker ikke bare deler den religiøse overbevisningen på et ”teoretisk nivå”, men at denne overbevisningen også leves ut i praksis. Jeg mener derfor at det for oppgavens helhets skyld, bør sies noe om hvordan saklighets- og forholdsmessighetsvurderingene gjøres etter norsk rett, og da spesielt med fokus på muligheten til å nekte å ansette en kandidat på grunn av religiøs overbevisning.¹²⁵ Jeg vil da også vurdere i hvilken grad diskrimineringsvernet etter norsk rett har ulik rekkevidde i møte med religionsfriheten, avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag det er snakk om.

Vurderingene i dette delkapitlet vil også være relevante dersom et diskrimineringsvern for samboere skulle bli innfortolket i Grunnlovens diskrimineringsforbud. Det samme gjelder dersom lovgiver trosser regjeringens forslag, og vedtar en samlekategori som omfatter

¹²³ Avsnitt 9.2.

¹²⁴ Se Danning avsnitt 14 og Dersken avsnitt 9.2.

¹²⁵ Religion er et diskrimineringsgrunnlag, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 6.

samboerskap i ny felles likestillings- og diskrimineringslov som forventes behandlet i Stortinget i nærmeste fremtid.¹²⁶

Forskjellsbehandling er, etter likestillings- og diskrimineringslovene, tillatt dersom den har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.¹²⁷ Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret for å avgjøre om den aktuelle forskjellsbehandlingen vil være lovlig.¹²⁸

For det første må en religiøs arbeidsgivers forskjellsbehandling ha et saklig formål. Som presisert ovenfor under vurderingen av saklighetskravet etter EMK, er utgangspunktet at krav som stilles på grunn av arbeidsgivers behov for å organisere sin virksomhet på en tilfredsstillende måte, vil være saklige.¹²⁹ Det kreves imidlertid at begrunnelsen må bygge på ”et dokumentert religiøst grunnlag med en solid oppslutning” hos den aktuelle arbeidsgiver for at forskjellsbehandlingen skal anses som saklig.¹³⁰ Likestillings- og diskrimineringsombudets (LDO) sak 09/1631 gjaldt spørsmålet om en stilling som kirkeverge i en menighet i Den norske kirke var lovlig utlyst, som følge av at stillingsannonsen inneholdt formuleringen ”[s]amlivsform kan bli etterspurt og vektlagt”.¹³¹ Ombudet mente at det var tilstrekkelig oppslutning for å vektlegge homofil samlivsform, ettersom det i Den norske kirke på uttalestidspunktet eksisterte to syn på spørsmålet om homofile som lever i parforhold kan ha vigslende stillinger i kirken. Kravet til ”solid oppslutning” innebærer med andre ord ikke at kravet som stilles krever enstemmig tilslutning hos den aktuelle arbeidsgiver.

¹²⁶ Regjeringen har foreslått at diskrimineringsgrunnlagene i en ny lov ikke skal suppleres av en samlekategori, se Prop. 81 L (2016-2017) s. 96. Stortingets familie- og kulturkomité skal avgi sin innstilling innen 1 juni 2017, se Stortinget (2017).

¹²⁷ Se likestillingsloven § 6, diskrimineringsloven om etnisitet § 7, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6. Det bør bemerkes at Grunnlovens diskrimineringsbestemmelse etter sin ordlyd ikke inneholder et krav om at forskjellsbehandlingen må være ”nødvendig” for å være lovlig. Sett i lys av Diskrimineringslovutvalgets og Menneskerettighetsutvalgets uttalelser om at det er politiske myndigheter som bør trekke opp grensene for grunnlovsvernet, er det imidlertid grunn til å tro at diskrimineringslovenes nødvendighetskrav også skal innfortolkes i saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen etter grunnlovsbestemmelsen. Dette underbygges også av at Likestillings- og diskrimineringsombudet mener at ”vurderingene av nødvendighet og forholdsmessighet ... ofte vil være flytende”, se LDO 11/521. Se også NOU 2008:1 s. 72, hvor det slås fast at ”[f]orholdsmessighetskravet betyr nemlig også at trossamfunnet må velge en annen og ikke-diskriminerende eller eventuelt mindre inngripende løsning hvis dette er mulig.”

¹²⁸ Strand (2009) s. 584.

¹²⁹ Se kap. 3.1.1. Se også bl.a. LDO 11/524, hvor ombudet slo fast at det å ”sikre gjennomføringen av [arbeidsgivers] religiøse formål vil i utgangspunktet måtte anses å være et saklig formål for forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven.”

¹³⁰ Se bl.a. LDO 09/1631 og LDO 13/975.

¹³¹ Det var forskjellsbehandling på grunn av *homofil* samlivsform – og ikke samlivsform generelt – som var tema for saken.

3.3.1 Stillingens karakter

Videre vil arbeidsplassens karakter være av betydning. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at forskjellsbehandlingens begrunnelse knytter seg til den aktuelle *arbeidsplass* – begrunnelsen må også ha forankring i konkrete forhold knyttet til den aktuelle *stilling*.¹³² Stillingens karakter vil med andre ord være av sentral betydning både ved spørsmålet om forskjellsbehandlingens saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet. Kort oppsummert kan man si at jo nærmere kjerneutøvelsen av religionen stillingen ligger, i desto større grad må diskrimineringsvernet vike til fordel for religionsfriheten.¹³³ En god pekepinn på om forskjellsbehandling som er begrunnet i religion vil være lovlig, er om stillingen involverer lære- eller forkynneroppdrag.¹³⁴ Det vil også være relevant i hvor stor grad stillingen involverer annen utøvelse av religionen. I Likestillings- og diskrimineringsombudets (LDOs) sak 13/975, vektla ombudet at en stor del av en ungdomsrådgiver i Den norske kirke sine oppgaver ville ha et religiøst innhold. Oppgavene var knyttet til foredrag, undervisning, forkynnelse og arrangering av kristne møter. Ombudet godtok da en utlysningstekst som kunne gi inntrykk av at søkere som levde i homofilt samliv stilte dårligere enn andre søkere. Dersom stillingen derimot er rent administrativ, kan det knapt kreves noe utover alminnelig lojalitet til arbeidsgiver.¹³⁵ Av forarbeidene til diskrimineringsloven av 2005, går det blant annet frem at ”det ikke vil være saklig å forskjellsbehandle på grunn av religion ved ansettelse av vaktmester eller renholder i et trossamfunn, med mindre funksjonene kan sies å være av betydning for gjennomføringen av trossamfunnets religiøse formål”.¹³⁶ Dette illustreres også i Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 08/1023. Ombudet mente at det kunne stilles krav til at renholdere i en kirke måtte ”ha evne til å vise forståelse og respekt for det som til enhver tid foregår i en kirke”,¹³⁷ men at et krav om at renholdsarbeidere måtte være kristne var uforholdsmessig og dermed innebar brudd på diskrimineringslovgivningen.¹³⁸

¹³² Strand (2011) s. 128-129.

¹³³ Se eksempelvis Stortingets utredningsseksjons rapport av 7 november 2016 s. 2, hvor det konkluderes med at et (eventuelt) krav om å snakke norsk i taler og prekener neppe kan kreves, ettersom et slikt krav vil rette seg direkte mot den religiøse seremonien og blir en innblanding i den religiøse delen av trossamfunnets virksomhet.

¹³⁴ Til sammenligning ser det ut til å være enighet mellom EUs medlemsstater om respekt for trossamfunns behov for å velge sine egne ansatte til å undervise religion og lede religiøse samlinger, se Vickers (2007) s. 61. Også under EMK artikkel 9 respekteres religiøse grupperes selvbestemmelsesrett ved at de bør få bestemme eget lederskap, se Vickers (2015) s. 116. I SP reflekteres religionsfrihetens fundamentale karakter av det faktum at friheten ikke kan fravikes, selv ikke ”in time of public emergency”, jf. SP artikkel 4(2) og presiseringen i General Comment No. 22 avsnitt 1.

¹³⁵ Dette ser man også i EU-retten. For eksempel kan en moské neppe kreve at renholderne må være muslimer, med mindre alle ansette for eksempel tar del i og leder religiøse aktiviteter, se Vickers (2007) s. 56.

¹³⁶ Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 102.

¹³⁷ LDO 08/1023 s. 4.

¹³⁸ *ibid.* s. 5.

Spørsmålet om hvor langt diskrimineringsvernet rekker i møte med religionsfriheten for stillingene i sjiktet mellom renholdere og religiøse ledere, byr imidlertid på mer usikkerhet. Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) har behandlet flere saker i dette sjiktet, som kan være med på å belyse rettstilstanden. Sakene Grenland folkehøgskole, Rønningen folkehøgskole og KVS-Lyngdal videregående skole gjald alle spørsmålet om kristne skoler kunne kreve at lærere som skulle undervise i andre fag enn religion måtte være kristne.¹³⁹ I Grenland-saken godtok ikke ombudet et slikt krav, og viste til religionsutøvelse ikke var knyttet til lærerstillingen gjennom konkrete religiøse oppgaver i undervisning eller på annen måte. Folkehøgskolen ble ikke hørt med at deres anførte behov for at lærerne aktivt skulle kunne fremme skolens kristne målsetning, var nødvendig for forskjellsbehandlingen. I de to andre sakene kom imidlertid ombudet til motsatt konklusjon. Ved Rønningen folkehøgskole hadde alle lærerne religiøse funksjoner ved skolen, ved at de deltok på gudstjenester, holdt ukentlige andakter, drev sjelesorg og ellers var aktive i skolens sosialpedagogiske opplegg. Ombudet viste til at lærerne på denne måten hadde en rekke funksjoner som gjorde det nødvendig for skolen å ha kristne lærere, og at elevene ville omgås lærerne både i skoletiden og på fritiden. Også i KVS-Lyngdal-saken, vektla ombudet at lærerne holdt ukentlige andakter i klassene, samt at de generelt var viktige medarbeidere på skolen som var i mye kontakt med elevene og dermed rollemodeller for dem. Disse tre skolesakene illustrerer hvordan det ikke er automatikk i å kunne kreve at alle ansatte hos en religiøs arbeidsgiver deler arbeidsgivers tro, men at innholdet i den aktuelle stillingen må vurderes konkret. Den aktuelle stillingen må inneholde et visst element av lære- eller forkynneroppdrag, eller annen konkret utøvelse av religionen for at det lovlig kan stilles krav til de ansattes religiøse tilhørighet. Det er imidlertid ikke krav til at religionsutøvelse må være hovedinnholdet i stillingen.

3.3.2 Betydningen av hva slags diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder

I tillegg til at stillingens karakter vil være av sentral betydning ved spørsmålet om forskjellsbehandlings saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet, vil også diskrimineringsvernet etter norsk rett ha ulik rekkevidde i møte med religionsfriheten, avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag det er snakk om.¹⁴⁰ Dette har kommet til uttrykk i Likestillings- og diskrimineringsombudets (LDOs) praksis, se bl.a. sak 11/521, hvor ombudet konkluderte med at det ikke kunne stilles krav til at økonomilederen i en kristen organisasjon måtte være mann. Det ble imidlertid ikke problematisert at økonomilederen måtte tilhøre organisasjonens trosretning.

¹³⁹ Henholdsvis saksnr. 10/778, 10/779 og 10/761. Uttalelsene i de tre sakene ble avsagt så å si samtidig, henholdsvis 27, 26 og 24 april 2012.

¹⁴⁰ Strand (2012) s. 192. Dette gjelder også for diskrimineringsvernets rekkevidde etter EMK, SP og ØSK, se oppgavens kap. 3.1.2 og 3.2.

Diskrimineringsvernets ulike rekkevidde i møte med religionsfriheten avhengig av hvilket grunnlag det er snakk om, kommer også til uttrykk i EØS/EU-retten, som norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med.¹⁴¹ Selv om EU-retten ikke omfatter grunnlaget samboerskap, omfatter den likevel andre grunnlag, slik at EU-retten er relevant å ta i betraktning ved vurderingen av om ulike diskrimineringsgrunnlag har ulik rekkevidde. Diskrimineringsvernets ulike rekkevidde i møte med religionsfriheten kommer klarest til uttrykk i Rådskonklusjon 2000/78/EF, som inneholder to unntak for stillinger hos blant annet religiøse arbeidsgivere.¹⁴² Religionsfriheten rekker etter disse unntakene lenger ved krav om å høre til en gitt tro, enn ved alle andre potensielle diskrimineringsgrunnlag etter direktivet.¹⁴³ Direktivets diskrimineringsvern omfatter imidlertid ikke samboerskap. Dette tyder på at også EU-retten anser samboerskap som et relativt lite beskyttelsesverdig grunnlag. Dette henger godt sammen med rettstilstanden etter EMK, SP og ØSK, hvor det også ble vist at diskrimineringsvernet vil rekke kortere hvor det aktuelle grunnlaget er samboerskap, enn hvor det er snakk om forskjellsbehandling på grunn av grunnlag som religion eller kjønn.¹⁴⁴

3.3.3 Andre vurderingsmomenter

I forholdsmessighetsvurderingen vil også andre momenter kunne vektlegges. Et sentralt moment, er om arbeidsgiver kan oppnå det saklige formålet på andre mindre inngripende måter. I så fall må slike andre tiltak velges.¹⁴⁵ Dette kom blant annet til uttrykk i LDOs sak 11/521. En kristen organisasjon krevde at deres økonomileder måtte være mann. Dette ettersom han hadde plass i organisasjonens hovedstyre, som etter deres teologiske syn bare kunne bestå av menn. Ombudet viste til at organisasjonen kunne organisere bort behovet for forskjellsbehandlingen, ved å omorganisere virksomheten slik at økonomileder ikke hadde plass i hovedstyret. Kravet var derfor i strid med diskrimineringslovgivningen.

Etter forholdsmessighetsvurderingen skal det arbeidsgiver ønsker å oppnå med forskjellsbehandlingen, veies opp mot hvor inngripende slik ulik behandling vil være for den

¹⁴¹ Høyesterett la i Rt. 2011 s. 964 til grunn at norsk diskrimineringslovgivning skal tolkes i samsvar med Rådskonklusjon 2000/78/EF, se dommens avsnitt 36 flg. og bl.a. Likestillings- og diskrimineringsnemndas vedtak i sak 30/2012.

¹⁴² Direktivets artikkel 4 inneholder to såkalte Genuine Occupational Requirement-unntak (GOR-unntak).

¹⁴³ For å stille troskrav kreves det ”kun” at kravet utgjør et ”regulært, legitimt og berettiget ervervsrettlig krav på baggrund af organisationens etik”, jf. artikkel 4(2). For å forskjellsbehandle på andre grunnlag, kreves det imidlertid at det må være snakk om et ”regulært og *avgjørende* ervervsrettlig krav, forudsatt at målet er legitimt, og at kravet står i rimelig forhold hertil” (min kursivering), jf. artikkel 4(1).

¹⁴⁴ Det finnes imidlertid grenser for i hvor stor grad det kan forskjellsbehandles på grunn av samboerskap. I saken RG 1998 s. 86 (KG-lærer), kom Borgarting lagmannsrett, i motsetning til tingretten, til at Kristelig Gymnasiums oppsigelse av en lærer på grunn av hans samlivsbrudd og nye samboerskap, ikke oppfylte arbeidsmiljølovens saklighetskrav ved oppsigelse. Oppsigelsen var dermed ugyldig. Det må imidlertid presiseres at den ansatte har et betydelig sterkere vern mot oppsigelse enn mot forskjellsbehandling ved ansettelse.

¹⁴⁵ LDO 13/975.

som stilles dårligere. Ombudet pekte i sak 11/524 på at tilgangen til arbeidsmarkedet, samt økonomiske konsekvenser for dem som ikke får jobb, vil være relevante momenter i en slik vurdering. Videre vil hensynet til at virksomheten ikke skal endre karakter som følge av at man ikke får stille tilstrekkelige krav, være relevant. Høyesterett tilla blant annet dette hensynet betydelig vekt i Rt 1986 s. 1250 (Diakonhjemmets Sosialhøgskole), hvor Høyesterett kom til at høgskolen kunne spørre søkere til lærerstillinger om deres forhold til den kristne tro.¹⁴⁶

Etter dette vil hva som er saklig og forholdsmessig forskjellsbehandling måtte avgjøres konkret i det enkelte tilfelle på bakgrunn av ulike relevante momenter. Stillingens karakter vil blant annet stå sentralt, og jo nærmere kjernen av religionsutøvelse en stilling befinner seg, jo kortere vil diskrimineringsvernet som utgangspunkt rekke. Diskrimineringsvernets rekkevidde vil også avhenge av det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget.

3.4 Kort om rekkevidden av arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav

Selv i tilfeller hvor diskrimineringslovgivningens vern ikke vil sette grenser for arbeidsgivers adgang til å forskjellsbehandle kandidater, vil arbeidsrettens generelle saklighetskrav kunne sette slike begrensninger. Dette saklighetskravet vil imidlertid kun begrense adgangen til å vektlegge forskjellsbehandling som er vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn.¹⁴⁷ Spørsmålet er her hvor langt dette vernet rekker for samboende arbeidstakere i møte med religiøse arbeidsgivere.

Det er klart at kravet kan komme til anvendelse også i møte med religiøse arbeidsgivere. Dette vil kunne være aktuelt dersom en religiøs arbeidsgiver for eksempel skulle finne det for godt å ikke ville ansette samboere av en annen grunn enn den aktuelle religionens lære. Et tenkt eksempel kan være hvor en sjef selv akkurat har vært gjennom et opprivende samlivsbrudd med sin samboer og derfor nekter å ansette personer som lever i samboerskap, fordi vedkommende ikke daglig vil bli minnet om bruddet. Et slikt krav vil verken være begrunnet i stillingens karakter eller arbeidsgivers legitime behov, og kravet vil fort bli ansett å være vilkårlig og begrunnet i utenforliggende hensyn, slik at saklighetsnormen vil sette en stopper for en slik utøvelse av arbeidsgivers styringsrett.

På den andre siden, er det imidlertid alminnelig anerkjent at religiøse arbeidsgivere i en del tilfeller kan ha et legitimt behov for å stille visse krav til sine ansatte for å ha mulighet til å

¹⁴⁶ Dommen s. 1259.

¹⁴⁷ Rt. 2001 s. 418 på s. 427. Det kan for ordens skyld nevnes at saklighetskravet kan rekke noe lenger ved ansettelser i offentlig tjeneste enn i private virksomheter, ettersom stillinger i førstnevnte innebærer utøvelse av forvaltningsmyndighet, se mer om dette i Fanebust (2015) s. 134. Ettersom oppgaven gjelder religiøse arbeidsgivere, som alle er private virksomheter, går jeg imidlertid ikke nærmere inn på de særlige kravene som stilles til ansettelser i offentlig tjeneste.

drive virksomhet i tråd med egen lære.¹⁴⁸ Dette tilsier at et krav om at ansatte ikke lever i samboerskap – forutsatt at dette er begrunnet i den religiøse læren – neppe kan anses å være ”vilkårlig” eller et ”utenforliggende hensyn”. I lojalitet til lovgiver, bør man være tilbakeholden med å strekke saklighetskravet spesielt langt inn på diskrimineringslovgivningens område når lovgiver uttrykkelig har tatt stilling til at listen over diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringslovgivningen skal være uttømmende. Også forutberegnelighetshensyn for arbeidsgivere som trenger å vite hvilke rammer de opererer innenfor, tilsier at man skal være varsom med å strekke et slikt generelt ulovfestet saklighetskrav spesielt langt. Dette tilsier at det ikke nødvendigvis vil være vilkårlig å nekte å ansette samboere også i situasjoner hvor en slik nektelse ville vært diskriminerende *dersom* samboerskap hadde vært et diskrimineringsgrunnlag. Dette tilsier videre at det trolig vil være lovlig å nekte å ansette samboere i alle tilfeller hvor det vil være lovlig å stille krav om religiøs tilhørighet.¹⁴⁹

3.5 Oppsummering

Fremstillingen ovenfor har vist at forskjellsbehandling på grunn av et diskrimineringsgrunnlag både etter konvensjonene og etter nasjonal lovgivning vil være lovlig når denne er saklig og forholdsmessig. Hva som er saklig og forholdsmessig vil måtte avgjøres konkret i det enkelte tilfelle på bakgrunn av ulike relevante momenter, herunder hvor nært kjernen av religionsutøvelsen stillingen befinner seg.

Hva gjelder diskrimineringsvernets rekkevidde, ser vi konturene av en slags tredeling basert på det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget. Størst rekkevidde har diskrimineringsvernet for grunnlagene som den enkelte ikke kan gjøre noe med, som blant annet kjønn, etnisitet og seksuell legning. I en slags mellomstilling kommer grunnlag som den enkelte må få ha i fred, som religion og politisk oppfatning. Svakest vern vil grunnlag som er basert på menneskers egne valg ha, som for eksempel samboerskap. Også andre ”forbildefunksjoner”, som for eksempel avholdenhet fra alkohol eller tobakk, krav til seksualmoral m.v. vil havne i denne valgbaserte kategorien. Denne kategoriens svake stilling kommer blant annet til uttrykk i norsk diskrimineringslovgivning, ved at dette regelsettet ikke inneholder et diskrimineringsvern for slike grunnlag. Arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav vil imidlertid begrense adgangen til å forskjellsbehandle på også slike valgbaserte grunnlag, men kun i tilfellene hvor forskjellsbehandlingen er vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn.

¹⁴⁸ Vickers (2015) presiserer bl.a. på s. 116 at “[u]nder the ECHR, Article 9 is reasonably clear that the autonomy of religious groups should be respected; they should be able to determine their own leadership, for example.”

¹⁴⁹ Det er imidlertid også mulig at adgangen til å nekte å ansette samboere går enda lenger enn adgangen til å kreve religiøs tilhørighet. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på problemstillingen, ettersom religiøse arbeidsgivere neppe vil finne det for godt å kreve religiøse ”tilleggskrav” i situasjoner hvor ikke ”grunnkravet” kan oppfylles.

4 Hvilken betydning får Grunnlovens og de internasjonale konvensjonenes diskrimineringsvern for samboere i Norge?

Fremstillingen ovenfor har vist at EMK, SP og ØSK inneholder et diskrimineringsvern som omfatter samboere. Rekkevidden av grunnlovsvernet er uklar. I likhet med grunnlovsrettighetene, kan konvensjonsrettighetene imidlertid i utgangspunktet kun påberopes overfor staten.¹⁵⁰ Spørsmålet blir dermed hvilken betydning Grunnlovens og de internasjonale konvensjonenes diskrimineringsvern egentlig får for samboere i Norge i møte med religiøse arbeidsgivere.

4.1 Betydningen av de internasjonale menneskerettskonvensjonenes diskrimineringsvern

4.1.1 Betydning som skranke og tolkningsmoment

Selv om konvensjonsrettighetene i utgangspunktet kun kan påberopes overfor staten, vil konvensjonsvernet fungere som en skranke for lovgiver. Dette innebærer at lovgiver ikke kan vedta lover som strider mot konvensjonenes diskrimineringsvern. Videre kan rettighetene påberopes på en slags indirekte måte i saker mellom private parter, ved at disse anvendes som tolkningsmoment eller som grunnlag for å sette til side bestemmelser i norsk lov som strider med konvensjonsrettighetene.

Det ble allerede i forarbeidene til menneskerettsloven av 1999, slått fast at både norske domstoler og andre rettsanvendere ”benytter seg av folkerettslige regler som en relevant rettskildefaktor ved løsning av spørsmål etter norsk rett”.¹⁵¹ Vi ser med andre ord at menneskerettskonvensjonene har fungert som tolkningsprinsipper i norsk rett i lang tid. Konvensjonsrettighetenes stilling ble ytterligere styrket ved at de ved menneskerettsloven § 3, jf. § 2 ble gitt forrang foran annen norsk lovgivning. Ettersom samboerskap er et diskrimineringsgrunnlag etter EMK, ØSK og SP, reiser dette spørsmål om de norske diskrimineringslovene kan tolkes slik at samboerskap også vil være et diskrimineringsgrunnlag etter disse lovene.

Lovgiver har vedtatt en uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringslovene.¹⁵² Dette gjør det vanskelig å likevel innfortolke et ekstra grunnlag i lovgivningen. Lovgiver har også gjort et overveid valg om at norsk lovgivning ikke skal omfatte et like bredt vern som konvensjonenes vern. I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringslovene av 2013, fremholdt departementet at ”[m]enneskerettighetene ... ikke [er] i veien for at diskrimineringslovene har uttømmende lister over

¹⁵⁰ Smith (2015) s. 370-371 og Strand og Larsen (2015) s. 26-27.

¹⁵¹ Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 7.

¹⁵² Prop. 88 L (2012-2013) s. 67 og Innst. 441 L (2012-2013) s. 18.

diskrimineringsgrunnlag”.¹⁵³ Dette ettersom menneskerettighetene, ifølge departementet, ”ikke [er] i veien for at noen grunnlag kun har et basisvern etter menneskerettighetskonvensjoner inntatt i menneskerettsloven, mens vernet for bestemte grunnlag er gjort mer effektivt gjennom diskrimineringslovene og reglene i disse om bevisbyrde, håndheving osv”.¹⁵⁴ For øvrig vil heller ikke *lex posterior*-prinsippet tale for at konvensjonsvernet må innfortolkes i diskrimineringslovene, ettersom de norske diskrimineringslovene er betydelig nyere enn ratifikasjonene av konvensjonene.¹⁵⁵

Departementets uttalelser leder imidlertid naturlig over i spørsmålet om hvilke forpliktelser staten har etter konvensjonene hva gjelder å sikre at diskriminering ikke skjer mellom private parter.

4.1.2 Har staten en plikt etter konvensjonene til å gi samboere et sterkere diskrimineringsvern enn hva norsk diskrimineringslovgivning gjør i dag?

Konvensjonene pålegger statene både negative plikter, i form av å avstå fra konvensjonsstridige aktiviteter, samt også positive plikter.¹⁵⁶ Pliktene gjelder for alle statsorganer på alle nivåer og i alle funksjoner.¹⁵⁷ Dette innebærer at statenes forpliktelser gjelder både lovgiver, utøvende organer og domstolene.¹⁵⁸ Ettersom denne oppgaven gjelder diskrimineringsvernets rettslige rekkevidde, vil den videre drøftelsen dreie seg om i hvilken grad statene etter konvensjonene har en plikt til å vedta lovgivning som forbyr diskriminering av samboere.¹⁵⁹ Jeg tar først stilling til om Norge har en plikt etter EMK til å gi samboere et sterkere diskrimineringsvern enn hva norsk regelverk gjør i dag.

Det er viktig å merke seg at det er *statene* som er pliktsubjekter etter konvensjonene. Private parter kan dermed ikke holdes ansvarlige for konvensjonsbrudd.¹⁶⁰ Selv om det er statene som er pliktsubjekter etter konvensjonene, er det imidlertid klart at statene også kan ha et visst ansvar for å sørge for at heller ikke privates handlinger bryter med individenes konvensjonsrettigheter.

¹⁵³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 72.

¹⁵⁴ *ibid.*

¹⁵⁵ *Lex posterior*-prinsippet går ut på at yngre regler går foran eldre, jf. Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 356.

¹⁵⁶ Emberland (2006) s. 225-226.

¹⁵⁷ *ibid.* s. 223.

¹⁵⁸ Høstmælingen (2012) s. 351.

¹⁵⁹ Statene står riktignok ganske fritt til å bestemme på hvilken måte konvensjonsforpliktelsene skal gjennomføres, og det er dermed ikke helt presist å snakke om en ”plikt til å vedta lovgivning”. Høstmælingen (2012) påpeker på s. 352 at ”[k]onvensjonene spør etter resultater, og stiller sjelden helt konkrete krav om gjennomføringsmåter”. Lovgivning er imidlertid en grunnleggende og effektiv gjennomføringsmekanisme, og det vil være vanskelig å finne andre gjennomføringsmekanismer som fullt ut kan erstatte verdien av lovgivning.

¹⁶⁰ Strand og Larsen (2015) s. 26-27. Det er for eksempel kun stater som kan klages inn for EMD, jf. EMK artikkel 34, jf. artikkel 1.

I saken X og Y mot Nederland, uttalte EMD at statenes positive plikter til å sikre effektiv respekt for privatlivet, ”may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations between individuals”.¹⁶¹ Hvorvidt statene har en slik positiv plikt og hvor langt den eventuelt rekker, vil imidlertid bero på en nærmere tolkning av den enkelte rettighet.¹⁶²

Emberland slår fast at ”myndighetenes forpliktelse til å gripe inn i privatpersoners diskriminerende adferd vil avhenge av forholdene og i høyden bero på aktpågivenhetsnormer og rimelighetsbetraktninger som er mer eller mindre uklart formulert”.¹⁶³ EMKs ordlyd taler for en relativt vidtrekkende plikt. Etter artikkel 14 har statene en plikt til å sørge for at konvensjonens rettigheter er ”secured” uten diskriminering. I Explanatory Report til EMK tilleggsprotokoll 12 kan det imidlertid synes som statenes plikt til å hindre diskriminering mellom private parter, rekker betydelig kortere. Norge har riktignok ikke ratifisert tilleggsprotokollen.¹⁶⁴ Protokollen rekker også lenger enn EMK artikkel 14, ettersom den hjemler et selvstendig diskrimineringsvern, i motsetning til artikkel 14s aksessoriske vern. Uttalelsene om statenes forpliktelser etter tilleggsprotokollen er imidlertid likevel av interesse for å vurdere rekkevidden av forpliktelsene etter EMK artikkel 14. Rapporten slår fast at omfanget av statenes positive forpliktelser etter TP 12 ”is likely to be limited”.¹⁶⁵ Videre slår imidlertid rapporten fast at statenes forpliktelser vil variere med omstendighetene, herunder at ”purely private matters” ikke vil falle inn under statens forpliktelser.¹⁶⁶ Adgangen til å få jobb er imidlertid ikke en slik ren privatsak – ansettelsessituasjoner er blant annet gjenstand for relativt omfattende lovgivning – hvilket kan tale for at statene ikke står helt uten forpliktelser overfor arbeidstakere som blir forskjellsbehandlet av private arbeidsgivere på grunn av et relevant diskrimineringsgrunnlag.

Norske myndigheter synes på sin side å mene at konvensjonenes diskrimineringsvern ikke er i veien for å *ikke* inkludere samboerskap – og en rekke andre grunnlag som vil falle inn under EMKs diskrimineringsvern – i de norske diskrimineringslovene. Diskrimineringslovutvalget la opp til at diskrimineringsvernet i norsk rett skulle ha to beskyttelsesnivåer. Alle grunnlag som omfattes av de inkorporerte menneskerettskonvensjonene ville dermed ha et basisvern etter menneskerettsloven, mens de mest beskyttelsesverdige grunnlagene ville få et sterkere vern

¹⁶¹ Avsnitt 23.

¹⁶² NOU 2009:14 s. 45.

¹⁶³ Emberland (2006) s. 228.

¹⁶⁴ Europarådet (2017).

¹⁶⁵ Avsnitt 27. Se også Johnsen (2006) s. 7, som presiserer at det ”riktig nok [er] mulig å klage en stat inn for EMD dersom den ikke gjør nok for å for å hindre krenkelser av EMK fra private, men her skal det mye til for å konstatere menneskerettsbrudd.”

¹⁶⁶ Avsnitt 28.

gjennom å tas inn i likestillings- og diskrimineringslovene.¹⁶⁷ Førstnevnte vern vil imidlertid være mindre effektivt enn diskrimineringslovenes vern, blant annet ettersom adgangen til å påberope konvensjonenes diskrimineringsvern direkte overfor private parter vil være ”høyst usikker”.¹⁶⁸ Diskrimineringslovutvalget mente imidlertid at en slik løsning ville være i samsvar med Norges menneskerettslige forpliktelser. Utvalget pekte blant annet på at noe annet ville bety at de aller fleste stater ikke oppfyller sine konvensjonsforpliktelser.¹⁶⁹ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet sluttet seg i forarbeidene til likestillings- og diskrimineringslovene av 2013 til dette.¹⁷⁰ Selv om samboere etter en slik modell i teorien sies å ha et ”basisvern”, er realiteten imidlertid den at en slik løsning innebærer at staten ikke har noen plikt til å sikre at samboere ikke diskrimineres av religiøse arbeidsgivere, ettersom slike arbeidsgivere er private parter.

En slik differensiering i diskrimineringsvernet kan imidlertid, i alle fall til en viss grad, forsvares av Aalls sondring mellom grunnlag som den enkelte ikke kan gjøre noe med på den ene siden og verdier den enkelte må få ha i fred på den andre siden.¹⁷¹ Ut fra tanken om menneskers likeverd, skal det mer til å forskjellsbehandle på de førstnevnte grunnlagene enn de sistnevnte.¹⁷² Også Emberland slår fast at enkelte former for diskrimineringsvern, som blant annet kjønn, etnisitet og seksuell orientering, er bedre beskyttet enn andre, ved at EMDs prøvingsintensitet varierer etter hva slags type diskrimineringsgrunnlag sakene gjelder.¹⁷³ Samboerskap er imidlertid langt fra en like grunnleggende karakteristikk ved et menneske som hva blant annet etnisitet og kjønn er. Samboerskap er en status man kan endre ved å gifte seg. Dette taler for at statens eventuelle forpliktelser til å ha et lovverk som forbyr private parter å diskriminere samboere, vil være betydelig mindre enn forpliktelsene knyttet til å forhindre diskriminering hvor det aktuelle grunnlaget er en mer grunnleggende karakteristikk ved et menneske.

Det følger også av statenes skjønnsmargin at statene har en viss frihet til å selv velge hvordan konvensjonenes rettigheter skal gjennomføres i praksis. Størrelsen på denne skjønnsmarginen vil variere ”according to the circumstances, the subject matter and its background...”.¹⁷⁴

¹⁶⁷ NOU 2009:14 s. 159. Rettighetene som kun har et slikt ”basisvern”, vil bl.a. ikke kunne håndheves av LDN og LDO, og likestillings- og diskrimineringslovenes regler om delt bevisbyrde vil ikke komme til anvendelse for disse grunnlagene.

¹⁶⁸ NOU 2009:14 s. 158.

¹⁶⁹ *ibid.* s. 159. Utvalget fremholdt at både i konvensjonene og i utenlandsk rett er enkelte grunnlag gitt et mer omfattende vern enn andre.

¹⁷⁰ Se Prop.88 L (2012-2013) s. 72.

¹⁷¹ Se kap. 3.1.2 for en nærmere redegjørelse av sondringen.

¹⁷² Aall (2011) s. 67.

¹⁷³ Emberland (2006) s. 228-229.

¹⁷⁴ Petrovic mot Østerrike avsnitt 38.

Skjønnsmarginen vil være videre på områder hvor statene som har sluttet seg til konvensjonen ikke er enige om hvor langt en rettighet bør strekkes, enn hvor enigheten er stor, samt i tilfeller hvor flere konvensjonsrettigheter må balanseres mot hverandre. Hva gjelder spørsmålet om hvor stor selvbestemmelsesrett religiøse arbeidsgivere skal ha i møte med diskrimineringsvernet, slår Vickers fast at det ikke finnes noen vid konsensus om hva som vil være en passende tilnærming i de konkrete tilfellene.¹⁷⁵ Denne konsensusen gjelder riktignok *EU-statene*, men det at det er stor uenighet blant EU-statene vitner om at det samme vil gjelde for Europarådets medlemmer, ettersom alle EU-statene er Europarådsmedlemmer.¹⁷⁶ Dette taler for en relativt vid skjønnsmargin hva gjelder adgangen til å ha et regelverk som favoriserer religiøse arbeidsgivere på bekostning av samboende jobbsøkere. Hva gjelder adgangen til å forskjellsbehandle samboere og gifte, presiserte for øvrig EMD i saken *Petrov mot Bulgaria*, at statene må gis en viss skjønnsmargin for å behandle gifte og ugifte par ulikt hva gjelder blant annet skatt, trygd og andre sosiale ordninger.¹⁷⁷ Dette kommer blant annet til uttrykk i saken *Shackell mot Storbritannia*. Her konkluderte EMD med at det å ha et lovverk som begrenset rett til trygderettigheter til kun å gjelde for gjenlevende ektefeller og ikke samboere, falt innenfor statenes skjønnsmargin å bestemme, og EMD avviste saken.¹⁷⁸

Det er på denne bakgrunn grunn til å tro at løsningen norsk lovgiver har valgt med et differensiert vern etter menneskerettsloven og diskrimineringslovene, er i samsvar med statens forpliktelser etter EMK. Som Diskrimineringslovutvalget påpekte, er det særlig verdt å merke seg at noe annet ville bety at de aller fleste stater ikke oppfyller sine konvensjonsforpliktelser.¹⁷⁹

4.1.3 Rekker statens forpliktelser etter SP og ØSK lenger enn etter EMK?

I likhet med EMK, slår Vandenhole fast at også FN-konvensjonene inneholder en plikt for statene til å hindre tredjeparter fra å diskriminere.¹⁸⁰ Spørsmålet blir dermed om statens plikt til å ha lovgivning som ivaretar samboeres diskrimineringsvern i møte med religiøse arbeidsgivere, er mer vidtgående etter SP og ØSK enn etter EMK.¹⁸¹

¹⁷⁵ Eksempelvis vil en doktor ved et religiøst sykehus bli ansett som en del av ”mission of the church” i Tyskland, mens tilsvarende jobb i Storbritannia og Danmark ikke vil være ”religious in nature”, se Vickers (2007) s. 62.

¹⁷⁶ Se Regjeringen (2016).

¹⁷⁷ *Petrov mot Bulgaria* avsnitt 55. Domstolen kom imidlertid i den konkrete saken til at forskjellsbehandlingen *Petrov* var utsatt for ikke hadde ”objective and reasonable justification”, idet domstolen ikke kunne se hvorfor gifte og ugifte innsatte i fengsel, som begge har et etablert familieliv, skulle gis ulik adgang til å ringe til sine partnere.

¹⁷⁸ Se premiss 1 under ”The Law”. Saken gjaldt spørsmålet om en gjenlevende kvinnelig samboer, som ville fått trygderettigheter som enke dersom hun og mannen hadde vært gift da han døde, var diskriminert etter EMK.

¹⁷⁹ NOU 2009:14 s. 159. Utvalget fremholdt at både i konvensjonene og i utenlandsk rett er enkelte grunnlag gitt et mer omfattende vern enn andre.

¹⁸⁰ Vandenhole (2005) s. 187.

¹⁸¹ Se fotnote 159 om ”plikten” til å vedta lovgivning.

I likhet med EMK, taler konvensjonenes ordlyd for en relativt vidtrekkende plikt. Mens EMK artikkel 14 pålegger statene en plikt til å sørge for at konvensjonens rettigheter er ”secured without discrimination”, bruker SP artikkel 2(1) begrepet ”respect and ensure” mens ØSK artikkel 2(2) krever at statene skal ”guarantee” at konvensjonens rettigheter vil bli ”exercised without discrimination”. Hva gjelder EMK, ble det imidlertid vist at ordlyden må leses med begrensninger. Det samme vil gjelde for SP og ØSK. Det vises for øvrig til Diskrimineringslovutvalgets vurderinger, se ovenfor i kapittel 4.1.2. Disse vurderingene gjaldt ikke bare EMK, men menneskerettskonvensjonene generelt. Konklusjonen om at et diskrimineringsvern med to beskyttelsesnivåer vil være i samsvar med Norges konvensjonsforpliktelser, gjelder dermed også for SP og ØSK.

Det er for øvrig ikke grunn til å tro at FNs menneskerettskomité vil se veldig annerledes på statenes forpliktelser etter SP hva gjelder samboeres diskrimineringsvern, enn hva EMD gjør etter EMK. Det vises blant annet til at praksis fra FNs menneskerettskomité om samboerskap som grunnlag for forskjellsbehandling, synes å være på linje med EMDs praksis.¹⁸² Komiteen ser ut til å bygge på et synspunkt om at det ikke innebærer diskriminering at en samboer ikke kan kreve giftes rettigheter, når vedkommende selv ”kun” har valgt å forplikte seg til samboeres plikter.¹⁸³

Etter dette rekker statens plikter til å ha lovgivning som ivaretar samboeres diskrimineringsvern i møte med religiøse arbeidsgivere neppe lenger etter SP og ØSK enn etter EMK.

4.2 Betydningen av et eventuelt grunnlovsværn

Rekkevidden av grunnlovsværnet er, som vist ovenfor, uklar. I alle tilfeller må det imidlertid presiseres at grunnlovsværnet, i likhet med konvensjonsrettighetene, i utgangspunktet kun kan påberopes overfor staten og ikke direkte overfor private parter.¹⁸⁴ Dette innebærer at samboere ikke vil ha mulighet til å få anvendt et *eventuelt* grunnlovsværn som er mer vidtrekkende enn vernet etter diskrimineringslovgivningen, *direkte* i en konkret tvist med en religiøs arbeidsgiver. I likhet med konvensjonsværet, kan imidlertid også grunnlovsbestemmelser anvendes indirekte i saker mellom private parter, som tolkningsmoment eller ved at en aktuell bestemmelse må settes til side.¹⁸⁵ Videre må politiske myndigheter, som Menneskerettighetsutvalget slo fast, etter grunnlovsbestemmelsen sørge for

¹⁸² For en nærmere redegjørelse om denne praksisen, se kapittel 3.1 og 3.2.

¹⁸³ Se Danning avsnitt 14 og Dersken avsnitt 9.2.

¹⁸⁴ Smith (2015) s. 370-371.

¹⁸⁵ Slik tilsidesettelse var bl.a. tilfelle i Rt. 2007 s. 1308. En fester ønsket å løse inn sin festetomt til 40 prosent av tomteverdien, slik en bestemmelse i tomtefesteloven ga rett til. Bestemmelsen ble imidlertid satt til side og kunne dermed ikke anvendes i saken, ettersom den stred mot Grunnloven § 105s krav til ”full Erstatning” ved ekspropriasjon.

”et omfattende regelverk på området med det siktemål å søke å beskytte individene mot diskriminering.”¹⁸⁶ Hva som vil være et tilstrekkelig omfattende regelverk, kommer imidlertid an på grunnlovsvernets rekkevidde. Ettersom denne er uklar, blir det vanskelig å si noe nærmere om akkurat hvor omfattende lovgivning lovgiver etter Grunnloven § 98 er forpliktet til å vedta.

4.3 Oppsummering

Hva gjelder konvensjonsforpliktelsene, oppsummerer Emberland godt når han slår fast at ”[d]et hefter i det hele tatt stor usikkerhet ved hvilke og hva slags forpliktelser som kan utledes av diskrimineringsforbudene.”¹⁸⁷ Som vist her, er dagens regelverk trolig i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Dette innebærer imidlertid ikke at konvensjonenes diskrimineringsvern *i det store og hele* er poenngløst. Konvensjonsvernet begrenser blant annet statens adgang til å vedta diskriminerende lovgivning – også overfor samboere – samt adgangen for offentlige myndigheter til å diskriminere samboere. Men i situasjoner hvor det er religiøse arbeidsgivere som forskjellsbehandler kandidater til en stilling på grunn av samboerskap, er det per i dag neppe noe å hente i konvensjonsvernet. Dette er trolig også tilfelle hva gjelder grunnlovsvernet. Dersom lovgiver derimot tar inn en samlekategori i ny likestillings- og diskrimineringslov, kan imidlertid både konvensjonene og Grunnloven få større betydning, i alle fall som tolkningsmoment, også i saker mellom private parter.

¹⁸⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 147.

¹⁸⁷ Emberland (2006) s. 228.

5 Avsluttende refleksjoner

5.1 Konklusjoner

Fremstillingen ovenfor har vist at samboeres diskrimineringsvern trolig er begrenset til et såkalt ”basisvern” etter menneskerettskonvensjonene. Et slikt vern kan kun direkte påberopes overfor staten, og dermed ikke overfor religiøse arbeidsgivere.¹⁸⁸ Samboere har dermed i realiteten ikke et diskrimineringsvern i møte med religiøse arbeidsgivere etter dagens lovverk. Arbeidsrettens ulovfestede saklighetskrav vil imidlertid begrense adgangen til å forskjellsbehandle på grunn av samboerskap, men dette gjelder kun for tilfeller hvor forskjellsbehandlingen er vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Når religiøse arbeidsgivere mener at de har et religiøst begrunnet behov for at deres ansatte ikke lever i samboerskap, vil dette neppe kunne anses som vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn – også i tilfeller hvor forskjellsbehandlingen ikke nødvendigvis ville bestått forholdsmessighetsprøven etter de norske diskrimineringslovene. Etter dette er det nærliggende å anta at det i alle fall vil være lovlig for religiøse arbeidsgivere å nekte å ansette samboere i alle tilfeller hvor det vil være lovlig å stille krav til den ansattes religiøse tilhørighet.

Det må imidlertid presiseres, som også nevnt underveis i drøftelsene, at dette er et rettsområde hvor usikkerheten er stor. Dette gjelder spesielt grunnlovsvernets rekkevidde samt rekkevidden av statenes forpliktelser etter de internasjonale menneskerettskonvensjonene.

5.2 Er dagens vern tilstrekkelig?

Er så dagens (manglende) diskrimineringsvern for samboere i møte med religiøse arbeidsgivere tilstrekkelig? Det er fristende å svare tja. På den ene siden kan det virke prinsipielt uheldig å ikke ha et diskrimineringsvern for samboere i møte med religiøse arbeidsgivere. På den andre siden er resultatet i praksis kanskje ikke så hårreisende. Det er tross alt ikke noe nytt at brudd mellom liv og lære ofte vil svekke lærens troverdighet. Når religiøse arbeidsgivere først har en mulighet til å stille krav til at deres ansatte deler arbeidsgivers *lære*, er det ikke nødvendigvis unaturlig at det kan kreves at arbeidstakere også skal ta livsvalg i henhold til denne læren. Ut fra tanken om menneskers likeverd, er også ”valgbaserte” grunnlag for forskjellsbehandling betydelig mindre beskyttelsesverdige enn egenskaper ved en person som man selv ikke kan gjøre noe med. Dette underbygger et synspunkt om at dagens vern for samboere i møte med religiøse arbeidsgivere, som i realiteten kun består av et ”sikkerhetsnett” som beskytter mot vilkårlig forskjellsbehandling, er tilstrekkelig.

¹⁸⁸ Den norske kirke var riktignok tidligere en statlig religiøs arbeidsgiver, men ble fra 1 januar 2017 eget rettssubjekt og er dermed nå en privat virksomhet, se Lovvedtak 56 (2015–2016) ny § 2.

Litteraturliste

Nasjonale lover og forarbeider

Norske lover

- | | |
|------|---|
| 1814 | Lov 17 mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov. |
| 1999 | Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). |
| 2005 | Lov 10 juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven). |
| 2005 | Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). |
| 2013 | Lov 21 juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering). |
| 2013 | Lov 21 juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven). |
| 2013 | Lov 21 juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet). |
| 2013 | Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven). |

Norske forarbeider

Alle NOUer og proposisjoner er hentet fra regjeringen.no, utenom Ot.prp.nr. 79 (1991-1992), som er hentet fra lovdata.no. Alle innstillinger til Stortinget, debattreferater, lovvedtak samt andre stortingsdokumenter er hentet fra stortinget.no.

NOUer og proposisjoner

NOU 2008:1	<i>Kvinner og homofile i trossamfunn.</i>
NOU 2009:14	<i>Et helhetlig diskrimineringsvern.</i>
Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)	<i>Om ny menneskerettslov.</i>
Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)	<i>Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).</i>
Ot.prp. nr. 79 (2008-2009)	<i>Om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.</i>
Ot.prp. nr. 93 (2008-2009)	<i>Om inkorporering av FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (endringer i menneskerettsloven).</i>
Prop. 88 L (2012-2013)	<i>Om nye likestillings- og diskrimineringslover.</i>
Prop. 81 L (2016-2017)	<i>Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).</i>

Innstillinger til Stortinget, lovvedtak og debatter i Stortinget

Innst. O. nr. 51 (1998-1999)	<i>Om ny menneskerettslov.</i>
Innst. 158 L (2009-2010)	<i>Om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.</i>
Innst. 441 L (2012-2013)	<i>Om nye likestillings- og diskrimineringslover.</i>
Innst. 186 S (2013-2014)	<i>Om grunnlovsfesting av sivile og politiske rettigheter.</i>
Lovvedtak 56 (2015-2016)	<i>Vedtak til lov om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.).</i>

Forhandl. i Stortinget 13 mai *Sak nr. 6 om endringer i Grunnloven.*
2014 (2013-2014) s. 2473

Andre stortingsdokumenter

St.prp.nr. 11 (2003-2004) *Om innlemmelse av diskrimineringsregelverk i EØS-avtalen.*

St.meld. nr. 17 (2007-2008) *Staten og Den norske kirke.*

Dok. 16 (2011-2012) *Menneskerettighetsutvalgets rapport om menneskerettigheter i Grunnloven.*

Internasjonale konvensjoner og EU/EØS-regelverk

EMK The European Convention on Human Rights, Roma 4 november 1950.

EMK TP 12 Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4 november 2000.

ILO-konvensjon nr. 111 International Labour Organization: Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, 1958.

KDK Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, New York, 18 desember 1979.

Rdir 2000/43/EF Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse.

Rdir 2000/78/EF Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

EP/Rdir 2006/54/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og

LDO saksnr. 10/761	Uttalelse av 24 april 2012.
LDO saksnr. 10/779	Uttalelse av 26 april 2012.
LDO saksnr. 10/778	Uttalelse av 27 april 2012.
LDO saksnr. 09/1631	Uttalelse av 11 oktober 2012.
LDO saksnr. 13/975	Uttalelse av 26 juli 2013.

Internasjonal rettspraksis

Dommer fra EMD

Den belgiske språksaken	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 juli 1968. (Application no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 og 2126/64)
Fretté mot Frankrike	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 februar 2002. (Application no. 36515/97)
Konstantin Markin mot Russland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 mars 2012. (Application no. 30078/06)
McMichael mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 februar 1995. (Application no. 16424/90)
Niemietz mot Tyskland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 desember 1992. (Application no. 13710/88)
Obst mot Tyskland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 september 2010. (Application no. 425/03) Avgjørelsen er ikke tilgjengelig på engelsk, men se "legal summary".
Petrov mot Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 mai 2008. (Application no. 15197/02)

Petrovic mot Østerrike	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 mars 1998. (Application no. 20458/92)
Shackell mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, 27 april 2000. (Application no. 45851/99)
Sidabras og Džiautas mot Litauen	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 juli 2004. (Applications nos. 55480/00 og 59330/00)
Schüth mot Tyskland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 september 2010. (Application no. 1620/03)
Thlimmenos mot Hellas	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 april 2000. (Application no. 34369/97)
Timishev mot Russland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 desember 2005. (Applications nos. 55762/00 og 55974/00)
X og Y mot Nederland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 mars 1985. (Application no. 8978/80)

Dommer fra EU- og EFTA-domstolene

Case C-450/93 Kalanke v Freie Hansestadt Bremen	ECLI:EU:C:1995:322// [1995] ECR I-03051
Case C-409/95 Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen	ECLI:EU:C:1997:533 // [1997] ECR I-06363
Case E-1/02 EFTA Surveillance Authority v. The Kingdom of Norway	EFTA Court, 24 januar 2003.

Tolkningspraksis fra FNs menneskerettskomité og FNs økonomiske og sosiale råd

Individklagesaker

Danning mot Nederland	Human Rights Committee, 9 april 1987, Communication No. 180/1984.
Derksen mot Nederland	Human Rights Committee, 1 april 2004, Communication No. 976/2001.
Gillot mot Frankrike	Human Rights Committee, 15 juli 2002, Communication No. 932/2000.

General Comments

General Comment No. 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights (non-discrimination)	Human Rights Committee, 1989.
General Comment No. 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 18)	Human Rights Committee, 27 september 1993.
General Comment No. 16 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3)	Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 11 august 2005.
General Comment No. 20 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2 para. 2)	Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2 juli 2009.

Litteratur

Aall, Jørgen	<i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 3 utgave, 2011.
--------------	---

- Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge ”Menneskerettsspørsmål for Høyesterett som EMD ikke har tatt stilling til”, *Lov og Rett* (2015) s. 323-343 (sitert fra idunn.no).
- Arnardóttir, Oddný Mjöll *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, 2003.
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5 utgave ved Jan E. Helgesen, 2001.
- Emberland, Marius ”Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet”, *Jussens Venner* (2006) s. 197-234 (sitert fra Idunn.no).
- Fanebust, Arne *Innføring i arbeidsrett. Den individuelle del*, 4 utgave, 2015.
- Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*, 2 utgave, 2012.
- Jacobs, Francis G., Robin C.A. White, Clare Ovey, Bernadette Rainey og Elizabeth Wicks *The European Convention on Human Rights*, 6 utgave, 2014.
- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*, 4 utgave, 2006. E-bok: Tilgjengelig fra <http://arbeidsrett.no> (krever innlogging).
- Johnsen, Jon T. ”Hva ble Norge dømt for i Strasbourg?”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2006) s. 1-70 (sitert fra idunn.no).
- Kierulf, Anine ”Gi meg en grunn!”, *Minervanett*, publisert 18.01.2017 <https://www.minervanett.no/gi-meg-en-grunn/> (hentet 20.01.17).
- Nowak, Manfred *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2 utgave, 2005.
- Opsahl, Torkel *Internasjonale menneskerettigheter. En innføring*, 2 utgave, 1996. Nasjonalbiblioteket, http://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2008032800115
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett*, 4 utgave, 2011.

- Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad *Individuell arbeidsrett*, 2014.
- Skoghøy, Jens Edvin A. ”Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti”, *Lov og Rett* (2011) s. 511-530 (sitert fra Idunn.no).
- Skoghøy, Jens Edvin A. ”Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?”, *Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016*, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts-og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (hentet 28.02.17).
- Skoghøy, Jens Edvin A. ”Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner”, *Lov og Rett* (2002) s. 337-354 (sitert fra idunn.no).
- Smith, Eivind *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 3 utgave, 2015.
- Strand, Vibeke Blaker *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, 2012.
- Strand, Vibeke Blaker *Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsutøvelse*, 2011.
- Strand, Vibeke Blaker ”Forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn ved ansettelse i tros- og livssynssamfunn”, I: *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), 2009, s. 567-584.
- Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović Larsen *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, 2015.
- Ulfstein, Geir ”Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer”, *Lov og rett* (2012) s. 552-570 (sitert fra idunn.no).

- Vandenhoe, Wouter *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, 2005.
- Vickers, Lucy "Religion and the Workplace", *The Equal Rights Review*, vol. 14 (2015) s. 106-118. http://www.equality-ne.co.uk/downloads/1250_equal-rights-review-vol-14-2015.pdf (Sisert 26 januar 2017).
- Wilson, Barbara "The Principle of Non-Discrimination in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", I: *International Law, Conflict and Development: The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs*, Maurice D. Voyame, Walter Kälin, Robert Kolb and Christoph Spenlé (red.), 2010, s. 211-253. Brill Online E-Books International Law and Human Rights Collection (krever innlogging).

Andre kilder

Rapporter og høringsnotater

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, *Vedlegg til høringsnotat om ny felles likestillings- og diskrimineringslov*, 19 oktober 2015.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/5342e1dd1467426a98d4b02b7a4a79ca/vedlegg-til-horingsnotat.pdf> [Sisert 15 mars 2017].

Europarådet, *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 november 2000.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48> [Sisert 15 mars 2017].

Stortingets utredningsseksjon, *Rettslig adgang til å stille krav til tros- og livssynssamfunn – om språkkunnskap og kvinner i styret*, 7 november 2016.

<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/utredning/notater/rettslig-adgang-til-a-stille-krav-til-trossamfunn.pdf> [Sisert 22 mars 2017].

Lucy Vickers, on the authority of the European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law*, European Commission, 2007.

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=38&furtherPubs=yes> [Sitert 15 februar 2017].

Nettsider

Europarådet, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 177 [EMK tilleggsprotokoll nr. 12]*, status av 4 april 2017.

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=xdowXDTf [sitert 4 april 2017].

European Court of Human Rights, *Legal Summary: Obst v. Germany*, september 2010.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-834> [sitert 14 februar 2017].

FN-sambandet, *Den internasjonale arbeidsorganisasjonen*.

<http://www.fn.no/FN-informasjon/FN-organisasjoner/Den-internasjonale-arbeidsorganisasjonen> [sitert 22 mars 2017].

FN-sambandet, *Konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke*.

<http://www.fn.no/ILO/Konvensjoner/Alle-ILO-konvensjoner/Konvensjon-nr.-111-om-diskriminering-i-sysselsetting-og-yrke> [Sitert 22 mars 2017].

Minervanett, *Nå kommer kirkestriden om samboerskap*, 25 januar 2017.

<https://www.minervanett.no/na-kommer-striden-om-samboerskap/> [sitert 20 mars 2017].

NRK, *Biskopen kalla presten Helene illojal då ho fann seg ny sambuar*, 12 november 2016.

<https://www.nrk.no/sognogfjordane/biskopen-kalla-presten-helene-illojal-da-ho-fann-seg-ny-sambuar-1.13220632> [sitert 20 mars 2017].

Regjeringen, *Ti fakta om Europarådet*, 4 mars 2016.

<https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/menneskerettigheter/innsikt/europaradet1/fakta/id578548/> [Sitert 22 mars 2017].

Stortinget, *Hvor er saken nå?: Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)*.

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=67710> [Sitert 19 april 2017].

Vårt Land, *Fortsatt nei til samboerprester*, 17 mars 2017.

<http://www.vl.no/nyhet/fortsatt-nei-til-samboerprester-1.939609> [sitert 20 mars 2017].