

NOU

Norges offentlige utredninger **2008: 1**

Kvinner og homofile i trossamfunn

Likestillingslovens og arbeidsmiljølovens særlige unntak
fra forbudet mot diskriminering

Delutredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 1. juni 2007.
Avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 11. januar 2008.

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-0949-6

Lobo Media AS

Til Barne- og likestillingsdepartementet

Lovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 1. juni 2007 for å utarbeide forslag til en samlet diskrimineringslovgivning. Utvalget fikk samtidig i oppdrag å levere en delinnstilling for å vurdere oppheving av unntakene for trossamfunn fra likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering og arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse.

Utvalget legger med dette frem sin utredning med forslag til endringer i arbeidsmiljølovens og likestillingslovens regler.

Innstillingen er enstemmig.

Oslo, 11. januar 2008

Hans Petter Graver
leder

Hege Brækhus

Ronald Craig

Marius Emberland

Bera Ulstein Moseng

Mona Næss

Tolle Stabell

Ann-Marit Sæbønes

Jan Tøssebro

Elisabeth Vigerust

Innhold

1	Innledning	9	4.2.1	Diskrimineringsforbudet	34
1.1	Sammendrag	9	4.2.1.1	Likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering	34
1.2	Bakgrunn	12	4.2.1.2	Arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering	35
1.2.1	Likestillingslovens unntak fra for- budet mot kjønnsdiskriminering	12	4.2.1.3	Diskrimineringslovens forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion, livssyn mv.	35
1.2.1.1	Vedtakelsen av loven i 1978	12	4.2.2	Håndheving	36
1.2.1.2	Revisjonsforslag	12	4.3	Unntak fra forbudet mot kjønns- diskriminering i likestillingsloven	37
1.2.2	Arbeidsmiljølovens unntak fra for- budet mot diskriminering av homofile	13	4.3.1	Innledning	37
1.2.2.1	Vedtakelsen av forbudet mot diskriminering i 1998	13	4.3.2	Indre forhold i trossamfunn	37
1.2.2.2	Revisjonsforslag	14	4.3.2.1	Trossamfunn	37
1.3	Utvalgets mandat og sammensetning	16	4.3.2.2	Indre forhold. Religiøs begrunnelse	38
1.4	Utvalgets arbeid med delinnstillingen	16	4.3.2.3	Den norske kirke og andre tros- samfunn som praktiserer like- behandling	39
2	Internasjonale menneskerettig- heter	18	4.3.2.4	Mer om unntakets rekkevidde – konkrete eksempler	40
2.1	FN-konvensjoner	18	4.4	Unntak fra forbudet mot diskrimi- nering på grunn av seksuell orientering i arbeidsmiljøloven	41
2.1.1	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter	18	4.4.1	Oversikt over unntaksregler som gjelder seksuell orientering	41
2.1.2	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	19	4.4.2	Unntak for ansettelse i trossamfunn etter arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd	41
2.1.3	FNs kvinnekonvensjon	20	4.4.2.1	Homofil samlivsform	41
2.1.4	FNs barnekonvensjon	20	4.4.2.2	Knyttet til religiøse trossamfunn	41
2.1.5	ILO-konvensjon nr. 111 om diskrimi- nering i sysselsetting og yrke	21	4.4.2.3	Særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten	42
2.2	Europarådets konvensjoner	21	4.4.2.4	Ansettelse	43
2.2.1	Den europeiske menneskeretts- konvensjon	21	4.4.2.5	Krav i utlysningen	44
2.2.2	Den europeiske sosialpakt	23	4.4.3	Retten til å innhente opplysninger om seksuell orientering	44
2.3	Logivers handlingsrom etter menneskerettighetene	23	4.5	Generelle unntak for saklig forskjellsbehandling	44
2.3.1	EMK-rettslig fokus	23	4.5.1	Ulovfestet unntak for saklig forskjell- sbehandling på grunn av kjønn	45
2.3.2	Artikkel 9 om religionsfrihet	24	4.5.2	Generell unntaksregel i arbeids- miljøloven § 13-3 første ledd	45
2.3.3	Artikkel 14 om diskriminering	24	5	Utenlandsk rett	47
2.3.4	Adgangen til å oppheve unntaks- reglene	25	5.1	Sverige	47
2.3.5	Retningslinjer for avveiningen	26	5.2	Danmark	48
2.3.5.1	Statens skjønnsmargin	26	5.3	Finland	49
2.3.5.2	Formålstolkning	26	5.4	Storbritannia	51
2.3.6	Oppsummering	27			
3	EU og EØS-avtalen	29			
3.1	Likestillingsdirektivene	29			
3.2	Rammedirektivet	30			
4	Gjeldende rett	32			
4.1	Grunnloven § 2 og lov om tros- samfunn	32			
4.2	Retten til å ikke bli diskriminert	34			

6	Trossamfunn i Norge	52	7.1.2	Diskrimineringsperspektivet	65
6.1	Den norske kirke	52	7.1.3	Behov for en viss unntaksadgang	66
6.1.1	Statskirkeordningen	52	7.2	Generelle saklighetsregler	68
6.1.2	Lære og praksis	53	7.2.1	Adgang til saklig forskjellsbehandling	68
6.1.2.1	Ansettelse av kvinner i vigslede stillinger	54	7.2.2	Likestillingslovens ulovfestede saklighetsregel	68
6.1.2.2	Ansettelse av homofile i kirkelig tjeneste	55	7.2.3	Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd .	69
6.2	Det mosaiske trossamfunn	57	7.2.4	Momenter i saklighetsvurderingen ..	70
6.3	Den ortodokse kirke	57	7.2.4.1	Anvendelsesområde	70
6.4	Den katolske kirke	58	7.2.4.2	Saklig formål - religiøst begrunnet ...	71
6.5	Metodistkirken	59	7.2.4.3	Nødvendig	71
6.6	Det norske Baptistsamfunn	59	7.2.4.4	Forholdsmessig	72
6.7	Frikirken / Den Evangelisk Lutherske Frikirke	59	7.2.4.5	Noen typetilfeller	72
6.8	Adventistsamfunnet. Syvendedags adventistene	60	7.2.5	Begrunnelsesplikt og bevisbyrde	74
6.9	Jesu Kristi Kirke av Siste Dagers Hellige (Mormonerne)	60	7.2.6	Oppsummering	74
6.10	Jehovas vitner	61	7.3	Spørsmålet om oppheving eller endring av de særlige unntaksreglene	74
6.11	Den kristelige menighet (Smiths Venner)	61	7.3.1	Valget mellom særregler eller generelle saklighetsregler	74
6.12	Pinsebevegelsen i Norge	61	7.3.2	Oppheving av arbeidsmiljølovens særlige unntak	77
6.13	Oslo Kristne Senter	62	7.3.3	Presisering av unntaksadgangen i likestillingsloven	78
6.14	Muslimske menigheter	62	8	Lovforslag med kommentarer	80
6.15	Hinduistiske trossamfunn	62	8.1	Endringer i arbeidsmiljøloven	80
6.16	Trossamfunn tilhørende sikhismen .	63	8.2	Endringer i likestillingsloven	80
6.17	Buddhistiske trossamfunn	63	9	Administrative og økonomiske konsekvenser	82
7	Utvalgets vurderinger	64	Referanser	83	
7.1	Spørsmålet om adgangen til religiøst begrunnet forskjellsbehandling bør oppheves	64			
7.1.1	Religionsfriheten og trossamfunnenes autonomi og egenart	64			

Forkortelser

AD	Arbetsdomstolen (Sverige)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Diskrimineringsloven	Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
Diskrimineringsombudsloven	Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstol
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
EU	Den europeiske union
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
ILO	International labour organisation
Innst. O.	Innstilling til Odelstinget
Innst. S.	Innstilling til Stortinget
Kirkeloven	Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke
Kvinnekonvensjonen	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner
Likestillingsdirektivet (1976)	Rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder lik adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (endret ved direktiv 2002/73/EF)
Likestillingsdirektivet (2006)	Europaparlamentets og rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gjennomførelse af prinsippet om like muligheter for og likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning)
Likestillingsloven	Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene
Markedsføringsloven	Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår
NOU	Norges offentlige utredninger
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
Partnerskapsloven	Lov 30. april 1993 nr. 40 om registrert partnerskap
Rammedirektivet	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv
RG	Rettens Gang
Rt.	Rettstidende
SOU	Statens offentliga utredningar (Sverige)
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
St. forh.	Stortingsforhandlinger
St.meld.	Stortingsmelding
Straffeloven	Almindelig borgelig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10
Trossamfunnsloven	Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trudemssamfunn og ymist anna.
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Kapittel 1 Innledning

1.1 Sammendrag

I denne innstillingen vurderes unntakene for religiøse trossamfunn fra likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering og arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering av homofile ved ansettelser.

Videre i dette kapitlet, *kapittel 1*, gjøres det rede for formålet med unntaksreglene, debatten om dem og forslag som har vært fremmet om oppheving. Utvalgets sammensetning, mandat og arbeid presenteres. Utvalgets mandat har vært å vurdere oppheving av de særlige unntaksreglene for trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven.

I *kapittel 2* redegjør utvalget for relevante internasjonale menneskerettighetskonvensjoner om religionsfrihet og retten til ikke-diskriminering. Konvensjonene gir ikke klare svar på spørsmålet om lovgivers handlingsrom med hensyn til adgangen til å oppheve eller innskrenke unntakene for religiøse trossamfunn. Utvalget har særlig fokusert på Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 9 om religionsfrihet og artikkel 14 om diskriminering. Utvalgets vurdering er at det er problematisk å oppheve unntaksadgangen for trossamfunn i sin helhet, slik at religiøse trossamfunns autonomi helt settes til side for å sikre kvinner og homofile et effektivt vern mot diskriminering. En viss kjerne av autonomi knyttet til religiøse forhold, også når det gjelder forholdet til kvinner og homofile, må legges til grunn. Når det gjelder spørsmålet om hvor vid unntaksadgangen skal være, har lovgiver et visst slingringsmonn. Her vil det være særlig viktig at både hensynene bak diskrimineringsforbudene og religionsfriheten er vektlagt i lovgivningsprosessen.

I *kapittel 3* gjøres det rede for relevante EU-direktiver. EUs likestillingsdirektiv (76/207/EØF) har forbud mot kjønnsdiskriminering i arbeidslivet. Det kan etter artikkel 2 nr. 6 gjøres unntak fra forbudet når kjønn er et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav. Norge er bundet av direktivet gjennom EØS-avtalen og unntaksadgangen for trossamfunn må derfor på arbeidslivets område ikke gå lenger enn direktivet tillater. EUs rammedirektiv (2000/78/EF) om likebehandling i

arbeidsforhold nedfeller et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering mv. Dette direktivet er ikke en del av EØS-avtalen. Norge har likevel valgt å implementere direktivets krav. Direktivet åpner i artikkel 4 nr. 1 for unntak der seksuell orientering er et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav. Direktivet har i tillegg en bestemmelse i artikkel 4 nr. 2 som gir adgang til forskjellsbehandling for kirker og andre organisasjoner som baserer sin etikk på religion eller tro. Det kan i medhold av denne kreves at de ansatte er lojale mot organisasjonens etikk. Det er uklart i hvilken grad denne bestemmelsen åpner for at trossamfunn kan stille krav om at de ansatte ikke lever i homofilt samliv.

I *kapittel 4* gjøres det rede for norsk gjeldende rett. Det gjøres først rede for Grunnloven § 2 om religionsfrihet. Bestemmelsen må fortolkes i lys av religionsfriheten etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 9 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 18. Religionsfriheten er også regulert i lov om trossamfunn. Religionsfrihet innebærer for det første en livssyns- og trosfrihet for den enkelte, dvs. retten til å ha eller ikke ha en religion eller et livssyn av ethvert innhold. Denne tros- og tankefriheten er ubegrenset både etter norsk og internasjonal rett. Fri religionsutøvelse betyr for det andre en rett til å praktisere religionen eller livssynet. Dette innebærer blant annet en rett til å melde seg inn eller å tre ut av trossamfunn etter eget ønske. Det innebærer også en rett til alene eller sammen med andre å leve ut sin tro og gi uttrykk for den gjennom religiøse seremonier, handlinger og forkynnelser, og også å velge sine religiøse ledere etter de kriterier og fremgangsmåter som følger av religionen. Denne retten er ikke ubegrenset og er på flere områder begrenset i lovgivningen. Religionsfriheten er en rett for den enkelte og for trossamfunnet som sådan. Det er det kollektive aspektet, *trossamfunnets* religionsfrihet, som kommer i konflikt med retten til ikke-diskriminering og som er innstillingens tema.

Deretter gjøres det rede for forbudet mot diskriminering og de særlige unntakene for trossamfunn som er tema for innstillingen.

Likestillingsloven § 3 forbyr diskriminering på grunn av kjønn. Forbudet gjelder på alle samfunnsområder. Indre forhold i trossamfunn er imidlertid unntatt fra lovens virkeområde, jf. § 2. Utvalget gjør rede for forarbeider og håndhevingsorganenes praksis om fortolkningen av unntaket, og viser hvordan bestemmelsen fortolkes innskrenkende i forhold til ordlyden. Unntaket gjelder kun handlinger som er en del av religionsutøvelsen; trossamfunnet som sådan er ikke unntatt fra loven. Forskjellsbehandlingen må være begrunnet i trossamfunnets religiøse lære. Kjerneområdet for unntaket er religiøse ritualer, religionsundervisning og valg eller ansettelse av religiøse ledere, prester og lærere.

Arbeidsmiljøloven § 13-1 forbyr diskriminering på grunn av seksuell orientering i arbeidsforhold. I § 13-3 tredje ledd gjøres det unntak for religiøse trossamfunn, som etter nærmere betingelser har rett til å la være å ansette personer på grunn av homofil samlivsform. Forskjellsbehandlingen må være begrunnet i trossamfunnets religiøse lære. Ansettelse av religiøse ledere, prester og lærere i trossamfunn ligger i bestemmelsens kjerneområde. Unntakets anvendelse på andre stillinger eller på ansettelse i stillinger i virksomheter som drives av religiøse trossamfunn eller som har et religiøst formål, er mer usikkert.

Både etter likestillingsloven og arbeidsmiljøloven gjelder det generelle unntak for saklig forskjellsbehandling fra forbudet mot diskriminering. Unntaket fra forbudet mot kjønnsdiskriminering etter likestillingsloven er ulovfestet. Unntaket i arbeidsmiljøloven fra forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering er lovfestet i § 13-3 første ledd. Forskjellsbehandlingen må begrunnes konkret. Det er i begge tilfeller tale om en meget snever unntaksadgang. Unntakene skal fortolkes i samsvar med EUs likestillingsdirektiv (1976) artikkel 2 nr. 6 og EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 1. På grunn av de lovfestede særuntakene har disse generelle saklighetsreglene etter gjeldende rett ikke praktisk betydning for religiøse trossamfunn med hensyn til de spørsmålene utvalget vurderer.

I *kapittel 5* gjøres det rede for rettstilstanden i Sverige, Danmark, Finland og Storbritannia. Det gjøres rede for relevante diskrimineringsregler og eventuelle særlige unntak fra diskrimineringsforbudene som trossamfunn kan påberope seg.

I *kapittel 6* gis det en oversikt over noen av de største trossamfunnene i Norge, og deres lære og praksis med hensyn til kvinner og homofile. Oversikten viser at spørsmål om kjønnsroller og homofili er et tema i de fleste trossamfunn. Ulike former

for forskjellsbehandling av kvinner eller homofile begrunnes ut fra trossamfunnets religiøse lære. Lokale norske trossamfunn inngår ofte i globale nettverk eller institusjonaliserte hierarkier, hvor reformvedtak må følge nøye spesifiserte prosesser.

Den norske kirke er et trossamfunn, samtidig som kirken står i en særstilling blant trossamfunnene på grunn av statskirkeordningen. Kirken står også i en særstilling fordi det store flertallet av befolkningen i Norge er medlemmer. Det har av disse grunner vært et særlig fokus på Den norske kirke i diskusjonen om unntaksreglene i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven. Kvinner har i dag adgang til alle stillinger og posisjoner i Den norske kirke. Spørsmålet om homofile prester og homofil samliv er et vanskelig tema for kirken. På Kirkemøtet i 2007 ble det vedtatt at homofile som lever i parforhold nå kan inneha vigslede stillinger. Men det er opp til hver enkelt biskop og det enkelte ansettelsesorgan å bestemme om personer som lever i homofil samliv skal kunne ansettes og vigsles.

I *kapittel 7* gjør utvalget rede for sine vurderinger av spørsmålet om oppheving av de særlige unntaksreglene. Utvalget har delt sin vurdering i tre hovedspørsmål: 1) Spørsmålet om adgangen til religiøst begrunnet forskjellsbehandling av kvinner og homofile bør oppheves, 2) spørsmålet om trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling kan hjemles i generelle saklighetsregler, og 3) spørsmålet om oppheving eller endring av de særlige unntaksreglene.

Utvalget har i sin vurdering av trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner og homofile lagt vekt på hensynet til trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi på den ene siden, og hensynet til likestilling og likebehandling for kvinner og homofile på den andre siden. Unntaksadgangen er vurdert i lys av den samfunns- og rettsutviklingen med hensyn til kvinner og homofiles stilling vi har sett i Norge. Utvalget legger særlig vekt på det signalet som unntakene gir til samfunnet og til kvinner og homofile, om likestilling og likeverd. Det at trossamfunn har en uttrykkelig adgang til å forskjellsbehandle kan virke krenkende og legitimere forskjellsbehandling, og således få ringvirkninger også på andre samfunnsområder.

Utvalget legger samtidig vekt på at det ut fra Den europeiske menneskerettskonvensjon, vil være problematisk å oppheve unntaksadgangen for trossamfunn i sin helhet. Utvalget mener at det er behov for en viss unntaksadgang for å verne en kjerne av trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi, som lovgiver ikke kan eller bør gripe inn i.

Utvalget mener også at det i praksis vil være vanskelig å få gjennomslag for likebehandlingskravene i mange trossamfunn. Videre vil det å ta bort unntaksadgangen slå forskjellig ut for de forskjellige trossamfunnene. Utvalget anbefaler derfor at det fortsatt skal gjelde unntak for trossamfunnenes religionsutøvelse.

Utvalget mener at trossamfunns adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling kan hjemles i generelle saklighetsregler. Utvalget gjør rede for hvilken adgang til forskjellsbehandling som vil følge av de generelle saklighetsreglene hvis de særlige unntaksreglene ble opphevet. Hovedvilkårene er at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende for den eller de som forskjellsbehandles. Forskjellsbehandling som er begrunnet ut fra trossamfunnets religiøse lære, må regnes å ha et saklig formål. Kravet til kjønn eller seksuell orientering må være et nødvendig kriterium i religionsutøvelsen. I arbeidsforhold betyr dette at kravet til kjønn eller seksuell orientering må være nødvendig for utøvelse av arbeidsoppgavene. Det kan reises tvil om hvor langt det å stille krav til ansattes samlivsform kan sies å falle inn under dette kravet. Videre må forskjellsbehandlingen ikke være uforholdsmessig inngripende. Dette forholdsmessighetskravet er et vilkår som ikke følger av ordlyden i dagens særlige unntak og som heller ikke innfortolkes. En oppheving av de særlige unntaksreglene vil dermed føre til at den unntaksadgangen som trossamfunnene har i dag vil innsnevres.

Etter utvalgets vurdering bør unntakene for trossamfunn ikke gå lenger enn det som er helt nødvendig av hensyn til religionsfriheten og den autonomi trossamfunnene må ha i relasjon til denne. Utvalget mener også at reglene bør være de samme for alle trossamfunn. Det vil si at det ikke bør være egne regler for Den norske kirke.

Utvalget har kommet til at unntaksadgangen for trossamfunnenes religionsutøvelse primært bør hjemles i generelle saklighetsregler fremfor særlige unntaksregler. Siden likestillingsloven og arbeidsmiljøloven er ulikt oppbygget, bør imidlertid dette spørsmålet vurderes separat for de to lovene.

Utvalget foreslår at unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd oppheves. Utvalget har lagt vekt på at bestemmelsens ordlyd er uklar og må fortolkes innskrenkende. Utvalget mener at den materielle unntaksadgangen bør innskrenkes i forhold til gjeldende unntaksregel i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd. Det bør heller ikke være en egen unntaksregel bare for trossamfunn, i tillegg til den

generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd. Trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering hjemles i stedet i den generelle, og strengere, saklighetsregelen i § 13-3 tredje ledd.

Utvalget foreslår at det fortsatt skal være lovfestet et særlig unntak for trossamfunn i likestillingsloven. Utvalget viser til at det ikke er lovfestet noe generelt unntak for saklig forskjellsbehandling (unntak fra forbudet mot direkte diskriminering), slik som arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd. En lovfesting av dette unntaket i likestillingsloven vil ha virkninger generelt på alle samfunnsområder, og ikke bare på det området som utvalgets vurdering i denne omgang omfatter. Utvalget har innenfor de rammer det har hatt til rådighet ikke hatt mulighet til å vurdere slik lovfesting i sin fulle bredde. Samtidig mener utvalget at det er utilfredsstillende å overlate spørsmålet om trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn til en ulovfestet saklighetsvurdering. Det er derfor nødvendig å opprettholde en særregel på dette området inntil utvalget har hatt anledning til å vurdere likestillingsloven generelt. Dette vil utvalget komme tilbake til i sin neste utredning.

Utvalget mener imidlertid at det er behov for å endre ordlyden i likestillingslovens unntaksregel for trossamfunn. Unntaksadgangen bør fremgå mer presist av lovteksten enn i dag. Dagens unntaksregel skal ut fra forarbeider, håndhevingsorganenes praksis, EUs likestillingsdirektiv og internasjonale menneskerettigheter fortolkes innskrenkende. Lovteksten er knapp og gir ikke dekkende veiledning om unntakets rekkevidde. Utvalgets erfaring er at unntaksadgangen ofte oppfattes som videre enn den faktisk er.

Utvalget mener at det bør fremgå klart av likestillingsloven at trossamfunn som sådan ikke er unntatt fra loven, men at unntaket kun gjelder religionsutøvelsen, dvs. forskjellsbehandling som er religiøst begrunnet. Videre bør det fremgå av lovteksten at kravet om et bestemt kjønn må være nødvendig ut fra trossamfunnets lære. Det bør fremgå av lovteksten at forskjellsbehandlingen ikke skal være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Når det gjelder ansettelse, mener utvalget at lovteksten bør si noe om hva slags tilknytning stillingene og arbeidsoppgavene må ha til trossamfunnenes lære, for at det skal være tillatt å forskjellsbehandle på grunn av kjønn. Utvalgets forslag innebærer en innskrenkning av gjeldende unntaksregel, i samsvar med EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1.

Kapittel 8 inneholder utvalgets lovforslag og kommentarer til fortolkningen av lovteksten.

I *kapittel 9* fremgår det at lovendringene ikke vil få administrative eller økonomiske konsekvenser av betydning for trossamfunnene eller det offentlige.

1.2 Bakgrunn

1.2.1 Likestillingslovens unntak fra forbudet mot kjønnsdiskriminering

Etter likestillingsloven § 3 er diskriminering av kvinner og menn ikke tillatt. Loven gjelder ifølge § 2 første ledd alle samfunnsområder, med unntak av indre forhold i trossamfunn. Loven og unntaksbestemmelsen er fra 1978.

1.2.1.1 Vedtakelsen av loven i 1978

Under arbeidet med loven ble indre forhold i trossamfunn unntatt fra lovens virkeområde for «å beskytte de områder hvor lovgiver ikke bør gripe inn» (Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1 side 19). I høringsnotatet var det foreslått unntak for trossamfunn ut fra hensynet til religionsfriheten. Blant høringsinstansene var det ingen som uttrykkelig gikk i mot dette forslaget. Forbruker- og administrasjonsdepartementet begrunnet unntaket slik:

«Grunnlovens § 2 slår fast at enhver har rett til fri religionsutøvelse i Norge. Departementet finner at det stemmer best med Grunnlovens § 2 om forhold omkring selve religionsutøvelsen i trossamfunn, holdes utenfor lovens virkeområde. På denne bakgrunn er det (...) foreslått at loven ikke skal gjelde for indre forhold i trossamfunn, dvs. for spørsmål som har nær sammenheng med selve religionsutøvelsen.»

(Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 24).

I høringsnotatet var det foreslått at unntaket ikke skulle gjelde Den norske kirke. Forbruker- og administrasjonsdepartementet kom imidlertid til at Den norske kirke og andre trossamfunn burde likestilles, blant annet på bakgrunn av høringsrunden. Forslaget om at unntaket ikke skulle gjelde Den norske kirke ble kritisert av Kirke- og undervisningsdepartementet og biskopene, som fremhevet at kirken religiøst sett er et eget trossamfunn med religiøse normer kvalitativt på linje med de frikirkelige trossamfunn (Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1. side 24).

Unntaket skulle gjelde religiøst begrunnet forskjellsbehandling ved ansettelser av prester, klokkere mv, religionsundervisning, religiøse begiven-

heter og andre sider av trossamfunnenes religionsutøvelse (Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 24-25). Stortingets sosialkomité ga uttrykk for at det må «være klart at det som etter vanlig teologisk oppfatning anses for å være såkalte lærespørsmål, ikke blir berørt av denne lov» (Innst. O. nr. 55 (1977-1978) side 12).

1.2.1.2 Revisjonsforslag

Unntaket har blitt kritisert fra flere hold opp gjennom årene. Blant andre har det tidligere Likestillingsombudet og det nåværende Likestillings- og diskrimineringsombudet ved flere anledninger tatt til orde for at de særlige unntaksreglene bør oppheves.

Da kirkeloven ble vedtatt, fremmet et mindretall i Kirke-, utdannings- og forskningskomiteen (representantene fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti) følgende forslag:

«Det henstilles til Regjeringen å foreslå endring av likestillingsloven § 2 første ledd, slik at det ikke gis unntak for utnevninger og tilsetninger innenfor Den norske kirke.»

(Innst. O. nr. 46 (1995-1996) punkt 2.2.7).

Flertallet (representantene fra Senterpartiet, Høyre og Kristelig folkeparti) mente derimot at det burde overlates til de kirkelige organene å føre videre likestillingspolitikken etter intensjonene i likestillingsloven. Representantene fra Høyre og Kristelig Folkeparti understreket

«at det i arbeidet med kyrkja si ordning har vore lagt vekt på å godkjenne Den norske kyrkja som eit trdomssamfunn. I respekt for dette, og av di det innanfor Den norske kyrkja sjølv er delte meiningar særskilt om prestetene for kvinner, er det desse medlemene si mening at ein ikkje bør oppheva unntaksreglane i jamstillingslova.»

(Innst. O. nr. 46 (1995-1996) punkt 2.2.7).

Da likestillingsloven ble revidert i 2002 hadde Barne- og familiedepartementet i sitt høringsnotat ikke foreslått endringer i unntaksbestemmelsen. Flere høringsinstanser kommenterte likevel unntaket. Oslo biskop, Hamar biskop, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) og Norsk helse- og sosialforbund mente at unntaket ikke burde gjelde ansettelser og utnevninger i Den norske kirke. Bjørgvin biskop mente derimot at unntaket burde videreføres, både for Den norske kirke og for andre trossamfunn. Landsforeningen i Norge (LO) og Arbeiderpartiet mente at unntaksregelen burde oppheves for alle trossamfunn. LO etterlyste en

nærmere drøftelse av forholdet mellom likestillingsloven og retten til religionsfrihet.

Barne- og likestillingsdepartementet fremmet ikke forslag om endringer, men uttalte at spørsmålet skulle utredes i samråd med kirken og sendes på høring høsten 2001 (Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 1.3 side 8). Noen slik utredning er ikke gjennomført.

Forslaget om å ikke gjøre endringer i likestillingslovens virkeområde fikk flertall på Stortinget. Medlemmene i Familie-, kultur og administrasjonskomiteen fra Høyre, Fremskrittspartiet og Kristelig Folkeparti viste til at

«unntaksbestemmelsen må blant annet ses i sammenheng med Grunnloven § 2 første ledd, som sikrer retten til fri religionsutøvelse, og bestemmelsene om religionsfrihet i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, jf for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 9. Den norske kirke, som ett blant mange trossamfunn i Norge, omfattes av unntaksbestemmelsen i likestillingsloven.»

(Innst. O. nr. 37 (2001-2002) i komiteens merknader til § 2).

Komiteens medlemmer fra Sosialistisk Venstreparti foreslo å oppheve unntaket slik at loven skulle gjelde for alle trossamfunn, inkludert dissidentsamfunn og Den norske kirke.

1.2.2 Arbeidsmiljølovens unntak fra forbudet mot diskriminering av homofile

Det er etter arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbudt å diskriminere i ansettelsesforhold blant annet på grunn av seksuell orientering. Etter § 13-3 tredje ledd kan det legges vekt på homofil samlivsform ved ansettelser i religiøse trossamfunn.

Uttrykket homofil i arbeidsmiljøloven omfatter både homofile menn og lesbiske kvinner. Utvalget bruker for enkelthets skyld den samme terminologien i denne innstillingen.

1.2.2.1 Vedtakelsen av forbudet mot diskriminering i 1998

Arbeidsmiljøloven fikk i 1998 et forbud mot å legge vekt på homofil orientering og samlivsform ved ansettelser (§ 55A i arbeidsmiljøloven av 1977, videreført i § 13-1 i arbeidsmiljøloven av 2005). Kommunal- og arbeidsdepartementet hadde foreslått et forbud mot etnisk diskriminering (Ot.prp. nr. 16 (1997-1998) jf. Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) punkt 8 side 39). Stortinget mente imidlertid at det

var behov for et diskrimineringsvern også for homofile (Innst. O. nr. 27 (1997-1998) punkt 7.2 side 11).

Samtidig ble det gjort unntak for religiøse trossamfunn. Unntaket ble begrunnet med en henvisning til at det skulle være mulig å videreføre gjeldende praksis i Den norske kirke og andre trossamfunn:

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

(Innst. O. nr. 27 (1997-1998) punkt 7.2 side 11).

Under debatten om lovforslaget i Stortinget ble unntaket noe nærmere begrunnet av flertallet. Ivar Østberg (Kristelig folkeparti) uttalte i Odelstinget 19. februar 1998:

«Unntaksbestemmelsene som allerede er i loven, må også videreføres (...) når det gjelder religiøse trossamfunn. Det vil være urimelig å frata noen muligheten til selv å kunne velge hvem de skal ansette når det gjelder å arbeide for samfunnets målsettinger og regler.»

Det ble fremhevet at unntaket skulle gjelde Den norske kirke så vel som andre trossamfunn. Erna Solberg (Høyre) uttalte:

«Da vi behandlet saken, satte vi også opp spørsmålet om å inkludere de homofile i loven som et vesentlig poeng, men begrenset selvfølgelig av at vi mener Den norske kirke faktisk dreier seg om religion og er et religiøst samfunn. Jeg får av og til en følelse av at når man ønsker å gjennomføre alle mulige slags lover også for Den norske kirke, glemmer man at det er et religiøst samfunn, at det har visse teologiske sider ved seg. Man glemmer at Stortinget har sagt at kirken skal ha et stort indre selvstyre. Da kan man ikke gjennomføre alle regler som gjelder ellers i samfunnet, også for Kirken. Det mener vi er riktig også i forholdet til homofile. Når vi innfører forbud mot diskriminering på grunnlag av homofil legning og samliv, betyr det ikke at vi skal gjøre det gjeldende for religiøse samfunn hvor det pågår en debatt om forholdet til lærespørsmålene knyttet til homofili.»

Inge Lønning (Høyre) uttalte i debatten i Lagtinget 19. mars 1998:

«Det politiske problem som har ligget under striden om utformingen av lovparagrafen, er hvorvidt det er Stortingets oppgave gjennom lovgivningen å gripe inn i de indre forhold i trossamfunn for å dekretere hvilken praksis disse skal føre. Hvis man skal være konsekvent på dette punkt (...), ville det innebære at stortingsflertallet også måtte vedta at for eksempel den romersk katolske kirke, som er det største kirkesamfunn i verden, må opphøre med å diskriminere kvinner når det gjelder adgangen til embeter i denne kirke. Ved et slikt vedtak ville den norske nasjonalforsamling skille seg ut som virkelig enestående i denne verden.

(...)

Det er viktig å innse at av og til er der kolliderende hensyn – i dette tilfellet hensynet til religionsfriheten på den ene siden og hensynet til ønsket om minst mulig diskriminering i alle sammenhenger på den andre siden. (...) man er nødt til å foreta en avveining mellom de ulike hensyn.»

Det var stor uenighet om unntaket i Stortinget. Mindretallet (Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti) mente at loven ikke på denne måten burde legitimere forskjellsbehandling i trossamfunnene. Her kan siteres Signe Øye (Arbeiderpartiet) som uttalte følgende i Odelstinget 19. februar 1998:

«Hvis myndighetene ikke skal gi klare signaler om at diskriminering ikke tolereres, vil dette kunne forstås som en stilltiende aksept av slike holdninger og handlinger. (...) Alle mennesker er like mye verdt, både i og utenfor Kirken, og derfor burde også diskrimineringsvernet i forhold til homofile være likt.»

Unntaket skulle ifølge Odelstingets vedtak omfatte både homofil legning og homofil samlivsforn. Dette ble endret i Lagtinget. Det ble vist til at Odelstingets vedtak faktisk ville bety at loven ville tillate religiøst begrunnet forskjellsbehandling også på grunn av homofil legning, noe som gikk lenger enn det som var praksis i Den norske kirke, jf. debatten i Lagtinget 12. og 19. mars 1998 og Besl. L. nr. 2 (1997-1998).

1.2.2.2 Revisjonsforslag

I St.meld. nr. 25 (2000-2001) «Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg» la regjeringen Stoltenberg I frem forslag til en rekke tiltak som skal bedre situasjonen for homofile. Blant annet

ble det foreslått å oppheve arbeidsmiljølovens unntaksregel:

«Seksuell orientering skal ikke vere til hinder for tilsetjingar i Den norske kyrkja. Regjeringa går inn for å oppheve unntaksreglane i arbeidsmiljølova § 55A om homofili for Den norske kyrkja.»

(St.meld. nr. 25 (2000-2001) side 125).

Flertallet i Stortingets familie-, kultur- og administrasjonskomite (alle unntatt Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti) var imot regjeringens forslag. Flertallet uttalte at forslaget var fremmet

«uten at de prinsipielle spørsmål dette reiser drøftes overhodet. Forslaget vitner om manglende forståelse for kirkens uavhengighet som trossamfunn, og manglende respekt for at kirken som et trossamfunn selv må avklare slike spørsmål.

Dette flertallet mener at et slikt diktat overfor kirken som foreslått, mot sin hensikt også kan virke negativt på den debatten som føres i kirken om disse spørsmålene.

Dette flertallet viser til at Regjeringens forslag bare omfatter kirken, og ikke andre trossamfunn. Det gis ingen klar begrunnelse for denne forskjellsbehandlingen, som ikke kan skyldes annet enn at Regjeringen mener den som en følge av statskirkeordningen har en særlig rett til å overprøve kirkens organer i trosspørsmål. Det er også et paradoks at Regjeringen samtidig vil beholde unntaket for kirken når det gjelder adgangen til å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn ved ansettelse.

Dette flertallet legger vekt på at kirkens uavhengighet i åndelige spørsmål må respekteres, og går derfor mot Regjeringens forslag»

(Innst. S. nr. 254 (2000-2001) punkt 2 side 30-31).

Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti støttet forslaget. Det ble understreket

«at en endring av § 55A ikke innebærer at Den norske kirke pålegges å ansette homofile i vigslede stillinger. Det vil fremdeles være Kirken som ansetter dem som de finner mest skikket, men kirken vil ikke lenger kunne diskriminere mellom homofile og heterofile med samme teologiske grunnsyn.»

(Innst. S. nr. 254 (2000-2001) punkt 2 side 31).

Arbeidslivslovutvalget la i NOU 2003: 2 frem forslag til nye regler om diskriminering i ansettelsesforhold som skulle implementere EUs rammedirektiv (2000/78/EF, se kapittel 3.2). Forbudet

mot diskriminering på grunn av homofil legning og samlivsform ble endret til et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og utvidet til å gjelde alle sider av ansettelsesforholdet (Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), gjeldende § 13-1 og § 13-2). Utvalget foreslo at det særlige unntaket for trossamfunn skulle oppheves. Hensynet til religionsfriheten og trossamfunnene var ifølge utvalget tilstrekkelig ivaretatt i den generelle unntaksregelen som åpner for forskjellsbehandling der dette er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke (gjeldende § 13-3 første ledd). Utvalget viste til at det etter direktivet er adgang til å opprettholde nasjonale regler eller nasjonal praksis som tillater ulik behandling på grunn av en persons religion eller livssyn, for stillinger knyttet til kirker eller andre offentlige eller private organisasjoner som bygger sin etikk på religion eller livssyn. Det ble også vist til direktivets fortale punkt 24 som gir uttrykk for respekt for den status kirker og religiøse organisasjoner har i medlemsstatenes nasjonale lovgivning. Utvalget kom til at det var tilstrekkelig med en generell unntaksbestemmelse for å hjemle en videreføring av gjeldende unntaksadgang vedrørende religiøse trossamfunn:

«Utvalget finner (...) grunn til å anta at direktivets bestemmelse ikke er til hinder for å opprettholde gjeldende unntaksbestemmelser i arbeidsmiljøloven (...) som gjelder ved utlysning av stilling og ansettelser i kirker og andre religiøse trossamfunn. Utvalget har imidlertid kommet til at det er tilstrekkelig med en generell unntaksbestemmelse for de tilfeller der det faktisk er avgjørende at en arbeidstaker har/ikke har en av de i artikkel 1 nevnte egenskaper [seksuell orientering mv.] for å kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til. I dette legger utvalget til grunn at utkastet § 54 D nr. 1 også kan hjemle en videreføring av gjeldende unntaksbestemmelse vedrørende religiøse trossamfunn.»

(NOU 2003: 2 punkt 11.6.2 side 46).

Av de høringsinstansene som kommenterte unntaksregelen var det flere som støttet utvalgets forslag, blant annet LO, Akademikerne og Landsforeningen for lesbisk og homofil frigjøring (LLH). LLH mente at trossamfunn ikke burde stå i en særstilling med lavere terskel for forskjellsbehandling enn andre virksomheter, og at unntaksregelen var i strid med Norges internasjonale forpliktelser. Kultur og kirke departementet, Kirkens

arbeidsgiverorganisasjon, Indremisjonsforbundet, Bjørgvin biskop, Kristne friskolers forbund, Kirkerådet og Norsk Luthersk misjonssamband var derimot kritiske til å oppheve den særlige unntaksregelen (Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.4.4 side 39 og 42).

Arbeids- og administrasjonsdepartementet (Regjeringen Bondevik II) foreslo å videreføre det spesielle unntaket. Det ble vist til de negative reaksjonene i høringsrunden der det hadde blitt uttrykt bekymring for at en videreføring av det spesifikke unntaket i gjeldende rett i form av tolkning av et generelt unntak, ikke i tilstrekkelig grad vil kunne ivareta et eventuelt behov for å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn (Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.4.5.5 side 42). Forslaget fikk flertall i Stortinget uten nærmere begrunnelse. Medlemmene fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk venstreparti (mindretallet) mente imidlertid at den særlige unntaksregelen ikke burde videreføres fordi den er for vidt formulert og i strid med EUs rammedirektiv. Den generelle unntaksbestemmelsen ville være tilstrekkelig for å ivareta et eventuelt behov for å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform i stillinger knyttet til trossamfunn. Mindretallet la til grunn at

«EUs rammedirektiv kun hjemler forskjellsbehandling begrunnet i seksuell orientering, når målet er legitimt og kravet står i et rimelig forhold til dette. Disse medlemmer er av den oppfatning at det vil være å gå for langt å unnta samtlige stillinger knyttet til religiøse trossamfunn hvor det i utlysningen stilles krav til legning, fra diskrimineringsforbudet. Det avgjørende vil være om stillingen er såpass spesiell at det vil være legitimt å stille krav til en spesifikk legning eller samlivsform. Disse medlemmer mener at dette ikke kan være tilfelle for samtlige stillinger knyttet til religiøse trossamfunn.

(...)

Videre omhandler EUs rammedirektiv spesifikt situasjonen til kirker og andre offentlige eller private organisasjoner hvis etikk er basert på religion eller tro. Under visse omstendigheter kan ulik behandling på grunn av religion eller tro aksepteres, forutsatt at direktivet i øvrig overholdes. Det er kun religion eller tro som er nevnt som grunnlag for forskjellsbehandling, ikke seksuell orientering.»

(Innst. O. nr. 52 (2003-2004) punkt 5.6.2.3).

1.3 Utvalgets mandat og sammen- setning

Regjeringen Stoltenberg II uttaler i Soria Moria-erklæringen at den vil utrede bortfall av unntakene i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven (Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-2009, kapittel 18).

Regjeringen besluttet i statsråd 1. juni 2007 å nedsette et utvalg som skal utrede en samlet lov mot diskriminering, ratifikasjon og inkorporering av Den europeiske menneskerettskonvensjon tilleggsprotokoll nr. 12 om diskriminering og grunnlovsbestemmelse om vern mot diskriminering (med mindre en grunnlovskommisjon oppnevnt av Stortinget får i oppdrag å utrede dette). Utvalget har frist for å legge frem sin innstilling innen 1. juli 2009.

Utvalget fikk i tillegg i oppdrag å utrede bortfall av de unntak fra diskrimineringsforbudet som likestillingsloven og arbeidsmiljøloven i dag har for religiøse trossamfunn. I mandatets punkt 3 står det at

«Utvalget skal vurdere bortfall av unntaket fra diskrimineringsforbudet for religiøse trossamfunn som i dag finnes i likestillingsloven § 2 første ledd og arbeidsmiljøloven § 13-3 (3), jf. regjeringens tiltredelseserklæring kapittel 18. Bortfall av unntaket må vurderes i lys av Grunnloven § 2 og internasjonale menneskerettigheter om religionsfrihet og retten til ikke å bli diskriminert. Utvalget skal levere en delutredning om dette spørsmålet innen 1. januar 2008.»

Utvalget har følgende medlemmer:

- Hans Petter Graver, professor, Oslo (leder)
- Hege Brækhus, professor, Tromsø
- Ronald Craig, post.doc., Bærum
- Marius Emberland, førsteamanuensis, Oslo
- Bera Ulstein Moseng, seniorrådgiver, Oslo
- Mona Næss, senioradvokat, Asker
- Tolle Stabell, assisterende regjeringsadvokat, Røyken
- Ann-Marit Sæbønes, direktør, Oslo
- Jan Tøssebro, professor, Trondheim

Utvalget ligger under Barne- og likestillingsdepartementet. Frem til 18. oktober 2007 lå utvalget under Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Sekretariatet ble overført til Barne- og likestillingsdepartementet den 1. januar 2008.

Utvalgets sekretær har vært prosjektleder Elisabeth Vigerust i Arbeids- og inkluderingsdeparte-

mentet (Barne- og likestillingsdepartementet fra 1. januar 2008).

1.4 Utvalgets arbeid med delinnstillingen

Utvalget har hatt fem møter.

Utvalget hadde den 29. august et møte med representanter for flere av de store trossamfunnene i Norge. Møtet var lagt opp som en uformell og åpen dialog om lære og religiøst begrunnet praksis med hensyn til homofiles og kvinners stilling i trossamfunnene. Utvalget ønsket å vite om og eventuelt hvordan og i hvilke sammenhenger kvinner eller homofile blir behandlet annerledes enn menn eller heterofile i de ulike trossamfunnene, og hva som er begrunnelsen for den aktuelle praksisen. På dette møtet var det også en dialog om unntaksadgangen og de særlige unntaksreglene fra trossamfunnenes perspektiv.

Førsteamanuensis Berit Thorbjørnsrud ved Institutt for kulturstudier og orientalske språk ved Universitetet i Oslo har på oppdrag fra utvalget gjort en utredning om de største trossamfunnene i Norge sin lære og praksis med hensyn til kvinner og homofile (med unntak av Den norske kirke). I utredningen kommer hun også inn på organiseringen av de ulike trossamfunnene. Utredningen er grunnlaget for oversikten i kapitlene 6.2 til 6.17. Thorbjørnsrud holdt et innlegg om disse spørsmålene på utvalgets møte den 15. oktober.

Førsteamanuensis Marius Emberland ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo har på oppdrag fra utvalget gjort en utredning om lovgivers handlingsrom etter Den europeiske menneskerettskonvensjon. Kapittel 2.3 bygger på denne utredningen.

For å sikre at berørte interesser blir involvert i prosessen, har Arbeids- og inkluderingsdepartementet opprettet en referansegruppe med representanter for ulike diskrimineringsgrunnlag, arbeidslivets parter og Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Utvalget har hatt et innledende møte med referansegruppen om utvalgets samlede mandat. Følgende organisasjoner er representert i referansegruppen:

- Akademikerne
- Antirasistisk Senter
- Arbeidsgiverforeningen Spekter
- Ensliges Landsforbund
- Fornyings- og administrasjonsdepartementet v/Arbeidsgiveravdelingen
- Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon (FFO)

- Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)
- HIV Norge
- Kompetansesenter for urfolks rettigheter
- Kontaktutvalget mellom innvandrerbefolkningen og myndighetene (KIM)
- KS
- Kvinnefronten
- Landsforeningen for lesbisk og homofil frigjøring (LLH)
- Landsforeningen for overvektige
- Landsorganisasjonen i Norge (LO)
- Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU)
- Menneskerettsalliansen
- MIRA-senteret
- Norges Kvinne- og familieforbund
- Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
- Reform – ressursenter for menn
- Samarbeidsforumet av funksjonshemmedes organisasjoner (SAFO)
- Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn
- Statens råd for funksjonshemmede
- Statens seniorråd
- UNIO
- Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)

Utvalget har en egen hjemmeside: www.regjeringen.no/diskrimineringslovutvalget.

Kapittel 2

Internasjonale menneskerettigheter

Internasjonale menneskerettigheter legger føringer på hva de enkelte aktører og grupper forventer og på lovgivers handlingsmuligheter.

Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner fra FN, ILO og Europarådet har regler som forplikter staten til å respektere og sikre likebehandling for kvinner og homofile. Sentrale konvensjoner her er FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs kvinnekonvensjon og Den europeiske menneskerettskonvensjon.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettskonvensjon forplikter samtidig staten til å respektere og sikre religionsfriheten. Fri religionsutøvelse kan komme i konflikt med retten til frihet fra diskriminering når trossamfunn ut fra sin religiøse lære eller tradisjon ikke anerkjenner og praktiserer likebehandling av kvinner eller homofile.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettskonvensjon forplikter også staten til å respektere og sikre retten til privatliv, som kan komme i konflikt med religionsfriheten hvis trossamfunnet stiller krav til eller foretar disposisjoner som griper for nær medlemmers eller ansattes seksuelliv.

Verken retten til religionsfrihet, likebehandling eller privatliv er absolutte. De preges heller av å være føringer på de avveininger som må foretas enn entydige krav til hvordan samfunnsspørsmål skal løses. Det kan være nødvendig å veie de ulike menneskerettighetene opp mot hverandre, og eventuelt gjøre inngrep i en av rettighetene for å oppnå gjennomslag for en annen. Dette er som utgangspunkt ikke problematisk når det gjelder de rettigheter som er aktuelle for utvalgets arbeid. Slike inngrep må imidlertid være i samsvar med det som følger av Norges menneskerettighetsforpliktelser. Formålet med dette kapittelet er å redegjøre for de mest sentrale deler av den menneskerettslige konteksten, og også å klargjøre hvilket handlingsrom lovgiver har i disse spørsmålene ut fra de internasjonale menneskerettighetsforpliktelsene.

2.1 FN-konvensjoner

2.1.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

Artikkel 18 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP) forplikter statene til å respektere og sikre religionsfriheten:

«1. Enhver skal ha rett til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å bekjenne seg til eller anta en religion eller tro etter eget valg, og frihet til alene eller sammen med andre, offentlige eller private, å utøve sin religion eller tro gjennom gudstjeneste, iakttagelse av religiøse skikker, andaktsøvelser og undervisning.

2. Ingen må utsettes for tvang som vil kunne innskrenke hans frihet til å bekjenne seg til eller å anta en religion eller tro etter eget valg.

3. Friheten til å utøve en religion eller tro skal ikke være gjenstand for andre begrensninger enn slike som er foreskrevet i lov og som er nødvendig for å beskytte den offentlige sikkerhet, orden, helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter.

4. Konvensjonspartene forplikter seg til å respektere foreldres, og i tilfelle vergers, frihet til å sørge for sine barns religiøse og moralske oppdragelse i samsvar med deres egen overbevisning.»

Det er grunn til å tro at bestemmelsen for så vidt gjelder dette lovarbeidet, har samme innhold som Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 9, se nedenfor kapittel 2.2.1.

Religionsfriheten kan ifølge artikkel 18 underlegges visse begrensninger, så lenge dette er nedfelt i lov og det blir foretatt for å sikre nærmere angitte formål, for eksempel for å beskytte andres grunnleggende rettigheter og friheter. Begrensningene må også anses «nødvendig», jf. artikkel 18 nr. 3. Dette forstås som at det må være forholdsmessighet mellom de begrensningene som oppstilles i tros- og livssynsfriheten og de andre beskyttelsesverdige hensyn som søkes ivaretatt. Diskrimineringsvern for noen grupper, for eksempel kvinner og homofile, kan være en tillatt begrensning av andres religionsfrihet. Slike begrensninger må i til-

felle oppfylle forholdsmessighetskravet som artikkel 18 oppstiller.

Retten til privatliv er vernet i artikkel 17, som fastslår at «[i]ngen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse.» Denne bestemmelsen legger visse begrensninger på hvorvidt en kan ha et lovverk som godtar at en stiller krav til ansatte om privat livsstil, seksuelt samliv mv. Forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform kan således komme i konflikt med retten til privatliv.¹ En forutsetning for at slik forskjellsbehandling ikke kommer i konflikt med privatlivsbeskyttelsen er – foruten et krav om lovhjemmel – at den ikke regnes som «vilkårlig» i bestemmelsens forstand. Også dette vilkåret forutsetter en forholdsmessighetsvurdering hvor ulike interesser veies opp mot hverandre.

Staten skal sørge for at de rettigheter som er gitt i konvensjonen respekteres og sikres uten forskjellsbehandling, jf. diskrimineringsvernet i artikkel 2. En særskilt bestemmelse om kjønnsdiskriminering finnes i artikkel 3. FNs menneskerettighetskomité har på generelt grunnlag uttalt at:

«States parties must take measures to ensure that freedom of thought, conscience and religion, and the freedom to adopt the religion or belief of one's choice - including the freedom to change religion or belief and to express one's religion or belief - will be guaranteed and protected in law and in practice for both men and women, on the same terms and without discrimination. These freedoms, protected by article 18, must not be subject to restrictions other than those authorized by the Covenant and must not be constrained by, inter alia, rules requiring permission from third parties, or by interference from fathers, husbands, brothers or others. Article 18 may not be relied upon to justify discrimination against women by reference to freedom of thought, conscience and religion; States parties should therefore provide information on the status of women as regards their freedom of thought, conscience and religion, and indicate what steps they have taken or intend to take both to eliminate and prevent infringements of these freedoms in respect of women and to protect their right not to be discriminated against.»²

¹ Lucy Vickers: Religion and belief discrimination in employment – the EU law, European Commission, 2007 side 40.

² FNs menneskerettighetskomités generelle kommentar om kjønnsdiskriminering, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General comment 28 (2000) Equality of rights between men and women, para. 21.

Det følger videre av artikkel 26 at alle er like for loven, og at lovgivningen skal forby enhver form for forskjellsbehandling. Bestemmelsen forbyr altså diskriminering på generelt grunnlag. Vernet gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig. FNs komité for menneskerettigheter har uttalt at bestemmelsene i artikkel 2 og artikkel 26 også omfatter et vern mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.³

Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. Konvensjonen har forrang for andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3. For utvalgets del innebærer dette at utvalgets lovforslag ikke skal være i konflikt med de krav som eventuelt måtte følge av SP.

2.1.2 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966 pålegger staten å respektere og sikre blant annet retten til arbeid, samt rettferdige og gode arbeidsvilkår (jf. artiklene 6 og 7). Disse rettighetene skal sikres for alle uten forskjellsbehandling «av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig» (artikkel 2 nr. 2). Det er antatt at konvensjonen omfatter samme diskrimineringsgrunnlag som SP artikkel 2, slik at den også innebærer et vern mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Konvensjonen har også en bestemmelse om likhet mellom kjønnene og vern mot kjønnsdiskriminering i artikkel 3.⁴

For så vidt gjelder antidiskrimineringsforpliktelser, legger konvensjonen primært opp til at staten har en plikt til å iverksette lovgivning uten nær-

³ Jf. for eksempel Toonen mot Australia sak 488/92, uttalelse av 4. april 1994 og Young mot Australia sak 941/2000, uttalelse av 18. september 2003. Se Thom Arne Hellerslia: Seksuelle menneskerettigheter, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, 2006 nr. 2 side 118-119. FNs menneskerettighetskomité har utarbeidet en generell kommentar til konvensjonens diskrimineringsvern, se General comment 18 (1989) Non-discrimination.

⁴ FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har utarbeidet en generell kommentar til konvensjonens vern om kjønnsdiskriminering, se UN Doc E/C.12/2005/4, General comment 16 (2005) The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).

mere å kvalifisere hvordan lovgivningen i detalj skal utformes.⁵

Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang for andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3.

2.1.3 FNs kvinnekonvensjon

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (FNs kvinnekonvensjon) fra 1979 pålegger staten å forby all diskriminering av kvinner og å innføre et rettsvern for kvinners rettigheter på lik linje med menns, for å sikre kvinner effektiv beskyttelse mot enhver diskriminerende handling (artikkel 2 bokstav b og c). Staten skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å hindre at personer, organisasjoner eller foretak diskriminerer kvinner (artikkel 2 e).

Konvensjonen gjelder på alle samfunnsområder med særlige bestemmelser om arbeid, undervisning, det politiske og offentlige liv, mv. Det følger av artikkel 11 at staten skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner i arbeidslivet, for å sikre de samme rettigheter i forbindelse med retten til fritt valg av yrke og arbeid, bruk av de samme utvelgelseskriterier ved ansettelse, mv.

Kvinnekonvensjonen gjelder på alle områder, og har ingen unntak fra forbudet mot diskriminering av kvinner i relasjon til religionsfriheten. Konvensjonen har ingen uttrykkelige referanser til forskjellsbehandling begrunnet i religion. Konvensjonen griper ikke direkte inn i religionsutøvelsen, men retter seg derimot mot fordommer, praksis samt negative kulturelle eller tradisjonelle holdninger som kan svekke kvinners stilling. Det følger av artikkel 5 a at staten skal sette i verk alle egnede tiltak som er nødvendige for

«å endre menns og kvinners sosiale og kulturelle atferdsmønstre, med sikte på å få avskaffet fordommer og hevdvunnen og all annen praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller på forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent.»

Statens forpliktelser etter konvensjonen omfatter dermed også trossamfunn og religiøs praksis som bygger på kjønnsmodeller som befester asym-

metriske kjønnsroller. Dette er bakgrunnen for at mange stater har avgitt reservasjoner fra enkelte av bestemmelsene i konvensjonen. Norge har ikke tatt slike forbehold. Konvensjonens forpliktelser kan således komme i konflikt med religionsfriheten som er nedfelt i andre konvensjoner. Det er ikke avklart hvordan retten til å ikke bli diskriminert etter kvinnekonvensjonen skal avveies mot religionsfriheten.

Ved behandlingen av Norges tredje og fjerde rapport til FNs kvinnekonvensjonskomité (som overvåker statenes gjennomføring av FNs kvinnekonvensjon) i 1995, stilte komiteen seg kritisk til unntaket i likestillingsloven. Norge ble henstilt om å endre bestemmelsen for å eliminere unntak basert på religion:

«Since women often face greater discrimination in family and personal affairs in certain communities and in religion, they asked the Norwegian government to amend the Norwegian Equal Status Act to eliminate exceptions based on religion.»⁶

Unntaksbestemmelsen ble ikke kommentert i anbefalingene fra komiteen under behandlingen av Norges neste rapport i 2003.

FNs kvinnekonvensjon gjelder som norsk lov, jf. likestillingsloven § 1b.

2.1.4 FNs barnekonvensjon

FNs konvensjon om barnets rettigheter fra 1989 sier i artikkel 2 at barn ikke skal diskrimineres på grunn av barnets, dets foreldres eller verges rase, farge, kjønn, språk, religion, politiske eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendom, funksjonshemming, fødsel eller annen status. Diskrimineringsforbudet gjelder de områder som konvensjonen regulerer. Konvensjonen har bestemmelser om rett til utdanning, helse-tjenester, privatliv, religionsfrihet osv.

Barn har rett til religionsfrihet. Staten må samtidig respektere foreldres rett til veiledning i religiøse spørsmål, i samsvar med barnets gradvise utvikling (artikkel 14). Ved alle handlinger som vedrører barn skal det først og fremst tas hensyn til det som gagnar barnet best (artikkel 3).

Barnekonvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang for andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonene, jf. menneskerettsloven § 3.

⁵ FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter General comment 3 (1990) The nature of States parties obligations para. 3 og General comment 9 (1998) The domestic application of the Covenant.

⁶ A/50/38 punkt 460, i tilknytning til artikkel 3 i konvensjonen.

2.1.5 ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke

Etter ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold fra 1958 er staten forpliktet til å følge en politikk som tar sikte på, ved metoder som er avpasset nasjonale forhold, å fremme like muligheter og likebehandling, for å fjerne diskriminering i arbeidslivet (artikkel 2). Med diskriminering menes i konvensjonen enhver forskjellsbehandling, utelukkning eller særfordel som på basis av kjønn, rase, farge, religion, politisk oppfatning, nasjonal opprinnelse eller sosial herkomst som virker slik at det opphever, eller vanskeliggjør lik adgang til, eller behandling i sysselsetting eller yrkesutøving (artikkel 1).

Tilfeller der kjønn er en avgjørende faktor for utførelsen av et bestemt arbeid faller utenfor diskrimineringsbegrepet i konvensjonen, jf. artikkel 1 (2):

«Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.»

Dette unntakets rekkevidde var oppe til behandling i Høyesterett i en sak som er inntatt i Rt. 1986 side 1250. Saken gjaldt unntaket i daværende arbeidsmiljølov § 55A (unntaket er videreført i diskrimineringsloven § 3 og § 7). Diakonhjemmets Sosialhøgskole krevde at hovedtyngden av personalgruppen med kontorsjef, lærere og fast ansatte forskere skulle være bekjennende kristne. Søkere til stillinger innenfor denne gruppen måtte spørres om sitt forhold til den kristne tro, og forholdet til den kristne tro kunne telle med ved en samlet vurdering ved ansettelse. Det måtte ifølge Høyesterett være adgang til å spørre om livssyn også hvor de fleste, men ikke alle ansatte, innenfor en viss stillingskategori skulle dele skolens livssyn, og denne ordningen var nødvendig for å sikre gjennomføringen av skolens formål. Høyesterett kom til at dette var forenlig med ILO-konvensjonen. Høyesteretts førstvoterende uttalte følgende om fortolkningen av unntaket:

«Uttrykket 'inherent requirement' må forstås slik at det viser til kvalifikasjoner som er iboende eller naturlig knyttet til stillingen. Jeg kan således ikke oppfatte bestemmelsen slik at den gir anledning til unntak utelukkende hvor det er tale om egenskaper som er nødvendig for utførelsen av det arbeid som er knyttet til den enkelte stilling. Jeg nevner at konvensjonens forarbeider, som i en viss utstrekning er referert av ankemotpartenes prosessfullmektig, gir

liten veiledning når det gjelder uttrykket 'inherent requirement'.

Den franske tekst, som er likestilt med den engelske - se konvensjonens artikkel 14 - har denne ordlyd:

«Les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations.»

Her er således brukt ordene 'les qualifications exigées'. I et forutgående utkast var den betingelse som dette uttrykket inneholder forsterket ved ordet 'nécessairement' som ble strøket ved den endelige utforming. Jeg mener denne endring bestyrker min forståelse av konvensjonsbestemmelsen.»

ILOs ekspertkomité kritiserte i 1996 Norge for arbeidsmiljøloven § 55 A (videreført i diskrimineringsloven § 7) om retten til på spørre om religiøs overbevisning ved ansettelse. Ifølge komitéen kunne religionsfriheten ikke begrunne en så vid adgang til å gjøre unntak som denne bestemmelsen åpnet for.⁷

2.2 Europarådets konvensjoner

2.2.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjon fra 1950 slår fast rettigheter som religionsfrihet, ytringsfrihet, rett til privatliv mv. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang for andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3.

Religionsfriheten er slått fast i artikkel 9 i konvensjonen:

«1. Enhver har rett til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet; denne rett omfatter frihet til å skifte sin religion eller overbevisning, og frihet til enten alene eller sammen med andre og såvel offentlig som privat å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning, ved tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse.

2. Frihet til å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning skal bare bli undergitt slike begrensninger som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

⁷ ILO: Equality in employment and occupation, International Labour Conference, 83rd session General Survey, Genève 1996 pkt 198.

Artikkelen verner for det første den enkeltes rett til å tro og mene det han eller hun vil. Denne retten er ubegrenset.

For det andre omfatter religionsfriheten en rett, alene eller sammen med andre, til å gi uttrykk for sin tro gjennom ord og handlinger. Religionsfriheten omfatter en frihet for trossamfunn til å bestemme trossamfunnets lære og praksis, for eksempel å velge religiøse ledere, prester og lærere, rett til å ha religiøse skoler osv. Trossamfunnenes autonomi er et sentralt aspekt av religionsfriheten. Den europeiske menneskerettsdomstol uttalte i i sin dom i saken *Metropolitan Church of Bessarabia mot Moldova*⁸ at

«since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention, which safeguards associative life against unjustified State interference. Seen in that perspective, the right of believers to freedom of religion, which includes the right to manifest one's religion in community with others, encompasses the expectation that believers will be allowed to associate freely, without arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords.»

Friheten til å uttrykke og utøve sin religion kan bare begrenses ved lov, og dersom dette gjøres for å ivareta målsettinger som etter konvensjonen er akseptable. Disse er nevnt uttrykkelig og uttømmelig i annet ledd i artikkelen. Religionsfriheten kan eventuelt begrenses av myndighetene av hensyn til individers krav på ikke å bli diskriminert for eksempel på grunn av kjønn og seksuell orientering (jf. «for å beskytte andres rettigheter og friheter»). Begrensninger i religionsfriheten må også være «nødvendige i et demokratisk samfunn», jf. artikkel 9 annet ledd, for å være tillatt etter konvensjonen. Som etter FN-konvensjonene, innebærer dette et krav om forholdsmessighet mellom målsettinger og virkemidler fra myndighetenes side. Den europeiske menneskerettsdomstol har som utgangspunkt uttrykt standarden slik:

«According to the Court's established case-law, the notion of necessity implies that an interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued.»⁹

Forholdsmessighetsvurderingen vil avhenge av hva slags praksis lovgivningen griper inn i. Trossamfunnets utnevning av religiøse ledere vil ha et sterkt vern i religionsfriheten, i motsetning til for eksempel krenkende eller skadelig praksis som kvinnelig omskjæring, som ikke har et vern i religionsfriheten selv om en religiøs begrunnelse skulle påberopes.

En tilsvarende forholdsmessighetsstandard vil danne utgangspunkt for ulike avveininger også etter andre bestemmelser i konvensjonen, som er relevant når det gjelder utvalgets innstilling (se nedenfor).

EMK artikkel 8 beskytter retten til respekt for privatlivet. Denne bestemmelsen begrenser på samme måte som FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17, statens adgang til å stille krav til ansatte om privat livsstil, seksuell praksis mv. (se ovenfor kapittel 2.1.1). Offentlige myndigheter kan bare gjøre inngrep i retten til privatliv dersom det foreligger hjemmel i lov, det begrunnes i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter og friheter eller andre aksepterte målsettinger nevnt i bestemmelsen, og inngrepet er «nødvendig», dvs. forholdsmessig.

I og med at religionsfriheten også innebærer frihet til å gi uttrykk for sin religiøse overbevisning, er religionsfriheten også langt på vei vernet gjennom ytringsfriheten i artikkel 10. Etter sikker praksis for tolkningen av EMK, vil en likevel ut fra en *lex specialis*-tankegang først og fremst vurdere forholdet til religionsfriheten så fremt det dreier seg om religiøse ytringer. Religiøst motiverte ytringer blir etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol først og fremst behandlet under særbestemmelsen om religionsfrihet i artikkel 9, og ikke etter ytringsfrihetsbestemmelsen i artikkel 10. Utvalget har derfor ikke gått nærmere inn på ytringsfriheten i sitt arbeid med denne delinnstillingen.

EMK første protokoll artikkel 2 om retten til utdanning, beskytter foreldres rett til å oppdra sine barn i samsvar med sin egen tro og overbevisning. Protokollen er, på linje med EMKs hoveddel, norsk lov gjennom menneskerettsloven.

Etter EMK artikkel 14 skal utøvelsen av konvensjonens rettigheter sikres uten noen som helst diskriminering på grunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen mening, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller noe annet forhold. Kjønn nevnes uttrykkelig som diskrimineringsgrunnlag. Seksuell orientering er ifølge avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol omfattet som diskrimineringsgrunnlag, selv om dette ikke eksplisitt er nevnt i konvensjonstek-

⁸ Sak nr. 45701/99, avgjørelse 13. desember 2001, para 118.

⁹ *Olsson mot Sverige* (No. 1), dom 24. mars 1988, Series A 130 para. 67.

sten.¹⁰ Det følger av artikkel 14, sett i sammenheng med artikkel 9 og artikkel 8, at alle har rett til fri religionsutøvelse og rett til privatliv, uavhengig av for eksempel kjønn eller seksuell orientering. Det følger også av artikkel 14, sett i sammenheng med artikkel 9, at staten skal behandle ulike trossamfunn likt med hensyn til eventuelle begrensninger i den frie religionsutøvelsen. Konflikt med diskrimineringsbestemmelsen vil foreligge dersom forskjellsbehandling av ellers sammenlignbare tilfeller savner et godtatt samfunnsmessig formål og den ikke er i samsvar med det forholdsmessighetskrav som innfortolkes i bestemmelsen.

Lovgivers handlingsrom etter EMK artikkel 9 og artikkel 14 drøftes nærmere i kapittel 2.3.

Europarådets medlemsstater har vedtatt en tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon. Denne har som formål å skjerpe vernet mot diskriminering gjennom et generelt og selvstendig forbud mot diskriminering, som ikke er begrenset til de rettigheter konvensjonen beskytter. Tilleggsprotokollen trådte i kraft 1. april 2005. Norge undertegnet protokollen 15. mars 2003, men har foreløpig ikke ratifisert. Utvalget skal ifølge sitt mandat vurdere ratifikasjon og implementering av tilleggsprotokollen i sin samlede innstilling om ny diskrimineringslovgivning.

2.2.2 Den europeiske sosialpakt

Etter Den europeiske sosialpakt fra 1961 skal staten ha som målsetting for sin politikk å virkeliggjøre sosialpolitiske rettigheter og prinsipper, som rett til arbeid, rettferdige arbeidsvilkår, trygge og sunne arbeidsforhold mv. Ved revisjonen av sosialpakten i 1996 kom det inn en bestemmelse om ikke-diskriminering. Del V artikkel E slår nå fast at rettighetene i sosialpakten skal sikres uten diskriminering på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen overbevisning, nasjonal bakgrunn eller sosial opprinnelse, helse, tilhørighet til en nasjonal minoritet, fødsel eller annen status.¹¹ Sosialpakten inneholder en rekke detaljerte rettigheter knyttet til arbeid, blant annet retten til «dignity at work» (artikkel 26), som skal tolkes og anvendes i samsvar med diskrimineringsvernet i Del V artikkel E. Den europeiske komité for økonomiske og sosiale rettigheter, som har ansvaret for overvåking av statenes forpliktelser under sosialpakten, har behandlet en rekke rapporter om situasjonen i Norge. Spørsmål av betydning for

utvalgets innstilling har ennå ikke vært oppe til behandling. Komiteen har også adgang til å avgi uttalelser i klagesaker mot medlemsstatene som innsendes av de organisasjoner som har klagerett under pakten. Ingen av disse klagesakene har hittil dreid seg direkte om spørsmål av betydning for utvalgets innstilling.

2.3 Lovgivers handlingsrom etter menneskerettighetene

2.3.1 EMK-rettslig fokus

Utvalget har i samsvar med mandatet vurdert hvilke rammer for lovgivningen som følger av internasjonale menneskerettigheter om religionsfrihet og retten til å ikke bli diskriminert.

Menneskerettighetskonvensjoner er utarbeidet og blir håndhevet i internasjonale fora, hvor tilslutning fra en rekke statsparter er en forutsetning for levedyktige regelverk. De forpliktelse som følger av traktatene er derfor ofte vagt utformet og gjenstand for stadig diskusjon og utvikling. Dette gjelder særlig de menneskerettslige normer som er utarbeidet innenfor FN-systemet, hvor systemet for definering og anvendelse av traktatforpliktelsene ikke alltid gir like klare og forpliktende rettslige føringer for myndighetenes handlingsrom. En kjerne av visshet om grensene for statens handlingsrom finnes også etter disse konvensjonene, men detaljeringsgraden er liten på de områder som er av særlig betydning for utvalgets delinnstilling. Utvalget tar derfor ikke utgangspunkt i disse konvensjonenes menneskerettslige beskyttelse av diskrimineringsvern og religionsfrihet.

Innenfor Europarådet er Norge tilsluttet et system for menneskerettighetsbeskyttelse som i større grad er rettslig avklart. Rettsreglene i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) forvaltes på det internasjonale plan av en permanent domstol. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) består av juridisk utdannede og politisk uavhengige dommere som avgjør tvister mellom privatpersoner og stater, og mellom stater. Avgjørelsene er rettslig bindende for traktatpartene. Dette forutsetter en innfrielse av forventninger om spesifiseringer av traktatforpliktelsene som er gangbare for både statene og de personer som er gjenstand for statenes myndighetsutøvelse. EMK-retten er utviklet over lang tid gjennom omfattende tolkningspraksis fra EMD. Også derfor er EMK det naturlige utgangspunkt ved fastleggingen av lovgivers menneskerettslige handlingsrom i forhold til likestillingslovens og arbeidsmiljølovens særregler.

¹⁰ Første gang slått fast i Salgueiro da Silva Mouta mot Portugal, Reports 1999-IX para. 28.

¹¹ Se nærmere om sosialpakten i NOU 2005: 8 punkt 6.4.3 side 88-89.

Det er lovgiver – på linje med andre offentlige myndigheter – som er direkte forpliktet etter EMKs rettighetsbestemmelser. Private organisasjoner, herunder trossamfunn, er ikke direkte pålagt å rette seg etter EMKs regler. At slike samfunn vil måtte innrette seg etter lovgivning som er utformet i samsvar med EMKs regler, er en annen sak.

Utvalget har vurdert om og eventuelt i hvilken grad EMK artikkel 9 om religionsfrihet og artikkel 14 om diskriminering legger begrensninger på lovgivers handlingsfrihet når det gjelder unntak for trossamfunn fra forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn eller seksuell orientering. EMK-retten på området er ikke klar. De spørsmålene som unntakene for trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven reiser, er ikke kommet på spissen i autoritativ tolkningspraksis. Lovgivers handlingsrom må i stedet vurderes ut fra hva EMD tidligere har uttalt om sammenlignbare spørsmål og på EMDs generelle argumentasjonsteknikk og -mønstre.

2.3.2 Artikkel 9 om religionsfrihet

EMK artikkel 9 (1) gir «enhver» krav på et vern om sin «religionsfrihet», se kapittel 2.2.2. Gir bestemmelsen som utgangspunkt krav på beskyttelse for trossamfunns virksomhet, inkludert trossamfunnenes ansettelsespolitikk?

Bestemmelsen gir blant annet trossamfunn et krav på beskyttelse av den aktivitet de bedriver *som* trossamfunn. Trossamfunn og andre religiøse organisasjoner har selvstendig krav på vern etter artikkel 9, altså uavhengig av behovene til de enkelte medlemmene i trossamfunnet.¹² Religionsfriheten kan påberopes av kollektive enheter. Dette gir bestemmelsen et større nedslagsfelt og potensial for å begrense lovgivers handlingsrom, enn dersom den bare beskyttet enkeltindividets religionsinteresser og religiøse organisasjoners arbeid i den grad de arbeider for enkeltmedlemmenes individuelle religion.

«Religiøse trossamfunn» i likestillingslovens og arbeidsmiljølovens forstand (se kapittel 4) omfattes av EMK artikkel 9s uttrykk «everyone»/«enhver». EMK-rettens begrep «religion» skal fortolkes vidt. Også kontroversielle trosretninger regnes som «religion» i bestemmelsens forstand.¹³

¹² Dette må nå være klart som følge av avgjørelsen i Scientologikirken i Moskva mot Russland, EMDs dom 24. september 2007 avsnitt 72, som kvalifiserer uttalelsen i dommen i saken Den metropolitanske kirke i Bessarabia m. fl. mot Moldova, Reports 2001-XII para. 101.

For at EMK artikkel 9 skal verne trossamfunnets interesser, må de aktiviteter det er tale om til en viss grad være i samsvar med den religiøse overbevisningen som trossamfunnet slutter seg til. I Pastor X og Svenska Scientologykyrkan mot Sverige la Den europeiske menneskerettighetskommisjon til grunn et skille mellom aktiviteter som ikke er sentrale uttrykk for den religiøse overbevisningen (selv om de kan være motivert av den) og aktiviteter som nettopp er slike uttrykk for overbevisningen.¹⁴ Det må imidlertid antas at EMD i begrenset grad vil drive sensur av hvilke av trossamfunnets aktiviteter som faller innenfor bestemmelsens saklige virkeområde og hvilke aktiviteter som eventuelt faller utenfor.

2.3.3 Artikkel 14 om diskriminering

EMK artikkel 14 gir krav på beskyttelse mot diskriminering på grunn av kjønn eller seksuell orientering, se kapittel 2.2.1. Diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 er ikke et selvstendig diskrimineringsforbud. Diskrimineringsforbudet gjelder bare på de områder som konvensjonens øvrige bestemmelser regulerer. Kvinner og homofile må dermed påberope seg beskyttelse under en eller flere andre rettighetsbestemmelser i konvensjonen for å ha et diskrimineringsvern.

Dette reiser spørsmål om hvilke rettigheter kvinner og homofile kan påberope seg i sammenheng med artikkel 14.

Artikkel 8 beskytter personers rett til respekt for sitt «privatliv». Det er hevet over tvil at seksuell identitet omfattes av begrepet «privatliv». Men er også en persons kjønn en del av privatlivet? Dette er et spørsmål som ikke har kommet på spissen i tolkningspraksis under artikkel 8. En kan ikke se bort fra at EMD, i en gitt situasjon hvor likestillingslovens unntak ble satt på prøve, uten nærmere diskusjon vil legge til grunn at artikkel 8 saklig sett er anvendelig for «retten til respekt for sitt kjønn», noe som igjen gjør det mulig å anvende diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14.

Dette kan også ses som et spørsmål om homofile og kvinners behov for respekt for sin religionsfrihet, jf. artikkel 9. En troende som ikke får være med på bestemte handlinger osv. i trossamfunn på linje med andre, får sin religiøsitet berørt.

¹³ Slått fast første gang av EMDs tidligere siliingsinstans Den europeiske menneskerettighetskommisjon i sak nr. 7805/77, Pastor X og Church of Scientology mot Sverige, avgjørelse 5. mai 1979, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1979 side 244 flg. Dette er fulgt opp i en lang rekke EMD-avgjørelser senere.

¹⁴ Se note 13.

Uansett må en også se hen til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Konvensjonens artikkel 26 angir et selvstendig diskrimineringsforbud. Se kapittel 2.1.1.

Også etter EMK artikkel 14 er utgangspunktet at lovgiver har plikt til å ikke vedta lover som er direkte eller indirekte diskriminerende. I den grad rettsreglene oppstiller grenser, vil det altså som utgangspunkt og den store hovedregel være tale om grenser i form av pålegg om ikke å gripe inn i beskyttede interesser etter bestemmelsene. Ut fra artikkel 14 kan det også innfortolkes et krav om lovgivning eller andre myndighetstiltak fra statens side for å sikre mot diskriminering. Forpliktelsen til å iverksette tiltak er nokså vagt definert i tolkningspraksis.

2.3.4 Adgangen til å oppheve unntaksreglene

Utgangspunktet i EMK artikkel 9 er at staten skal avholde seg fra lovgivning som kommer i konflikt med trossamfunnenes religionsfrihet. Spørsmålet blir om «inngrepet» i trossamfunnenes religionsfrihet er «nødvendig i et demokratisk samfunn» (jf. EMK artikkel 9 (2)). Utvalget antar at de to andre nødvendige vilkårene etter artikkel 9 (2) ikke reiser problemer i forhold til utvalgets arbeid (kravet om lovhjemmel for inngrepet og kravet om et akseptert formål med tiltaket).

Kravet om «nødvendighet» viser til en forholdsmessighetsvurdering. Det er lite informasjon å hente i praksis under artikkel 9 for så vidt gjelder trossamfunns autonomi i forhold til kvinners og homofiles krav på ikke å bli utsatt for diskriminering. Kvinners og homofiles krav på ikke å bli diskriminert er beskyttet av artikkel 14. At begge interesser er beskyttet under særskilte bestemmelser i konvensjonen, vil være et viktig element i forholdsmessighetsvurderingen. Samtidig legger praksis under artikkel 9 stor vekt på respekt for religionsfriheten, også i forholdsmessighetsvurderingen.

Hvilken interesse som vil trekke det lengste strået i vurderingen av «nødvendighet» etter artikkel 9 (2) vil i stor grad bero på konkrete omstendigheter i den enkelte tvist som kommer opp til vurdering. Det er likevel grunn til å tro at det vil by på EMK-rettslige problemer å oppheve unntaksadgangen for trossamfunn i sin helhet, slik at trossamfunns autonomi helt settes til side for å sikre kvinner og homofile et effektivt vern mot diskriminering. En viss kjerne av autonomi knyttet til religiøse forhold, også når det gjelder forholdet til

kvinner og homofile, må legges til grunn etter EMK artikkel 9.

I forholdsmessighetsvurderingen vil det også ligge elementer av å tilkjenne staten en selvstendig skjønnsmargin – et element av slingringsmonn – i vurderingen av om «nødvendighet» foreligger. Det følger av EMK-retten at forholdsmessighetsvurderinger blir underlagt en videre «skjønnsmargin» dersom begge interesser som avveies nyter konvensjonsrettslig beskyttelse. Endelig vil det ha betydning om den norske løsningen samsvarer med felleseuropeiske oppfatninger på området. Hensynet til europeisk konsensus er altså et element i de forholdsmessighetsvurderinger som foretas.

I artikkel 9 er det i tillegg innfortolket et visst omfang av positive forpliktelser for staten – også som lovgiver – til aktivt å sørge for at rettighetenes innhold etterlevs. Slike positive forpliktelser pålegges ut fra resonnetet om at rettighetene ikke ville være tilstrekkelig effektive uten et islett av krav om iverksettelse av myndighetstiltak. Lovgiver kan altså tenkes å ha en plikt til å iverksette lovgivningstiltak som beskytter trossamfunns religionsfrihet. Det er imidlertid usikkert om dette innebærer en forpliktelse for staten til å beholde særreglene for trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven. Her må det foretas en tilsvarende avveining som etter artikkel 9 (2).

EMK-retten gir altså føringer med hensyn til lovgivers handlingsrom. Rammene for handlingsrommet er imidlertid ikke klare. På dette området gjelder det samme som på andre områder, nemlig at den nasjonale lovgiveren står fritt i valget av virkemidler når det gjelder måten å oppfylle konvensjonens rettigheter på. Det betyr at trossamfunnenes autonomi enten kan sikres gjennom en generell bestemmelse som gir dem autonomi eller gjennom fravær av bestemmelser som griper inn i den. Konvensjonen legger ikke føringer på om man skal opprettholde særbestemmelser om trossamfunns adgang til å fravike forbudene mot diskriminering av kvinner og homofile, eller om man skal gjøre det gjennom å utforme disse bestemmelsene generelt slik at trossamfunnenes autonomi respekteres.

Den klareste rammen for lovgiver er at det må foretas en avveining av de to motstridende interessene – trossamfunns krav på religionsfrihet og kvinners og homofiles krav på ikke å bli utsatt for diskriminering – fordi de begge i utgangspunktet er konvensjonsbeskyttede. EMK-retten setter grenser for myndighetenes handlingsrom først og fremst når formålene med rettighetene i EMK artikkel 9 og artikkel 14 blir utfordret ved en eksis-

terende rettslig tilstand eller ved en planlagt rettslig tilstand.

2.3.5 Retningslinjer for avveiningen

To generelle EMK-rettslige argumentasjonstrekk kan gi noen retningslinjer for avveiningen mellom trossamfunns krav på religionsfrihet, og kvinners og homofiles krav på ikke å bli utsatt for diskriminering. Det ene er den frihet lovgiver gis i EMK-retten i valg av konkrete virkemidler i avveiningen, gjennom doktrinen om statens skjønnsmargin. Det andre er at lovtekniske løsninger som følger EMK-rettens formålstolkning vil fremstå som særlig EMK-robuste. Det gjøres rede for disse retningslinjene i det følgende.

2.3.5.1 Statens skjønnsmargin

EMD legger til grunn at det først og fremst ligger til nasjonale myndigheter å foreta avveiningen mellom disse konkurrerende interessene (læren om statens skjønnsmargin, «margin of appreciation»). Det følger av denne læren at den internasjonale sensuren er sekundær. Den vil bare tre inn dersom myndighetene enten ikke har foretatt påkrevet avveining eller dersom myndighetene ikke har foretatt en avveining som er i tråd med EMKs krav. Statlige myndigheter har altså en viss skjønnsmargin med hensyn til den EMK-rettslige gehalten av sine vurderinger.

Skjønnsmarginens innhold er omdiskutert og ikke konsistent anvendt i EMDs praksis. Det gjelder også på området for avveininger under EMK artikkel 9 og artikkel 14. Det er likevel ikke tvil om at skjønnsmarginen er gjeldende lære i forhold til begge bestemmelser. I *Cha'are Shalom Ve Tsedek* mot Frankrike, Reports 2000-VII para. 84 ble dette slått fast på generelt grunnlag for så vidt gjelder artikkel 9:

«Furthermore, regard being had to the margin of appreciation left to Contracting States (...), particularly with regard to establishment of the delicate relations between the Churches and the State, it cannot be considered excessive or disproportionate. In other words, it is compatible with Article 9 § 2 of the Convention.»

I *Kokkinakis* mot Hellas, Series A 260-A para. 47 formuleres dette noe annerledes:

«The Court has consistently held that a certain margin of appreciation is to be left to the Contracting States in assessing the existence and extent of the necessity of an interference, but this margin is subject to European supervi-

sion, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate.»

Det gjelder også en skjønnsmargin for avveininger under artikkel 14. Se for eksempel *Palau Martinez* mot Frankrike, Reports 2003-XII para. 13, hvor det uttales at

«the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment.»

Det nærmere innholdet i skjønnsmarginen – hvor stort slingringsmonn myndighetene har i forhold til den overnasjonale sensuren – er ikke lett å identifisere. Praksis under artikkel 14 og artikkel 9 er ikke omfattende. To forhold er likevel sentrale for de spørsmål utvalget har vurdert: Generelt vil EMD være mer tilbakeholden med å sensurere et demokratisk valgt organs beslutninger (typisk lovgiver) enn den vil være med å sensurere forvaltningens og domstolenes vurderinger. Det vil også bli tillagt vekt hvilke interesser som står på spill og hvor sentrale de anses for å være fra EMDs side. EMD uttaler generelt at religionsfriheten i artikkel 9 er så fundamental at innhugg i den ikke skal skje i for stor grad. Dette innebærer en skjerpet kontroll fra EMDs side, og dermed en snevrere skjønnsmargin for nasjonale myndigheter. Diskriminering på grunnlag av kjønn og seksuell orientering anses også for å være så alvorlig at EMD foretar en skjerpet domstolskontroll under artikkel 14 når det gjelder diskriminering på disse grunnlagene. Som EMD uttalte i *L. og V. mot Østerrike*, Reports 2003-I para. 45 (som gjaldt diskriminering av homofile for så vidt gjaldt deres privatliv, ikke religion):

«The applicants complained of a difference in treatment based on their sexual orientation. In this connection, the Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14 (...). Just like differences based on sex (...), differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification.»

2.3.5.2 Formålstolkning

Formålstolkning vil være relevant med hensyn til hvor langt EMK artiklene 9 og 14 utgjør rettslige begrensninger for lovgiver med hensyn til spørsmålet om særlige unntak for trossamfunn. Formål-

stolkning er også en sentral rettesnor ved utformingen av EMK-rettslig robust lovgivning.

Når det gjelder EMK artikkel 14 (diskrimineringsforbudet) kan en se hen til hvilken samfunnsaktivitet et rettslig vern mot diskriminering skal beskytte. Diskrimineringsforbudet skal forhindre (a) atferd basert på fordommer og/eller gruppeassosiering; (b) atferd som legger vekt på forhold ved det enkelte individ som er uavvendelige (typisk medfødte egenskaper) eller i hvert fall som legger vekt på forhold som er av stor betydning for det enkelte individ (for eksempel religiøs oppfatning).

For så vidt gjelder EMK artikkel 9 (retten til religionsfrihet) er formålene knyttet til (a) det enkelte individ og dets behov for respekt for den private sfære for så vidt gjelder metafysiske spørsmål, (b) til individets behov for å ta del i relasjoner med andre og (c) fellesskapets eller samfunnets behov for ivaretagelse av demokratiske verdier som pluralisme, meningsbrytning, toleranse og kollektiv samhandling. EMD har i noen grad kommet inn på formålene med artikkel 9, blant annet i Scientologikirken i Moskva mot Russland:

«71. The Court refers to its settled case-law to the effect that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a «democratic society» within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it (...).

72. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to «manifest [one's] religion» alone and in private or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention, which safeguards associative life against unjustified State interference. Seen in that perspective, the right of believers to freedom of religion, which includes the right to manifest one's religion in community with others, encompasses the expectation that believers will be allowed to associate freely, without arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at

the very heart of the protection which Article 9 affords.»

Også i Agga mot Hellas (nr. 2) (dom 17. oktober 2002) para. 52 sier domstolen noe om hvilke interesser artikkel 9 tar sikte på å beskytte:

«The Court recalls that, while religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also includes, inter alia, freedom, in community with others and in public, to manifest one's religion in worship and teaching.»

Formålene med de enkelte rettighetene er utslag av de overordnede formål eller målsettinger som EMK som helhet er satt til å tjene. Det kan ut fra konvensjonens fortale og EMDs praksis hevdes at EMK-retten setter grenser for eller krav overfor myndighetene hvis disse grunnleggende prinsippene eller verdiene blir utfordret. Særlig viktig på det generelle plan vil være de retningslinjer en kan trekke ut av demokrati- og rettsstatsformålene: Åpenhet, dialog og transparente beslutningsprosesser fra myndighetenes side vil være momenter som taler for at en lovteknisk løsning er i samsvar med EMK. En lovgivning som ikke tar hensyn til meningsmotsetninger eller at ulike personer og grupper har ulike interesser og behov, vil utfordre EMK-rettslige grenser. Et rettslig system som får vilkårlige utslag, er uforutsigbart, ikke inneholder kontradiksjon eller ikke mangler adgang til rettslig prøving, tyder på at systemet ikke er i samsvar med EMK og dermed må justeres.

Generelt vil EMD også se hen til i hvor stor grad rettslige løsninger er særnasjonale eller om de er uttrykk for en mer allment utbredt rettslig løsning innenfor EMKs geografiske virkeområde. Lovgiver bør dermed se hen til hvordan andre og sammenlignbare EMK-medlemsstater forholder seg til spørsmålet om kvinners og homofiles plass i trossamfunn.

2.3.6 Oppsummering

EMK-retten gir ikke klare svar på spørsmålet om lovgivers handlingsrom med hensyn til adgangen til å oppheve eller innskrenke unntakene for trossamfunn fra likestillingslovens og arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av kjønn eller seksuell orientering.

Det må likevel kunne konkluderes med at det er problematisk i lys av EMK å oppheve unntaksadgangen for trossamfunn i sin helhet, slik at religiøse trossamfunns autonomi helt settes til side for å sikre kvinner og homofile et effektivt vern mot diskriminering. En viss kjerne av autonomi knyttet til religiøse forhold – også når det gjelder forholdet til

kvinner og homofile – må legges til grunn etter EMK artikkel 9.

Når det gjelder spørsmålet om hvor vid unntaksadgangen skal være, har lovgiver et visst sling-

ringsmonn. Her vil det være særlig viktig at både hensynene bak diskrimineringsforbudene og bak religionsfriheten er vektlagt i lovgivningsprosessen.

Kapittel 3

EU og EØS-avtalen

Retten til ikke-diskriminering er beskyttet i EU og EØS, dels på traktat-/avtalenivå og dels i direktiver. Det følger av EØS-avtalen artikkel 69 og 70 at Norge skal gjennomføre prinsippet om lik lønn og lik behandling av kvinner og menn i arbeidsforhold. Dette tilsvarer EF-traktaten artikkel 141. EF-traktaten artikkel 13 gir EU myndighet til å iverksette ulike typer konkrete tiltak for å bekjempe diskriminering, blant annet på grunn av kjønn og seksuell orientering. Det er ikke noen bestemmelse tilsvarende artikkel 13 i EØS-avtalen.

I det følgende gjøres det kort rede for de EU-direktiver som er relevante når det gjelder forskjellsbehandling av kvinner og homofile i trossamfunn.

3.1 Likestillingsdirektivene

EUs direktiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (likestillingsdirektivet fra 1976, endret ved direktiv 2002/73/EF) er en del av EØS-avtalen. Direktivet er gjennomført i norsk lov i likestillingsloven, og skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 1 og § 2.

Direktiv 76/207/EØF ble opphevet i 2006 og innlemmet i direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner. Dette direktivet samler en rekke av direktivene om kjønnsdiskriminering og kodifiserer rettsutviklingen på området. Innlemming av direktiv 2006/54/EF i EØS-avtalen er under vurdering, og har inntil videre relevans ved fortolkningen av 1976-direktivet, som fremdeles er en del av EØS-avtalen. I det følgende betegnes disse to direktivene som likestillingsdirektivene.

Likestillingsdirektivenes formål er å sikre gjennomføringen av prinsippet om like muligheter og likebehandling av kvinner og menn i arbeidslivet, jf. artikkel 1 i begge direktiv. Det følger av artikkel 2 og 3 i 1976-direktivet og artikkel 4, 5 og

14 i 2006-direktivet at kvinner og menn ikke skal forskjellsbehandles.

Direktivene gjelder innenfor det som i EU regnes som arbeidslivsområdet. Dette er et vidt begrep som ikke bare dekker forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker slik det er definert i norsk arbeidsrettslovgivning, men også andre områder med tilknytning til arbeidet. Hele det individuelle arbeidsforholdet - fra ansettelse til opphør - omfattes av likebehandlingsprinsippet i direktivet. Videre omfattes også for eksempel pensjonsrettigheter og rettigheter som arbeidsløs.

Direkte og indirekte forskjellsbehandling er forbudt, jf. artikkel 2 nr. 1 i 1976-direktivet og artikkel 2 i 2006-direktivet. Det gjøres unntak fra forbudet med hensyn til ansettelser i artikkel 2 nr. 6 i 1976-direktivet og artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet:

«Med hensyn til adgang til ansettelse, herunder opplæring som fører fram til slik ansettelse, kan medlemsstatene fastsette at forskjellsbehandling som er basert på en egenskap knyttet til kjønn, ikke skal utgjøre forskjellsbehandling når yrkesvirksomheten eller forholdene den utøves under er av en slik art at denne egenskap utgjør et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav, forutsatt at målet er rettmessig, og at kravet står i rimelig forhold til det.»

Unntak for trossamfunn må ligge innenfor rammen av denne bestemmelsen. Etter denne regelen kan det gjøres unntak for tilfeller der en persons kjønn er en kvalifikasjon for arbeidets utførelse. Det er tale om en meget snever unntaksadgang. Unntaket må for det første knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner. Det kan ikke gjøres unntak for hele virksomheter, sektorer eller stillingskategorier. For det andre må personens kjønn være et «vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav». For det tredje skal det legges til grunn et forholdsmessighetsprinsipp; formålet med forskjellsbehandlingen skal være rettmessig og kravet om et bestemt kjønn skal stå i et rimelig forhold til formålet.

Staten skal med jevne mellomrom vurdere den yrkesaktiviteten som er unntatt likebehandlingsprinsippet, for å fastslå om det i lys av den sosiale utviklingen er berettiget å opprettholde unntaket, jf. artikkel 9 nr. 2 i 1976-direktivet og artikkel 31 nr. 3 i 2006-direktivet.

Likestillingsdirektivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 8e i 1976-direktivet og artikkel 27 nr. 1 i 2006-direktivet. Dette innebærer at medlemsstatene står fritt til å fastsette regler som gir et sterkere vern for arbeidstakerne enn direktivets minstekrav. Direktivet er med andre ord ikke i veien for at Norge har en snevrere unntaksadgang enn direktivet åpner for.

3.2 Rammedirektivet

EUs direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidsforhold nedfeller et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder (rammedirektivet). Dette direktivet er ikke en del av EØS-avtalen. Direktivet ble vurdert innlemmet i EØS-avtalen, men det ble ikke oppnådd enighet blant EFTA-statene. Norge har likevel valgt å gjennomføre direktivet i norsk lovgivning og har informert EU-kommisjonen i brev om dette. Rammedirektivet ble derfor implementert i norsk rett i 2004 i et nytt kapittel i arbeidsmiljøloven, kapittel XA (se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), særlig punkt 3.2 side 14). Reglene står nå i arbeidsmiljøloven 2005 kapittel 13 (se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 15 side 193 flg.).

Formålet med direktivet er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet på grunn av (blant annet) seksuell orientering (artikkel 1). Direktivet setter forbud mot direkte og indirekte diskriminering (artikkel 2 nr. 1). Vernet mot diskriminering omfatter alle personer og gjelder så vel i privat som offentlig sektor (artikkel 3 nr. 1). Direktivet gjelder på samme måte som likestillingsdirektivet alle sider av et arbeidsforhold, innenfor det som i EU regnes som arbeidslivsområdet (se kapittel 3.1 ovenfor).

I direktivets fortale premiss 24 vises det til at EU

«respekterer og ikke anfægter den status i henhold til nasjonal lovgivning, som kirker og religiøse sammenslutninger eller samfund har i medlemsstatene.»

Ifølge artikkel 4 nr. 1 kan statene bestemme at ulik behandling ikke skal anses som forskjellsbehandling hvis

«den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.»

Bestemmelsen tar sikte på tilfeller der en bestemt egenskap anses som nødvendig for å utføre de oppgaver som ligger til en stilling, for eksempel hvis en ønsker at lederen av en interesseorganisasjon for homofile selv er homofil. Unntak som skal beskytte trossamfunns autonomi kan også hjemles i denne bestemmelsen. Det er usikkert i hvilken grad bestemmelsen åpner for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering. Forskjellsbehandlingen må i tilfelle være begrunnet i stillingen og arbeidsoppgavene, og stå i et rimelig forhold til det en vil oppnå (forholdsmessighetskrav). Videre kan antakelig krav til seksuell orientering kun gjøres gjeldende overfor religiøse lærere og ledere, og ikke andre ansatte som ikke har arbeidsoppgaver knyttet til den religiøse virksomheten.¹ Her kan nevnes at den tilsvarende regelen i dansk og svensk diskrimineringslovgivning, fortolkes slik at det ikke er adgang til forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering i trossamfunn. Se kapitlene 5.1 og 5.2.

Direktivet åpner i tillegg uttrykkelig for at medlemsstatene opprettholder bestemmelser som gir kirker og andre organisasjoner som baserer sin etikk på religion eller tro, adgang til forskjellsbehandling. Det kan i medhold av artikkel 4 nr. 2 bestemmes at

«ulige behandling på grund af en persons religion eller tro ikke udgør forskelsbehandling, når denne religion eller tro, under hensyn til disse aktiviteters karakter eller den sammenhæng de indgår i, udgør et regulært, legitimt og berettiget erhvervsmæssigt krav på baggrund af organisationens etik. Denne ulige behandling udøves under overholdelse af medlemsstaternes forfatningsmæssige bestemmelser og principper samt de generelle principper i fællesskabsretten og kan ikke berettige til forskelsbehandling med anden begrundelse.

Under forudsætning af at dette direktiv i øvrigt overholdes, er det således ikke til hinder for, at kirker og andre offentlige eller private organisationer, hvis etik er baseret på religion

¹ Lucy Vickers: Religion and belief discrimination in employment – the EU law, European Commission, 2007 side 44.

eller tro, og som handler i overensstemmelse med den nationale forfatning og lovgivning, kan kræve af personer, der arbejder for dem, at de har en redelig indstilling til og er loyale over for organisationens etikk.»

Formålet med artikkel 4 nr. 2 er at kirker mv. fortsatt skal kunne kreve at personer som ansettes i nøkkelposisjoner, deler organisasjonenes overbevisning eller tro, og er loyale mot organisasjonens etikk.² Bestemmelsen åpner bare for å videreføre gjeldende praksis, ikke for å innføre ny praksis.

Unntaksregelen gjelder ifølge første ledd kun forskjellsbehandling på grunn av religion eller tro. Det er uklart om unntak etter andre ledd kun gjelder forskjellsbehandling av disse grunnene, eller om andre ledd har selvstendig betydning. Etter andre ledd kan kirker og andre organisasjoner som baserer sin etikk på religion eller tro, stille krav om at de ansatte er loyale mot organisasjonens etikk. Krav om at de ansatte ikke skal leve i homofilt samliv innebærer (indirekte) forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering. Dette diskrimineringsgrunnlaget er imidlertid ikke nevnt i unntaksregelen i første ledd.

Dette reiser spørsmål om artikkel 4 nr. 2 andre ledd åpner for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, inkludert homofil samlivsforn, ved ansettelser i trossamfunn. Forskjellsbehandlingen må i tilfelle være begrunnet i trossamfunnets etikk, ved at arbeidssøkere som lever i homofile forhold avvises av trossamfunnet fordi de ved sitt homofile samliv ikke er loyale mot trossamfunnets etikk. Unntaket etter nr. 2 gjelder i tilfelle antakelig heller ikke bare prester mv., men også ansatte i andre stillinger som for eksempel i administrasjonen, hvis arbeidstakeren på en eller annen måte deltar i den religiøse virksomheten. Det er uansett et krav at det er tale om et regulært, legitimt og berettiget ervervsmessig krav i det enkelte tilfelle.³

Spørsmålet om bestemmelsen åpner for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering er uklart og har ikke vært oppe i EF-domstolen. EUs medlemsstater har implementert bestemmelsen på ulike måter. Noen land har lovfestet en

videre unntaksregel (for eksempel Irland), mens andre ikke har implementert bestemmelsen i det hele tatt (for eksempel Danmark, Sverige og Finland, se kapittel 5). Hvis unntaksadgangen i artikkel 4 nr. 2 ikke er implementert eller ikke omfatter trossamfunns forskjellsbehandling på grunn av homofilt samliv, må en eventuell unntaksadgang i nasjonal rett hjemles i artikkel 4 nr. 1.⁴

Det er på denne bakgrunn også uklart hvilken selvstendig betydning regelen i artikkel 4 nr. 2 har. De tilfeller som bestemmelsen er ment å omfatte, kan i utgangspunktet også hjemles i nr. 1. Regelen i nr. 2 kan likevel ha selvstendig betydning: Denne særregelen gir antakelig en videre unntaksadgang innenfor sitt område enn unntaksregelen i nr. 1. Blant annet er kravet i nr. 1 om at det skal være et «avgjørende» ervervsmessig krav, tatt ut i nr. 2. Det er etter nr. 2 også et svakere (ikke et uttrykkelig) krav om forholdsmessighet enn etter nr. 1. Antakelig er personkretsen som unntak kan gjøres gjeldende overfor, videre enn etter regelen i nr. 1.

Det følger av fortalen premiss 23 at unntaksadgangen etter artikkel 4 er snever; forskjellsbehandling kan bare rettfærdiggjøres under meget begrensede omstendigheter.

Hvis et krav til en stilling knyttet til overbevisning eller etikk innebærer indirekte forskjellsbehandling av homofile, og denne forskjellsbehandlingen ikke omfattes av unntaksadgangen i artikkel 4, kan arbeidsgiver eventuelt argumentere med at forskjellsbehandlingen likevel er lovlig fordi den er «objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at oppfylde det er hensigtsmessige og nødvendige», jf. artikkel 2 nr. 2 b i). Antakelig vil det imidlertid være vanskelig å vinne frem med en slik argumentasjon i lys av den særlige unntaksregelen og direktivets formål.⁵

Direktivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 8 nr. 1. Se kapittel 3.1 siste avsnitt.

² Evelyn Ellis: EU anti-discrimination law, Oxford 2005 side 283.

³ Lucy Vickers: Religion and belief discrimination in employment – the EU law, European Commission 2007 side 56-57 og side 62.

⁴ Se nærmere om artikkel 4 i Lucy Vickers: Religion and belief discrimination in employment – the EU law, European Commission 2007 side 62, Matteo Bonini-Baraldi i Kees Waaldijk and Matteo Bonini-Baraldi (ed.): Combating sexual orientation discrimination in employment: Legislation in fifteen EU member states, Report of the European group of experts on combating sexual orientation discrimination, Leiden 2004 side 40 og Evelyn Ellis: EU anti-discrimination law, Oxford 2005 side 284.

⁵ Lucy Vickers: Religion and belief discrimination in employment – the EU law, European Commission, 2007 side 62.

Kapittel 4

Gjeldende rett

I dette kapitlet gjøres det først rede for gjeldende norske regler om religionsfriheten fordi denne begrunner de unntakene fra diskrimineringsforbudet som er innstillingens tema. Deretter gjøres det rede for forbudene mot diskriminering og rekkevidden av unntaksadgangen. I tillegg til de reglene som fremstilles her, gjelder diskrimineringsforbudene som er fastsatt i internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert og implementert i norsk rett, se kapittel 2 foran. Av praktiske årsaker er disse behandlet i et separat kapittel, selv om det må understrekes at de forpliktelser som påligger norske myndigheter etter FNs kvinnekonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) dels er uttrykk for norsk rett i seg selv. Dels vil øvrig norsk rett, på formell lovs nivå, måtte tolkes og anvendes med de begrensninger som konvensjonene innebærer. For de konvensjonsforpliktelser som følger av menneskerettsloven, er dette kommet til uttrykk i menneskerettsloven § 3.

4.1 Grunnloven § 2 og lov om trossamfunn

Religionsfriheten er fastsatt i Grunnloven § 2 første ledd:

«Alle Indvaanere af Riget have fri religionsøvelse»

Paragrafen har vært endret flere ganger siden 1814. Opprinnelig var den en bestemmelse om statskirken og et forbud mot jesuitter, munkeordener og jøder. Bestemmelsen i sin nåværende form kom inn i Grunnloven i 1964. Ved denne endringen ble religionsfrihetens prinsipp grunnlovsfestet. På bakgrunn av forarbeidene til denne endringen, må bestemmelsen fortolkes i lys av religionsfriheten etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 9 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 18. Religionsfriheten er også regulert i lov om trossamfunn, jf. særlig § 1 som sier at alle skal ha frihet til drive religiøs virksomhet alene eller sammen med andre.

Selv om det ikke er uttalt i Grunnloven, er religionsfriheten ikke absolutt. Lovgivningen kan sette grenser for religionsfriheten. I Stortingsdebatten da Grunnloven § 2 ble vedtatt i 1964, ble det gitt uttrykk for at religionsfriheten ikke måtte utøves slik at den alminnelige lovgivning ble krenket, dvs. at lovgiverne fortsatt skulle ha en viss frihet til å gi regler så lenge prinsippet om religionsfrihet ikke ble gått for nær.¹ Når Stortinget vedtok en grunnlovsbestemmelse uten et slikt forbehold, synes årsaken å være en frykt for at det kunne bli lagt for mye i forbeholdet. Forarbeidene til Grunnloven tyder på at Grunnloven § 2 første ledd har en kjerne der den virker som en skranke for lovgivningen, og en randzone der den virker som et tolkningsprinsipp.² Lovgivningen kan altså sette grenser for individers handlefrihet, selv om loven griper inn i religiøse handlinger.

Det følger også av trossamfunnsloven § 1 at «rett og sømd» ikke skal krenkes. Andre lovfestede krav til trossamfunnene følger direkte av menneskerettighetene eller av annen lov. Retten til ikke-diskriminering som er nedfelt i menneskerettighetene og i norsk lov gjennom likestillingsloven, arbeidsmiljøloven og menneskerettsloven, kan utgjøre en slik begrensning.

I en rettslig analyse av religionsfriheten må man ifølge tradisjonell forståelse av grunnlovsbestemmelsens innhold skille mellom flere ulike problemstillinger. Et grunnleggende skille går mellom på den ene siden religiøse oppfatninger, forestillinger og livsanskuelser, og på den annen side handlinger for eksempel i forbindelse med seremonier og forkynnelse. Et annet skille går mellom religionsfrihet som en individrettighet og religionsfrihet som en rett som tilkommer et religiøst kollektiv. Inn under spørsmålet om kollektivrettigheter går spørsmålet om religiøse institusjoners rettigheter og vern for eksempel retten til å bli

¹ St. forh. (1963-1964) side 2899 flg.

² Jf. blant annet St. forh. (1963-1964) side 2903 og Dissenterlovkomiteens innstilling til lov om trossamfunn 1962 side 26, se Lovavdelingens uttalelse i brev til Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet 5. juni 2000 i en vurdering av eventuelle lovregler mot bønnen fra moskeer.

anerkjent som trossamfunn og retten til indre selvstyre.

Religionsfriheten har tilknytning til andre grunnleggende rettigheter, hvorav noen har vern i den norske Grunnloven. Det er for eksempel nær sammenheng mellom retten til trosfrihet og retten for foreldre til å oppdra sine barn (Grunnloven § 2 annet ledd), retten til religiøs forkynnelse og ytringsfriheten (Grunnloven § 100) og retten for religiøse kollektiv og organisasjonsfriheten (som i sin kjerne trolig følger av konstitusjonell sedvane rett). For mange religiøse samfunn er det også nær sammenheng mellom religionsfriheten og minoritetsvernet (som ikke er gjenstand for grunnlovretsregulering). Det er også sammenheng mellom religionsfriheten og retten til ikke å bli diskriminert der noen blir stilt dårligere i forhold til statens lovgivning på grunn av sin religion, eller der de rammes hardere av generelle ordninger på grunn av sin religion. Det kan for eksempel reises spørsmål ved om norske dyrevernbestemmelser som er til hinder for kosher- og halalslaktning, er i samsvar med internasjonale bestemmelser om religionsfrihet og diskrimineringsvern siden de stiller personer og institusjoner som har religiøst begrunnede krav til slaktning i en situasjon hvor de enten må gå imot sin religion, eller akseptere byrder som følge av sin religion som ikke andre må akseptere.

Etter sin ordlyd gir Grunnloven § 2 en individuell rettighet til «religionsøvelse». For det første innebærer dette en livssyns- og trosfrihet for den enkelte, dvs. retten til å ha eller ikke ha en religion eller et livssyn av ethvert innhold. Denne tros- og tankefriheten er ubegrenset både etter norsk og internasjonal rett. Videre har foreldre og foresatte rett til å oppdra barna sine i tråd med sine religiøse og moralske overbevisninger.

Fri religionsutøvelse betyr for det andre en rett til å praktisere religionen eller livssynet. Dette innebærer blant annet en rett til å melde seg inn eller å tre ut av trossamfunn etter eget ønske, jf. trossamfunnsloven §§ 2, 3 og 4. Det innebærer også en rett til alene eller sammen med andre å leve ut sin tro og gi uttrykk for den gjennom religiøse seremonier, handlinger og forkynnelse, og også å velge sine religiøse ledere etter de kriterier og fremgangsmøter som følger av religionen. Her kan imidlertid religionsfriheten støte mot samfunnets generelle lover og regler. Man må derfor trekke grensen mellom religionsfriheten og samfunnets rett til å gi generelle lover og å kreve borgernes respekt for disse. I denne forbindelse kan det være nødvendig å skille mellom hva som er religionsutøvelse og hva som har sitt grunnlag for

eksempel i tradisjon eller organisatoriske behov uten spesiell tilknytning til religion. En menighet som ønsker å utvide den bygningen som de praktiserer sin religion i er selvsagt underlagt alminnelige bestemmelser i plan- og bygningsloven, og kan ikke påberope seg religionsfriheten som grunnlag for unntak eller særbehandling med hensyn til disse.

Lovavdelingen har i tilknytning til en vurdering av eventuell lovgivning mot bønnerop fra moskeer, uttalt følgende om hva som menes med religionsutøvelse etter Grunnloven:

«Begrepet «religionsøvelse» i Grunnloven § 2 første ledd er ikke skarpt i kantene. Den omfatter utvilsomt den religiøse tro og seremonier hvor individet – alene eller samme med andre likesinnede – gir uttrykk for sin tro. Hvor langt den går i å verne individers og religiøse samfunns utadrettede virksomhet, kan være mer usikkert. (...) Det kan (...) tenkes et skille mellom det som regnes som religionsutøvelse som er beskyttet av Grunnloven, og det som bare er tradisjoner i tilknytning til religionsutøvelsen.»³

Friheten til religiøse ytringer og handlinger innebærer også en frihet for *trossamfunnet*. Religionsfrihet for trossamfunnet kan et stykke på vei avledes av den individuelle retten til religionsutøvelse, siden denne omfatter retten til å utøve sin religion i samspill med andre. Den institusjonelle trosfriheten har imidlertid også et selvstendig grunnlag. I norsk rett følger den av trossamfunnsloven som gir trossamfunn et indre selvstyre, og av menneskerettsloven som inkorporer blant annet EMK artikkel 9 hvor trossamfunnets religionsfrihet er vernet.

Den institusjonelle religionsfriheten innebærer at trossamfunnet selv kan bestemme hvordan trossamfunnet skal organiseres og hvordan den religiøse virksomheten skal utøves. Den innebærer at trossamfunnet selv kan fastsette den læren som den religiøse virksomheten springer ut av, og forkynne og undervise på bakgrunn av denne. Videre kan trossamfunnet selv bestemme hvem som skal være medlemmer og kriteriene for medlemskap. Trossamfunnet kan selv ansette eller utnevne sine prester, ledere og lærere.

Det er dette kollektive aspektet av religionsfriheten som har betydning når det gjelder de unntakene fra diskrimineringsforbudet som er tema for

³ Lovavdelingens uttalelse i brev til Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet 5. juni 2000 i en vurdering av eventuelle lovregler mot bønnerop fra moskeer (sak nr. 00/5826).

denne innstillingen. Det kan vanskelig tenkes konflikt mellom religionsfriheten som en individuell rettighet og retten til ikke å bli diskriminert. Det er trossamfunnenes institusjonelle rettigheter til å styre sine indre anliggender, herunder ha regler og praksis om ansettelse, som kan komme i konflikt med enkeltpersoners rett til ikke å bli diskriminert på grunn av kjønn eller seksuell orientering. På bakgrunn av ordlyden og forarbeidene til Grunnloven § 2 må det kunne hevdes at den institusjonelle siden av religionsfriheten har en svakere forankring i Grunnloven enn den individuelle siden, slik at lovgiveren etter Grunnloven stå friere i sin regulering av denne enn av individenes religionsfrihet. Det blir derfor alt for enkelt som noen hevder at Grunnloven gjør det nødvendig med unntak fra diskrimineringslovgivningen for trossamfunn, selv der slike unntak måtte være saklig begrunnet ut fra et trossamfunns læresetninger. I den forbindelse kan det minnes om at organisasjonsfriheten som sådan ikke har grunnlovsværn etter norsk rett, og at denne i alle fall ikke kan påberopes som et vern mot lovforbud mot en diskriminerende praksis.

4.2 Retten til å ikke bli diskriminert

4.2.1 Diskrimineringsforbudet

4.2.1.1 Likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering

Likestillingslovens formål er ifølge § 1 å fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling. Kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling.

Likestillingsloven § 3 første ledd slår fast at forskjellsbehandling av kvinner og menn ikke er tillatt. Forbudet omfatter både direkte og indirekte forskjellsbehandling, som defineres i andre, tredje og fjerde ledd:

«Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som

1. stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,
2. setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling

som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.

I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.»

Med kjønn menes etter likestillingsloven biologisk kjønn. Forskjellsbehandling begrunnet i graviditet, menstruasjon og andre forhold knyttet til kvinners biologi er direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. EF-domstolen kom i sak C-13/94 til at forskjellsbehandling fordi en person har eller skal gjennomgå kjønnsbekreftende korreksjonskirurgi (kjønns-skifte) også skal regnes som kjønnsdiskriminering. Ombudet har i to saker lagt til grunn at forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk (inkludert transpersoner) skal omfattes av loven (sak nr. 06/1107 og sak nr. 05/72). Dette spørsmålet har imidlertid ikke vært avklart i nemnda eller i domstolene.

Det generelle diskrimineringsforbudet i § 3 er presisert i særlige bestemmelser om arbeid og utdanning, som er viktige arenaer med hensyn til likestilling mellom kjønnene. Kvinner og menn har etter § 4 lik rett til ansettelse og forfremmelse, og det skal ikke gjøres forskjell på kvinner og menn ved oppsigelse eller permittering. Så fremt det ikke finnes en åpenbar grunn for det, må en stilling ikke lyses ledig for bare det ene kjønn. Utlysningen må heller ikke gi inntrykk av at arbeidsgiveren forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen. Det følger av § 5 at kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn. Det følger av § 6 at kvinner og menn har samme rett til utdanning. Og det følger av § 7 at læremidler som brukes i skole og annen undervisningsinstitusjon skal bygge på likestilling mellom kjønnene. Denne bestemmelsen har en parallell til markedsføringsloven § 1 som sier at annonsører og den som utformer reklame skal sørge for at reklame ikke er i strid med likeverdet mellom kjønnene, og at den ikke utnytter det ene kjønns kropp eller gir inntrykk av en støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann.

Et eksempel på forskjellsbehandling som i utgangspunktet er ulovlig kjønnsdiskriminering er hvis kvinner ikke kan søke på stillinger eller blir forbigått ved ansettelser, fordi de er kvinner eller fordi de er gravide. Et annet eksempel er ulike undervisningsmuligheter eller undervisningstilbud for gutter og jenter.

Det følger av likestillingsloven § 16 om delt bevisbyrde, at hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.

Forbudet mot kjønnsdiskriminering gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder, jf. likestillingsloven § 2. Loven gjelder både offentlig og privat sektor. Loven gjelder dermed i utgangspunktet både Den norske kirke og andre trossamfunn. Loven gjelder alle aktiviteter og virksomheter som drives i regi av trossamfunn, som arbeidsforhold, barnehagedrift, skole, utdanning osv.

Loven gjelder likevel ikke *indre forhold* i trossamfunnene, dvs. virksomhet som har nær sammenheng med religionsutøvelsen. Se nærmere om unntaksregelen i kapittel 4.3 nedenfor.

4.2.1.2 *Arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering*

Det følger av arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd at direkte og indirekte diskriminering i arbeidslivet på grunn av seksuell orientering, så vel som politisk syn, funksjonshemming, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder, er forbudt. Arbeidsmiljøloven gjelder enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, jf. § 1-2. Den gjelder offentlig og privat sektor, uavhengig av hva slags type virksomhet det er tale om. Dette gjelder også trossamfunn hvis de har ansatte.

Arbeidsmiljøloven kapittel 13 implementerer EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet. Se kapittel 3.2. Regelen ble i den forbindelse endret til et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.

Begrepet seksuell orientering omfatter homofile, lesbiske, bifile og heteroseksuelle. Transkjønnede er ikke vernet av bestemmelsen. Uttrykket seksuell orientering omfatter seksuell legning, leveform, samlivsform osv. Diskriminering av homofile er i praksis regelens kjerneområde. Poenget er at personers seksuelle preferanser i utgangspunktet ikke er relevant og dermed ikke kan tillegges vekt i arbeidsforhold (Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.4, side 30–31). Uttrykket homofil i arbeidsmiljøloven omfatter både homofile menn og lesbiske kvinner. Utvalget bruker for enkelthets skyld den samme terminologien i denne innstillingen.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 13-8 om delt bevisbyrde, at hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med loven, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at slik diskriminering likevel ikke har funnet sted.

Arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud gjelder både offentlige og private virksomheter. Loven gjelder dermed både Den norske kirke og andre trossamfunn, inkludert virksomheter som drives i regi av trossamfunnene, som barnehager, skoler, utdanning osv.

Lovens diskrimineringsforbud gjelder ifølge § 13-2 ansettelsesforhold. Et viktig kjennetegn for et ansettelsesforhold er at det utbetales lønn til arbeidstakeren. Utnevning til posisjoner som ikke er arbeidstakerforhold i arbeidsmiljølovens forstand, vil ikke omfattes av reglene om ansettelser. Dette vil for eksempel være utnevning til posisjoner som eldste i eldsteråd eller ulønnede pastorer i frikirker. Også en del imamer i islamske menigheter kan være ulønnede og vil da ikke være arbeidstakere. Diskrimineringsforbudet gjelder i tillegg for arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere (§ 13-3 andre ledd). Slike tilfeller har imidlertid ikke relevans for de spørsmål utvalget skal vurdere.

Forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering gjelder ifølge § 13-2 alle sider ved arbeidsforholdet, dvs. ansettelser, kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår, oppsigelser mv. Forbudet gjelder alle ledd i en ansettelsesprosess, som stillingsutlysningen, vurderingen av søkerens kvalifikasjoner, de kriterier det legges vekt på ved valget mellom søkere osv. I forhold til stillinger i Den norske kirke vil nektelse av å ordinere/vigsle en person også omfattes så lenge dette er en forutsetning for å kunne virke i stillingen.

Et trossamfunn som ansetter prester, skolelærere osv., kan derfor i utgangspunktet ikke la være å ansette søkere fordi de er homofile. Heller ikke kan de gi ansatte andre arbeidsoppgaver, dårligere lønn eller svakere arbeidsvilkår fordi de er homofile. Trossamfunn har etter gjeldende unntaksregler en viss adgang til å legge vekt på seksuell orientering, inkludert homofil samlivsform, hvis de har en religiøs begrunnelse for dette. Se nedenfor i kapittel 4.4.

4.2.1.3 *Diskrimineringslovens forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion, livssyn mv.*

Diskrimineringsloven § 4 forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjo-

nal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn. Loven gjelder på alle samfunnsområder, både i privat og offentlig sektor (jf. § 3).

Denne loven har enkelte regler som har særlig betydning for trossamfunn og religionsfriheten. Disse reglene nevnes da de har en nær indre sammenheng mellom disse reglene og unntaksreglene i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven.

Det er gjort et særlig unntak fra diskrimineringslovens anvendelsesområde av hensyn til religionsfriheten, jf. § 3 første ledd andre og tredje punktum:

«Forbudet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn (...) gjelder ikke for handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livssynssamfunn og virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål, dersom handlingene eller aktivitetene er av betydning for gjennomføringen av samfunnets eller virksomhetens religiøse eller livssynsmessige formål. Unntaket (...) gjelder ikke på arbeidslivets område.»

Dette unntaket åpner for forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn i trossamfunn. Unntaket gjelder imidlertid ikke forskjellsbehandling i arbeidsforhold. Trossamfunn kan derfor ikke i medhold av unntaksregelen i § 3 første ledd la være å ansette noen på grunn av deres religion eller livssyn.

En generell unntaksregel er nedfelt i § 4 fjerde ledd:

«Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her.»

Denne generelle unntaksregelen kan etter omstendighetene påberopes som grunnlag for vektlegging av religion og livssyn, for eksempel ved ansettelser av prester.

Reglene i diskrimineringsloven faller utenfor temaet for denne innstillingen og blir ikke behandlet nærmere.

4.2.2 Håndheving

Både likestillingsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (heretter forkortet til ombudet og nemnda), jf. diskrimineringsombudsloven § 3 andre til sjette ledd.

Ombudet tar opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre. Ombudet har i hovedsak

uttalerett, men ikke vedtakskompetanse. Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Dersom partene ikke innretter seg frivillig etter ombudets uttalelse «og det antas å medføre ulempe eller skadevirkning å avvente nemndas vedtak», kan ombudet treffe bindende vedtak, jf. diskrimineringsombudsloven § 4. Ombudets vedtak kan påklages til nemnda.

Ombudet kan bringe saker inn for nemnda dersom det ikke oppnås enighet, jf. diskrimineringsombudsloven § 3. Saker kan også påklages til nemnda av de som er part i saken eller av en som har brakt saken inn for ombudet uten å være part (diskrimineringsombudsloven § 6). Nemnda kan treffe vedtak om at det foreligger lovbrudd, og den kan pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for at de ulovlige forholdene skal opphøre. Den kan ilegge tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av påleggene, jf. diskrimineringsombudsloven §§ 7 og 8. Nemndas myndighet er avgrenset overfor andre forvaltningsmyndigheter og Arbeidsretten, jf. diskrimineringsombudsloven §§ 9 og 10.

Twister om diskriminering kan også bringes inn for de alminnelige domstoler. Det er ikke nødvendig at saken er behandlet først av ombudet og nemnda. Vedtak av nemnda kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken, jf. diskrimineringsombudsloven § 12.

I tillegg til å håndheve loven gjennom å behandle enkeltsaker, har ombudet en pådriverrolle innenfor diskrimineringsreglenes virkeområde. Trossamfunnene omfattes av denne pådriverrollen. Ombudet skal bidra til å fremme likestilling og likebehandling gjennom et bredt spekter av tiltak, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd:

«Ombudet skal arbeide for å fremme reell likestilling uavhengig av kjønn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn på alle samfunnsområder. På arbeidslivets område skal ombudet også arbeide for å fremme likebehandling uavhengig av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming og alder. Ombudet skal i tillegg arbeide for å fremme likebehandling uavhengig av homofil orientering i boligsektoren.»

Arbeidet for å fremme likestilling og likebehandling innebærer at ombudet blant annet skal være en pådriver ved å ta initiativ til og delta i den offentlige debatten, ved å ha et kritisk blikk på virksomheten i offentlig og privat sektor, og ved å være en premissleverandør for utformingen av politikken på området. Ombudet skal videre søke å

påvirke holdninger og atferd i samfunnet, noe som innebærer å bidra til en bevisstgjøring om likestilling i samfunnet. Videre skal ombudet drive støtte og veiledning overfor privat og offentlig sektor, kommunale likestillingsutvalg, partene i arbeidslivet, frivillige organisasjoner, skoleverket etc. Ombudets kompetanserolle innebærer at det har ansvar for kunnskapsutvikling og dokumentasjon og overvåking av art og omfang av diskriminering. Videre har ombudet en forumsfunksjon, og skal fungere som et møtested og brukssenter for alle som er engasjert i likestillings- og diskriminerings-spørsmål. Ombudet skal følge opp årsmeldinger etter likestillingsloven § 1 a tredje ledd.

4.3 Unntak fra forbudet mot kjønnsdiskriminering i likestillingsloven

4.3.1 Innledning

Likestillingsloven gjør unntak fra lovens virkeområde for indre forhold i trossamfunn, jf. § 2 første ledd som lyder slik:

«Loven gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn.»

Dette betyr at loven ikke gjelder for handlinger som faller under unntaksbestemmelsen. Verken domstoler, nemnda eller ombudet kan håndheve loven når det gjelder indre forhold i trossamfunn, og må dermed avvise slike saker. I praksis vil imidlertid håndhevingsorganene først måtte vurdere konkret hvert tilfelle av forskjellsbehandlingen og begrunnelsen som er gitt, for å ta stilling til om forskjellsbehandlingen omfattes av lovens diskrimineringsforbud eller faller under unntaket.

Unntaket er begrunnet i religionsfriheten, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) side 24 og Innst. O. nr. 55 (1977-1978) punkt 3.1.3 side 12 der det fremheves at likestillingsloven ikke skulle komme i strid med religionsfriheten. Unntaksregelen skal fortolkes i lys av at unntaket skal verne (trossamfunnets) religionsfrihet. Unntakets rekkevidde beror i noen utstrekning på et skjønn, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 24. Unntaksregelen skal tolkes strengt, og gir ikke generell tillatelse til kjønnsdiskriminering.

Loven har for øvrig ingen unntaksregel når det gjelder direkte diskriminering. Likevel har man i praksis innfortolket en snever unntaksadgang ved at noen former for forskjellsbehandling i særlige unntakstilfeller regnes som saklige og dermed ikke som kjønnsdiskriminering i lovens forstand. Ombudet og nemnda legger til grunn at forskjells-

behandling i særlige unntakstilfeller kan være tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, hvor det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Se kapittel 4.5.1. I tillegg gjelder det et generelt unntak fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Dette unntaket behandles ikke nærmere.

Unntaksreglene må fortolkes i lys av EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 6 i 1976-direktivet (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet). Se kapittel 3.1.

I det følgende gjøres det rede for innholdet av unntaket for indre forhold i trossamfunn i § 2 første ledd. Fremstillingen bygger på lovens ordlyd, forarbeidene samt nemndas og ombudets praksis. Det er ingen rettspraksis om disse spørsmålene.

4.3.2 Indre forhold i trossamfunn

Det avgjørende kriteriet etter unntaksregelen i likestillingsloven § 2 er om aktiviteten det er tale om regnes som indre forhold i trossamfunn.

4.3.2.1 Trossamfunn

Det må være tale om et trossamfunn for at unntaket skal kunne påberopes. Begrepet trossamfunn forklares ikke nærmere i forarbeidene. Her kan en antakelig hente veiledning fra trossamfunnsloven. Det kan imidlertid ikke være avgjørende om trossamfunnet mottar offentlig tilskudd etter trossamfunnsloven. For at det skal være tale om et trossamfunn i trossamfunnslovens forstand, må utgangspunktet være

«en religiøs tro, dvs. troen på en Gud eller kraft utenfor mennesket selv. Når denne troen er utformet i et tankemessig system, trosbekjennelse eller lære, som to eller flere personer slutter seg til, kan man snakke om et trossamfunn. Det sentrale i religiøs virksomhet vil ut fra dette være arbeid for å vinne tilslutning til læren og ulike former for dyrkelse eller tilbedelse, ofte på en rituell måte. (...). Det kan nok reises spørsmål om det ikke bør være anledning til en viss sensur når det gjelder begrunnelsen, for eksempel at ren forretnings- eller næringsvirksomhet ikke er religionsutøvelse.»⁴

Den norske kirke regnes som et trossamfunn på linje med andre trossamfunn, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 23 og lov om trossam-

⁴ Ole Herman Fisknes' kommentarer til trossamfunnsloven § 1 og lovens begrep «religiøs verksemd» og «trudomssamfunn» i Norsk lovkommentar.

funn § 11 som legger til rette for formell og reell likestilling mellom trossamfunnene, herunder Den norske kirke. Se nedenfor kapittel 4.3.2.3.

Det er uklart om frivillige organisasjoner som baserer sin etikk på religion eller tro, men som etter dette ikke regnes som trossamfunn, omfattes av lovens unntak. En analogi til unntaksbestemmelsen i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd taler for at slike virksomheter også omfattes av unntaket i likestillingsloven. Denne bestemmelsen åpner for forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn, og omfatter virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål. Med dette forstås organisasjoner, stiftelser, foretak osv. med formål å samle mennesker med felles religion eller et felles livssyn og drive virksomheten på dette grunnlag. Det ble i lovarbeidet vurdert om diskrimineringsloven skulle ha samme formulering som likestillingsloven. Dette gikk en bort fra fordi unntaket i diskrimineringsloven § 3 første ledd andre og tredje punktum, i motsetning til likestillingsloven, ikke gjelder arbeidsforhold (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.1 side 77).

Fortolkningen av begrepet trossamfunn og hvilke organisasjoner, virksomheter mv. som kan påberope seg unntaket, må fortolkes i lys av at unntaket skal verne religionsfriheten. Hensynet til religionsfriheten taler for at begrepet trossamfunn ikke skal fortolkes snevert. Dette hensynet taler også for at det i stedet er kravet om religiøs begrunnelse som er det avgjørende vilkåret. Se om dette vilkåret i kapittel 4.3.2.2.

4.3.2.2 Indre forhold. Religiøs begrunnelse

Videre må det være tale om *indre forhold* i trossamfunnet. Med dette menes den delen av virksomheten som har nær sammenheng med selve religionsutøvelsen, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1 sidene 20 og 24.

Det er ikke uvanlig at trossamfunn også driver virksomhet som ikke har nær sammenheng med praktiseringen av religionen, som skoler, barnehager, pleiehjem osv. Med unntak av religionsundervisning, er hensynet til religionsfriheten ikke et så sterkt argument i disse tilfellene. Disse vil derfor omfattes av lovens diskrimineringsforbud. Hvis virksomheten derimot har nær sammenheng med religionsutøvelsen, omfattes den av unntaket, for eksempel kristne søndagsskoler eller muslimske koranskoler.

Handlingene eller virksomheten må altså ha sammenheng med praktisering av religionen. Det er i den forbindelse et vilkår at forskjellsbehandlingen er *religiøst begrunnet*. Handlingen må være

begrunnet i en overbevisning som etter vanlig teologisk oppfatning anses for å være såkalte lærespørsmål, jf. Innst. O. nr. 55 (1977-1978) side 12.

Ombudet har lagt til grunn at trossamfunnene selv definerer hva som er en religiøs begrunnelse, uten å gå nærmere inn på den lære som legges til grunn. Ombudet har vurdert forskjellsbehandlingen som religiøst motivert hvis den er begrunnet i (en fortolkning av) troen, skriften e.l.⁵ Det er uklart om en henvisning til tradisjonen eller fast praksis i trossamfunnet i seg selv er tilstrekkelig. Ombudet har i en sak uttalt at det ikke var tilstrekkelig i seg selv å vise til at menighetens hovedpastor «alltid (har) vært mann».⁶ I en del trossamfunn vil imidlertid trossamfunnets religiøse tradisjoner være en del av trosgrunnlaget, uten at det kan trekkes et klart skille mot lokale eller kulturelle tradisjoner.⁷ Det kan derfor være problematisk å legge avgjørende vekt på et skille mellom lære og tradisjon.

Det kan neppe kreves at det er enighet om det aktuelle lærespørsmålet blant trossamfunnets medlemmer, prester, lærde, ledere, osv eller i trossamfunnets besluttede organer. Det er derimot uklart om det må være et flertall som står for den aktuelle oppfatningen eller om en oppfatning blant et mindretall kan være tilstrekkelig.

Ombudet og Nemnda har lagt til grunn at forskjellsbehandlingen ikke kan sies å være religiøst begrunnet i trossamfunnets lære hvis kvinner og menn kan likebehandles ifølge vanlig praksis, reglementer el., eller hvis posisjoner eller stillinger faktisk er åpnet for kvinner i enkelte tilfeller. Det samme gjelder hvis trossamfunnet aksepterer at enkelte menigheter eller personer forskjellsbehandler ut fra sin fortolkning av læren. Ulik behandling av kvinner og menn kan i følge ombudet i slike tilfeller ikke sies å ha noen nær sammenheng med religionsutøvelsen i trossamfunnet generelt sett. Ombudet har uttalt at

«de enkelte klagesaker må vurderes konkret i forhold til spørsmålet om indre forhold. Hvis det dreier seg om en ansettelse i en menighet som fra før har kvinnelige prester ansatt, eller som har oppfordret kvinner til å søke stillingen, er det temmelig åpenbart at menigheten ikke kan påberope seg noen religiøs begrunnelse for ikke å ansette kvinnelige prester».⁸

⁵ Ombudets brev til diverse trossamfunn 24. juni 2003.

⁶ Ombudets brev til Pinsemenigheten Betel Trondheim 24. juni 2003.

⁷ For eksempel den ortodokse kirke og det som omtales som «den hellige Tradisjonen», som er beskrevet av Berit Thorbjørnsrud i artikkelen «Frihet, rettigheter og ortodokse presters kjønn» i Thomas Hylland Eriksen og Arne Johan Vetlesen (red.): Frihet, Oslo 2007.

Ombudet har i en sak uttalt at det ikke kunne betraktes som religiøst begrunnet at kvinner ikke kunne være medlemmer i eldsterådet så lenge rådet faktisk hadde ett kvinnelig medlem. Menigheten hadde vist til at eldsterådet tradisjonelt hadde hatt mannlige medlemmer, og at rollen som «eldste» fremdeles var forbeholdt menn. Det var i følge menigheten tale om et særlig tilfelle der en kvinne var blitt medlem i rådet, selv om hun ikke hadde status som «eldste».⁹ Ombudet la det samme resonnementet til grunn i en sak om en kvinne som ble forbigått ved ansettelse i en stilling som kappelan. Ombudet mente at forholdet ikke ble omfattet av unntaksadgangen da forbigåelsen ikke var religiøst begrunnet. Det ble vist til at kvinner var blitt oppfordret i stillingsutlysningen til å søke (ombudets sak nr. 2002/101).

Ombudet stiller altså krav om at forskjellsbehandlingen i trossamfunnet må være konsekvent for at den skal kunne betraktes som religiøst begrunnet. En slik fortolkning innebærer at hvis trossamfunnet først åpner for eksempel for ansettelser av kvinner i prestestillinger, så gjelder likestillingsloven fullt ut i slike tilfeller.

Det at handlingen må være religiøst begrunnet betyr at trossamfunnet ikke har anledning til å forskjellsbehandle av andre grunner som ikke har sammenheng med religionen. Trossamfunnet har dermed ikke lov til for eksempel graviditetsdiskriminering, seksuell trakassering eller lønnsdiskriminering av kvinnelige prester. Slike forhold i trossamfunn kan dermed håndheves av ombudet og nemnda. En sak fra nemnda som gjaldt pensjoner til offiserer i Frelsesarmeen kan illustrere dette. Nemnda kom til at pensjonssystemet måtte omfattes av loven, i hvert fall så lenge systemet ikke var utformet på en spesiell måte på grunn av armeens trosgrunnlag. I dette tilfellet var det ikke religiøse, men praktiske, grunner til utformingen av pensjonssystemet (sak nr. 1983/06).

Det er ifølge ombudet trossamfunnet eller menigheten som må påberope seg unntaket, og hevde at forskjellsbehandling er nødvendig av hensyn til religionsutøvelsen:

«Etter mitt syn er det ingen tvil om at det er menigheten og ikke enkelte ansatte som har et vern i unntaket for indre forhold. Det er altså menigheten som må påberope seg at ansettelse av kvinner er i strid med menighetens religiøse overbevisning. Og det er menigheten som må dokumentere dette, for eksempel gjennom

uttalelser fra menighetsrådet og lignende organer.

Unntaket for indre forhold kommer til anvendelse i de tilfeller der forskjellsbehandlingen av kvinner og menn skyldes menighetens dokumenterte religiøse motstand mot kvinnelige prester.»¹⁰

Unntaksregelen kan dermed ifølge Ombudet ikke påberopes av enkeltpersoner, for eksempel «kvinneprestmotstandere» som nekter å delta i kirkelige handlinger med kvinnelige prester.¹¹

4.3.2.3 Den norske kirke og andre trossamfunn som praktiserer likebehandling

Som nevnt i kapittel 4.3.2.2 gjelder unntaket i likestillingsloven § 2 Den norske kirke så vel som andre trossamfunn. Dette betyr at de samme kriteriene skal legges til grunn for alle trossamfunn. Trossamfunnene kan imidlertid ha ulike syn på likestilling i tro og lære. Et eksempel her er Den norske kirke som, i motsetning til Den katolske kirke, ansetter kvinnelige prester og som har regler som skal gi kvinner og menn lik adgang til alle stillinger i kirken. Det vises til kapittel 6.

Som nevnt i kapittel 4.3.2.2 har Ombudet og Nemnda lagt til grunn at forskjellsbehandlingen ikke kan sies å være religiøst begrunnet i trossamfunnets lære hvis kvinner og menn kan likebehandles ifølge vanlig praksis, reglementer e.l. I praksis vil dermed unntaket i § 2 få ulik rekkevidde for ulike trossamfunn.

Dette reiser spørsmål om Den norske kirke og andre trossamfunn med tilsvarende praksis knyttet til kvinnelige prester, ikke kan påberope seg unntaket i likestillingsloven § 2 første ledd. Dette spørsmålet er ikke avklart.

Ombudet uttalte i 2002 i et brev til kirkelige organisasjoner at det antakelig finnes

«noen få menigheter i Den norske kirke som utfra sitt religiøse ståsted absolutt ikke kan godta kvinnelige prester. I slike menigheter vil forskjellsbehandling av menn og kvinner kunne ha nær sammenheng med religionsutøvelsen, og følgelig vil det kunne være grunnlag for å påberope seg unntaket for indre forhold.»¹²

Ombudet uttalte på den annen side i 2005 at Den norske kirke står i en særstilling i forhold til

⁸ Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22. november 2002.

⁹ Ombudets brev til Filadelfia Vennesla 24. juni 2003.

¹⁰ Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22. november 2002.

¹¹ Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22. november 2002. Jf. også ombudets sak nr. 2005/152.

¹² Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22. november 2002.

andre trossamfunn som ikke har samme uttalte målsettinger om likestilling (Ombudets sak nr. 2005/152).¹³ Da likestillingsloven ble revidert i 2002 mente Stortingets mindretall (Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti) at siden det for lengst var fastslått at kvinner og menn skal likestilles ved ansettelse i Den norske kirke, kan ikke lenger forskjellsbehandling av kvinner og menn ved ansettelse begrunnes i kirkens lære. Flertallet uttalte seg imidlertid ikke om fortolkningen av unntaksregelen (Innst. O. nr. 37 (2001-2002)).

4.3.2.4 Mer om unntakets rekkevidde – konkrete eksempler

Eksempler på praksis som faller innenfor unntaket (dvs. utenfor loven) vil være trossamfunn der menn og kvinner har ulike roller i religiøse ritualer. Det samme gjelder det å utelukke det ene kjønn fra å delta i gudstjenester og andre religiøse seremonier og arrangementer. Videre gjelder unntaket utnevning eller ansettelse av prester, pastorer, imamer, «eldste», forstandere, ledere, religiøse lærere osv. Det er spørsmålet om kvinnelige prester som er det mest aktuelle med hensyn til de fleste av trossamfunnene i Norge (se kapittel 6).

Når det gjelder ansettelse i trossamfunnet betyr unntaket at det åpnes for å forbeholde enkelte stillinger for det ene kjønn (i praksis menn). I forarbeidene nevnes prester, klokkere og lignende som eksempler på slike stillinger. Det presiseres imidlertid at ansettelse av personell som ikke har typiske religiøse oppgaver, for eksempel sosionomer ved familierådgivningskontor eller vaktmestere, derimot vil være omfattet av loven (Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 25). Hvis en kvinne først er ansatt, gjelder likestillingsloven slik at hun har rett til de samme arbeidsvilkår og oppsigelsesvern som mannlige prester. Trossamfunnet som arbeidsgiver må sørge for at kvinner ikke utsettes for diskriminering i ansettelsesforholdet.¹⁴

Likestillingslovens diskrimineringsforbud gjelder både adgangen til undervisning og innholdet i undervisningen (Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 24). I forarbeidene står det følgende om unntaksregelen når det gjelder undervisning:

«Om et trossamfunn driver en grunnskole med hjemmel i privatskoleloven, vil likestillingsloven, med unntak av religionsundervisningen, gjelde for denne virksomheten. Skolen vil måtte oppta både gutter og jenter. Og læremidlene som nyttes må bygge på likestilling mellom kjønnene. Det avgjørende her er ikke om skolen drives med private midler eller med offentlig støtte, men at det dreier seg om en skole som gir den obligatoriske grunnutdanning og som kvalifiserer til videre utdanning.»

(Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 23).

Da loven ble vedtatt i 1978 hadde kvinner ikke adgang til undervisning og eksamen ved Menighetsfakultetets praktisk-teologiske seminar. Dette er et utdanningstilbud som gir offentlig yrkeskompetanse. Kirke- og undervisningsdepartementet og flere av landets biskoper var i høringsrunden svært kritiske til å tvinge Menighetsfakultet til å åpne for kvinner, og mente derfor at fakultet burde være omfattet av unntaket. Forbruker- og administrasjonsdepartementet mente imidlertid at diskrimineringsforbudet også burde gjelde for Menighetsfakultetet. Departementet var

«ikke innstilt på å unnta denne klart kvinnekriminerende praksis fra lovens virkeområde og mener tilbud om yrkeskompetanse som bare er åpent for menn, er klart i strid med likestillingsprinsippet og bør forbys»

(Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.3 side 25).

Private grunnskoler skal altså ha både gutter og jenter som elever. Det samme gjelder grunnskoler og utdanningstilbud som gir offentlig yrkeskompetanse, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) side 25. Religionsundervisning, inkludert søndagsskole eller konfirmandundervisning, omfattes derimot av unntaket i § 2.

Forholdet mellom unntaket i § 2 og regelen om læremidler i § 7 var oppe i nemnda i den såkalte «ACE-saken» fra 2001 (sak nr. 2001/01). Saken gjaldt læremidler for kristne private grunnskoler som bygget på et pedagogisk opplegg der det ikke var separat undervisning i kristendom, men der den religiøse overbevisningen i stedet var integrert i øvrige fag som for eksempel samfunnsfag. Nemnda la til grunn at likestillingsloven § 7 i medhold av § 2 måtte tolkes innskrenkende slik at bestemmelsen ikke gjelder religionsundervisning.

Læremidlene i denne saken formidlet ifølge flertallet i nemnda et syn på kvinner og likestilling der far og mor ble betraktet som forskjellige både når det gjaldt personlighet, evner og ansvar, med en underkastende dimensjon i fremstillingen av mor. Dette brøt ifølge nemndas flertall med likestil-

¹³ Se også Kirsten Ketscher: Det registrerte partnerskap og Den norske kirke. Et forfatningsrettlige perspektiv, i Lov og rett, 1998 side 553-563 og Elisabeth Vigerust: Likeverd, men ikke likerett. Om diskriminering ved tilsetninger i Den norske kirke, i Retfærd nr 82, 1998.

¹⁴ Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22. november 2002.

lingslovens grunnidé. Flertallet mente videre at unntaket for indre forhold i trossamfunn ikke gjaldt i dette tilfellet. Det ble presisert at ikke alle aktiviteter som drives av trossamfunn faller inn under unntaket. Skolen fikk ikke medhold i at religiøse synspunkter som stred mot kravet om likestilling i § 7, kunne formidles i lærebøker i samfunnsfag. Hensynet til religionsfriheten var ifølge flertallet tilstrekkelig ivaretatt ved at påbudet ikke gis anvendelse på læremidler brukt i religionsundervisningen.

Mindretallet la vekt på at skolen ikke hadde separat religionsundervisning, men integrert faget i sin øvrige undervisning. Læremidlene måtte betraktes som en del av religionsundervisningen og således som indre forhold i trossamfunnet som faller utenfor likestillingslovens anvendelsesområde. Det ble vist til at likestillingsloven ikke var ment å gripe inn i religionsfriheten og at det ikke er holdepunkter i loven eller forarbeidene for at det gjelder bestemte krav til hvorledes religionsundervisningen skal organiseres.

4.4 Unntak fra forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i arbeidsmiljøloven

4.4.1 Oversikt over unntaksregler som gjelder seksuell orientering

Det er etter arbeidsmiljøloven forbudt å diskriminere i ansettelsesforhold på grunn av seksuell orientering, jf. § 13-1 første ledd. I § 13-3 tredje ledd gjøres det unntak fra diskrimineringsforbudet ved at det åpnes for å legge vekt på homofil samlivsform ved ansettelse i religiøse trossamfunn:

«Forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn, der det i utlysningen av stillingen er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.»

I tillegg gjelder det et unntak fra forbudet mot å innhente opplysninger om seksuell orientering ved ansettelse i § 13-4 første ledd, jf. andre ledd som tillater at det innhentes opplysninger om søkerens «eventuelle homofile legning eller samlivsform».

Unntaksadgangen skal fortolkes i lys av at unntaket skal verne religionsfriheten.

Arbeidsmiljøloven har en generell unntaksregel i § 13-3 første ledd som tillater direkte forskjellsbehandling der dette er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, som etter omstendighe-

tene kan påberopes ved forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering. Se kapittel 4.5.2.

Indirekte forskjellsbehandling av homofile som er «nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering» (jf. § 13-3 første ledd). Unntaket fra indirekte forskjellsbehandling er noe videre enn unntaket fra direkte forskjellsbehandling etter § 13-3 første ledd. Denne unntaksregelen behandles ikke nærmere.

Unntaksreglene i arbeidsmiljøloven er utformet som unntak fra forbudet mot diskriminering. Håndhevingsorganene kan behandle saker som gjelder trossamfunn, men må vurdere konkret i hver enkelt sak om forskjellsbehandlingen har en lovlig begrunnelse. Unntakene har en annen lovteknisk utforming enn unntaket for religiøse trossamfunn i likestillingsloven § 2, som gjør unntak fra lovens virkeområde.

I det følgende gjøres det rede for unntaket i § 13-3 tredje ledd. Regelen om innhenting av opplysninger i § 13-4 og sammenhengen med unntaksregelen i § 13-3 tredje ledd omtales også. Fremstillingen bygger på lovtekst, forarbeider og teori. Det er ingen rettspraksis direkte knyttet til unntakene, men enkelte uttalelser fra ombudet.

4.4.2 Unntak for ansettelse i trossamfunn etter arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd

4.4.2.1 Homofil samlivsform

Forbudet mot diskriminering i § 13-1 er knyttet til seksuell orientering. Unntaket i § 13-3 tredje ledd gjelder kun forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, for eksempel hvis arbeidssøkeren har inngått partnerskap eller er samboer med en av samme kjønn. Det kan derimot ikke legges vekt på homofil orientering i seg selv, hvis personen ikke lever ut sin seksualitet.

4.4.2.2 Knyttet til religiøse trossamfunn

Unntaket gjelder religiøse trossamfunn. Dette må i utgangspunktet forstås på samme måte som begrepet «trossamfunn» etter likestillingsloven og trossamfunnsloven, se kapittel 4.3.2.1.

Det er uklart om unntaket omfatter virksomhet som drives av et trossamfunn og som har en tilknytning til dette, som for eksempel skoler, barnehager, servicevirksomheter, næringsvirksomhet mv.

Virksomheter som har et religiøst formål, men som ikke drives av trossamfunn, faller etter ordlyden utenfor unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd. EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 2 hjemler unntak for «private organisasjoner som baserer sin etikk på religion eller tro». Det vises til kapittel 3.2. Ordlyden angir med andre ord et videre anvendelsesområde enn ordlyden i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd. Direktivet kan imidlertid ikke være avgjørende. En sak er at direktivet ikke er en del av EØS-avtalen. En annen sak er at direktivet uansett kun er et minimumsdirektiv, slik at det ikke er noe i veien for å lovfeste en snevrere unntaksadgang. Det må også legges vekt på at direktivet kun åpner for en videreføring av gjeldende unntakspraksis. Lovgiver antok da direktivet ble implementert i 2002, at den dagjeldende unntaksregelen i arbeidsmiljøloven var i samsvar med direktivet og dermed kunne videreføres.

Det kan vises til at diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd, som åpner for forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn, omfatter virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål. Med dette forstås organisasjoner, stiftelser, foretak osv. med formål å samle mennesker med felles religion eller et felles livssyn og drive virksomheten på dette grunnlag (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.1 side 77). En analogi til denne bestemmelsen taler for at slike virksomheter også omfattes av unntaket i arbeidsmiljøloven.

Ombudet har uttalt seg om barnehager som drives av Norsk Luthersk Misjonssamband (Ombudets sak nr. 2006/226). Sambandet hadde utformet et «verdidokument» som regulerte forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I dokumentet ble de ansatte pålagt å leve i samsvar med misjonssambandets kristne etikk, som blant annet innebar at de ikke skulle leve i homofilt samliv.

Misjonssambandet opplyste at verdidokumentet ble tilsendt alle søkere, og at det ble lagt til grunn ved alle ansettelser. Homofile samboende ville på denne bakgrunn ikke bli ansatt.

Ombudet uttalte at det var tvilsomt om barnehagene som misjonssambandet drev, var et tros- og livssynssamfunn. Det var ifølge ombudet tale om en privat barnehage som ble drevet av en misjonsorganisasjon med hovedformål «å utbre Guds rike». Ombudet la vekt på at barnehagen var offentlig finansiert og tilgjengelig for barn av foreldre som ikke var tilknyttet eller var medlemmer av misjonssambandets organisasjon. Ombudet mente at unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven primært dekker ansettelsesforhold som etableres i tilknytning til trossamfunnet.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har på sin side med utgangspunkt i det samme verdidokumentet uttalt at det ikke er avklart om en barnehage som drives av en religiøs organisasjon kommer under unntaksbestemmelsen (brev til Stavanger kommune 3. april 2006).

Fortolkningen av begrepet trossamfunn og hvilke organisasjoner, virksomheter mv. som kan påberope seg unntaket, må fortolkes i lys av at unntaket skal verne religionsfriheten. Hensynet til religionsfriheten taler for at begrepet trossamfunn ikke skal fortolkes for snevert. Dette hensynet taler også for at det i stedet er kravet om stillingens karakter eller formålet for virksomheten som er det avgjørende vilkåret. Dette vilkåret vil i tilfelle være vanskeligere å oppfylle for virksomheter som ikke normalt oppfattes som trossamfunn. Se 4.4.2.3.

Hvis en kommer til at en virksomhet ikke regnes som religiøst trossamfunn etter arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd, kan direkte forskjellsbehandling ikke hjemles i denne særlige unntaksregelen. Forskjellsbehandlingen kan i slike tilfeller eventuelt hjemles i den generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd, se nedenfor kapittel 4.5.2.

4.4.2.3 Særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten

Unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd gjelder stillinger knyttet til trossamfunnet som religiøst trossamfunn. Unntaket tar sikte på de tilfeller der homofilt samliv er i strid med trossamfunnets lære. Regelen betyr at trossamfunn ikke skal tvinges til å ha for eksempel prester, ledere, eller lærere som ikke lever i samsvar med trossamfunnets religiøst begrunnede etiske normer.

Forskjellsbehandlingen må være begrunnet i særlige krav som er knyttet til stillingens karakter eller formålet med virksomheten, dvs. at forskjellsbehandlingen må være religiøst begrunnet. Forskjellsbehandlingen kan ikke begrunnes i andre forhold, for eksempel kulturell tradisjon (jf. imidlertid problematiseringen av å trekke en grense mellom religiøs og kulturell tradisjon i forhold til unntaket i likestillingsloven kapittel 4.4.2.2).

Det kan spørres om begrepet «virksomhet» viser til den enkelte virksomhet som drives av den enkelte arbeidsgiver innenfor trossamfunnet (for eksempel ulike bispedømmer i Den norske kirke), på linje med vanlig fortolkning av virksomhetsbegrepet. Virksomhetsbegrepet etter arbeidsmiljøloven skal imidlertid fortolkes i henhold til den enkelte bestemmelsens formål.

Bestemmelsen gir antakelig i utgangspunktet anvisning på en vurdering av formål og krav til stil-

lingen satt av trossamfunnet som sådan, og ikke formål og krav formulert av den enkelte menighet eller organ innen trossamfunnet. Praksisen må med andre ord være forankret i trossamfunnets lære. En slik fortolkning er i samsvar med EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 2 som viser til *organisasjonens* etikk. En annen sak er at det kan være uenighet innad i trossamfunnet om homofilt samliv eller være ulik ansettelsespraksis i de ulike virksomheter eller organer innenfor trossamfunnet. Mye taler for at dette bør tillegges vekt i vurderingen av om praksisen er forankret i trossamfunnets lære. Det kan likevel ikke være avgjørende om det er avvikende oppfatninger i trossamfunnet. Det vises til drøftelsen om dette spørsmålet i relasjon til likestillingsloven § 2, se kapittel 4.3.2.2.

En sak fra Oslo byrett publisert i RG 1990 side 961 gjaldt en ordinert prest som ikke ble ansatt som konsulent i Kirkerådet fordi han levde i et homofilt parforhold. Dommen er ikke direkte relevant fordi forbudet mot diskriminering og unntaksregelen ikke var innført da, men kan likevel belyse hvilke hensyn en domstol kan tenkes å legge vekt på. Dommen er også relevant fordi formålet med unntaksregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd var å videreføre gjeldende praksis. Spørsmålet for domstolen var hvorvidt det i forvaltningsrettslig forstand var lagt vekt på relevante hensyn. Retten kom til at det ikke var usaklig forskjellsbehandling å nekte ansettelse. Retten viste til kirkens egne normer og krav til inneha-verne av kirkelige stillinger. Arbeidsgivers krav var i overensstemmelse med det som i det alt overveiende var kirkens syn og som for øvrig stemte med den vanlige oppfatningen innen andre lands evangelisk lutherske kirkesamfunn. Retten uttalte at det ikke kunne være avgjørende at dette synet ikke var enstemmig i kirken. Dommen ble først påan- ket, men anken ble trukket tilbake.

Det må foretas en konkret vurdering av hver enkelt stilling og arbeidsoppgavene som er lagt til den. Det er ikke adgang til å stille krav om samlivsform til alle ansatte i virksomheten uavhengig av hvilke oppgaver de er satt til å utføre i virksomheten (jf. for eksempel Ombudets sak nr. 2006/226). Dette er i samsvar med EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 2 der det fremgår at adgangen til forskjellsbehandling bestemmes av aktivitetens karakter eller den sammenheng den inngår i. I forarbeidene til unntaksregelen for trossamfunn i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd sies det til sammenligning at funksjonene som ligger til stillingen må være av «betydning for gjennomføring av trossamfunnets religiøse formål» (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 side 204).

Prester og andre stillinger med forkynnende og klart religiøse oppgaver omfattes etter dette av unntaket. Utenfor faller renholdere, regnskapsmedarbeidere eller andre ansatte med arbeidsoppgaver som har svak eller ingen tilknytning til det religiøse formålet. Det er mer uklart om lærere i grunnskolen og barnehageansatte omfattes av unntaket. Dette må antakelig avhenge av i hvilken grad de ansatte medvirker til gjennomføringen av aktiviteter med religiøst innhold.¹⁵

4.4.2.4 Ansettelse

Unntaksregelen gjelder kun ansettelse. Unntaksregelen gir ikke adgang til å forskjellsbehandle når ansettelsesforholdet først er etablert. Homofile prester har derfor rett til å likebehandles med andre prester når det gjelder arbeidsoppgaver, samarbeid med andre prester osv. Trossamfunnet som arbeidsgiver må sørge for at homofile ikke utsettes for diskriminering i ansettelsesforholdet. En eventuell adgang til forskjellsbehandling av homofile som allerede er ansatt, må i tilfelle hjemles i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd. Unntaksregelen i § 13-3 tredje ledd gjelder dermed heller ikke rett til å si opp arbeidstakere på grunn av homofil samlivsform. Trossamfunnets adgang til å gå til oppsigelse hvis en av de ansatte for eksempel inngår partnerskap, reguleres av arbeidsmiljølovens vern mot usaklig oppsigelse i § 15-7 jf. § 13-2 første ledd bokstav d.

I RG 1998 side 86 uttalte lagmannsretten at en skole med religiøst formål, Kristelig Gymnasium (KG), ikke selv kunne definere saklighetskravet ved oppsigelse. Saken er eldre enn arbeidsmiljølovens diskrimineringsregler og gjelder ikke homofilt samliv. Den har likevel relevans fordi den gjelder saklighetskravet ved oppsigelser og krav til samlivsform ut fra virksomhetens verdigrunnlag: En lærer som siden 1970 hadde vært ansatt ved KG meddelte at han som følge av ekteskapelige problemer hadde flyttet fra sin kone og etablert et nært forhold til en annen kvinne. Skolens ledelse viste til deres grunnregler og krevde at han skriftlig skulle redegjøre for sine boforhold mv. og gi uttrykk for en uttalt vilje til å respektere separasjonstidens intensjon. Til grunn for dette lå at skolen ikke kunne akseptere noe samboerforhold. Læreren fant ikke å kunne etterkomme kravene, og skolens styre vedtok å si ham opp.

Spørsmålet for domstolen var i hvilken utstrekning en ansatts privatliv kan danne grunnlag for oppsigelse fra en privatskole. Byrettens flertall

¹⁵ Slik ombudet synes å legge vekt på i sak nr. 2006/226.

kom til at oppsigelsen på bakgrunn av skolens grunnregler og lærernes lojalitetsplikt var gyldig. Lagmannsretten kom derimot til at oppsigelsen ikke fylte arbeidsmiljølovens saklighetskrav og dermed var ugyldig. Lagmannsretten la til grunn at "skolens særpreg selvsagt vil inngå i vurderingen" av hva som er saklig grunn til oppsigelse, men at det under enhver omstendighet måtte avgjøres konkret hva som kreves. Reaksjonene overfor en svikt som var erkjent også av læreren, var ifølge lagmannsretten for streng. Læreren hadde ikke prinsipielt tatt avstand fra skolens grunnsyn. Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, men ble avvist på grunn av manglende rettslig interesse fordi arbeidstakeren i mellomtiden hadde sagt opp sin stilling og funnet nytt arbeid hos en annen arbeidsgiver.

4.4.2.5 Krav i utlysningen

Det skal angis i utlysningen dersom opplysninger om homofil «legning eller samlivsform» vil bli krevet (arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd og § 13-4 andre ledd tredje punktum). Kravet innebærer at en søker må kunne motsette seg å gi slike opplysninger uavhengig av om vilkårene for innhenting er oppfylt, såfremt det ikke fremgår klart av stillingsannonsen at opplysningen vil bli etterspurt. Videre betyr det antakelig at trossamfunnet på forhånd må ha klarlagt om stillingen som lyses ut er av betydning for å fremme virksomhetens formål og at den er av en slik karakter at den kun kan besettes av personer som ikke lever i homofilt samliv.

Det er imidlertid uklart om dette skal ses som et krav til saksbehandlingen eller som et vilkår for å kunne legge vekt på homofil samlivsform. Spørsmålet har betydning for rettsvirkningen av ikke å varsle i utlysningen. Etter bestemmelsens ordlyd kan trossamfunnet ikke avvise søkere på grunn av homofil samlivsform, hvis det ikke er opplyst i utlysningen at dette er et krav til stillingen. Hvis krav til samlivsform *har* tilstrekkelig begrunnelse i stillingens karakter eller i virksomhetens formål, vil det imidlertid kunne virke urimelig om unnlatelse av å varsle i utlysningen skal føre til at manglende ansettelse skal regnes som diskriminering. Her må det blant annet ses hen til at mange stillinger ikke utlyses. Videre vil et slikt krav ha begrenset betydning så lenge arbeidsgiver vil kunne lyse ut stillingen på nytt, med den nødvendige informasjonen.

4.4.3 Retten til å innhente opplysninger om seksuell orientering

Det er i utgangspunktet forbudt å innhente opplysninger om seksuell orientering ved ansettelser, jf. arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd. Denne regelen må ses i sammenheng med forbudet mot å diskriminere på grunn av seksuell orientering § 13-1 første ledd.

Det er likevel adgang til å innhente opplysninger om homofil «legning eller samlivsform» (§ 13-4 andre ledd andre punktum). Dette gjelder virksomheter som fremmer et bestemt religiøst syn, og hvis stillingen er av betydning for dette formålet (andre punktum, smh. første punktum).¹⁶ Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med unntaket i § 13-3 tredje ledd for homofil samlivsform ved ansettelser i religiøse trossamfunn.

Sammenhengen mellom § 13-3 tredje ledd og § 13-4 andre ledd andre punktum er uklar. Regelen i § 13-3 tredje ledd betyr at et religiøst trossamfunn kan søke etter arbeidstakere og innhente opplysninger om søkerens eventuelle homofile *legning*. Trossamfunnet vil likevel bare ha adgang til å legge vekt på homofil *samlivsform*. Sammenhengen mellom § 13-3 og § 13-4 taler for at de opplysninger som lovlig kan innhentes, også kan vektlegges ved ansettelsen. På den annen side kan det hevdes at siden § 13-3 tredje ledd er et unntak fra prinsippet om likebehandling og siden unntak fra vernet mot direkte forskjellsbehandling er snevert, kan det ikke være adgang til å legge vekt på homofil legning hvis søkeren ikke lever i et homofilt samliv.¹⁷

4.5 Generelle unntak for saklig forskjellsbehandling

Både etter likestillingsloven og arbeidsmiljøloven gjelder det generelle unntak for saklig forskjellsbehandling fra forbudet mot diskriminering. Unntakene har praktisk betydning når det gjelder direkte forskjellsbehandling. Unntak fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling følger av likestillingsloven § 3 fjerde ledd og arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd, se kapittel 4.3.1 og kapittel 4.4.1.

På grunn av de særlige unntaksreglene som det er gjort rede for i kapittel 4.3 og 4.4, er det uklart om de generelle unntakene for saklig forskjellsbehandling har noen praktisk betydning etter gjeldende rett når det gjelder forskjellsbehandling av kvinner og homofile i trossamfunn. De

¹⁶ Marianne Jenum Hotvedt i arbeidsrett.no note 5 til § 13-4.

¹⁷ Marianne Jenum Hotvedt i arbeidsrett.no note 9 til § 13-3.

generelle reglene vil imidlertid kunne få betydning hvis særreglene oppheves. Det gjøres derfor rede for det ulovfestede unntaket for saklig forskjellsbehandling innenfor likestillingslovens område og den generelle unntaksregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd.

4.5.1 Ulovfestet unntak for saklig forskjellsbehandling på grunn av kjønn

I tillegg til de lovfestede unntakene fra lovens hovedregel om likebehandling, forutsettes det at noen former for direkte forskjellsbehandling regnes som saklige og dermed ikke som kjønnsdiskriminering i lovens forstand. Et klart eksempel er hvis en teatergruppe ønsker en kvinnelig skuespiller til å spille den kvinnelige hovedrollen i et stykke. Det er uklart hvor langt denne ulovfestede regelen rekker. Det er uansett tale om en meget snever adgang til forskjellsbehandling i særlige unntakstilfeller på bakgrunn av en konkret vurdering.

I forarbeidene til likestillingsloven forutsettes det at saklig forskjellsbehandling ikke skal være i strid med loven, selv om dette ikke står i lovteksten.¹⁸ Denne ulovfestede regelen er lagt til grunn av ombudet og nemnda ved flere anledninger. Nemnda uttalte i sak nr. 2003/9¹⁹ seg nærmere om regelens innhold:

«Spørsmålet blir om det finnes saklege objektive faktorer uavhengig [av] kjønn, kor middelet som er valt er eigna, nødvendig og ikkje uforholdsmessig inngripande i høve [til] føremålet. Etter praksis skal det mykje til for å fråvika likehandsamingsprinsippet på dette ulovfesta grunnlaget.»

Praksis knyttet til bestemmelsen gjelder andre samfunnsområder enn trossamfunn, siden likestillingsloven har en egen unntaksregel for slike forhold. En adgang for trossamfunn til å forskjellsbehandle kvinner og menn på religiøst grunnlag vil imidlertid antakelig kunne hjemles i denne ulovfestede unntaksadgangen. Ombudet la i sak nr. 2005/388 til grunn at trossamfunnenes religionsutøvelse vil kunne hjemles i saklighetsregelen. Ombudet uttalte

«at hvis man fjerner unntaket i likestillingsloven for indre forhold i trossamfunn, vil det neppe endre rettstilstanden i særlig stor grad. Uansett vil vi stå overfor en konflikt mellom menneskerettigheter: Retten til ikke å bli dis-

kriminert på grunn av kjønn, og retten til å utøve sin religion i samsvar med troen.»

Denne ulovfestede unntaksadgangen må på arbeidslivets område fortolkes i samsvar med EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 6 i 1976-direktivet (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) som åpner for unntak for tilfeller der en persons kjønn er en kvalifikasjon for arbeidets utførelse. Se kapittel 3.1.

4.5.2 Generell unntaksregel i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd

Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd har en generell unntaksregel:

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

Bestemmelsen tilsvarende regelen i EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 1 og må fortolkes i samsvar med denne. Se kapittel 3.2.

Ettersom bestemmelsen er generell og skjønnspreget, vil innholdet måtte fastlegges konkret i den enkelte sak. Unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet (Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.4.5.1, side 40).

Forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering kan være lovlig dersom den har et *saklig formål*. Saklighetskravet betyr at begrunnelsen for forskjellsbehandlingen må være sann og relevant eller akseptabel i sammenhengen. Sakligheten vurderes objektivt, slik at arbeidsgivers oppfatning om sakligheten ikke nødvendigvis legges til grunn. Hvilke formål som kan være saklige, begrenses av vilkåret om at forskjellsbehandlingen må være *nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke*. Det saklige formålet må være knyttet til utøvelsen av det aktuelle arbeidet eller yrket, dvs. de konkrete arbeidsoppgavene. Det er ikke tilstrekkelig at formålet med forskjellsbehandlingen er av betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket, forskjellsbehandlingen må også være nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrket.

Forskjellsbehandlingen må ikke være *uforholdsmessig inngripende*. Forholdsmessighetskravet innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hvordan forskjellsbehandlingen virker for den eller dem som forskjellsbehandles. Den uheldige virkningen av forskjellsbehandlingen må avveies mot fordelene ved det saklige formålet som forskjellsbehandlingen er ment å fremme.

¹⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 3.2.2 side 26 flg.

¹⁹ Jf. også Nemndas saker nr. 2003/8, nr. 2006/16 og nr. 2006/24.

Ombudet har uttalt at forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, for eksempel i virksomheter som drives av trossamfunn, etter omstendighetene kan hjemles i den generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd (Ombudets sak nr. 2006/226).

Under arbeidet med den nye arbeidsmiljøloven og kapitlet om likebehandling, la Arbeidslivslovutvalget til grunn at den forskjellsbehandlingen som ville være legitim etter § 55A tredje ledd, også fulgte av det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling (NOU 2003: 2 punkt 11.6.2 side 46). Arbeids- og administrasjonsdepartemen-

tet gikk imidlertid inn for at unntaket burde fremgå uttrykkelig av loven, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.4.5.5 side 42. Flertallet i Stortingets kommunalkomite (representantene fra Høyre, Kristelig folkeparti og Senterpartiet) støttet departementets forslag uten nærmere kommentarer. Mindretallet (Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti) mente at særregelen for trossamfunn burde oppheves. Den generelle unntaksregelen ga ifølge mindretallet «hjemmel til å forskjellsbehandle i de tilfeller der målet er legitimt og kravet står i et rimelig forhold dertil». Se Innst. O. nr. 52 (2003-2004) punkt 5.6.2.3.

Kapittel 5

Utenlandsk rett

5.1 Sverige

Den svenske «regeringsformen» (en av flere grunnlover) verner religionsfriheten i kapittel 2 § 1. Vern mot diskriminering på grunn av kjønn, rase, hudfarge eller tilhørighet til en etnisk minoritet er grunnlovsfestet i § 15 og § 16. Grunnloven har ikke et tilsvarende vern mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.

Den svenske diskrimineringslovgivningen har forbud mot kjønnsdiskriminering og mot diskriminering på grunn av «sexuell lægning» (lov 1991: 433 og 1999: 133). Reglene gjelder i arbeidslivet. For arbeidslivet i vid forstand, jf. EUs rammedirektiv, er det også diskrimineringsforbud på grunn av kjønn og seksuell legning i lov om forbud mot diskriminering (lov 2003: 307).

Diskrimineringsforbudene gjelder ikke «verkliga och avgörande yrkeskrav» ved ansettelser, forfremmelse eller opplæring med sikte på forfremmelse. Unntakene gjelder der et bestemt kjønn eller en viss seksuell legning er nødvendig på grunn av arbeidets natur eller den sammenheng arbeidet utføres i. Unntakene bygger på EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 1 og likestillingsdirektiv artikkel 14 nr. 2 (2006-direktivet), se kapittel 3.

Unntakene omfatter blant annet trossamfunn og virksomheter som drives av religiøse trossamfunn. Unntaksreglene skal tolkes restriktivt og omfatter bare de yrkeskvalifikasjoner som er absolutt nødvendige for å utøve arbeidsoppgavene. Trossamfunnene kan ifølge forarbeidene stille krav om at arbeidstakere

«vars funktion eller arbetsuppgifter har nära samband med verksamhetens kärna, delar organisationens eller verksamhetens åskådning eller grundläggande värderingar»

(prop. nr. 2002: 103 side 186).

Unntakene tar sikte på de stillinger der arbeidstakeren representerer virksomheten eller er synlige overfor medlemmer eller overfor allmennheten. Unntakene kan ikke påberopes overfor alle arbeidstakere i en virksomhet uansett arbeidsoppgaver. Og det må være klart at det virkelig er de

kravene som arbeidet stiller og den sammenhengen som arbeidet utføres i, som har vært avgjørende i hvert konkrete tilfelle.¹

Unntaket fra forbudet mot kjønnsdiskriminering må på linje med EUs likestillingsdirektiv artikkel 14 nr. 2 (2006-direktivet) også antas å omfatte rett til forskjellsbehandling av kvinner som er religiøst begrunnet, for eksempel ved ansettelser av prester i Den katolske kirke. Unntaket antas imidlertid ikke å gjelde Svenska kyrkan, der det er adgang for kvinner å bli prester.² JämO har ført to diskrimineringstvister for Arbetsdomstolen som gjaldt ansettelse av prester i Svenska kyrkan (AD 69/05 og AD 16/97). I begge tilfeller var en kvinnelig søker blitt forbigått av en mann ved ansettelsen. Domstolen kom til at det ikke var tale om kjønnsdiskriminering. Forbigåelsen var imidlertid ikke religiøst begrunnet. I AD 16/97 uttalte Arbetsdomstolen at hvis forbigåelsen av den kvinnelige søkeren hadde vært religiøst begrunnet, ville lovens diskrimineringsforbud kunne komme i konflikt med religionsfriheten.

Unntaket fra forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering tar først og fremst sikte på interesseorganisasjoner, for eksempel en organisasjon for homofile som ønsker en person som selv er homofil til å være leder. Unntaket har derimot ikke som formål å gi trossamfunn adgang til å forskjellsbehandle homofile på grunn av deres seksuelle orientering. Forarbeidene tyder på at forholdene i kirken eller andre religiøse sammenhenger ikke skal kunne tillegges vekt ved vurderingen av homofile søkere:

«Utredningen [SOU 1997:175] utesluter (...) inte att det någon gång även kan behöva tas särskilda hänsyn t.ex. när det gäller förhållandena i kyrkan eller annars i religiösa sammanhang där även trosuppfattningar måste vägas in i bedömningen. RFSL har dock invänt att ingen politisk ideologi eller trosuppfattning skall få legitimera diskriminering genom att berättiga till undantag i lagen om förbud mot diskriminering»

¹ SOU 2006: 22 side 412-415 samt Håkan Göransson og Anders Karlsson: Diskrimineringslagarna, Stockholm 2006 side 94.

² Prop. 1978/79: 175 side 127.

ring av homo- og bisexuelle. Enligt Folkhälsoinstitutet bör det inte finnas något undantag från diskrimineringsförbudet i lagen. Svenska kyrkans centralstyrelse anser att undantaget inte behövs för att möjliggöra för kyrkan att ge uttryck för sin tro, bekännelse och lära. Syftet med den föreslagna lagen är att schablonuppfattningar och fördomar mot arbetssökande och arbetstagare på grund av deras sexuella läggning inte skall tillåtas motivera otillbörlig diskriminering. Regeringen delar därför inte utredningens uppfattning att förhållandena i kyrkan eller i andra religiösa sammanhang skall kunna vägas in i bedömningen»

(prop. 1997/98: 180 side 31).

Den svenske diskrimineringslovgivningen har ikke implementert EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 2 som åpner for å kreve at de ansatte er lojale mot etikken i religiøse trossamfunn der de er ansatt.

Det er dermed antakelig ikke adgang for trossamfunn å forskjellsbehandle homofile arbeidstakere.³ Spørsmålet har imidlertid ikke vært prøvet for domstolene.

I SOU 2006: 22 om en samlet diskrimineringslov foreslås det at unntaksreglene videreføres med samme innhold og med følgende ordlyd:

«Diskrimineringsförbudet i arbetslivet gäller inte vid anställning, befordran eller utbildning för befordran om det på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs är nödvändigt att en arbetsgivare tar hänsyn till kön, könsidentitet, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder.»

(SOU 2006: 22 punkt 6.3.1 side 412)

Det er også lovfestede forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, seksuell legning mv. på andre bestemte samfunnsområder som offentlige høyskoler, arbeidsmarkedspolitisk virksomhet, næringsvirksomhet, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner, helsetjenester, barneskoler mv. (lov 2001: 1286, 2003: 307 og 2006: 67). Lovene har ikke unntak for virksomheter som drives av religiøse trossamfunn. Loven gjelder derfor religiøse friskoler, Teologiska högskolan mv.

I Svenska kyrkan har kvinner blitt ordinert fra 1958. Kirkemøtet har besluttet å ikke innstille proster som er motstandere av kvinnelige prester. Kvinneprestmotstandere kan ikke nekte å samarbeide, jobbe e.l. med kvinnelige prester. Svenska kyrkans teologiska komité uttalte i 2002 at kirken ikke vil fordømme samkjønnet kjærlighet, men at det samtidig må finnes plass i kirken for de som ikke kan akseptere homoseksualitet. I Svenska kyrkan ble det i 2007 vedtatt å etablere en velsigneshandling for registrerte homofile partnerskap. Det har lenge vært adgang for personer som lever i homofilt samliv å inneha vigslede kirkelige stillinger.

5.2 Danmark

Danmarks grunnlov har i kapittel VII flere regler som verner religionsfriheten, jf. særlig § 67 som slår fast at

«Borgerne har ret til at forene sig i samfund for at dyrke Gud på den måde, der stemmer med deres overbevisning, dog at intet læres eller foretages, som strider mod sædeligheden eller den offentlige orden.»

Grunnloven har derimot ingen generell likhetsgrunnsetning eller spesifikk anti-diskrimineringsbestemmelse.

Likebehandlingsloven har forbud mot kjønnsdiskriminering i arbeidsforhold (lov om likebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse, lovebekendtgørelse nr. 734 af 28. juni 2006, § 2 og § 13 stk. 1). Det kan dispenseres hvis det for visse yrkesgrupper eller utdannelser er avgjørende at utøveren er av et bestemt kjønn. Kravet må stå i et rimelig forhold til den aktuelle ervervsaktiviteten. Kompetansen til å gi dispensasjon er lagt til det departement som den aktuelle virksomheten hører under. Dispensasjoner rapporteres til likestillingsministeren. Dispensasjonene gis til bestemte virksomheter eller myndigheter, med sikte på bestemte situasjoner. Dispensasjonene har en generell karakter, dvs. at det ikke er nødvendig å søke dispensasjon for hvert tilfelle av forskjellsbehandling. Kirkeministeren har gitt dispensasjon til å fravike loven når det gjelder prestestillinger:

«Præstestillinger i folkekirken og dertil svarende stillinger inden for trossamfund untages fra lovens område»

(Bekendtgørelse nr. 350 af 10. juli 1978).

Familie- og forbrukerministeren har gitt dispensasjon til at halalslaktning kan utføres av en

³ Hans Ytterberg i Kees Waaldijk and Matteo Bonini-Baraldi (ed.): Combating sexual orientation discrimination in employment: Legislation in fifteen EU member states, Report of the European group of experts on combating sexual orientation discrimination, Leiden 2004, chapter 16 Sweden, side 467.

mannlig halalslakter. Justisministeren har gitt dispensasjon til at Kriminalforsorgen kan ta hensyn til de ansattes kjønn med hensyn til kroppsvsitering. Socialministeren har gitt dispensasjon til at det kan annonseres etter kvinnelig personale til et krisesenter og til annonsering etter mannlig personale til en sikret avdeling.

Forskjellsbehandlingsloven setter forbud mot diskriminering på grunn av en rekke kriterier, blant annet seksuell orientering (lov om forbud mod forskelsbehandling på arbeidsmarkedet mv., lovbekendtgørelse nr. 31 av 12. januar 2005, § 1, jf. § 2). Loven gjelder i arbeidslivet.

Ifølge lovens § 6 stk. 1 gjelder forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av politisk oppfatning, religion eller tro ikke for arbeidsgivere, hvis virksomhet har som sitt uttrykkelige formål å fremme et bestemt politisk eller religiøst standpunkt eller bestemt trosretning, og hvor arbeidstakerens politiske syn, overbevisning eller trosretning må anses å være av betydning for virksomheten. Denne unntaksregelen implementerer EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 2 første ledd. Danmark har ikke implementert artikkel 4 nr. 2 andre ledd.

Unntaksbestemmelsen i den danske loven gjelder ikke seksuell orientering. Undervisningsministeriet har uttalt følgende om adgangen til å legge vekt på homofil orientering:

«En kristen friskoles frihed til at bygge på eget holdningsmæssige og/eller religiøse grundlag kan ikke lovligt anvendes til at krænke beskyttelsen af andres menneskerettigheder. Derfor vil det være i strid med loven, hvis en kristen friskole nægter at ansætte en ansøger til en lærerstilling med henvisning til, at vedkommende er homoseksuel – også selv om arbejdsgiveren er en kristen friskole, og således kan siges at have til formål at fremme en bestemt trosretning.

Det vil være i strid med loven, hvis en kristen friskole nægter at ansætte en ansøger til en lærerstilling med henvisning til, at vedkommende er homoseksuel, uanset om den pågældende er praktiserende – dvs. lever sammen med en person af samme køn – eller ej.⁴»

Det kan i utgangspunktet dispensereres fra diskrimineringsforbudet blant annet hvis seksuell orientering har avgjørende betydning for visse yrkesgrupper («ervhervsudøvelse») eller utdanning, jf. § 6 nr. 2. Kravet må stå i et rimelig forhold til den aktuelle ervervsaktiviteten. Kompetansen til å gi dispensasjon er lagt til det departement som den

aktuelle virksomheten hører under. Det må innhentes uttalelse fra arbeidsministeren. Formålet med bestemmelsen er at det skal være administrativ adgang til å gjøre unntak der arbeidet eller utdannelsens karakter betyr at det ikke vil være hensiktsmessig å gjennomføre likebehandlingsprinsippet.⁵ Det er imidlertid ikke søkt om, og dermed heller ikke gitt, dispensasjon for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, verken for trossamfunn eller på andre områder. Beskæftigelsesministeriet har i brev til utvalget 3. oktober 2007 uttalt at det «er ministeriets umiddelbare oppfattelse, at en sådan dispensation ikke vil blive givet». Generelt er det en meget restriktiv praksis for å gi dispensasjon etter lovens § 6 stk. 2.

I den danske folkekirken har de ikke den samme diskusjon om homofili som i de andre nordiske landene, selv om det også der er uenighet innen kirken. Å leve i et homofilt samliv anses ikke som en avgjørende hindring for å bli vigslat til prest i den danske folkekirke. Det er flertall blant biskopene for å utarbeide en liturgi for velsignelse av registrerte homofile par.

5.3 Finland

Den finske grunnloven har vern av religionsfriheten, jf. kapittel 2 § 11. Grunnloven har i § 6 et alminnelig forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, alder, opphav, språk, religion, overbevisning, anskuelse, helsetilstand, funksjonshemming eller «någon annan orsak som gäller hans eller hennes person».

Den finske likestillingsloven 609/1986 setter forbud mot kjønnsdiskriminering. Loven gjelder på alle samfunnsområder. Likebehandlingsloven 21/2004 setter forbud mot blant annet diskriminering på grunn av «sexuell læggnig» mv, eller «av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person». Loven gjelder innen arbeidsliv, næringsvirksomhet og utdanning (§ 2 og § 6). Det gjøres unntak for «verkligt och avgörande krav som hänför sig till arbetsuppgifternas art och deras utförande» (§ 6 nr. 2). Straffeloven 39/1889 kapittel 47 § 3 har forbud mot blant annet usaklig («utan vägande och godtagbart skäl») forskjellsbehandling på grunn av kjønn, seksuell orientering mv. i arbeidslivet. Det er også lovfestet et forbud

⁴ Uttalelse fra Undervisningsministeriet 15. juni 2005, der det fremgår at Beskæftigelsesministeriet har erklært seg enig i uttalelsen.

⁵ Søren Baatrup i Kees Waaldijk and Matteo Bonini-Baraldi (ed.): Combating sexual orientation discrimination in employment: Legislation in fifteen EU member states, Report of the European group of experts on combating sexual orientation discrimination, Leiden 2004, chapter 5 Denmark.

mot diskriminering på grunn av seksuell legning mv. i lov om ansettelsesavtaler 55/2001 kapittel 2 § 2. Til tross for annen ordlyd enn straffeloven («utan godtagbart skäl»), er det antakelig ingen realitetsforskjell med hensyn til terskelen for legitim forskjellsbehandling. Forarbeidene forklaring av unntaksadgangen ligger tett opp mot rammedirektivet artikkel 4 nr. 1. Unntaket i EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 2 er ikke implementert.

Eksempler i forarbeidene på legitime grunner for forskjellsbehandling er å ansette en kvinne i en ledende posisjon i en kvinnepolitisk organisasjon eller å kreve at en som ansettes i en stilling med religiøse oppgaver deler organisasjonens religiøse overbevisning. Reglene gir derimot antakelig ikke adgang for trossamfunn til å forskjellsbehandle homofile på grunn av deres seksuelle orientering.⁶

Likestillingsloven gjelder ikke virksomheter som tilhører den evangelisk-lutherske kirken, ortodokse kirkesamfunn eller andre religiøse samfunns religionsutøvelse, jf. § 2 nr. 1. I en dom fra 2001 kom imidlertid Finlands høyesterett til at ansettelse av en prest i en evangelisk-luthersk menighet måtte følge likestillingslovens regler, til tross for lovens unntaksregel (Høgsta Domstolen 2001: 88). Domstolen slo fast at religionsfriheten innebærer en rett til å praktisere religionen, inkludert en rett for menighetene til fritt å velge sine egne prester. Ved praktiseringen av religionen må kirken likevel følge grunnloven og respektere likestillingen mellom kjønnene. Domstolen viste til at det fremgår av likestillingslovens forarbeider at formålet med unntaksregelen var å ta hensyn til religionsfriheten og den evangelisk-lutherske kirkes selvstendige stilling. Lovens formål var ikke å blande seg inn i spørsmål som anses som kirkens interne forhold, som for eksempel spørsmålet om kvinnelige prester. Spørsmålet om tillempling av likestillingsloven ved valg av prest i den evangelisk-lutherske kirken har ikke vært mulig før etter at kirkeloven ble endret slik at den åpnet for kvinnelige prester. Domstolen la til grunn at valget av prest ikke var religionsutøvelse i lovens forstand fordi likebehandlingsprinsippet er godkjent i kirken.

Spørsmålet om kvinnelige prester kan altså ikke avgjøres alene ut fra likestillingsloven. Det er

trossamfunnet (gjennom sine egne regler, i dette tilfellet kirkeloven) som må avgjøre dette spørsmålet. Hvis trossamfunnet selv åpner for kvinnelige prester vil forskjellsbehandlingen imidlertid være diskriminering på grunn av kjønn i strid med likestillingsloven.

Spørsmålet om forskjellsbehandling på grunn av homofil orientering var oppe i en sak som gjaldt den evangelisk lutherske kirke og forbigåelsen av en sogneprest fordi hun levde sammen med en kvinne i et homofilt forhold og hadde gått ut med at de skulle registrere offentlig partnerskap (Vaasa forvaltningsdomstol, dom 27. august 2004, ref. nr. 04/0253/3). Kirken viste til at for å kunne virke som prest må en leve på en måte som er i samsvar med kirkens lære. Domstolen kom til at forbigåelsen var i strid med Grunnlovens diskrimineringsvern og likebehandlingsloven fordi den var diskriminerende på grunn av seksuell legning eller «någon annan orsak som gäller ens person». Domstolen uttalte imidlertid at forbigåelsen kunne vært lovlig hvis det hadde vært et lovhjemlet unntak, for eksempel i loven som regulerer kirkens virke. Domstolen vurderte ikke spørsmålet ut fra unntaket for «verkligt och avgörande krav som hänföra sig till arbetsuppgifternas art och deras utförande». Domstolen viste for øvrig også til at homofile har en lovfestet rett til å registrere sitt partnerskap.

Det følger av dette at det i finsk diskrimineringsrett ikke trekkes et skille mellom homofil legning og homofil samlivsform, slik det gjøres i norsk rett. Spørsmålet om det å forskjellsbehandle fordi arbeidstakeren inngår partnerskap eller på andre måter er åpen om sin legning, skal regnes som forskjellsbehandling på grunn av seksuell legning, kommer ikke på spissen fordi diskrimineringsforbudet er åpent og omfatter ulike forhold som gjelder ens person.⁷

I den finske evangelisk-lutherske kirken er det ikke vedtatt noen generelle retningslinjer vedrørende ordinasjon av homoseksuelle prester. Kirken kan nekte homoseksuelle ordinasjon. Det er opp til biskopen å bestemme om en person skal ordineres. Det er motstand mot homofile prester, og det skjer at personer ikke ansettes på grunn av homoseksualitet.⁸

⁶ RP 44/2003 rd side 46-48. Se Reiner Hiltunen i Kees Waaldijk and Matteo Bonini-Baraldi (ed.): *Combating sexual orientation discrimination in employment: Legislation in fifteen EU member states*, Report of the European group of experts on combating sexual orientation discrimination, Leiden 2004, chapter 6 Finland, side 165.

⁷ European anti-discrimination law review, no 1/2005 side 47.

⁸ Gunnel Forsberg, Liselotte Jakobsen og Goldina Smirthwaite: *Homosexuellas villkor i arbetslivet*, Karlstads universitet, arbetsrapport september 2003, side 37.

5.4 Storbritannia

I Storbritannia er det lovfestet et forbud mot kjønnsdiskriminering i arbeidslivet (Sex Discrimination Act 1975). Det er gjort unntak i section 19 fra forbudet mot diskriminering når det gjelder

«employment for purposes of an organised religion where the employment is limited to one sex so as to comply with the doctrines of the religion or avoid offending the religious susceptibilities of a significant number of its followers.»

Unntaket tar særlig sikte på trossamfunn som ikke har kvinnelige prester.

Det er også lovfestet et forbud mot diskriminering i arbeidsforhold på grunn av seksuell orientering (Employment Equality (Sexual Orientation) regulations 26. June 2003). Lovens reg. 7 (2) tilsvare EU's rammedirektiv artikkel 4 nr. 1. Etter denne bestemmelsen kan alle arbeidsgivere (inkludert trossamfunn) la være å ansette eller de kan si opp en person på grunn av seksuell orientering, hvis

«(a) being of a particular sexual orientation is a genuine and determining occupational requirement; b) it is proportionate to apply that requirement (...).

Loven har ikke en regel om lojalitet til organisasjonens etikk som tilsvare rammedirektivet artikkel 4 nr. 2. Skolelovgivningen⁹ tillater imidlertid at skoler med religiøs karakter (private skoler basert på offentlige midler) ved ansettelse og oppsigelse av en lærer legger vekt på

⁹ School Standards and Framework Act 1998, section 60 (5).

«any conduct on his part which is incompatible with the precepts, or with the upholding of the tenets, of the [schools specified] religion or religious denomination»

Reg. 7 (3) tillater at religiøse trossamfunn lar være å ansette eller sier opp homofile på grunn av deres seksuelle orientering, hvis

«(a) the employment is for purposes of an organised religion; [and]

(b) the employer applies a requirement related to sexual orientation – (i) so as to comply with the doctrines of the religion, or (ii) (...) to avoid conflicting with the strongly held religious convictions of a significant number of the religion's followers (...).»

Reg. 16 (3) har en tilsvarende unntaksregel for «a professional or trade qualification for purposes of an organised religion», for eksempel prester eller menighetsforstandere.

Ordlyden i reg. 7 (3) er blitt kritisert for å være for vidtrekkende i forhold til rammedirektivet, først og fremst fordi den ikke angir et krav om forholdsmessighet.¹⁰ Engelsk Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at uttrykket «for the purposes of a religion» skal fortolkes innskrenkende slik at unntaket bare gjelder «appointment of religious leaders and teachers such as priests and imams».¹¹

¹⁰ Robert Wintemute i Kees Waaldijk and Matteo Bonini-Baraldi (ed.): Combating sexual orientation discrimination in employment: Legislation in fifteen EU member states, Report of the European group of experts on combating sexual orientation discrimination, Leiden 2004, Chapter 17 United Kingdom, side 101-103.

¹¹ R (on the application of Amicus – MSF and others) v. Secretary of State for Trade and Industry and others (2004) IRLR 430.

Kapittel 6

Trossamfunn i Norge

I dette kapitlet gis det en oversikt over noen av de største trossamfunnene i Norge og deres lære og praksis med hensyn til kvinner og homofile i sammenheng med religionsutøvelsen. Oversikten i kapitlene 6.2 til 6.17 over andre trossamfunn enn Den norske kirke, bygger i all hovedsak på en utredning av Berit Thorbjørnsrud ved Universitetet i Oslo, som ble utført på oppdrag av utvalget.

Trossamfunn i Norge er regulert av lov om trossamfunn av 1969. Denne loven setter visse rammevilkår for alle trossamfunn i landet. Det viktigste med loven er at den fastslår friheten for slike samfunn til å virke i Norge, og oppretter en registreringsordning som forutsetning for å kunne motta tilskudd fra staten. Ut over dette stiller loven få krav til trossamfunnene, og lar det være opp til dem selv hvordan de vil organisere seg, drive sin virksomhet og hvilke interne regler og reglementer som skal gjelde. Et formål med lov om trossamfunn er også å legge til rette for formell og reell likestilling mellom trossamfunnene, herunder Den norske kirke.

Senere er menneskerettighetslovgivningen gjort gjeldende som norsk rett, med bestemmelser om både individuell og kollektiv tros- og religionsfrihet, se kapitlene 2 og 4.1. Det siste innebærer retten til fri organisering av religiøs eller livssynsmessig virksomhet etter egne vedtatte standarder.

6.1 Den norske kirke

Den norske kirke står i en særstilling blant trossamfunnene i Norge på grunn av statskirkeordningen. Kirken står også i en særstilling fordi det store flertallet, rundt 85 prosent, av befolkningen i Norge er medlemmer (tall fra 2003, jf. NOU 2006: 2 punkt 4.5.1 side 61). Det har av disse grunner vært et særlig fokus på Den norske kirke i diskusjonen om unntaksreglene i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven, se kapittel 1.2.

Den norske kirke er et trossamfunn; den er derfor ikke noen vanlig del av statsforvaltningen. Kirken er omfattet av trossamfunnloven. Samtidig er Den norske kirke også en statskirke, og dermed

tett integrert i staten. Den er underlagt Kongens (regjeringens) kirkestyre både i lærespørsmål, utnevnelser og andre saker. Ved Stortingets lovgivning (kirkeoven) er Den norske kirke detaljregulert på en måte som ville være prinsipielt og rettslig utenkelig dersom det gjaldt et annet trossamfunn.

6.1.1 Statskirkeordningen

Statskirkeordningen er blitt utredet en rekke ganger, sist i Gjønnnes-utvalget NOU 2006: 2 «Staten og Den norske kirke». Dette utvalget beskriver hovedpunktene i statskirkeordningen slik:

«Kjernen i statskirkeordningen er at staten etter Grunnloven er pålagt særlige forpliktelser overfor den evangelisk-lutherske religion og er gitt utstrakt styringsmyndighet over Den norske kirke.

I formell forstand består statskirkeordningen av et sett rettsregler (i Grunnlov, lov og forskrift) som regulerer forholdet mellom offentlige myndigheter og Den norske kirke, og kirkens institusjonelle oppbygning og virksomhet. Tradisjonelt sett er statskirkeordningen det norske samfunnets modell for hvilken rolle majoritetsreligionen og det største trossamfunnet skal ha. Slik sett er statskirkeordningen mer enn formelle regler for institusjonell styring. Ordningen har stor symbolsk og reell betydning både for Den norske kirkes virksomhet, for de andre tros- og livssynssamfunnenes vilkår og for samfunnet som helhet.

(...)

De sentrale elementene ved den norske statskirkeordningen er:

- Grunnloven § 2 annet ledd, om at den evangelisk-lutherske religion er «Statens offentlige Religion» med de føringer det legger.
- Grunnlovens regler om «Kongens kirkestyre» (§§ 4, 12, 16, 27 m.fl.), som gir Kongen (regjeringen) myndighet over Den norske kirkes liturgier og ordninger, og dermed også i denne sammenhengen over lærespørsmål, utnevnelser m.m.
- At Den norske kirke er regulert ved lov gitt av Stortinget (kirkeoven) og forskrifter gitt av Kongen i statsråd og departementet.

- At Den norske kirke i hovedsak er offentlig finansiert, over statsbudsjettet og kommunebudsjettene.
- At Den norske kirke sentralt ikke er et eget rettssubjekt, men i formell forstand en integrert del av norsk statsforvaltning, om enn på en særskilt måte.

(...)

Statskirkeordningen er først og fremst en formell organisasjonsform. Det reelle innholdet er blant annet at statlige myndigheter i stor grad kan styre Den norske kirke dersom de ønsker det. I praksis har det variert hvor sterkt Storting og regjering har ønsket å styre kirken, og i de senere tiår har Den norske kirke fått betydelig større selvstendighet. Dette har skjedd innenfor rammene av den formelle statskirkeordningen, som ikke er vesentlig endret.

Statskirkeordningen innebærer per definisjon en formell særbehandling av Den norske kirke fremfor andre tros- og livssynssamfunn. Den reelle forskjellen var opprinnelig svært stor, men det har skjedd en betydelig utvikling i retning av likebehandling mellom Den norske kirke og andre tros- og livssynssamfunn.»

(NOU 2006: 2 punkt 4.1 side 33).

Kirkeloven har som formål «å legge forholdene til rette for et aktivt engasjement og en stadig fornyelse i den evangelisk-lutherske folkekirke i Norge», jf. § 1. Kirkeloven bygger på Grunnloven, med detaljerte regler for hvordan kirkeordningen er bygd opp, hvilke organer kirken har, deres kompetanse, sammensetning, oppgaver og det innbyrdes forholdet mellom dem. Formelt sett har de alminnelige statsmaktene styrende funksjoner også for statskirken. Utenfor det statlige kirkestyret er Kirkemøtet det øverste representative organet i Den norske kirke. Det samles en gang i året, og uttaler seg om en rekke saker på vegne av kirken. Lærenemnda for Den norske kirke er et sakkyndig organ som ble etablert i 1988, for å sikre en behandling av læresaker som ivaretar det hensyn at kirken selv må få avgjøre spørsmål av teologisk art og karakter. Bestemmelsene i Grunnloven og kirkeloven er bare øverste del av et langt større og mer detaljert regelverk.¹

Dagens tiknytning mellom staten og Den norske kirke er svært sammensatt. Sokene i Den norske kirke har en stor grad av rettslig selvstendighet. Det er likevel ikke grunnlag for å betegne Den norske kirke på nasjonalt plan som et selvstendig rettssubjekt, som er atskilt fra staten. Kongen (regjeringen) er fremdeles øverste kirkestyre.

Denne vurderingen har også vært lagt til grunn for utbyggingen av det kirkelige selvstyret i løpet av 1900-tallet, med blant annet opprettelsen av organer som Kirkemøtet, lærenemnda, bispedømmerådene og kirkelig fellesråd i kommunene. Delegationen av ansettelsesmyndighet for prestene (med unntak av proster og biskoper) til bispedømmerådene og liturgimyndigheten til Kirkemøtet er også en viktig del av dette bildet. Myndigheten som de spesifikt kirkelige organene har fått, er basert på delegasjon fra Kongens forvaltningsområde og fra Stortingets myndighetsområde.

Flertallet i Gjønnes-utvalget foreslår i NOU 2006: 2 at dagens statskirkeordning oppheves, og at det etableres en ny kirkeordning for Den norske kirke.

6.1.2 Lære og praksis

I det følgende gjøres det rede for kirkens lære og praksis med hensyn til ansettelse av kvinner og homofile til stillinger med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner. Dette gjelder først og fremst vigslende stillinger, dvs. prester (inkludert biskop og prost), kateketer, diakoner og kantorer. Spørsmålet om vektlegging av homofilt samliv ved ansettelser kan også komme opp med hensyn til andre stillinger som har forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner, se nedenfor kapittel 6.1.2.2.

Det er to hovedkategorier av ansatte i Den norske kirke; presteskaper og de andre. Det store flertallet av prestene er statlig ansatte, dels ansatt av Kongen i statsråd som embetsmenn (biskoper og proster) og dels ordinære tjenestemenn ansatt av bispedømmerådene. Alle prester er statstjenestemenn som omfattes av tjenestemannsloven.

Biskopens ordinasjon eller vigsling er en forutsetning for å kunne arbeide som prest, diakon, kantor eller kateket. Prester ordineres, mens de øvrige yrkesgrupper vigsles. Det vil ofte være opp til den enkelte kirkemusiker om vedkommende ønsker en vigsling og dermed kan kalle seg kantor. Organister vigsles ikke. Det er biskopen alene som beslutter vigsling/ordinasjon eller ikke. Ved vigslingen/ordinasjonen avkreves det et løfte som gjelder både lære og liv. Biskopen fører tilsyn med prestenes lære og liv, jf. tjenesteordning for biskop § 1 første og andre ledd.

Ved ansettelse av prest som ikke er ordinert, må det tas forbehold om ordinasjon, jf. personalreglement for prester § 10 nr. 1.² Biskopen tar sin

¹ Se nærmere NOU 2006: 2 punkt 4.3.3 side 46 følgende om lover og forskrifter for Den norske kirke.

² Stadfestet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet 19. desember 2006 og iverksett 1. mars 2007.

beslutning etter en samtale med den som ønsker ordinasjon. Biskopene har også laget et forberedelsesprogram for teologiske kandidater som innebærer at kandidaten blir knyttet opp mot et konkret bispedømme og får tilbud om praksis, samtaler med biskopen mv. Opplegget er laget med sikte på at biskopen skal kunne få bedre kunnskap om de kandidatene han eller hun kan komme til å ordinere, og gi kandidatene kontakt med et spesifikt bispedømme. Biskopens ordinasjon og tilsyn skal utøves ut fra biskopens religiøse overbevisning, og kan ikke overprøves eller settes til side av andre kirkelige organer. Det forutsettes imidlertid at et eventuelt avslag er tuftet på et saklig grunnlag. En som tidligere er ordinert i forbindelse med en annen stilling, tar ordinasjonen med seg i nye stillinger, også i andre bispedømmer. En biskop vil derfor normalt ha flere prester i sitt bispedømme som han eller hun ikke selv har ordinert.

Innstillingsrådet består av prosten, stiftdirektøren og en representant for tjenestemennene. Hvis det er uenighet i bispedømmerådet om en ansettelse, kan hvert medlem kreve saken avgjort av Kirkedepartementet. Søker som er forbigått kan ikke klage, jf. forvaltningsloven § 3 andre ledd som sier at lovens regler om klage ikke gjelder ved ansettelser. Manglende klagerett er med andre ord ikke spesielt for Den norske kirke, men gjelder ansettelser i hele offentlig sektor.

Det er et kirkelig fellestråd i hver kommune som har arbeidsgiveransvar for de øvrige ansatte i kirken. Det finnes i tillegg enkelte menighetsråd som har ansatte, for eksempel i menighetsbarnehager, i sykehjem, besøksledere osv.

Religiøst begrunnet forskjellsbehandling av homofile som ikke gjelder ansettelser, for eksempel spørsmålet om vigsling av homofile par, faller utenfor temaet for denne innstillingen og vil ikke bli behandlet. Det samme gjelder spørsmålet om forskjellsbehandling i kirken som ikke er religiøst begrunnet.

6.1.2.1 Ansettelse av kvinner i vigslende stillinger

Kvinner har formelt sett adgang til alle kirkelige stillinger. Innen kirken er det fremdeles noen som er motstandere av kvinnelige prester. Disse hevder på grunnlag av en fortolkning av Bibelen at kvinner ikke skal ha rett til å lære, forkynne og lede i kirken.

Inntil 1938 var de kirkelige embetene stengt for kvinner. Loven åpnet da for kvinnelige prester, men med adgang for menighetene til å reservere seg.³ I 1956 falt menighetenes reservasjonsrett bort. Ordinasjonen av den første kvinne skjedde i

1961. Siden da har vi sett en jevn økning av kvinneandelen i presteskapet. Kvinneandelen blant ansatte i ordinær tjeneste som menighetsprest ligger nå på 19 prosent.⁴ Når det gjelder institusjonsprester (sykehus osv.) er kvinneandelen høyere. Vi fikk landets første kvinnelige prost i 1988 og første kvinnelige biskop i 1993. I dag er tre av landets elleve biskoper kvinner.⁵

Forskrift om tilsetting av menighetsprester slo tidligere fast at «kvinner og menn har lik adgang» til ansettelse i kirken.⁶ Da denne forskriften ble vedtatt i 1988 valgte man med hensikt å ikke formulere seg mer kategorisk, for å samle ja og nei-siden i spørsmålet om kvinnelige prester. Kjønn skulle ikke være til hinder for å søke og å komme i betraktning. Likevel skulle det være adgang for de enkelte i ansettelsesorganene til å fravike likebehandlingsprinsippet etter sin egen overbevisning.⁷

Kultur- og kirkedepartementet uttalte følgende til ombudet i brev av 31. januar 1997:

«Når det gjelder forskriftens § 14 femte ledd spesielt hvor det heter at «kvinner og menn har lik adgang til tilsetting som prest», innebærer denne at forskjellsbehandling av kvinner og menn ikke er tillatt. Med «forskjellsbehandling» menes her det samme som i likestillingsloven § 3 andre ledd [nåværende andre, tredje og fjerde ledd].»

Den 24. november 2006 ble det fastsatt nytt personalreglement for prester i Den norske kirke. Reglementet har regler om ansettelsesprosessen og ansettelsesprosedyrene og trådte i kraft 1. mars 2007. Fra samme dato ble forskriften endret og alle bestemmelser som omhandlet ansettelsesprosessen ble opphevet. Forskriften inneholder nå bare kvalifikasjonskravene for ansettelse som prest. Personalreglementet § 7 nr. 2 viderefører imidlertid reglene fra forskriftens § 14 femte ledd annet og fjerde pkt. med følgende formuleringer: «Behovet for representasjon av begge kjønn i prestekollegiet skal vektlegges» og «Kvinner og menn har lik adgang til tilsetting som prest.»

Etter kirkens egne regler er det altså ikke adgang til å legge vekt på kjønn ved ansettelser.

³ Lov av 24. juni 1938 nr. 5 om adgang til å ansette kvinner i statens embeder (opphevet).

⁴ «Etatsstatistikken 2006», Kultur- og kirkedepartementet, mars 2007.

⁵ Gunn Berit Gulbrandsen: «Kvinner oppfordres til å søke», Årbok for Den norske kirke 2007.

⁶ Forskrift om tilsetting av menighetsprester, fastsatt ved kongelig resolusjon 17. juni 1988 nr. 3361.

⁷ Ida Marie Høegh: Rom i herberget? Kvinnelige menighetsprester på arbeidsmarkedet i Den norske kirke, Rapport nr. 6 Kifo, 1998 side 37.

Forskjellsbehandling i likestillingslovens forstand skal ifølge kirken selv ikke forekomme. Reglene gir imidlertid ikke kvinnelige søkere en individuell rett til ikke å bli diskriminert, i den forstand at brudd på reglene kan påberopes av den som er forbigått. Kvinner som forbigås av religiøse grunner kan med andre ord ikke gå til ombudet eller domstolene med en påstand om at forbigåelsen var i strid med likestillingsloven (såfremt forbigåelsen omfattes av unntaket i likestillingsloven § 2). Forbigått søker vil som nevnt heller ikke ha klageadgang etter forvaltningsloven. Forbigått søker vil derimot kunne gå til domstolene med en påstand om at forbigåelsen var usaklig. Det er imidlertid uklart hva utfallet av en slik sak vil bli.

Kirken har gjennom vedtak om likestilling på Kirkemøtet i 1990, 1993 og 1996 vist at den har et likestillingsengasjement. Kirkemøtet har blant annet uttalt et ønske om likelønnsfordeling i alle typer stillinger, og at man ønsket å stimulere kvinner til å søke proste- og soknepreststillinger. De fleste bispedømmene har hatt flere særskilte rekrutteringstiltak, personaltiltak eller lederutviklingstiltak rettet inn mot kvinner. Kirkerådet vedtok i 1990 at alle soknepreststillinger burde utlyses med teksten «Kvinner oppfordres til å søke». Dette vedtaket har imidlertid i svært begrenset grad blitt fulgt opp i bispedømmene.⁸ I Kultur- og kirkedepartementets tildelingsbrev til biskopene og bispedømmerådene for statsbudsjettet for 2007 fremgår det at Kirkerådet, bispedømmerådene og biskopene skal motivere og tilrettelegge for flere kvinner til tjeneste som menighetsprester og i lederstillinger i kirken.

6.1.2.2 Ansettelse av homofile i kirkelig tjeneste

Den norske kirke er delt i synet på homofilt samliv. På den ene siden står de som mener at personer som lever i homofilt samliv bør integreres fullt ut i kirkens liv. De mener at denne integreringen må omfatte ansettelser i alle kirkelige stillinger og tjenester som frivillige og lønnede medarbeidere. På den andre siden står de som ut fra sin teologiske overbevisning ikke kan tilrå homofilt samliv, med den konsekvens at de heller ikke kan tilrå at personer som lever i homofilt samliv ansettes som prester eller i andre stillinger med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner. Utviklingen i kirken har klart gått i retning av at stadig flere mener at homofile skal integreres fullt ut i kirken.

⁸ Gunn Berit Gulbrandsen: «Kvinner oppfordres til å søke», Årbok for Den norske kirke 2007, side 23.

Det gjøres i det følgende rede for sentrale vedtak og uttalelser fra kirkens organer med hensyn til ansettelse av homofile.⁹

Kirkemøtet fattet i 1995, 1997 og 2007 vedtak om homofilt samliv og kirkelig tjeneste. Bakgrunnen for vedtakene var en økende uenighet i de kirkelige organer om praksis med hensyn til ansettelser av personer som lever i homofilt samliv. På Bispemøtet i 1995 var det uenighet mellom biskopene. Flertallet var prinsipielt imot prester som lever i homofilt samliv. Mindretallet mente at personer i homofilt samliv ikke prinsipielt skulle avvises, men at en etter en vurdering blant annet av menighetens syn burde kunne ansette også prester som lever i homofilt samliv.

Verken Bispemøtets eller Kirkemøtets uttalelser er bindende for ansettelsesmyndighetene.

Kirkemøtets vedtak i 1995 og 1997 bygger på en fortolkning av de bibelske skrifter som ble formulert av Kirkerådet på følgende måte:

«Guds ord taler klart om at det seksuelle samliv hører hjemme i ekteskapet mellom mann og kvinne. Homofilt samliv er i strid med skaperordningen, slik Skriften vitner om den, og denne grunntanke bekreftes dessuten av konkrete skriftord i Skriften. På denne bakgrunn kan seksuelt samliv mellom homofile ikke godtas som kirkens syn.»

(Kirkerådets vedtak i sak 29/95).

Bispemøtet ga i 1995 også en uttalelse om samliv utenfor ekteskap. Et enstemmig bispemøte uttalte at det «ikke var forenlig med de krav kirken stiller til sine ansatte å etablere seg i samlivsforhold utenom et ordnet ekteskap». Uttalelsen gjaldt heterofile så vel som homofile samboerskap. Dette standpunktet praktiseres ikke konsekvent.

Kirkemøtet uttalte i 1995 at det

«finner ikke at det er gitt tilstrekkelig overbevisende teologiske grunner for at Den norske kirke kan endre sin nåværende praksis med hensyn til tilsetting av personer som lever i homofilt samliv [og at] kirkelige tilsettingsorganer og biskopene i sin embetsutøvelse innretter sin praksis i tråd med dette.»

(Kirkemøtets vedtak i sak 15/95).

På Bispemøtet i 1997 var biskopene fremdeles uenige i synet på homofilt samliv og kirkelige tjenester. Spørsmålet ble drøftet som et etisk prinsippsspørsmål og dermed som et lærespørsmål som

⁹ For en mer utfyllende gjennomgang av utviklingen og arbeidet fra 1954 til 2001 i kirken, vises det til St.meld. nr. 25 (2000-2001) punkt 10.3 side 116 flg. og Kirkerådets sak KR 42/07.

berører viktige grunnlagsproblemer av dogmatisk art. Bispemøtet ville imidlertid ikke definere det som et spørsmål som kirkenes tro står og faller med, og uttalte at synet på homofilt samliv i seg selv ikke er av en slik natur at det behøver å true enheten i kirken. Biskopene mente imidlertid at det for å ta vare på enheten i kirken var nødvendig at biskopene ikke etablerer særordninger, men at de opptrer på samme måte lojalt overfor Kirkemøtets vedtak. Det ble samtidig uttrykt forståelse for at

«slike saker kan arte seg forskjellig ut fra de lokale forhold, og at spørsmålet om tillit og om enhet eller en mulig splittelse i de respektive miljøer kan bedømmes ulikt fra sted til sted.»

I 1997 opprettholdt Kirkemøtet vedtaket fra 1995. Kirkemøtet la til grunn at «det er ulike syn i kirken på dette spørsmålet, og [ba] om at det blir utvist respekt for meningsforskjeller». Kirkemøtet sluttet seg også til Bispemøtets forståelse for at ansettelsessakene kan arte seg forskjellig ut fra de lokale forholdene og at spørsmålet om enhet eller en mulig splittelse kan bedømmes ulikt.

Kirkemøtet fattet følgende vedtak om de arbeidsrettslige konsekvensene av Kirkemøtets vedtak fra 1995 om homofilt samliv og kirkelig tjeneste (punkt 3-5):

«3. Kirkemøtet finner at personer som lever i homofilt samliv ikke kan inneha kirkelig tjeneste som vigslet prest, diakon eller kateket.

4. Kirkemøtet ber biskopene i sin embetsutøvelse og forvaltningsorganene i sin tilsetningspraksis legge disse synspunkt til grunn.

5. Også når det gjelder øvrige kirkelige stillinger som i hovedsak har forkynnende, undervisende og/eller liturgiske funksjoner, vil Kirkemøtet anbefale at ansettende organer legger foran nevnte hovedsynspunkt til grunn. Kirkemøtet slutter seg videre til Bispemøtets forståelse for at tilsettingssaker «kan arte seg forskjellig ut fra de lokale forhold og at spørsmålet om tillit og om enhet eller en mulig splittelse i de respektive miljøer kan bedømmes ulikt fra sted til sted».

(Kirkemøtets vedtak i sak 8/97).

Kirkemøtets standpunkt var med andre ord at personer som lever i homofilt samliv ikke skal ansettes i vigslede stillinger. Dette gjaldt prester (inkludert biskoper og proster), kateketer eller diakoner. Etter at kantorer nå vigsles, ble de også omfattet av vedtaket.

Kirkemøtet anbefalte at kravet til samlivsform også ble lagt til grunn i forhold til andre stillinger som i hovedsak har forkynnende, undervisende og/eller liturgiske funksjoner. Dette gjelder for

eksempel klokkere og kirketjenere. Det samme gjelder antakelig også ansatte i barnehager, daglig ledere, menighetssekretærer, barne- og ungdomsarbeidere og organister i den grad de har forkynnende, undervisende og/eller liturgiske funksjoner. Dette gjelder derimot antakelig ikke kirkegårdsbetjening, rengjøringspersonale samt rent merkantilt eller administrativt personale.¹⁰

Kirkemøtets vedtak er ikke bindende for ansettelsesmyndighetene. Kirkemøtet har kun en retningssivende kompetanse overfor ansettelsesmyndighetene. Kirkemøtets vedtak ble ikke fulgt opp konsekvent. Flere biskoper la ikke 97-vedtaket til grunn for sin embetsutøvelse. Det er flere eksempler på at prester som lever i homofilt samliv er ordinert og ansatt. Tilsvarende gjelder forvaltningsorganers ansettelsespraksis.¹¹

I 1999 behandlet Bispemøtet spørsmålet om homofile i kirkelig tjeneste på nytt. Flertallet fastholdt Kirkemøtets vedtak fra 1997. Mindretallet mente at verken Kirkemøtet eller Bispemøtet kunne binde den enkelte biskop. De oppfattet vedtaket om at homofile ikke kan inneha vigslede stillinger som «et tidsbestemt kompromiss».

Lærenemnda vurderte spørsmålet om ansettelse og vigsling i 2006. Lærenemnda slo fast at homofile skal respekteres og inkluderes. Nemnda var imidlertid delt i vurderingen av homofilt samliv i partnerskap ut fra en samlet forståelse av de bibelske skrifter. Det var enighet i nemnda om at skriften etter sin ordlyd er klart avvisende til homoseksuelle handlinger. Det var imidlertid ikke enighet om hvordan den skal fortolkes i vår nåtidige situasjon. Den gruppen i nemnda som argumenterte for at kirken skal anerkjenne homofilt samliv, mente at kirken er forpliktet til å møte alle mennesker med nestekjærlighet, barmhjertighet og respekt. Denne gruppen mente at et ordnet, trofast og livs langt samliv i partnerskap mellom to personer av samme kjønn er etisk forsvarlig ut fra kristen etikk. Den andre gruppen, som mente at det ikke er grunnlag for å anerkjenne homofilt samliv, la vekt på det syn på skapelsen og ekteskapet som uttrykkes i Bibelen.

Etter luthersk lære kan og skal det skilles mellom det som er konstituerende for kirkenes enhet og det som ikke er det. Et flertall i lærenemnda mente det er vanskelig, men ikke umulig, for kirken å leve med to syn på homofilis spørsmålet uten at dette vil splitte kirken. Mindretallet mente at det

¹⁰ Ove Virik Jørgensen: Arbeidsrettslige konsekvenser av Kirkemøtets vedtak om homofilt samliv og kirkelig tjeneste, Kirkens arbeidsgiverorganisasjon 1997, side 10-13.

¹¹ Kirkerådets sak KR 42/07 side 15.

er tale om «to uforenlige syn», og begrunnet det med at det andre synet, etter deres vurdering, ikke har en overbevisende teologisk begrunnelse.

Ved Bispemøtet i 2007 anbefalte seks av biskopene at vedtakene fra 1995 og 1997 ikke skulle videreføres. Flertallet mente at det likevel fortsatt burde være mulig for en biskop å la være å ansette prester som lever sammen med en annen av samme kjønn. Kirkens enhet i bekjennelsens forstand kunne ifølge flertallet bevares i en slik situasjon. Bispemøtets flertall anså også det "gamle" synet i homofilisaken for å ha kirkelig legitimitet, slik at dette med rette kan legges til grunn for biskopers og ansettelsesorganenes forvaltningspraksis. Fem av biskopene mente at vedtakene bør bli stående og at kirken ikke kan leve med to ulike teologiske syn. De mente videre at det vil skape store spenninger internt i kirken om dette spørsmålet skal løses på lokalt plan.

På Kirkemøtet i 2007 var det flertall for å akseptere begge de teologiske synene på homofilisaken:

1. (...) Det er ikkje lenger like stor semje om premissane for vedtaka som gjeld homofile i partnerskap i vigsla teneste som det var i 1995 og 1997. Kyrkjemøtet finn det derfor vanskeleg å vidareføre som felles rådgiving det som var sagt i kyrkjemøtevedtaka frå 1995 og 1997.

2. Samtidig slår Kyrkjemøtet fast at det òg for framtida er kyrkjeleg grunngeving for ikkje å ordinere, vigsle, tilsetje eller gi tenestebrev til homofilt samlevande i partnerskap dersom biskop eller tilsetjingsorgan vurderer at det ikkje er i tråd med det som er kyrkja si lære og kyrkja sitt formål, og/eller av omsyn til aktuell(e) kyrkjelyd(ar).

3. Kyrkjemøtet understrekar at det i behandlinga av denne saka alltid har lagt til grunn at Den norske kyrkja er eit trossamfunn og derfor forstår ordningane sine for ordinasjon, vigsling, tilsetjing og tenestebrev som uttrykk for det trusgrunnlaget kyrkja har, òg når kyrkja har og praktiserer ulike syn i saker av slik karakter.

4. Kyrkjemøtet ber kvar einskild biskop om å ha ein føreseieleg praksis når det gjeld å ordinere/vigsle og skrive ut tenestebrev til homofilt samlevande i partnerskap. Ein ber biskopane samrå seg om korleis dei handterer eventuell ulik praksis.

Det følger av Kirkemøtets vedtak at homofile som lever i parforhold nå kan inneha vigslede stillinger i kirken. Men det er opp til hver enkelt biskop og det enkelte ansettelsesorgan å bestemme om personer som lever i homofilt samliv skal kunne ansettes og vigsles. Det betyr at flere

bispedømmer kan komme til å åpne for ansettelser. Andre vil kunne fortsette å si nei.

6.2 Det mosaiske trossamfunn

Det mosaiske trossamfunn har ca 1 400 medlemmer i Norge fordelt på to menigheter i Oslo og Trondheim. Det mosaiske trossamfunn er definert som en ortodoks jødisk menighet, og tilhører dermed den retning som representerer Israels offisielle religionsform. Noen av medlemmene sympatiserer med mer reformvillige jødiske retninger. Menigheten er imidlertid definert som ortodoks ut fra et ønske om å skape et levedyktig jødisk miljø i Norge. Menighetens tilhørighet til ortodoks jødedom har konsekvenser for kjønnenes posisjon og for homofiles posisjon. Tilhørighet til ortodoks jødedom forplikter individet til å leve i pakt med den jødiske religiøse loven.

I den ortodokse jødedommen bygger læren om kjønn på at både kvinnen og mannen er skapt i Guds bilde. De har like stor verdi, men har forskjellige egenskaper og utfyller hverandre. De har derfor forskjellige religiøse forpliktelser og rettigheter. Kun menn kan bli rabbiner og kantor. Det er menn som har de aktive rollene i gudstjenesten. For at en gudstjeneste skal kunne avholdes må det være minst ti menn tilstede. Kjønnene oppholder seg i atskilte deler av synagogen.

En ortodoks rabbiner kan ikke være praktiserende homofil.

Det mosaiske trossamfunn i Norge kan ikke endre elementer i den jødiske loven. Eventuelle nytolkninger må skje i tråd med lovens retningslinjer, og for at de skal kunne godkjennes som ortodokse må de aksepteres av rabbinatet i Jerusalem. En menighet i Norge kan for eksempel ikke ansette en kvinnelig rabbiner og fortsatt gjøre krav på å være ortodoks. Definerer de seg i stedet som en menighet tilhørende reformjødedom kan de ansette kvinnelig rabbiner, men dette vil ha konsekvenser for medlemmenes rett til å inngå ekteskap med ortodokse jøder, og igjen for deres egne, og eventuelle barns, rettigheter i Israel. De vil ikke lenger automatisk bli godtatt som jøder av rabbimene i Israel og de vil måtte bevise sin «jødiskhet» for å kunne gifte seg der.

6.3 Den ortodokse kirke

Betegnelsen Den ortodokse kirke rommer en rekke selvstyrende kirker som representerer fortsettelsen av den byzantinske kirken eller østkir-

ken. Det er i Norge seks atskilte ortodokse menigheter som tilhører ulike patriarkater (selvstendige kirker). De østlige kirkene har til sammen ca 6 000 medlemmer i Norge. De orientalske ortodokse menigheter har til sammen ca 3-4 000 medlemmer. Når det gjelder kjønn og homofili vil de østlige og de orientalske kirkene ha mer eller mindre sammenfallende synspunkter. Disse ortodokse kirkene har felles liturgi, lære og kirkerett, det vil si hva ortodokse vil omtale som «den hellige Tradisjonen».

Læren om kjønnene bygger på at mann og kvinne er skapt av Gud som likeverdige, men forskjellige. Bare menn kan bli prester, diakoner, lesere eller inneha andre roller som gir adgang til å tjene ved alteret. Presten representerer Kristi ikon og siden Kristus ble inkarnert som mann, må også presten være en mann. Kvinnen representerer Jomfru Marias ikon og har andre funksjoner. Det henvises også til at Kristus omgav seg med mange kvinner, men utpekte bare menn som apostler. Det er også noen kjønns spesifikke restriksjoner med hensyn til deltakelse i sakramentene.

Kirken definerer seksualitet som tilhørende det heterofile ekteskapet. Det er et sterkt negativt fokus på homofili i flere av de ortodokse kirkene. Det er ingen diskusjon om ordinering av homofile.

Alle menighetene i Norge tilhører patriarkater plassert utenfor landets grenser. Det er der prester ordineres og der de som skal tjene i Norge utpekes. Det er også de som tilbakekaller prester og eventuelt beslutter å frata en prest hans kanoniske (lovlige) status. En prest som for eksempel tillater en kvinne å tjene ved alteret vil etter all sannsynlighet bli fratatt sin pretestatus.

Det er en viss debatt i Den ortodokse kirke om muligheten for å ordinere kvinner. Debatten om kvinnelige prester har imidlertid fortsatt liten oppslutning. De som stiller seg positive til endring på dette punktet mener dette må skje gjennom ortodokse kanaler og i tråd med ortodokse regler. Reformert av den hellige tradisjonen må vedtas av de selvstendige kirkene på et felles kirkemøte – et konsil. For å diskutere helt andre – og for ortodokse mer presserende temaer – har man de siste 40 år forsøkt å arrangere et slikt konsil, men det har ennå ikke lyktes¹².

¹² Om spørsmålet om kvinnelige prester i den ortodokse kirke, se Berit Thorbjørnsrud: Frihet, rettigheter og ortodokse presters kjønn, i Thomas Hylland Eriksen og Arne Johan Vetlesen (red.): Frihet, Oslo 2007.

6.4 Den katolske kirke

Den katolske kirke er verdens største trossamfunn. I Norge har kirken ca 100 000 medlemmer. På grunn av stor arbeidsinnvandring fra blant annet Polen øker antallet raskt. Kirken er utpreget flernasjonalt og medlemmene har i dag bakgrunn fra flere enn 100 ulike nasjoner. Den katolske kirke i Norge inngår institusjonelt og organisatorisk i den globale katolske kirke og er derfor underlagt dens hierarkiske struktur hvis ledelse befinner seg i Vatikanet.

En prest i katolsk forstand er en mann som er viet til denne tjeneste av en katolsk biskop. Det anføres to hovedargumenter for at kvinner ikke kan vies til prestedtjeneste. Det ene bygger på Kirkens forståelse av Bibelen og det faktum at Jesus disipler kun var menn. Den andre bygger på Kirkens forståelse av sin egen tradisjon. Den katolske kirke tror at presten skal synliggjøre Guds skapende ord Kristus, som valgte å åpenbare seg som mann, og som selv valgte menn til denne spesielle tjeneste for sin Kirke. Sentralt står feiringen av nattverden. Den katolske kirke tror ikke at nattverden bare er et minnemåltid, men et faktisk, reelt nærvær av den oppstandne Kristus. Nettopp for å kunne fylle denne funksjon ansees det som vesentlig at presten er mann. Dette er en metafor som benyttes av Vatikanet, men som bestrides av deler av kirken.

Selv om kvinner ikke kan vies til presteembedet kan de likevel inneha mange verv i Kirken. De kan for eksempel studere katolsk teologi, og ha stillinger i katolske institusjoner som professorer eller lærere i teologi. Både menn og kvinner kan ellers delta i de samme religiøse ritualer. Det er ikke mulig å gjennomføre reformer i Norge på et sentralt punkt som sakramentsforståelsen i forhold til kvinnelige prester.

I følge katolsk tro og tradisjon skal kirken si nei til alt utenomekteskapelig samliv – inklusive homofilt. Homoseksuelle handlinger blir forstått som «i seg selv ikke som målrettet» («intrinsically disordered») og de «kan ikke godtas under noen omstendighet».¹³ Det skilles videre mellom homofili som seksuell orientering og homofilt samliv. Det som Den katolske katekismen fordømmer er homofilt samliv, og ikke seksuell orientering. Kirken advarer videre mot «urettferdig diskriminering» av homofile.¹⁴ Det skal være en menneskerett å bli behandlet med verdighet, respekt og rettferdighet.

¹³ Den katolske kirkes katekisme nr. 2357.

¹⁴ Den katolske kirkes katekisme nr. 2358.

Da prester og nonner i følge katolsk tradisjon skal leve i sølibat, tillegges presters og nonners eventuelle homofile orientering i prinsippet ikke vekt ved denne type ansettelsesforhold.

6.5 Metodistkirken

Metodistkirken i Norge har 48 menigheter med til sammen 12 900 medlemmer. Kirken er tilsluttet et verdensomspennende fellesskap av metodistkirker. Det øverste internasjonale organ innen Metodistkirken er Generalkonferansen, der representanter fra hele verden møtes hvert fjerde år for å diskutere prinsipielle spørsmål av betydning for det globale fellesskapet.

Metodistkirken er en frikirke som har en sterk sosial profil og som kontinuerlig søker å forholde seg aktivt til konkrete samtidsutfordringer. Bibelen oppfattes å representere Guds vilje. Det understrekes likevel at Bibelens ord er talt inn i en konkret sammenheng og en konkret kultur, og at det derfor kan være vanskelig å avgjøre når Bibelens ord har evig og universell betydning, og når det er begrenset til den bestemte situasjon, det er sagt inn i.

Metodistene ordinerte Norges første kvinnelige prest i 1954 og i 1980 ble verdens første kvinnelige biskop ordinert i Metodistkirken i USA.

Metodistkirken anser homofile som likeverdige med heterofile, men den aksepterer, i prinsippet, ikke homofilt samliv og derfor ikke homofile geistlige. Homofili er et debatttema innenfor Metodistkirken, og det er sterke grupper som kjemper for å endre kirkens prinsipielle syn. På Generalkonferansen i 2004 ble det drøftet et forslag om å endre kirkens regler om ordinasjon, som sier at homofilt samliv strider mot den kristne lære, til en uttalelse om at «det finnes ulike syn på dette spørsmålet». Forslaget fikk 33 prosent av stemmene, mens 67 prosent stemte i mot. Praktiserende homofile kan derfor fortsatt ikke ordineres. I Norge vedtok Metodistkirkens årskonferanse i 2007 en uttalelse om at det er ulike synspunkter på homofilis spørsmålet innad i kirken.

Metodistkirkens offisielle syn kan ikke endres lokalt i Norge, og dermed heller ikke reglene for ordinasjon.

6.6 Det norske Baptistsamfunn

Norske baptister er organisert i menigheter som har samlet seg i Det norske Baptistsamfunn. I Norge er det ca 10 000 registrerte baptister, hvorav

ca 5000 døpte (de praktiserer voksendåp). Baptister i mer enn 150 land, inkludert de norske, er i dag tilsluttet Den europeiske baptistføderasjon og The Baptist World Alliance.

For baptistene står frihetsbegrepet sentralt; de kjemper for en allmenn personlig frihet, og for tanke-, yrings- og religionsfrihet spesielt. Hver menighet oppfattes som en selvstendig enhet, som ikke aksepterer annen myndighet enn Jesus Kristus og hans ord. Baptistene definerer Bibelen som Guds inspirerte ord, gitt oss som et historisk dokument. Bibelen er eneste forpliktende autoritet, og det er opp til hver enkelt å utvikle sine kristne standpunkter på bakgrunn av Bibelen. Til tross for frihetsbegrepets sentrale stilling innen baptismen, kan det likevel være strid om tolknings spørsmål.

Kvinner kan ordineres som pastorer, men det er ikke alle baptistmenigheter i Norge som ønsker dette.

I Det norske baptistsamfunn representerer homofilt partnerskap et stridstema. Hovedstyret vedtok i 1995 en uttalelse om at Bibelen fordømmer homofilt samliv og at det derfor ikke er riktig at personer som lever ut sin homoseksualitet har lederoppgaver i menighetene eller i Det Norske Baptistsamfunn. Det er ifølge uttalelsen viktig at menighetene står for de etiske og moralske holdninger som finnes i Guds ord. Vedtaket ble opprettholdt etter en debatt på landsmøtet i 2000. I 2004 ble en homofilt samboende valgt til et verv i en menighet i Oslo. Saken endte med at menigheten ble ekskludert fra Det Norske Baptistsamfunn. Innad i baptistsamfunnet skapte denne saken debatt og det var flere som mente at ekskluderingen stred mot baptistenes spesielle fokus på menighetene som frie og uavhengige.

Landsmøtet i Norge kan vedta de reformer de ønsker. Hvorvidt dette vil få konsekvenser for Baptistforbundets medlemskap i de ulike transnasjonale organisasjonene de er tilsluttet, er usikkert.

6.7 Frikirken / Den Evangelisk Lutherske Frikirke

Frikirken er et landsdekkende kirkesamfunn med ca 21 000 medlemmer i Norge fordelt på 84 selvstendige menigheter. Teologisk er det liten forskjell mellom Den norske kirke og Frikirken; det er de samme lutherske bekjennelsesskrifter som tjener som læregrunnlag. Forskjellen ligger imidlertid i kirkeordningen ved at styre og ledelse i stor grad er overlatt «til kalte og innviede eldste.» Menighetene har stor grad av selvstendighet, men de er under tilsyn av sin geografiske krets eldste-

råd og Frikirkens høyeste myndighet – synoden – som fatter endelige vedtak i saker som angår hele kirkesamfunnet. Frikirken anser både kirke og stat som ordninger villet av Gud, men den mener at den kirkelige og den borgerlige myndighet ikke må blandes sammen, og de forkaster derfor statskirkeordningen.

Frikirken anser alle troende som prester for Gud; deres prestatjeneste uttrykkes gjennom bønn, tilbedelse, diakoni og tjeneste i hjem og samfunnsliv. Denne allmenne prestatjeneste skal foregå i et samspill med de kirkelige embeter: pastor og eldste. Slike kirkelige embeter kunne tidligere bare innehas av menn, men i 2005 vedtok Frikirken at både kvinner og menn kunne inneha disse posisjonene. Frikirken definerer seg for øvrig som en bekjennelseskirke der de som bekjenner troen, og som ønsker å påta seg ansvar og forpliktelser i menigheten, skal ha styringsretten.

Frikirken viser til Bibelttekster hvor homoseksualitet avvises som i strid med Guds skapervilje og i strid med det sjette bud: Du skal ikke bryte ekteskapet. Slik Frikirken oppfatter det, vil derfor det å si ja til homoseksualitet innebære å si ja til det som i Bibelen omtales som synd. Frikirken aksepterer med andre ord ikke homoseksualitet eller homofilt partnerskap.

Frikirken er en norsk kirke, og reformer kan vedtas lokalt.

6.8 Adventistsamfunnet. Syvendedags adventistene

I Norge er det i dag ca 4 600 døpte adventister. Adventistene har menigheter i hele verden. Menighetene er samlet i The General Conference of Seventh-day Adventists. Organisasjonen er demokratisk oppbygd og det velges representanter som møtes hvert femte år. Det eksisterer flere atskilte adventistsamfunn, men det store flertall av adventister er Syvendedags adventister.

Betegnelsen adventist henspiller på deres sterke tro på Jesus snarlige tilbakekomst. Karakteristisk for adventistene er at de tror vi lever i endetiden. Adventistene fastholder en konservativ moral og de har et konservativt Bibelsyn. De tror imidlertid at Bibelen er skrevet av mennesker som var inspirert av Gud. Syvendedags adventistene har i all hovedsak en felles lære. Men mellom de ulike nasjonale / lokale menighetene kan det eksistere visse nyanser i tro og praksis. Dette skyldes at adventistene har som målsetting å være kulturelt relevante.

Adventistene tror at menn og kvinner ble skapt like. Det er imidlertid ikke enighet om hvorvidt kvinner kan ordineres som pastorer. I de skandinaviske land kan kvinner ordineres, men denne ordinasjonen aksepteres ikke som gyldig i alle andre land.

I prinsippet aksepterer adventistene verken homofilt partnerskap eller noen form for homofile seksuelle handlinger. I Norge er det fortsatt umulig for personer som lever i homofile samliv å ha menighetsverv. Tradisjonelt har adventistene også hatt få åpne homofile medlemmer. Men i dag er det noen medlemmer som utfordrer det tradisjonelle konsensus.

Adventistkirken består av selvstendige menigheter som ønsker å være kulturelt relevante der de befinner seg, men som samtidig tilhører en verdensomspennende organisasjon, og har et sterkt ønske om å beholde denne som et sammenhengende trosfellesskap. Adventistene må dermed balansere mellom lokal selvstendighet og globalt fellesskap. Når det gjelder ordinasjon av kvinnelige pastorer har man i global sammenheng vunnet aksept for at man i Skandinavia ordinerer kvinner samtidig som adventister i en rekke andre land ikke aksepterer dette.

Når det gjelder aksept av homofilt praktiserende som geistlige og/eller vielse av homofile, kan det på det nåværende tidspunkt synes vanskeligere å skulle kunne etablere liknende kompromisser. Ikke minst fordi spørsmålet er særdeles kontroversielt, også blant norske adventister.

6.9 Jesu Kristi Kirke av Siste Dagers Hellige (Mormonerne)

Jesu Kristi Kirke av Siste Dagers Hellige er et verdensomspennende kirkesamfunn med hovedkvarter i Salt Lake City, USA. Kirken har ifølge egne tall ca 4000 medlemmer i Norge.

Mormonerne mener det opprinnelige kristne evangelium gikk tapt, og at en gjenopprettelse derfor ble nødvendig. Denne kom gjennom amerikanske Joseph Smith, som ifølge mormonerne ble utvalgt av Gud til å gjenopprette kirken på jorda. Karakteristisk for mormonerne er at de tror på fortsatte åpenbaringer, nålevende profeter og de anerkjenner hellig skrift utenom Bibelen, som for eksempel Mormons Bok. Jesu Kristi Kirke av De siste Dagers Hellige praktiserer ikke demokrati, men har en organisasjonsmodell som likner mer på teokrati (gudestyre). Personer blir kalt til verv, og medlemmene blir bedt om å støtte dem. Kirken har derfor heller ikke åpne debatter om egen lære.

Kvinner blir ikke ordinert til prest. Medlemmer i kirken med homofil legning som viser at de ønsker å leve ut sin seksualitet eller leve i et homofilt parforhold, blir bedt om å vurdere sitt medlemskap.

Spørsmål angående ordinerer av kvinner eller homofile tilhører trosgrunnlaget. Reformen vedrørende kirkens trosgrunnlag må vedtas av kirkeledelsen i Salt Lake City.

6.10 Jehovas vitner

Jehovas vitner i Norge oppgir å ha 10 000 aktive medlemmer. Inkludert barn, eldre og personer som av ulike grunner ikke kan forkynne, er tallet 15 000.

Jehovas vitner aksepterer ikke treenighetslæren, og de har utviklet en særegen teologi hvor endetidsforestillinger står sentralt. De aksepterer den enkelte nasjonalstats eksistens, men venter at «Gud i framtiden vil opprette sitt rike, som vil omfatte hele jorden.» Jehovas vitner er tilhengere av teokrati, og dette preger også deres interne organisasjon. De deltar derfor ikke i politikk. Men de er meget opptatte av lovlydighet. Jehovas Vitner baserer sin lære på Bibelen, som de mener er Guds ord. De oppfatter Bibelens ord bokstavelig, bortsett fra når uttrykksmåten eller sammenhengen tydelig viser at det skal oppfattes billedlig eller symbolsk. Jehovas vitner stiller høye moralske krav til sine medlemmer, og for stor avstand mellom hva de definerer som kristne normer og livspraksis aksepteres ikke. Homoseksuelle handlinger, på linje med utukt, misbruk av alkohol eller narkotika, tyveri eller løgn, er handlinger som det vil bli reagert mot.

Mann og kvinne er likeverdige. De er imidlertid skapt forskjellige. Mannen oppfattes generelt å ha egenskaper som gjør ham skikket til å være familiens overhode. Det er kun menn som kan fungere som tilsynsmenn i menighetene.

Homofile kan være medlemmer i Jehovas vitner hvis de avstår fra alle homofile seksuelle handlinger.

Jehovas vitner i Norge tilhører en verdensomspennende bevegelse med hovedkvarter i New York. Eventuelle omformuleringer av sentrale lærespørsmål må godkjennes av ledelsen.

6.11 Den kristelige menighet (Smiths Venner)

Den kristelige menighet (Smiths venner) er et internasjonalt kirkesamfunn som har sitt utspring i

Norge. I dag har Den kristelige menighet troende i ca 50 land. Formelt medlemskap eksisterer ikke, men de anslår selv å ha tilslutning fra ca 10-12 000 i Norge.

Den kristelige menighet har et sterkt fokus på at det er mulig å seire over synd. Menigheten har et sterkt fokus på personlig tro, og på hver enkelt troendes mulighet til å leve et liv uten synd, i pakt med Guds ord slik dette er uttrykt i Bibelen. Bibelen anses som Guds uforanderlige ord, og som den ene, sanne rettesnor for liv og lære. Dette preger deres syn på homofilt partnerskap.

Begge kjønn er likeverdige overfor Gud, men de er forskjellige og har derfor forskjellige oppgaver i menigheten. En kvinne skal ikke være lærer i menigheten eller være mannens herre. Kvinnene skal ha noe på hodet når de ber eller vitner. Det er forstandere som leder gudstjenesten. Bare menn kan bli forstandere, men kvinner kan for eksempel tale til forsamlingene. Ideen om kjønnenes forskjellighet bidrar til at kvinner som regel er hjemmeværende med barn, særlig mens barna er små.

Menigheten aksepterer ikke homofilt partnerskap og heller ingen form for homoseksualitet. De anser homoseksualitet som naturstridig og i konflikt med Bibelens ord.

Menigheten har sitt hovedkvarter i Norge, men beslutninger må tas i samråd med representanter fra menighetene i andre land. Hver sommer samles Representantskapet – som har medlemmer fra ca 15 land – på et hovedstevne i Norge. Nye formuleringer av lærespørsmål vil naturlig bli diskutert der.

6.12 Pinsebevegelsen i Norge

I 2004 hadde Pinsebevegelsen om lag 45 800 registrerte medlemmer i Norge. I følge Pinsebevegelsen er 31 800 av disse pinsevenner, dvs. døpt. De øvrige er barn av pinsevenner, men ikke selv døpt. På verdensbasis er Pinsebevegelsen i sterk vekst, særlig i tredje verden.

Menighetssynet er kongregasjonalistisk, dvs. at enhver menighet i prinsippet representerer et uavhengig trossamfunn. De norske pinsevennene har imidlertid flere samlingsfora. Blant annet arrangeres det årlig en Predikantkonferanse hvor forkynnere og ledere diskuterer saker av felles interesse. Predikantkonferansen skal være rådgivende, ikke besluttende. I 1998 ble «Kontaktutvalget for pinsebevegelsen i Norge» etablert. Dette utvalget skal representere Pinsevennene utad og videreføre saker som er til behandling i Predikantkonferansen.

Det ulike syn blant pinsevenner når det gjelder kvinners posisjon, og det er opp til hver enkelt menighet hvordan de forholder seg til kjønn og lederskap. I mange menigheter kan både menn og kvinner fungere som pastorer og som eldste.

Homofilt samliv oppfattes som synd mot Guds vilje, og det er enighet om at «profilerte homofile» ikke kan ha verv eller lederansvar. Homofile kan imidlertid være medlemmer.

Siden hver menighet er uavhengig, kan reformer i norske menigheter tenkes.

6.13 Oslo Kristne Senter

Oslo Kristne Senter ble stiftet i 1985, av nåværende leder, pastor Åleskjær. Hovedkvarteret ligger på Kjeller utenfor Oslo, men tilhørende menigheter finnes også andre steder i landet. Samlet har de ca 3 500 medlemmer. Oslo Kristne Senter foretrekker betegnelsen evangelisk menighet, men aksepterer også å bli betegnet som tilhørende den nykarismatiske bevegelse. Oslo Kristne Senter ønsker å bryte ned barrierene mellom menigheten og folk. Oslo Kristne Senter fokuserer for øvrig på menighetsbygging, menighetsvekst og menighetsplaning. Det siste innebærer at de også arbeider med å plante menigheter i andre land.

Kvinner og menn anses som skapt forskjellige med hver sine nådegaver og hvert sitt kall, men samtidig som likeverdige partnere som skal fungere sammen i et team. Kvinner tillates å bli pastorer og det er kvinner med i eldsterådet.

Oslo Kristne Senter anser homoseksuelle handlinger som uforenlig med Bibelen. Homofile kan i prinsippet bli medlemmer. Hvis den homofile er villig til å inngå i en sjelesørgerisk prosess vil medlemskap ifølge Åleskjær kunne vurderes.

Reformer i Norge er i prinsippet mulig. Oslo Kristne Senter identifiserer seg imidlertid med den internasjonale karismatiske bevegelse, der det blant annet er en tendens til at mannen anses som overhode.

6.14 Muslimske menigheter

Det er i dag ca 90 muslimske menigheter i Norge med til sammen ca 70-80 000 medlemmer. Flertallet av disse menighetene tilhører muslimske bevegelser eller organisasjoner med hovedkvarter i andre land. De fleste menighetene organiserer medlemmer tilhørende samme etniske gruppe.

Kvinner og menn oppfattes som skapt likeverdige, men forskjellige. Kvinner og menn har de

samme frelsesmuligheter, men de har ulike rettslige posisjoner i denne verden, og dette har igjen konsekvenser for deres plikter i ekteskap og familie og til en viss grad for deres rituelle plikter.

Kvinner kan fungere som bønneleder for kvinner, men kun menn kan lede en forsamling av begge kjønn. Rollen som imam i en moske – slik den er definert i Norge i dag – kan kun fylles av en mann. Kvinner og menn ber atskilt. Kvinner skal ikke gå i moskeen når de har menstruasjon. Kvinner forventes å dekke hodet i moskeen.

På samme måte som i kristendommen er homofili også omdiskutert i islam, og det er fordømt av mange lærde. For mange er det utenkelig å tillate en homofilt samlevende imam. Homofili har blitt et tema i den interne muslimske debatten i Vest-Europa.

Muslimene tilhører ikke et globalt sentralisert trossamfunn, men de er organisert i ulike transnasjonale organisasjoner eller bevegelser. Muslimer forholder seg også til sentrale læresteder og høyt respekterte lærde. Dette medfører at betydelige reformer ikke kan gjennomføres i Norge.

6.15 Hinduistiske trossamfunn

I Norge bor det mer enn 11 000 hinduer, mer enn 70 prosent av disse er tamiler fra Sri Lanka. Av de resterende kommer de fleste fra Nord-India og Øst-Afrika.

Hinduismen har ingen stifter, ingen enhetlig lære, ingen kirkeorganisasjon og er heller ikke basert på innholdet i en bok. Den kan føres tilbake til de eldste religiøse ytringer i Sør-Asia, består av et stort antall retninger med svært ulike læresystemer og har en stor mengde hellige tekster. Hinduismen er fleksibel; at noe sies i en hellig tekst, betyr ikke nødvendigvis at mennesket er bundet til en bestemt handlemåte.

I de sammenhenger hvor det trenges en brahmin må dette være en mann. Ved enkelte ritualer kan kvinner ha rituelle ansvar. Kvinner kan dessuten være nonner og/eller religiøse veiledere (guruer). En stor del av hinduers ritualer utspilles i hjemmet, og i disse har kvinner en fremtredende rolle.

Homofili utgjør ingen problemstilling i norsk hinduisme. Det er imidlertid tradisjoner i hinduismen for å forskjellsbehandle homofile.¹⁵ Forståelsen har variert noe over tid. Ekteskapet mellom

¹⁵ Ruth Vanita (ed.): *Queering India: Same-Sex Love and Eroticism in Indian Culture and Society*, London 2001.

mann og kvinne oppfattes som normen for institusjonalisert samliv.

Endringer i hinduismen skjer ikke gjennom vedtak, men gjennom praksis over tid. I den grad et hinduisk trossamfunn forholder seg nært til en religiøs leder / veileder i for eksempel India, vil dette vanskeliggjøre lokale endringer.

6.16 Trossamfunn tilhørende sikhismen

Sikhene er en indisk religiøs-politisk minoritetsgruppe. Antakelig består ca. halvparten av den indiske immigrasjonen til Norge av sikher. I 2004 var tallet på indere og deres etterkommere ca 6 800. Av disse var ca 3 100 medlemmer i det registrerte sikh-samfunnet i Norge. Sikhene i Norge er hovedsakelig lokalisert rundt Oslo og Drammen.

Det legges til grunn at kvinnen og mannen utfyller hverandre. De feminine kreftene og kvinnen generelt fremstilles positivt i sikhenes religiøse tekster. I hvilken grad dette er snakk om en reell likestilling i vestlig forstand diskuteres imidlertid blant forskere innenfor sikhstudier. Sikhismen har ikke eget presteskap. Alle som har tilstrekkelig kunnskap kan utføre ritualene. Homofilt partnerskap er ikke tillatt.

Reformer i Norge er neppe mulig fordi sikhene forholder seg til retningslinjer fra sikhenes hovedkvarter i India.

6.17 Buddhistiske trossamfunn

Det er uklart hvor mange buddhister det bor i Norge. Et anslag er på om lag 19 500 personer. Det var i 2004 registrert i underkant av 10 000 personer med medlemskap i registrerte og uregistrerte buddhistiske trossamfunn, de aller fleste av disse i Buddhistforbundet som samler 11 buddhistiske organisasjoner. De største av organisasjonene i Buddhistforbundet er Det vietnamesiske buddhist-samfunn og Den thailandske buddhistforening. De fleste av buddhistene i Norge er innvandrere. Religiøse mestere, lamaer og munkler kommer ofte til Norge for en periode.

Både nonner og munkler kan ha rituelle oppgaver, men nonnene kan oppfattes å ha lavere status. Begge kjønn kan ha posisjon som lærere, lærde og/eller religiøse veiledere.

Homofili representerer ikke et «buddhistisk tema». Ulike buddhister har trolig de samme synspunkter som ikke-buddhister tilhørende samme etniske gruppe.

Endringer i buddhismen gjennomføres ikke ved vedtak, men gjennom praksis over tid.

Kapittel 7

Utvalgets vurderinger

7.1 Spørsmålet om adgangen til religiøst begrunnet forskjellsbehandling bør oppheves

Spørsmålet om trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling må løses på bakgrunn av en avveining mellom hensynet til trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi, og hensynet til likestilling og likeverd for kvinner og homofile. Begge typer av interesser er grunnleggende og har å gjøre med beskyttelsen av menneskets egenverdi og verdighet. Utvalget viser til kapittel 2.3 om lovgivers handlingsrom etter de internasjonale menneskerettighetene.

7.1.1 Religionsfriheten og trossamfunnenes autonomi og egenart

Religionsfriheten er grunnleggende for individene og samfunnet. I *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, para 62 sier den Europeiske menneskerettighetsdomstolen:

«The Court recalls that religious communities traditionally and universally exist in the form of organised structures. They abide by rules which are often seen by followers as being of a divine origin. Religious ceremonies have their meaning and sacred value for the believers if they have been conducted by ministers empowered for that purpose in compliance with these rules. The personality of the religious ministers is undoubtedly of importance to every member of the community. Participation in the life of the community is thus a manifestation of one's religion, protected by Article 9 of the Convention.

Where the organisation of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safeguards associative life against unjustified State interference. Seen in this perspective, the believers' right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a

democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords.»

Handlinger som kan begrunnes i religionsfriheten står i en særstilling i forhold til andre handlinger, i det religionsfriheten nyter et særlig vern i Grunnloven og de internasjonale menneskerettigheter. Særlig gjelder dette for handlinger som står i direkte sammenheng med sentrale elementer i troen.

På den annen side er det et viktig demokratisk utgangspunkt at også trossamfunn må rette seg etter lovgivningen på samme måte som alle andre. En menighet kan for eksempel ikke påberope seg religionsfriheten for å få bygge ut sitt forsamlingslokale i strid med vedtak om vern, selv om lokalet skulle være blitt for lite til å romme hele menigheten og dermed virke begrensende for muligheten til å komme sammen og dyrke sin tro i fellesskap. Det er først og fremst lovgivning som retter seg direkte mot religionsfriheten eller mot handlinger som er religiøst begrunnet for å begrense disse, som kan sies å stå i et problematisk forhold til religionsfriheten. Lovgivning som forskjellsbehandler mellom trossamfunn, vil også lett kunne komme i strid med religionsfriheten.

Generelt virkende regler må også stå tilbake dersom de direkte begrenser den religiøse forkynningsfrihet. Høyesteretts avgjørelse i *Bratterudsaken* (Rt. 1984 side 1359) illustrerer dette. Saken gjaldt en pastor i Oslo Fullevangeliske Kirke som hadde kommet med uttalelser om homofile under et innringningsprogram i kirkens nærradiosenning. Straffelovens forbud i § 135a mot diskriminerende eller hatefulle ytringer om homofile, måtte ifølge Høyesterett anvendes med betydelig varsomhet av hensyn til ytringsfriheten og religionsfriheten. Direkte sitater fra Bibelen og nær gjengivelse av og utlegning av skriftsteder falt utenfor straffebestemmelsen.

Religionsfriheten beskytter således ikke bare mot lovregler som har til formål å regulere eller begrense religionsutøvelse eller som diskriminerer mellom forskjellige trosretninger; den må også i en viss utstrekning beskytte mot generelle lover

der disse har som konsekvens at elementer som er sentrale for den aktuelle troen blir forbudt.

Religionsfriheten har både et individuelt og et kollektivt element. Retten til ikke å bli diskriminert ved ansettelser kan vanskelig tenkes å komme i konflikt med den individuelle religionsfriheten. Det er i forhold til den institusjonelle delen av religionsfriheten (den kollektive religionsfriheten) at det kan oppstå konflikt fordi retten til ikke å bli diskriminert kan komme i konflikt med trossamfunnenes autonomi og rett til å bestemme hvem som skal fylle forskjellige stillinger i trossamfunnet. Det samme gjelder med hensyn til andre aspekter av religionsutøvelsen.

Når det gjelder den institusjonelle religionsfriheten og trossamfunnenes autonomi, står retten til selv å velge hvem som skal ansettes i lære- og forkynnerstillinger sentralt. Heller ikke på dette området nyter trossamfunn likevel en absolutt frihet etter menneskerettighetene. Et trossamfunn vil for eksempel ikke kunne legge vekt på en persons etniske bakgrunn ved utnevnelser i ledende eller forkynnende stillinger.

Utvalget vil bemerke at et diskrimineringsforbud ikke innebærer at statlige organer, ombudet, nemnda eller andre utenfor trossamfunnet kan bestemme *hvem* som skal ansettes eller utnevnes. Forbudet vil bety at en persons kjønn eller seksuelle orientering ikke skal være diskvalifiserende.

7.1.2 Diskrimineringsperspektivet

Utvalget mener at unntaksadgangen og trossamfunnenes forskjellsbehandling må vurderes i lys av kvinners og homofiles rettslige og faktiske stilling i dagens samfunn.

Adgangen til å forskjellsbehandle kvinner i trossamfunn må vurderes i lys av hensynet til kvinners likestilling, og mer konkret de hensyn som begrunner ikke-diskrimineringsprinsippet. Likestilling og likebehandling uavhengig av kjønn på alle samfunnsområder er et grunnleggende prinsipp som er nedfelt i norsk og internasjonal lovgivning. Likestilling og likebehandling har lenge vært et uttalt mål i norsk statlig politikk. Rettsutviklingen og samfunnsutviklingen har gått klart i retning av større grad av likestilling mellom kjønnene. På under femti år har vi sett en enorm utvikling med hensyn til en styrking av kvinners rettigheter og formelle posisjon. Vi har i dag formell likestilling mellom kvinner og menn i Norge. Kvinner har adgang på lik linje med menn til alle typer stillinger og posisjoner i alle sektorer i samfunnet.

Likestillingsloven bygger på et likestillingsbegrep som ikke tillater ulik behandling ut

fra en oppfatning om at kvinner og menn er grunnleggende forskjellige. Denne likestillingsideologien er i strid med den oppfatningen om kjønn og kjønnsroller som svært mange av trossamfunnene legger til grunn. Likestillingsideologien oppfattes i noen miljøer som et moderne produkt av en verdslig ideologi, som står i motsetning til hva de hellige skrifter sier om mann og kvinne.¹ Det er et gjennomgående trekk at læren i de fleste religiøse trossamfunn bygger på en oppfatning om kjønnene som forskjellige. Flere trossamfunn presiserer at kjønnene like fullt er likeverdige. Noen trossamfunn bygger på en oppfatning om kjønnsroller der kvinner er underordnet menn. Selv om mange kvinner opplever forskjellsbehandlingen som krenkende eller urettferdig, er det samtidig mange som ikke opplever den samme forskjellsbehandlingen som noe problem. De kan oppleve det som en selvfølge å ha rett til å delta i det offentlige liv på lik linje med menn, samtidig som de i religiøse forhold har en annen rolle enn menn, uten at de nødvendigvis opplever dette som en motsetning.²

Utvalget vil peke på at et sentralt formål med diskrimineringsreglene nettopp er å eliminere tradisjoner og kulturelt betinget praksis som hindrer likestilling. FNs kvinnekonvensjon gjør derfor ikke uttrykkelig unntak for religiøst betinget praksis. Dette kan likevel ikke bety at det ikke er noe rom for trossamfunns autonomi når det gjelder spørsmål som er begrunnet i deres lære. I en del tilfeller er det imidlertid vanskelig å avgjøre hvorvidt praksis i et trossamfunn er begrunnet i lære eller i kulturelle tradisjoner.

Det å stenge kvinner ute fra posisjoner i trossamfunnet betyr at de ikke får samme mulighet som menn til å lede og å påvirke forholdene internt i trossamfunnet. Kvinner vil dermed også få svakere innflytelse enn menn på fortolkningen og utviklingen i trossamfunnets lære og praksis.

På samme måte som oppfatningene om kjønnsforskjeller og kjønnsroller, ser vi at lære og praksis i trossamfunn i forhold til homofile er i samsvar med lovgivning og oppfatninger i samfunnet for bare få år tilbake. Holdningene til homofili og homofiles stilling i samfunnet de siste tiårene har utviklet seg fra fordømmelse og kriminalisering, mot aksept, vern og likestilling med heterofile.

¹ Jf. for eksempel Ida Marie Høegh: Rom i herberget? Kvinnelige menighetsprester på arbeidsmarkedet i Den norske kirke, Rapport nr. 6 Kifo, 1998 side 171-173 om kristne miljøer.

² Jf. for eksempel Berit Thorbjørnsrud: Frihet, rettigheter og ortodokse presters kjønn, i Thomas Hylland Eriksen og Arne Johan Vetlesen (red.): Frihet, Oslo 2007.

Bedre levekår og eliminering av diskriminering av homofile er i dag en uttalt målsetting for norske myndigheter. Arbeidsmiljøloven setter forbud mot diskriminering av homofile i arbeidsforhold, med unntak av ansettelser i trossamfunn. Norge har siden 1993 hatt partnerskapsloven som gir homofile adgang til å offentlig registrerte samlivsforhold og som i mange henseender gir samme rettigheter som heterofile ekteskap. Fra 1981 har vi hatt bestemmelser i straffeloven som forbyr diskriminerende eller hatefulle ytringer mot homofile, eller å nekte homofile varer eller tjenester (§ 135a og § 349a). Dette har trolig bidratt til at flere lesbiske og homofile føler at de kan stå fram på jobb uten å risikere diskriminerende sanksjoner fra arbeidsgiver eller arbeidskolleger.

Det at lesbiske og homofile kan utelukkes fra deler av arbeidsmarkedet gjennom unntaket for religiøse trossamfunn, og at homofile er utelukket fra ekteskapet som institusjon, bidrar til at det norske lovverket i dag fungerer som en viktig grensemarkør med hensyn til homofiles posisjon i forhold til det norske majoritetssamfunnet. Dette gjelder også arbeidslivet.

Diskriminering av lesbiske og homofile er fundamentert i en samfunnsmessig forestilling om at heteroseksuell praksis er biologisk gitt og utgjør grunnenheten i et velfungerende samfunnsliv. Homofile og lesbiske framstår som et biologisk eller psykologisk avvik fra en heteroseksuell regel. Lære og praksis i trossamfunnene bygger på en tilsvarende oppfatning. Det er et homopolitisk poeng at et forskjellsbehandlende lovverk kan ha samfunnsmessige konsekvenser. Et representativ befolkningsbasert studie fra USA dokumenterer således en direkte sammenheng mellom manglende diskrimineringsvern, det å oppleve konkrete diskrimineringsepisoder og en overrepresentasjon av psykiske helseplager blant lesbiske og homofile.³

I flere trossamfunn og menigheter foregår en intern dialog og prosess som peker mot økt likestilling for kvinner og homofile. Det generelle bildet er likevel at utviklingen mot større likestilling innen trossamfunnene ligger etter utviklingen i samfunnet ellers, selv om det nå skjer en rask utvikling på dette området i en del trossamfunn.

7.1.3 Behov for en viss unntaksadgang

Forbudene mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn eller seksuell orientering er generelle bestemmelser som ikke først og fremst retter seg mot trossamfunn. Reglene er ikke motivert ut fra hensynet til å begrense trossamfunnenes virksomhet. Diskriminering er noe som forekommer i alle deler av samfunnet, og det er viktig å bekjempe det uansett hvor det forekommer. I noen sammenhenger skyldes diskriminering nedarvede holdninger, i andre etablerte maktstrukturer og i atter andre ligger diskrimineringen i tradisjonen. I denne sammenheng er det ingen prinsipielle forskjeller mellom trossamfunn og andre deler av samfunnet. Også utenfor religiøse sammenhenger kan holdninger som begrunner diskriminering være dypt forankret hos den enkelte og argumenter for forskjellsbehandling kan ha stor subjektiv overbevisningskraft. Dette er nettopp en av grunnene til at det er behov for klar lovgivning og et eget apparat til å håndheve den på dette området. Som et inngrep i religionsfriheten kommer diskrimineringsforbudene først på spissen der den religiøse doktrinen ikke tillater likebehandling av menn og kvinner, eller pålegger forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering.

Utvalget mener at vi ikke kan se bort fra den rolle trossamfunnene har når det gjelder holdningsskapning i samfunnet, selv om de fleste av de som bor i Norge ikke vil karakterisere seg selv som personlig troende eller religiøse. Trossamfunnenes praksis og unntaksadgangen kan bidra til å legitimere diskriminering av kvinner og homofile. Dette kan bidra til å legitimere forskjellsbehandling også i andre forhold enn religionsutøvelsen, for eksempel i ekteskaps- og familieforhold, ikke bare blant medlemmene i trossamfunnet, men også i samfunnet rundt. Unntaksadgangen kan på denne måten også bidra til å sementere foreldede og diskriminerende holdninger til kvinner og homofile som ikke er forenlige med det offentlige synet på alle menneskers likeverd.

Utvalget mener at målet må være at også trossamfunn fjerner alle former for diskriminering av kvinner og homofile. Historien viser oss at ulike teologiske systemer har blitt reformert og at regler for religiøs livsførsel har blitt endret i pakt med dette. Som regel har dette skjedd gjennom interne prosesser og på trossamfunnenes egne premisser. Endringene har blitt oppfattet som de troendes evne til bedre å forstå Guds vilje eller de åndelige sannheter. Når en utenforstående, sekulær institusjon tiltar seg retten til å etablere nye religiøse ret-

³ Vickie M. Mayes og Susan D. Cochran,: Mental health correlates of perceived discrimination among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States, *American Journal of Public Health*, 91 (11):1869–1876, 2001.

tigheter, vekker dette reaksjoner. I tilfeller der det er en prosess på gang, vil en regulering fra samfunnets side kunne føre til at motstanden mot endringer blir styrket, i alle fall på kort sikt.

Forskjellsbehandlingen i trossamfunnene innebærer at den som diskrimineres ikke får praktisere sin religion, arbeide eller ha verv på linje med eller på samme måte som andre i trossamfunnet. Diskriminering ved ansettelser er handlinger på et område hvor diskrimineringsvernet generelt sett står og må stå sterkt. Det å bli utelukket fra en stilling på grunn av sitt kjønn, seksuelle orientering eller privatliv oppleves for de fleste som spesielt krenkende, samtidig som det innebærer en utelukkelse fra deltakelse i viktige samfunnsmessige funksjoner. Det å virke som prest er gjerne et kall eller en livsgjerning med en sterk indre motivasjon for å utøve sitt yrke, som det vil være et tap å være avskåret fra.

Den enkelte kan velge å gå ut av trossamfunnet og eventuelt velge et annet trossamfunn dersom trossamfunnets lære ikke samsvarer med egen overbevisning eller hvis forskjellsbehandlingen oppleves som uakseptabel eller krenkende. Det blir derfor gjerne hevdet at forskjellsbehandlingen ikke er et så stort inngrep overfor den enkelte at religionsfriheten må vike. Denne «exit-muligheten» er et viktig aspekt av religions- og organisasjonsfriheten, og er ved flere tilfeller tillagt vekt av Den europeiske menneskerettsdomstol.

Utvalget mener imidlertid at muligheten til å gå ut av trossamfunnet ikke bør tillegges avgjørende betydning som begrunnelse for å gi trossamfunn en videre adgang til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn eller seksuell orientering, enn det som følger av den menneskerettslige beskyttelse av trossamfunnenes autonomi. Religionsutøvelse og -tilhørighet er en grunnleggende dimensjon ved individ- og samfunnsliv og deltakelse i et trossamfunn har stor betydning for den enkeltes følelse av identitet og tilhørighet. Trossamfunnet har også for mange en avgjørende betydning for praktiske livsvilkår og -muligheter. Familiens tilhørighet til et trossamfunn er for mange et sentralt aspekt i deres liv. Dette gjelder ikke minst mange innvandrere og etniske minoriteter. Av disse grunner vil det for mange ikke være noe reelt alternativ å gå ut av trossamfunnet og eventuelt velge et annet trossamfunn. Alternativet for dem er i stedet å akseptere forskjellsbehandlingen. Et annet alternativ er å forsøke å reformere trossamfunnet eller menigheten, en vei som neppe vil være lett å gå og som antakelig ikke vil føre til endringer på annet enn svært lang sikt.

En begrensning i adgangen for trossamfunn til å legge vekt på søkerens kjønn eller samlivsform ved ansettelser, vil vekke sterke reaksjoner i mange trossamfunn, og antakelig stor motstand, samtidig som det rettslig sett kan reises spørsmål ved hvor langt lovgivningen kan gå i en slik retning. Mange trossamfunn utenfor Den norske kirke legger til grunn at de skal ha full autonomi i slike spørsmål, noe de også har hatt i norsk lovgivningspraksis.

For minoritetsreligioner kommer spørsmålet om minoriteters rettigheter inn i tillegg til religionsfriheten. Disse vil derfor lett oppfatte det som et overgrep om flertallet skulle tvinge gjennom sine verdier overfor deres tro i spørsmål som angår deres interne forhold. Lokale norske trossamfunn inngår ofte i globale nettverk eller institusjonaliserte hierarkier, hvor reformvedtak må følge nøye spesifiserte prosesser. Mange minoritetssamfunn er knyttet til internasjonale trossamfunn og foretar ikke ansettelse av religiøse ledere i Norge. For dem vil norske regler om forbud mot diskriminering ved ansettelse ikke få noen konsekvenser. Andre ansetter lokalt, men kan risikere å bli ekskludert av sin internasjonale religiøse ledelse dersom de bryter mot det som disse oppfatter som grunnleggende religiøse prinsipper. Norske lovpåbud kan i så fall i praksis innebære at troende bosatt i Norge mister muligheten til å være tilsluttet en menighet i samsvar med sin tro. En slik konsekvens kan innebære at nasjonale regler står i et problematisk forhold til religionsfriheten slik denne er vernet i de internasjonale menneskerettighetene.

For mange troende er gyldigheten av verdslige regler til syvende og sist avhengig av religiøse kilder. Selv hvor religionen påbyr dem å tilpasse seg verdslig lovgivning der de oppholder seg, vil de i en grunnleggende konfliktsituasjon ikke oppfatte verdslig lovgivning som strider mot religionen som gyldig. Dette er således et område hvor man må regne med at sivil ulydighet vil bli tatt i bruk dersom lovgiveren overskrider grensen for hva de troende av religiøse grunner finner de kan tilpasse seg. Utvalget viser i den forbindelse til erfaringene med kravet til erklæring om gjensidig anerkjennelse av retten til skilsmisse etter ekteskapsloven, hvor Den katolske kirken for noen år siden innførte en form for dobbel bokføring; brudeparet undertegnet de lovpåkrevede vigselspapirene som anerkjente hverandres rett til skilsmisse og i tillegg et kirkelig dokument hvor de måtte love at det borgerlige løftet «overhodet ikke gir uttrykk for at guddommelig rett skulle gi noen person rett til skilsmisse».

Slike forhold innebærer at det å oppheve hele unntaksadgangen fra likestillingslovens og arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud vil slå forskjellig ut for ulike trossamfunn. Dette vil avhenge av om trossamfunnet ansetter personer i lærestillinger i Norge eller om de blir stasjonert hit fra utlandet, om den norske menigheten er tilknyttet et internasjonalt nettverk eller er rent norsk og i hvilken grad det å etterleve kravene til ikke-diskriminering støter mot grunnholdninger i troen. Dette innebærer at når det gjelder ansettelse, vil krav om å respektere forbudene mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn og homofil orientering i realiteten stort sett bare få praktisk betydning for statskirken og en del av frikirkesamfunnene.

Etter det utvalget kjenner til er det i alle europeiske land gjort unntak i en eller annen form fra diskrimineringslovgivningen av hensyn til trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi. Spørsmålet om å begrense trossamfunnenes frihet med hensyn til utnevning av prester, står ikke en gang på dagsorden i internasjonal menneskerettslig teori og praksis. Danmark og Sverige er de eneste landene utvalget kjenner til der det ikke gjelder unntak fra diskrimineringsforbudet for religiøst begrunnet forskjellsbehandling av homofile ved ansettelse.

Utvalget har i kapittel 2.3 kommet til at det er problematisk i lys av EMK å oppheve unntaksadgangen for trossamfunn i sin helhet, slik at religiøse trossamfunns autonomi helt settes til side for å sikre kvinner og homofile et effektivt vern mot diskriminering. En viss kjerne av autonomi knyttet til religiøse forhold, må nok legges til grunn etter EMK artikkel 9.

Utvalget mener på denne bakgrunn at det er behov for en viss unntaksadgang for å verne en kjerne av trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi som lovgiver ikke kan eller bør gripe inn i. Utvalget mener at det vil være vanskelig å få gjennomslag for likebehandlingskravene i mange trossamfunn. Videre vil det å ta bort unntaksadgangen slå forskjellig ut for de forskjellige trossamfunnene. Utvalget anbefaler derfor at det fortsatt skal gjelde unntak for trossamfunnenes religionsutøvelse.

Utvalget legger også til grunn at lovgiver etter EMK har et visst slingsmonn når det gjelder spørsmålet om hvor vid unntaksadgangen skal være. Både hensynene bak diskrimineringsforbudene og religionsfriheten må tillegges vekt. Utvalget viser til kapittel 2.3.

Spørsmålet blir dermed hvordan unntaksadgangen bør utformes i arbeidsmiljøloven og like-

stillingsloven. Utvalget har for det første vurdert om de særlige unntaksreglene bør oppheves slik at adgangen til forskjellsbehandling i stedet hjemles i de generelle saklighetsreglene, se kapittel 7.2. Utvalget har for det andre vurdert hvordan eventuelle særregler bør være utformet, se kapittel 7.3.

7.2 Generelle saklighetsregler

7.2.1 Adgang til saklig forskjellsbehandling

Både etter likestillingsloven og arbeidsmiljøloven er saklig forskjellsbehandling unntatt fra forbudet mot diskriminering. Den generelle adgangen til saklig forskjellsbehandling er ulovfestet på likestillingslovens område. I arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd er saklighetsregelen lovfestet. Utvalget viser til kapittel 4.5 der det er gjort rede for disse reglene.

Hvis særreglene for trossamfunn oppheves vil det derfor fortsatt være en viss adgang til forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering eller kjønn når dette er saklig. Utvalget har vurdert når forskjellsbehandling av kvinner og homofile i trossamfunn kan regnes som saklig etter disse reglene.

Utvalget vil bemerke at terminologien på dette området ikke alltid anvendes konsekvent. Uttrykk som saklig, saklighet, saklighetsvurdering, saklig formål og saklig grunn brukes gjerne om hverandre. Utvalget har i det følgende valgt en terminologi der uttrykkene saklig og saklighet brukes til å karakterisere trossamfunnets forskjellsbehandling. Spørsmålet om forskjellsbehandlingen er lovlig, vil avhenge av en saklighetsvurdering. Et av flere elementer i saklighetsvurderingen er spørsmålet om forskjellsbehandlingen har et saklig formål (eller en saklig grunn). Den samme vurderingen benevnes gjerne i EU-rettslig sammenheng som en forholdsmessighetsvurdering.

7.2.2 Likestillingslovens ulovfestede saklighetsregel

Saklig forskjellsbehandling skal etter nærmere vilkår ikke regnes som ulovlig diskriminering etter likestillingsloven. Det er uklart hvor langt dette ulovfestede unntaket rekker. Utvalget legger til grunn at forskjellsbehandling kan være tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, hvor det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Det er tale om en meget snever unntaksadgang. Adgangen til saklig forskjells-

behandling kan bare påberopes i særlige unntakstilfeller på bakgrunn av en konkret vurdering.

Utvalget mener at religiøst begrunnet forskjellsbehandling mellom kjønnene i utgangspunktet må regnes for å ha et saklig formål når det dreier seg om forhold som er knyttet til religionsutøvelsen. Slik forskjellsbehandling vil dermed etter nærmere vilkår kunne hjemles i den ulovfestede unntaksregelen. Det vil imidlertid ikke være et saklig formål når det dreier seg om andre forhold som for eksempel barnefordeling eller arvespørsmål, selv om begrunnelsen for forskjellsbehandlingen også i slike tilfeller kan ha en religiøs begrunnelse. Ved ansettelse i stillinger som ikke har tilknytning til trossamfunnets forkynnelse eller religiøse virksomhet, vil en religiøs begrunnelse for forskjellsbehandling heller ikke ha et saklig formål. Man må derfor trekke en grense mellom hva som hører til den «religiøse virksomheten» til et trossamfunn og hva som faller utenfor dette.

Når det gjelder ansettelser i prestestillinger mv. vil unntaksregelen måtte fortolkes i samsvar med EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) som tillater forskjellsbehandling der kjønn er et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav. Det vises til kapittel 3.1. De land som har implementert direktivets unntaksregel i sin lovgivning, hjemler religiøst begrunnet forskjellsbehandling i denne bestemmelsen. Dette gjelder for eksempel Sverige og Danmark, se kapittel 5.1 og 5.2. Direktivet gjelder i motsetning til likestillingsloven, kun arbeidsforhold. Det er likevel ikke grunnlag for å trekke grensen i norsk rett annerledes utenfor arbeidslivet. Her kan det vises til at diskrimineringsforbudet etter likestillingsloven har samme rekkevidde i og utenfor arbeidsforhold.

Likestillingsdirektivet åpner for en snever unntaksadgang. Forskjellsbehandling kan bare tillates hvis følgende vilkår er oppfylt: Det kan for det første kun gjøres unntak for konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner, og ikke for alle stillinger i en virksomhet. For det andre må kjønn være et «vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav.» For det tredje skal det legges det til grunn et krav om forholdsmessighet.

Saklighetsregelen vil innebære en viss innskjerping av unntaksadgangen i forhold til gjeldende regel i likestillingsloven § 2. Dette følger av at kravet om forholdsmessighet ikke er uttalt i lovens ordlyd, forarbeider eller praksis etter likestillingsloven § 2. Lovens ordlyd og fortolkning må således antas å være i strid med EUs likestillingsdirektiv.

En oppheving av unntaksregelen i likestillingsloven § 2 vil på denne bakgrunn bety at det fortsatt vil være en viss adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Unntaksadgangen vil i prinsippet bli snevrere enn etter dagens regler. Innskjerpingen vil blant annet bety at trossamfunnet må velge en annen og ikke-diskriminerende løsning der dette er mulig. Forholdsmessighetskravet betyr at forskjellsbehandling etter omstendighetene kan aksepteres, men bare i sin minst inngripende form. For eksempel vil separat religionsundervisning for gutter og jenter være en form for forskjellsbehandling som eventuelt vil kunne aksepteres så lenge undervisningstilbudet er det samme. Dette kravet om forholdsmessighet må antas å føre til andre tolkningsresultater kun i helt spesielle tilfeller. Noen stor praktisk betydning vil derfor denne innskjerpingen ikke få.

7.2.3 Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd

Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd har en generell unntaksregel som åpner for saklig forskjellsbehandling. Vilkårene for forskjellsbehandling er saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet, slik som etter likestillingslovens ulovfestede regel. Det er tale om en meget snever unntaksadgang. Adgangen til saklig forskjellsbehandling kan bare påberopes i særlige unntakstilfeller på bakgrunn av en konkret vurdering.

Det følger av bestemmelsen at forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål. På samme måte som etter likestillingsloven kan religiøs begrunnelse være et saklig formål når det har tilknytning til religionsutøvelsen eller den religiøse virksomheten til trossamfunnet. Det er videre en betingelse i loven at kravet til samlivsform må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Dette må vurderes ut fra stillingens karakter og formål, siden stillingsinnhaverens samlivsform sjelden har betydning for utførelsen av de oppgaver som ligger til en stilling. En slik fortolkning følger ikke klart av lovens ordlyd, men kan kanskje forsvares der trossamfunnet legger stor vekt på stillingens forbildefunksjon slik at de troende ifølge trossamfunnet ikke vil ha den nødvendige respekt eller ærbødighet overfor en person som lever på en måte som oppfattes som krenkende eller i strid med religiøse trosdogmer. Det er også et vilkår at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende.

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven implementerer regelen i EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 1 og skal fortolkes i samsvar med denne. Det er som nevnt i kapittel 3.2 usikkert om EUs rammedirektiv

tiv artikkel 4 nr. 1 åpner for unntak for forskjellsbehandling i trossamfunn på grunn av homofil samlivsform. Norge vil uansett ikke være bundet av en eventuell avgjørelse fra EF-domstolen eller EFTA-domstolen i dette spørsmålet fordi rammedirektivet ikke er en del av EØS-avtalen.

Arbeidslivslovutvalget mente at dagens praksis kunne videreføres i den generelle unntaksregelen i arbeidsmiljøloven, og at det derfor ikke var behov for særregelen (NOU 2003: 2 side 46). Den tilsvarende regelen i dansk og svensk diskrimineringslovgivning fortolkes imidlertid slik at det ikke er adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, se kapittel 5.

Trossamfunns krav til ansattes holdning og livsførsel med hensyn til etiske spørsmål kan innebære forskjellsbehandling av homofile. Slike krav må vurderes likt enten de retter seg mot alle ansatte, for eksempel som krav om at de ansatte ikke skal leve i seksuelle samliv utenfor ekteskap, eller som krav rettet direkte mot homofile, ved et uttrykkelig krav om å ikke leve i homofilt samliv.

Etter utvalgets vurdering må trossamfunns krav til samlivsform, kunne regnes for å ha et saklig formål hvis kravet er basert på trossamfunnets lære. En slik praksis vil dermed omfattes av den generelle unntaksregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd dersom bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt. En oppheving av den særlige regelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd vil derfor bety at det fortsatt vil være en viss adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse i trossamfunn, når dette er nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrket. Hvor langt denne retten til forskjellsbehandling går, er det imidlertid vanskelig å si noe helt presist om.

Unntaksadgangen vil uansett bli snevrere enn etter dagens regler. Vilkårene om at forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke og at den ikke er uforholdsmessig inngripende følger ikke av det særlige unntaket i tredje ledd. Den generelle saklighetsreglen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd gir dermed en snevrere unntaksadgang enn § 13-3 tredje ledd.

7.2.4 Momenter i saklighetsvurderingen

På bakgrunn av disse generelle utgangspunktene går utvalget i det følgende nærmere inn på momentene i den konkrete saklighetsvurderingen i relasjon til religiøst begrunnet forskjellsbehandling. Momentene er utledet fra gjeldende unntaksregler for saklig forskjellsbehandling, med de innstram-

ninger som kreves etter EUs likestillingsdirektiv og rammedirektiv.

7.2.4.1 Anvendelsesområde

Både trossamfunn og andre religiøse organisasjoner eller virksomheter kan påberope seg at religiøst begrunnet forskjellsbehandling er saklig. Dette følger av anerkjennelsen av religionsfriheten, som gir særrettigheter til religioner og livssyn når det gjelder holdninger og oppfatninger som ikke faller inn under disse betingelsene. Oppfatninger om forskjeller mellom menn og kvinner som ikke er saklige i de fleste sammenhenger, for eksempel knyttet til politiske organisasjoner, selskapsklubber eller idrettslag må således i utgangspunktet anses som saklige når de er en følge av en tro eller livsanskuelse som går inn under religionsfriheten.

Som følge av at religiøs lære kan være en saklig grunn for forskjellsbehandling, kan trossamfunn ha en videre adgang til å forskjellsbehandle mennesker enn andre virksomheter. Arbeidsmiljølovens diskrimineringsregler omfatter kun virksomheter som har ansatte. Likestillingsloven omfatter i tillegg også mer uformelle organisasjoner, foreninger og sammenslutninger, som ikke har ansatte. Noen trossamfunn og deres aktiviteter vil falle under sistnevnte kategori. Det bør tas utgangspunkt i begrepet trossamfunn i lov om trossamfunn, uten at avgrensningen av dette begrepet bør være avgjørende. Det avgjørende bør være om det er tale om en viss grad av organisering, og at formålet med virksomheten eller organisasjonen bygger på tro eller religion. I utgangspunktet bør derfor saklighet også kunne påberopes av virksomheter som drives av trossamfunn, og av virksomheter eller organisasjoner som har et religiøst formål. Dette vil gjelde for eksempel barnehager eller skoler som drives av trossamfunn eller som har et uttalt religiøst formål. Hvis det er en svak eller ingen tilknytning til trossamfunn vil det imidlertid kunne være vanskeligere å oppfylle de øvrige vilkårene, dvs. at forskjellsbehandlingen skal være nødvendig og forholdsmessig.

Saklighetsreglene etter likestillingsloven vil først og fremst gjelde forskjellsbehandling med hensyn til religiøse ritualer. Reglene i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven vil innenfor sitt anvendelsesområde også kunne påberopes ved ansettelse (og eventuelt utnevning) som prest, leder og annen posisjon som har sammenheng med religionsutøvelsen. Videre vil reglene etter likestillingsloven kunne påberopes med hensyn til religionsundervisning, både læremidlene og adgangen til undervisningen. Hvorvidt forskjellsbehandlingen

er lovlig, vil avhenge av om kravene til saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet er oppfylt. Disse vilkårene gjøres det nærmere rede for i det følgende.

7.2.4.2 Saklig formål - religiøst begrunnet

Det at forskjellsbehandlingen er religiøst begrunnet vil således være et saklig formål. For at en handling kan sies å være religiøst begrunnet, må det være tale om *forhold* som har nær sammenheng med selve religionsutøvelsen, dvs. praktiseringen av religionen.

Det følger av EUs likestillingsdirektiv og rammedirektiv at kravet om kjønn eller samlivsform skal være et «regulært og avgjørende ervervsmessig krav». Dette betyr at kravet ikke må stilles vilkårlig av trossamfunnet. Dette innebærer også at kravet ikke kan brukes til å unnlate å ansette en person som trossamfunnet av andre grunner ikke ønsker å ansette. Kravet må være regulært ut fra trossamfunnets egen praksis selv for sentrale religiøse stillinger. Det betyr derimot ikke at kravet må stilles konsekvent – regulært er et svakere uttrykk enn konsekvent. Det vil således neppe være i strid med direktivene at enkelte menigheter eller biskoper stiller kravet mens andre ikke gjør det innenfor samme trossamfunn.

Det må på denne bakgrunn avgrenses mot handlinger begrunnet i fordommer mot homofile og stereotype oppfatninger om kvinner og kjønnsroller som ikke er religiøst forankret. Det samme bør i utgangspunktet gjelde praksis, kultur eller tradisjon i trossamfunnet. I prinsippet går det en grense mot slike handlinger, selv om det ikke alltid vil være klart hva forskjellsbehandlingen er forankret i. I noen trossamfunn er den religiøse læren utledet av den religiøse tradisjonen, kanskje uten at det kan trekkes noe klart skille mot den kulturelle tradisjonen. I slike tilfeller kan det ikke avgrenses mot lære utledet av tradisjonen.

Det er ofte teologisk uenighet knyttet til spørsmål om kvinners og homofiles stilling, også internt i de enkelte trossamfunn. Uenigheten om homofile prester i Den norske kirke er et eksempel på slik uenighet. Det bør også tas høyde for at mange trossamfunn ikke har (sentrale) besluttede eller autoritative organer slik som i Den norske kirke eller Den katolske kirke. Dette gjelder for eksempel muslimske menigheter eller menigheter i pinsebevegelsen. Slike menigheter forholder seg ofte til lærde, prester, eldste e.l. som fortolkere av læren. Mellom disse kan det også være uenighet.

Utvalget mener også at det ikke bør stilles krav om enighet i trossamfunnet om en fortolkning.

Selv om det ikke er enighet om disse spørsmålene innad i trossamfunnet, kan forskjellsbehandlingen likevel anses som religiøst begrunnet og dermed ha et saklig formål. Det bør heller ikke kreves at fortolkningen har støtte blant et (bestemt) flertall i trossamfunnet. Den norske kirke vil dermed kunne begrunne forskjellsbehandling av homofile også etter vedtaket på Kirkemøtet i 2007, siden kirken uttrykkelig mener at det er en kirkelig begrunnelse for begge standpunkter. Et annet spørsmål er om det bør kreves at forskjellsbehandlingen er konsekvent i den aktuelle menigheten eller i trossamfunnet. Argumentet er i tilfelle at hvis det først åpnes for eksempel for kvinnelige prester, slik som i Den norske kirke, så vil det heller ikke være nødvendig ut fra trossamfunnets lære at bare menn kan være prester. I finsk og svensk rett legges et slikt synspunkt til grunn. Der regnes det ikke som religiøst begrunnet å avvise kvinner til prestestillinger i folkekirken/den evangelisk-lutherske kirken fordi kirken har åpnet for kvinnelige prester. Også i disse kirkene er det kvinneprestmotstandere. Utvalget vil bemerke at det uansett ikke kan kreves konsekvent praksis i de trossamfunn der det ikke er sentrale organer som fatter styrende, besluttede eller veiledende uttalelser eller vedtak.

Det er på rettslig grunnlag vanskelig å foreta en overprøving av lærespørsmål i det enkelte trossamfunn, dvs. hvorvidt en holdning til kvinner og homofile bygger på religion eller konvensjon, og hvorvidt oppfatninger som hevdes av en fraksjon innen trossamfunnet er en akseptabel variant eller gren eller om den representerer kjetteri eller vantro. Slike spørsmål må myndighetene i vid utstrekning overlate til det aktuelle trossamfunnet. Dette får også konsekvenser for den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas som ledd i prøvingen om unntaket kommer til anvendelse.

7.2.4.3 Nødvendig

Forskjellsbehandlingen må være nødvendig for religionsutøvelsen. Med dette menes at forskjellsbehandlingen må bygge på trossamfunnets lære, slik at likebehandling vil komme i konflikt med medlemmenes religiøse overbevisning. Forskjellsbehandlingen skal ikke være vilkårlig, men bygge på et regulært/vesentlig og avgjørende krav som følger av religionen (jf. ordlyden i likestillingsdirektivet og rammedirektivet).

Det bør tas utgangspunkt i at forskjellsbehandlingen skal være begrunnet i en overbevisning som etter vanlig teologisk oppfatning anses for å være et såkalt lærespørsmål. Læren kan være forankret i skriften eller i den religiøse tradisjonen. I tvils-

tilfeller bør domstolene, ombudet og nemnda likevel ikke overprøve om forskjellsbehandlingen er forankret (godt nok) i trossamfunnets lære. Som nevnt i kapittel 7.2.4.2 kan det ikke kreves enighet eller konsekvent praksis innad i trossamfunnet.

Det kan dessuten reises spørsmål ved om kravet til nødvendighet i direktivene og i de norske reglene er i samsvar med den rett til indre selvstyre organiserte trossamfunn har etter de internasjonale menneskerettigheter. Selv om rettstilstanden er usikker på dette punktet, er det på det rene at flere av de store religionene, som blant annet Den katolske kirken, mener at de har et folkerettslig krav på å kunne ansette prester og biskoper uten innblanding av verdslige myndigheter. Trossamfunnenes rett til autonomi i indre anliggender er et moment som trekker i retning av at trossamfunnets egen vurdering av nødvendigheten ikke overprøves.

Kravet om nødvendighet vil først og fremst være oppfylt når det gjelder praksis innen et trossamfunn. Kravet vil være vanskeligere å oppfylle hvis det gjelder en virksomhet som drives av et trossamfunn og i enda større grad hvis det er tale om en virksomhet som ikke drives av et trossamfunn, men som har et religiøst formål.

7.2.4.4 Forholdsmessig

Forskjellsbehandlingen skal ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd og av forarbeider og håndhevingsorganenes praksis med hensyn til den ulovfestede saklighetsregelen etter likestillingsloven. Forholdsmessighet er også et vilkår etter EUs likestillingsdirektiv og rammedirektiv.

Forholdsmessighetskravet betyr at den virkning som forskjellsbehandlingen får i form av ulik stilling, reduserte rettigheter, begrensninger i religionsutøvelse osv. for den enkelte kvinne/homofil eller for kvinner/homofile generelt, skal tillegges vekt og veies mot betydningen for trossamfunnet å fastholde sin praksis.

Dette betyr at adgangen til å forskjellsbehandle med hensyn til stillinger og posisjoner som det er tilknyttet goder og rettigheter til, som for eksempel ansettelser, vil være snevrere enn adgangen til å forskjellsbehandle med hensyn til religiøse ritualer under en gudstjeneste. Dette betyr for eksempel at det ikke kan forskjellsbehandles med hensyn til adgangen til grunnskoler og utdanning som gir offentlig yrkeskompetanse. I ytterkanten har vi handlinger som krenker eller skader den enkeltes

helse eller integritet, som for eksempel omskjæring av kvinner eller jenter. Slike handlinger kan ikke under noen omstendighet aksepteres selv om en religiøs overbevisning skulle bli påberopt.

I vurderingen av forholdsmessighet må betydningen av autonomi for trossamfunnet veies opp mot hensynet til den forskjellsbehandlingen går ut over. Siden de rettslige myndighetene i utgangspunktet ikke bør gå inn i en vurdering av hvor forankret en gitt praksis er i sentrale deler av troen, eller hvor nødvendig den er for trossamfunnet, betyr det at det i utgangspunktet bare er forhold som rammer den enkelte på en helt uakseptabel måte som kan kjennes ulovlige på grunn av uforholdsmessighet. Kravet til forholdsmessighet vil dermed ikke få noen praktisk betydning ved ansettelse i lærestillinger og andre stillinger knyttet til forkynnelse og trosutøvelse. Derimot vil kravet kunne få betydning når det er tale om stillinger som har svakere sammenheng med religionsutøvelsen. Det samme gjelder hvis det er tale om andre virksomheter som drives av trossamfunn eller som har et religiøst formål. I slike tilfeller vil man også måtte legge vekt på hvordan forskjellsbehandlingen rammer den det går ut over, og stille strengere krav om å vurdere alternative tiltak.

Forholdsmessighetskravet betyr nemlig også at trossamfunnet må velge en annen og ikke-diskriminerende eller eventuelt mindre inngripende løsning hvis dette er mulig. Kravet kan formuleres som en plikt til å organisere seg bort fra forskjellsbehandlingen. For eksempel vil det ikke være adgang til å nekte jenter religionsundervisning hvis religionen krever at jenter og gutter ikke skal undervises sammen. I slike tilfeller kan det i stedet gjennomføres separat undervisning for jenter og gutter, under forutsetning at jentene får samme undervisningstilbud som gutter.

7.2.4.5 Noen typetilfeller

Religiøse ritualer

Kjerneområdet for saklighetsunntaket etter likestillingsloven vil være religiøse funksjoner og ritualer. Eksempler på slike former for forskjellsbehandling vil være deltakelse i bønn eller gudstjeneste, og utføring av rituelle oppgaver under gudstjenesten. I gudstjenestene i det mosaiske trossamfunn i Norge sitter for eksempel kvinner og menn atskilt og de rituelle funksjonene kan bare utføres av menn. I muslimske menigheter er det bare menn som kan lede bønningen overfor andre

menn. Slik praksis vil ha et saklig formål, og regnes som nødvendig og forholdsmessig.

Religionsundervisning

Når det gjelder utdanning og læremidler, vil unntaket bare kunne påberopes med hensyn til religionsundervisningen. Unntaket kan ikke påberopes når det gjelder grunnskole eller utdanning som gir offentlig yrkeskompetanse. Separat religionsundervisning for menn/ gutter og kvinner/ jenter vil kunne være lovlig, så lenge undervisningstilbudet er det samme. Likestillingsloven § 7 om læremidler vil i medhold av saklighetsregelen måtte tolkes innskrenkende slik at bestemmelsen ikke gjelder religionsundervisning. Dette gjelder også om religionsundervisningen og læremidlene som brukes i religionsundervisningen, inngår som en del av grunnskoleutdanningen. Utvalget vil imidlertid vise til nemndas avgjørelse i ACE-saken (sak nr. 2001/1) der flertallet uttalte at hvis religionsundervisningen er integrert i øvrige fag, må likebehandlingsprinsippet også gjelde for læremidlene i disse fagene selv om læremidlene skal reflektere deres religiøse tro.

Ansettelse av prester mv. med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner

Unntakene for saklig forskjellsbehandling vil også gjelde ansettelse av kvinner og av homofile i trossamfunn. Hvis kvinner eller homofile skal kunne stenges ute fra en stilling må dette være begrunnet i stillingens karakter og trossamfunnets religiøse formål. Søkerens kjønn eller kravet til seksuell orientering må være en helt avgjørende (nødvendig) kvalifikasjon for å utføre arbeidsoppgavene. Dette må vurderes konkret i relasjon til den aktuelle stillingen og de arbeidsoppgaver som ligger til den. Unntaket kan derfor ikke gjøres gjeldende for alle stillinger i en virksomhet eller i en del av en virksomhet.

Arbeidsoppgavene og de funksjoner som er lagt til stillingen må ha en nær sammenheng med religionsutøvelsen. Stillingen må ha forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner. Når det gjelder ansettelse av homofile der det er trossamfunnets etiske normer som ligger til grunn for en eventuell utestengning, kan det legges vekt på den forbildefunksjonen overfor barn, elever eller medlemmer i trossamfunnet, som ligger til stillingen. Prester og religiøse ledere tillegges ofte en slik forbildefunksjon av trossamfunnet.

På denne bakgrunn vil unntakene, avhengig av trossamfunnets lære, kunne påberopes overfor prester, kateketer, kantorer, diakoner, pastorer,

imamer, rabbinere, religiøse ledere, lærere i religiøse fag mv. Det må derimot avgrenses mot stillinger innen administrasjon, renhold osv. Slike stillinger vil ikke ha forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner og har heller ikke samme forbildefunksjon.

Biskopenes ordinasjon og tilsynsrolle i Den norske kirke er en religiøs handling. En prest i Den norske kirke trenger både ansettelse og ordinasjon for å kunne virke som prest. Det kan oppstå en situasjon der en prest blir ansatt i et bispedømme der biskopen er imot å ordinere prester som lever i homofilt samliv. Dette er ikke noe problem der presten allerede er ordinert, fordi en prest tar med seg sin ordinasjon til nye ansettelsesforhold i andre bispedømmer. Ved nyansettelser vil biskopens holdninger være avgjørende fordi bispedømmerådene i praksis ikke vil ansette en prest som biskopen ikke vil ordinere. Det vises til beskrivelsen i kapittel 6.1.2 av ansettelsesprosessen for prester i Den norske kirke.

Utnevelser til posisjoner med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner

Spørsmålet om adgangen til å holde kvinner ute fra utnevelser til ulike posisjoner i trossamfunnet som ikke er ansettelse, må vurderes tilsvarende som ved ansettelse, se ovenfor. Det vil dermed være adgang til å forbeholde særlige posisjoner for menn, som for eksempel eldste i «eldsterådet» i en kristen frikirke eller en imam i en muslimsk menighet (imamer er ofte utnevnt, men ikke ansatt i menigheten).

Vektlegging av homofil samlivsform ved utnevelser som ikke er ansettelsesforhold, omfattes derimot ikke av arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud (se kapittel 4.2.2.2). Slike utnevelser reiser derfor heller ingen spørsmål i forhold til saklighetsregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd.

Ansettelse i virksomheter som drives av trossamfunn eller som har religiøst formål

Det kan reises spørsmål om det kan legges vekt på kjønn eller homofil samlivsform overfor ansatte i barnehager, skoler, aldershjem, sykehjem osv. Slike virksomheter drives i en del tilfeller av trossamfunn eller har et religiøst formål selv om de ikke drives av et trossamfunn.

Spørsmålet er om virksomhetene har adgang til å kreve at den som ansettes ikke lever i homofilt samliv, eller at visse stillinger i virksomheten forbeholdes det ene kjønn på bakgrunn av religiøse fore-

stillinger om for eksempel atskillelse mellom kjønnene. Spørsmålet er særlig aktuelt når det gjelder krav til samlivsform overfor lærere i grunnskolen og barnehageansatte. Her vil den ansatte i tillegg til sine arbeidsoppgaver også ha en forbildefunksjon overfor barn og unge. De ansatte vil imidlertid medvirke i ulik grad til gjennomføringen av det pedagogiske opplegget og andre aktiviteter. Videre må det tas høyde for foreldres rett til å bestemme over sine barns oppdragelse og undervisning.

Virksomheter som drives av trossamfunn eller som ikke drives av et trossamfunn, men likevel har et religiøst formål, vil i utgangspunktet kunne påberope seg saklighetsregelen. Aktiviteten i slike virksomheter har ofte liten eller ingen sammenheng med religionsutøvelsen og har derfor et svakere eller intet vern i religionsfriheten. Det vil derfor kun være i noen få, helt spesielle, tilfeller at forskjellsbehandlingen vil være saklig. Krav om samlivsform vil ikke kunne stilles til alle i virksomheten. Unntaket vil bare kunne påberopes for enkelte helt bestemte stillinger i virksomheten. I barnehager og skoler vil dette kun være stillinger der arbeidstakeren deltar i religionsundervisningen. Utestengningen vil dessuten ikke være forholdsmessig hvis det er andre ansatte i virksomheten som står for eller kan stå for (hoveddelen av) det religiøse pedagogiske opplegget.

7.2.5 Begrunnelsesplikt og bevisbyrde

Det er et alminnelig prinsipp at det er den som påberoper seg en unntaksregel som må dokumentere at vilkårene er oppfylt. Dette følger også av reglene om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 og arbeidsmiljøloven § 13-8. Disse reglene sier at hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med loven, skal det legges til grunn at slik diskriminering har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted. Det er altså trossamfunnet som må kunne vise at vilkårene for saklig forskjellsbehandling er oppfylt.

Tilsvarende prinsipper gjelder i og for seg også etter de særlige unntaksreglene. Begrunnelsesplikten skjerpes imidlertid hvis unntaksadgangen hjemles i saklighetsreglene. Det må i større grad gis en konkret begrunnelse fra sak til sak. Trossamfunnet må begrunne forskjellsbehandlingen og vise at den i det aktuelle tilfellet er saklig.

7.2.6 Oppsummering

Hovedvilkårene etter de generelle saklighetsreglene er at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende for den eller de som forskjellsbehandles.

Forskjellsbehandling som er begrunnet ut fra trossamfunnets religiøse lære må regnes å ha et saklig formål. Det må også legges til grunn at kravet til kjønn eller samlivsform er et nødvendig kriterium i religionsutøvelsen. I arbeidsforhold betyr dette at kravet til kjønn eller samlivsform må være nødvendig for utøvelse av arbeidsoppgavene. Det kan imidlertid reises tvil om hvor langt det å stille krav til ansattes samlivsform kan sies å falle inn under dette kravet. Videre må forskjellsbehandlingen ikke være uforholdsmessig inngripende. Dette er et vilkår som ikke følger av ordlyden i dagens særlige unntak og som heller ikke innfortolkes. Utvalget mener derfor at en oppheving av de særlige unntaksreglene vil føre til at den unntaksadgangen som trossamfunnene har i dag vil innsnevres.

Utvalget er dermed ikke enig med arbeidslivslovutvalget som mente at det generelle unntaket i arbeidsmiljøloven også kan hjemle en videreføring av gjeldende unntak for religiøse trossamfunn (NOU 2003:2 punkt 11.6.2 side 46).

7.3 Spørsmålet om oppheving eller endring av de særlige unntaksreglene

Etter utvalgets vurdering bør unntakene for trossamfunn ikke gå lenger enn det som er helt nødvendig av hensyn til religionsfriheten og den autonome trossamfunnene må ha i relasjon til denne. Utvalget mener også at reglene bør være de samme for alle trossamfunn. Det vil si at det ikke bør være egne regler for Den norske kirke.

7.3.1 Valget mellom særregler eller generelle saklighetsregler

Utvalget har vurdert om unntakene for trossamfunn bør fremgå av egne bestemmelser i loven, eller om det er tilstrekkelig og hensiktsmessig at trossamfunnenes handlefrihet på disse områdene følger av en anvendelse av det generelle saklighetsunntaket som allerede finnes i arbeidsmiljøloven og som følger av forarbeider og praksis etter likestillingsloven. Når det gjelder spørsmålet om hvilken handlefrihet saklighetsunntaket gir trossamfunn for å legge vekt på henholdsvis kjønn

og homofil samlivsform, vises det til redegjørelsen i kapittel 7.2.

Som nevnt i kapittel 3 setter EØS-retten grenser for muligheten til å gi trossamfunn handlefrihet til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn – handlefriheten kan ikke gå lengre enn det som følger av de generelle saklighetsreglene. Religionsfriheten slik den i dag er beskyttet i menneskerettighetene, gir neppe en rett til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn eller seksuell orientering i videre utstrekning enn det som følger av saklighetsreglene. Når det gjelder likestilling mellom kjønnene setter dermed likestillingsdirektivet en yttergrense for hvor stor handlefrihet de norske reglene kan gi trossamfunn.

Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av homofilt samliv, står den norske lovgiveren friere, siden EUs rammedirektiv ikke er en del av EØS-avtalen. Grensene for norsk lovgivningsmyndighet vil her følge direkte av de internasjonale menneskerettighetene, som avveiningen mellom henholdsvis religionsfriheten, retten til privatliv og retten til ikke å bli diskriminert i utøvelsen av konvensjonsfestede rettigheter. Ut fra blant annet menneskerettighetsdomstolens praksis må det antas at lovgiveren har en viss skjønnsmargin i denne vurderingen. Det må blant annet kunne tas hensyn til samfunnets nedarvede kultur, hvor stor rolle religion spiller i samfunnet og flertallets ønske om å forbedre og beskytte den enkeltes integritet og menneskeverd også i forhold til religiøse institusjoner. Den linje lovgiveren hittil har fulgt om en frivillig tilpasning til EUs regler, ligger etter utvalgets oppfatning klart innenfor rammen av menneskerettighetene.

Utvalget mener på denne bakgrunn at lovgiver står fritt med hensyn til valget mellom særregler og saklighetsregler. Valg av løsning må dermed baseres på en generell vurdering av hensiktsmessighet og hvor vid den materielle unntaksadgangen bør være.

Det følger av kapittel 7.2.6 at hvis unntaksadgangen hjemles i saklighetsreglene, så vil unntaksadgangen innskrenkes i forhold til gjeldende regler. Diskrimineringsforbudet vil dermed skjerpes. Hvis en ønsker en videre unntaksadgang enn det som følger av saklighetsreglene, må unntaksadgangen hjemles i særlige unntaksregler som i dag.

Utvalget mener imidlertid at ut fra hensynet til likestilling og likeverd for kvinner og homofile, bør unntaksadgangen ikke være videre enn det som følger av saklighetsreglene slik de er beskrevet i kapittel 7.2.

Utvalget mener det er behov for en endring i dagens regler. Det ser ut til at dagens unntaksregler lett oppfattes som å gi videre adgang til forskjellsbehandling enn det som er riktig fortolkning ut fra håndhevingsorganenes praksis og EU-retten. Å hjemle unntaksadgangen i saklighetsreglene vil bringe lovteksten mer i samsvar med gjeldende rett. Den materielle unntaksadgangen kan alternativt presiseres eller innskrenkes ved en endring i ordlyden på særreglene.

På et område som dette hvor det er snakk om å foreta avveininger mellom hensynet til religion og hensynet til den enkeltes krav på respekt for sitt egenverd og til ikke å bli diskriminert, er det også et hensyn at vurderingen så langt som mulig bør foretas gjennom den politiske prosessen av lovgiveren. På den måten kan flest mulige synspunkter komme frem gjennom en høring, og det er mulig å vurdere mer generelt de forskjellige alternativer og konsekvenser enn det som er mulig dersom grensene skal trekkes fra sak til sak gjennom praksis. Dette taler for at lovteksten bør gi en presis eller detaljert anvisning på hvor langt unntaksadgangen rekker.

Hensynene mot å gi detaljerte regler er at slike kan bidra til å låse fast utviklingen og enten sette for vide eller for snevre rammer for trossamfunnenes autonomi. Utvalget vil i den forbindelse peke på at et generelt utformet unntak ikke innebærer at trossamfunnenes rettslige handlingsrom blir større enn ved et snevrere og mer presist utformet særinntak. Et generelt utformet unntak vil uansett måtte fortolkes i samsvar med den snevre unntaksadgangen i EU-direktivene. Dette gjelder i alle fall med hensyn til kjønnsdiskriminering, siden Norge er bundet av EUs likestillingsdirektiv gjennom EØS-avtalen. En mer generell utforming vil derfor bare innebære at håndhevingsorganenes skjønnssrom blir større og at de gjennom kravet til forholdsmessighet vil måtte gå inn og overprøve trossamfunnets vurdering av nødvendigheten og hensiktsmessigheten av bruk av unntaket i det konkrete tilfellet. Det er etter utvalgets syn heller ikke akseptabelt at lovgiveren overlater til trossamfunnene et vidt og ukontrollert spillerom til å diskriminere mot homofile. Også her bør derfor valget stå mellom mer presise rammer etter loven eller større grad av kontroll og overprøving fra håndhevingsorganenes side.

Reglene bør imidlertid ikke utformes på en slik måte at håndhevingsorganene og domstolene indirekte får adgang til å gå inn i og overprøve teologiske vurderinger og lærespørsmål i de forskjellige trossamfunnene. Det er klart behov for å kunne nærme seg grensespørsmål mer nyansert.

Trossamfunn utgjør ingen ensartet gruppe, og det er store forskjeller mellom dem med hensyn til blant annet krav til bekjennelse, religiøse skikker og tradisjoner. Det er derfor nødvendig å ta hensyn til at det vil være et visst behov for fleksibilitet ved anvendelse av en bestemmelse. En annen sak er at slike avveininger forutsetter at læremessige spørsmål trekkes inn i avgjørelsene. Dette er en type spørsmål som ikke er egnet for å løses i verdslige organer. Utvalget mener at håndhevingsorganene bør kunne avgjøre slike tvister, så lenge de i tvilstilfeller er tilbakeholdne med å overprøve om forskjellsbehandlingen er forankret godt nok i trossamfunnets lære. Utvalget viser til kapittel 7.2.4 der det legges til grunn at håndhevingsorganene skal utvise en slik tilbakeholdenhet.

Hensynet til at lovteksten skal gi god informasjon om rettstilstanden og skape en forutberegnelighet for de aktuelle aktørene, taler for at unntaksreglene utformes mest mulig konkret og detaljert. Dette taler for at unntaksadgangen hjemles i særregler som i dag. Utvalget mener imidlertid at dette hensynet ikke kan tillegges avgjørende vekt. Unntakene har liten praktisk betydning som rettesnor for praksis i konkrete tilfeller. Unntakene har først og fremst betydning for trossamfunnene ved at de markerer autonomi og gjør det mulig å videreføre en etablert og kjent praksis.

Etter det utvalget erfarer ønsker trossamfunnene særregler fremfor saklighetsregler. De særlige unntaksreglene oppfattes som en viktig markering og sikring av trossamfunnenes autonomi. Fravær av uttrykkelige unntaksregler med relativt tydelige rammer, og et krav om konkret begrunnelse fra sak til sak vil kunne bli oppfattet som et utilbørlig inngrep i trossamfunnenes indre forhold og selvstyre. Klare rammer gir trossamfunnene en mulighet for å drive frem endringsprosesser på trossamfunnets egne premisser. Utvalget har forstått det slik at det også er en frykt for at eksterne inngrep kan motvirke slike prosesser ved at de skaper motvilje og unødige interne fronter og konflikter som kan føre til splittelse i trossamfunnet.

Utvalget mener at det er uheldig at dagens regler oppfattes som en slik «rammefullmakt». Utvalget har det inntrykket at noen trossamfunn mener at de står friere i forhold til forbudene mot forskjellsbehandling enn det som rettstilstanden faktisk gir dekning for. Det at loven uttrykkelig sier at trossamfunn kan forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn eller samlivsform, fører til at trossamfunnet i hvert enkelt tilfelle ikke trenger å godtgjøre at dette er et saklig hensyn ut fra deres trosdogmer og forestillinger. Dette betyr imidlertid ikke at den konkrete vurderingen av lovens

øvrigt vilkår er unndratt overprøving. Særreglene kan likevel bidra til at forskjellsbehandling som ikke er religiøst begrunnet og som savner saklig grunn, ikke avdekkes. Vi bør ha regler som kan motvirke slik forskjellsbehandling og som kan bidra til åpenhet og bevisstgjøring om likestilling og trossamfunnenes reelle motiver for forskjellsbehandling. Utvalget mener at saklighetsregler og det skjerpede kravet om begrunnelse i større grad enn særregler kan bidra til en slik prosess.

Utvalget legger spesielt vekt på det signalet som de særlige unntakene gir til samfunnet og til kvinner og homofile om likestilling og likeverd. Det at trossamfunn har en uttrykkelig adgang til å forskjellsbehandle, kan virke krenkende for kvinner og homofile og det kan legitimere forskjellsbehandling, og således få ringvirkninger også på andre samfunnsområder.

Det å oppheve særinntakene kan innebære at det åpnes for flere tvister for håndhevingsorganene og domstolene om adgangen til å forskjellsbehandle. Slik saklighetsreglene må forstås, vil regelen ikke være uklar når det gjelder forkynnende stillinger og lærestillinger innen trossamfunn. Det kan ikke utelukkes at tvil kan oppstå når det gjelder andre typer stillinger og stillinger i virksomheter som er knyttet til trossamfunn og virksomheter med religiøst formål.

Utvalget mener imidlertid at det ikke er sannsynlig at det vil bli mange saker selv med endrede regler. Og selv om det skulle bli noen saker med den belastning det vil kunne innebære for det trossamfunnet som blir involvert, mener utvalget at noen saker for håndhevingsorganene også kan være en fordel både på grunn av de virkninger dette vil ha for bevisstheten om disse spørsmålene og fordi det kan bidra til å trekke klarere grenser.

Mange EU-land hjemler unntaksadgangen for trossamfunn i generelle saklighetsregler som implementerer EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) eller EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 1. Utvalget har merket seg at svensk, dansk og finsk diskrimineringslovgivning ikke gjør unntak for trossamfunn med hensyn til homofili. En eventuell adgang til forskjellsbehandling må hjemles i generelle saklighetsregler som disse landene har lovfestet. Som det fremgår av kapittel 4.1 og 4.2 antas det imidlertid i svensk og dansk rett at disse reglene ikke hjemler en adgang til forskjellsbehandling i trossamfunn på grunn av homofil samlivsform. Storbritannia er eksempel på et land som har lovfestet særinntak for trossamfunn når det gjelder seksuell orientering. Regler som gjør særlig unntak for trossamfunn når det gjelder forbudet mot kjønns-

diskriminering har de derimot både i Danmark og Finland, på linje med en rekke andre europeiske land.

Utvalget har på denne bakgrunn kommet til at unntaksadgangen for trossamfunnenes religionsutøvelse primært bør hjemles i generelle saklighetsregler fremfor særlige unntaksregler. Siden likestillingsloven og arbeidsmiljøloven er ulikt oppbygget, bør imidlertid dette spørsmålet vurderes separat for de to lovene.

Når det gjelder arbeidsmiljølovens regel er dens anvendelsesområde avgrenset til ansettelser. Samtidig gjelder en uttrykkelig lovfestet saklighetsregel som vil komme til anvendelse dersom særinntaket oppheves. Utvalget mener derfor at konsekvensene av å oppheve særinntaket er rimelig oversiktlige.

Når det gjelder likestillingsloven er situasjonen annerledes. Både loven og unntaket fra loven er generelt utformet. Det gjelder riktignok et saklighetsunntak fra forbudet mot direkte diskriminering, men dette er ulovfestet og følger av forarbeider og praksis. En lovfesting av dette unntaket vil ha virkninger generelt på alle samfunnsområder, og ikke bare på det området som utvalgets vurdering i denne omgang omfatter. Utvalget har innenfor de rammer det har hatt til rådighet ikke hatt mulighet til å vurdere slik lovfesting i sin fulle bredde. Samtidig mener utvalget at det er utilfredsstillende å overlate spørsmålet om trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn til en ulovfestet saklighetsvurdering. Det er derfor nødvendig å opprettholde en særregel på dette området inntil utvalget har hatt anledning til å vurdere likestillingsloven generelt. Dette vil utvalget komme tilbake til i sin neste utredning, hvor utvalget i lys av de generelle endringer som utvalget foreslår også vil vurdere om det er nødvendig å opprettholde et særinntak på dette området.

7.3.2 Oppheving av arbeidsmiljølovens særlige unntak

Utvalget foreslår at unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd oppheves. Utvalget er kritisk til at unntaksregelen trekker et avgjørende skille mellom homofil legning og homofilt samliv. Homofil kjærlighet og seksualitet er en del av det å være homofil; homofil legning og homofilt samliv må betraktes som to sider av samme sak. Regelen signaliserer at homofile bare aksepteres så lenge de undertrykker eller skjuler sin seksualitet. Regelen betyr at homofil kjærlighet ikke anerkjennes og at homofile ikke har samme rett som heterofile til å

leve ut sin seksualitet. Dette berører ikke bare de som lever i et homofilt samlivsforhold og som unntaket gjelder, men også andre homofile som ikke er i et forhold eller som ikke er åpne om sin seksuelle orientering.

Bestemmelsens ordlyd er uklar og må fortolkes innskrenkende. Avgrensningen til «stillinger knyttet til religiøse trossamfunn» er vid, og gir i seg selv ikke veiledning med hensyn til om dette omfatter alle stillinger eller bare noen av dem. Også av disse grunner bør bestemmelsen ikke videreføres.

Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd gjelder alle diskrimineringsgrunner og virksomheter som omfattes av arbeidsmiljøloven kapittel 13. Det bør ikke være en egen unntaksregel bare for trossamfunn med hensyn til homofile.

Utvalget mener at den materielle unntaksadgangen bør innskrenkes i forhold til gjeldende regel i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd. Utvalget har kommet til at saklighetsregelen i § 13-3 første ledd gir tilstrekkelig hjemmel for religiøst begrunnet forskjellsbehandling av homofile. Denne bestemmelsen vil gi tilstrekkelig åpning for krav til samlivsform ved ansettelser i stillinger med arbeidsoppgaver knyttet til religionsutøvelsen eller den religiøse virksomheten til trossamfunnet.

Utvalget mener at det er tvilsomt om det særlige unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd er i samsvar med EUs rammedirektiv. Selv om Norge ikke er forpliktet til å gjennomføre direktivet fordi det ikke omfattes av EØS-avtalen, har det vært lovgivers intensjon å gjennomføre direktivets minstekrav. Etter utvalgets vurdering gir rammedirektivets artikkel 4 nr. 2 andre ledd, lest i sammenheng med første ledd, antakelig ikke hjemmel for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering. Lovregler som gjør unntak må dermed i stedet hjemles i artikkel 4 nr. 1 som også gjelder seksuell orientering, men som har strengere vilkår for forskjellsbehandling. Se kapittel 3.2.

Når § 13-3 tredje ledd oppheves, må en eventuell utelukkelse av søkere på grunnlag av deres seksuelle orientering begrunnes i bestemmelsens første ledd. Unntaket i første ledd er meget snevert. Forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål. Religiøs begrunnelse vil være et saklig formål når det har tilknytning til religionsutøvelsen eller den religiøse virksomheten til trossamfunnet. Det er videre en betingelse at kravet til samlivsform må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Det er også et vilkår at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende. Dette innebærer at adgangen til å avvise homofile søkere blir snevrere. Det vises til kapittel 7.2.

Utvalget mener at det ikke bør være noe absolutt krav om at det er angitt i utlysningen at søkere som lever i homofilt samliv vil bli avvist. Dette er lovfestet i dag i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd. Utvalget mener imidlertid at dette kun kan betraktes som et krav til saksbehandlingen og ikke som et vilkår for å kunne legge vekt på homofilt samliv. Det vises til kapittel 4.4.2.5. En annen sak er at et slikt krav i utlysningen viser at trossamfunnet på forhånd har klarlagt om stillingen som lyses ut er av betydning for å fremme virksomhetens formål og at den er av en slik karakter at den kun kan besettes av personer som ikke lever i homofilt samliv.

Utvalget foreslår i tillegg en endring i arbeidsmiljøloven § 13-4 som regulerer arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om arbeidssøkere. Bestemmelsen relaterer seg til diskrimineringsgrunnene seksuell orientering, politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Arbeidsgiver har etter første ledd ikke rett til å innhente slike opplysninger om søkere. Arbeidsgiver har imidlertid etter andre ledd adgang til å be om opplysninger om

«hvordan søkerne stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjon er begrunnet i stillingens karakter eller det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte politiske syn og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet. Tilsvarende gjelder for opplysninger om søkerens eventuelle homofile legning eller samlivsform».

Utvalget foreslår at uttrykket «homofil legning eller samlivsform» i andre punktum endres til uttrykket «seksuell orientering», for å få bedre sammenheng mellom reglene og ensartet terminologi. På denne måten vil en unngå lovttekstens tydelige stigmatisering av homofile. Strengt tatt kan det hevdes at forslaget ut fra ordlyden innebærer en viss utvidelse av adgangen til å innhente opplysninger, ved at unntaket ikke kun vil gjelde opplysninger om homofili, men også opplysninger om seksuell orientering generelt. I praksis er det imidlertid eventuell homofili arbeidsgiver er interessert i å vite om, uansett om dette formuleres som spørsmål om søkeren er heterofil eller homofil. Utvalget mener derfor at endringen i praksis ikke vil innebære noen utvidelse av retten til å innhente opplysninger.

Selv om det ikke står uttrykkelig, må unntakene i § 13-4 andre ledd fortolkes i lys av § 13-3 første ledd som åpner for at slike forhold kan tillegges vekt i særlige tilfeller, for eksempel hvis en interes-

seorganisasjon for homofile ønsker en leder som selv er homofil eller hvis homofilt samliv er i strid med læren i et trossamfunn. Arbeidsgivere vil bare kunne innhente opplysninger om seksuell orientering hvis det kan være saklig å legge vekt på dette etter § 13-3 første ledd. Trossamfunn vil dermed bare ha adgang til å innhente opplysninger om homofil samlivsform i de tilfeller der det kan være saklig å legge vekt på dette etter § 13-3 første ledd.

7.3.3 Presisering av unntaksadgangen i likestillingsloven

Utvalget foreslår at det fortsatt skal være lovfestet et særlig unntak for trossamfunn i likestillingsloven. Utvalget viser til at det ikke er lovfestet noe generelt unntak for saklig forskjellsbehandling (unntak fra forbudet mot direkte diskriminering), slik som arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd. I stedet må en adgang til å forskjellsbehandle eventuelt hjemles i den ulovfestede saklighetsregelen. Det vises til kapittel 7.2. Det vil bli en uklar rettskildesituasjon hvis den særlige unntaksregelen oppheves, selv om forutsetningen er at unntaksadgangen for trossamfunnene skal videreføres under en relativt svakt fundert ulovfestet regel der vi nesten ikke har noe praksis som grunnlag for fortolkningen. Rettskildesituasjonen kan bli slik at det ikke vil være sikkert om eller i hvilken grad domstolene vil komme til at trossamfunnene i konkrete tilfeller har adgang til å forskjellsbehandle. Når utvalget skal utarbeide forslag til en samlet lov mot diskriminering, vil utvalget vurdere om det bør lovfestes en generell saklighetsregel også med hensyn til forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Dette vil skape en ny situasjon som taler for å oppheve det særlige unntaket. Se for øvrig siste avsnitt i kapittel 7.3.1.

Utvalget mener at dagens unntaksregel ikke bør videreføres i sin nåværende ordlyd. Unntaksregelen skal ut fra forarbeider, håndhevingsorganenes praksis, EUs likestillingsdirektiv og internasjonale menneskerettigheter fortolkes innskrenkende. Lovteksten er knapp og gir ikke dekkende veiledning om unntakets rekkevidde. Likestillingslovens presisering er både veldig vid fordi den ikke knytter unntaket til religiøse deler av virksomheten, og vag fordi det kan være vanskelig å vite hva som ligger i «indre forhold». Utvalgets erfaring er som nevnt at unntaksadgangen ofte oppfattes som videre enn den faktisk er.

Når det gjelder EUs likestillingsdirektiv kommer EUs krav til gjennomføring av direktiver inn. Etter disse reglene er det krav om at direktiver gjennomføres med tydelig angivelse i lovtteksten.

Gjennomføring i form av forarbeidsuttalelser, forvaltningspraksis eller instruksjoner er ikke tilstrekkelig. Ut fra dette er det ganske klart at regelen i likestillingsloven er for vag til å være i samsvar med likestillingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) som bare tillater forskjellsbehandling der kjønn er et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav.

Utvalget mener på denne bakgrunn at det er behov for å endre ordlyden i likestillingslovens unntaksregel for trossamfunn. Unntaksadgangen bør fremgå mer presist av lovteksten enn i dag.

Utvalget mener at det bør fremgå av lovteksten at trossamfunn ikke er unntatt fra loven, men at unntaket kun gjelder religionsutøvelsen, dvs. forskjellsbehandling som er religiøst begrunnet. Slik forskjellsbehandling vil alltid ha et saklig formål. «Religionsutøvelse» er et mer presist og dekkende uttrykk for gjeldende rett enn «indre forhold». Begrepet «religionsutøvelse» må fortolkes i samsvar med det tilsvarende begrepet og vernet av religionsfriheten etter EMK artikkel 9 og Grunnloven § 2. Det vises til kapittel 2.2.1 og kapittel 4.1. Religionsfriheten omfatter den religiøse tro og seremonier hvor individet – alene eller samme med andre likesinnede – gir uttrykk for sin tro. Fastsettelse av trossamfunnets lære, religiøse ritualer, religionsundervisning og valg av religiøse ledere, prester og lærere ligger i kjernen av trossamfunnenes autonomi.

Videre bør det fremgå av lovteksten at kravet om et bestemt kjønn må være nødvendig ut fra trossamfunnets lære. Med dette menes at forskjellsbehandlingen må bygge på trossamfunnets lære, slik at likebehandling vil komme i konflikt med medlemmenes religiøse overbevisning. Forskjellsbehandlingen skal ikke være vilkårlig, men bygge på et regulært/vesentlig og avgjørende krav som følger av religionen (jf. ordlyden i likestillingsdirektivet). Videre bør det fremgå av lovteksten at det gjelder et krav om forholdsmessighet.

Forskjellsbehandlingen skal ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette kravet er i samsvar med EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) og tilsvarer forholdsmessighetskravet i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd.

Når det gjelder ansettelser, mener utvalget at lovteksten bør si noe om hva slags tilknytning stillingene og arbeidsoppgavene må ha til trossamfunnenes formål, for at det skal være tillatt å forskjellsbehandle på grunn av kjønn. Lovteksten bør markere at selve ansettelsen ikke regnes som religionsutøvelse, men derimot de funksjoner som ligger til stillingen.

Utvalgets forslag viderefører gjeldende unntaksadgang, men slik dagens unntaksregel i § 2 skal fortolkes innskrenkende i lys av EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet). Unntaket skal med andre ord ha samme rekkevidde som det ulovfestede saklighetskravet slik det er fremstilt i kapittel 7.2.

Et annet spørsmål er om reglene skal utformes som unntak fra lovens virkeområde (likestillingslovens modell) eller som unntak fra diskrimineringsforbudet (arbeidsmiljølovens modell). I denne innstillingen tar utvalget utgangspunkt i gjeldende regler. Valg av modell vil imidlertid bli vurdert når utvalget skal legge frem forslag til en samlet lov mot diskriminering.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at gjeldende regel i likestillingsloven § 2 første ledd om lovens virkeområde får følgende ordlyd:

Loven gjelder på alle områder.

Loven gjelder likevel ikke religionsutøvelsen i trossamfunn eller ansettelser i trossamfunn i stillinger knyttet til utøvelsen av bestemte religiøse funksjoner, der kravet om et bestemt kjønn er forholdsmessig og nødvendig ut fra trossamfunnets religiøse lære.

Kapittel 8

Lovforslag med kommentarer

8.1 Endringer i arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd oppheves

Kommentarer til opphevingen

Forslaget innebærer at det særlige unntaket for religiøse trossamfunn oppheves. Krav til samlivsform ved ansettelser i stillinger med arbeidsoppgaver knyttet til trosutøvelsen eller den religiøse virksomheten til trossamfunn, må i stedet hjemles i den generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd. Det er tale om en meget snever unntaksadgang. Kravet til samlivsform må være religiøst begrunnet og nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Det er også et vilkår at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende. Ansettelse av religiøse ledere, prester og lærere i trossamfunn ligger i bestemmelsens kjerneområde. Unntakets anvendelse på andre stillinger eller ansettelse i stillinger i virksomheter som drives av religiøse trossamfunn eller som har et religiøst formål er mer usikkert. Det vises til kapittel 7.2.

Arbeidsmiljøloven § 13-4 andre ledd andre punktum erstattes med følgende bestemmelse:

Tilsvarende gjelder for opplysninger om søkerens seksuelle orientering.

Kommentarer til § 13-4

Bestemmelsen gjør unntak fra forbudet mot innhentning av opplysninger om søkeres seksuelle orientering ved ansettelser. Uttrykket «homofile legning eller samlivsform» endres til «seksuelle orientering» slik at terminologien samsvarer med øvrige bestemmelser i kapittel 13. Forslaget innebærer ingen materielle endringer. Arbeidsgivere vil som nå bare kunne innhente opplysninger om seksuell orientering hvis det kan være saklig å legge vekt på dette etter § 13-3 første ledd. Trossamfunn vil dermed bare ha adgang til å innhente opplysninger om homofil samlivsform i de tilfeller

der det kan være saklig å legge vekt på dette etter § 13-3 første ledd.

8.2 Endringer i likestillingsloven

Likestillingsloven § 2 første ledd erstattes med nytt første og andre ledd, som skal lyde slik:

§ 2 Lovens virkeområde

Loven gjelder på alle områder.

Loven gjelder likevel ikke religionsutøvelsen i trossamfunn eller ansettelser i stillinger knyttet til utøvelsen av bestemte religiøse funksjoner, der kravet om et bestemt kjønn er forholdsmessig og nødvendig ut fra trossamfunnets religiøse lære.

Kommentarer til § 2

Bestemmelsen gjør unntak fra lovens virkeområde. Unntaket gjelder diskrimineringsforbudet i § 3. Dette omfatter som nå også særreglene for ansettelser og utdanning i §§ 4 og 6. Disse særreglene har ikke selvstendig betydning, men presiserer kun det som følger av generalklausulen i § 3. Unntaket gjelder i tillegg kravet til læremidler i § 7.

Regelen viderefører gjeldende unntaksadgang med de innskjerpinger som følger av EUs krav om forholdsmessighet (se kapittel 7.2.4.4 og 7.2.6). Unntaksregelen er imidlertid mer presist utformet for å gi et mer dekkende bilde av gjeldende rett og EU-rettslige krav.

Det er tale om en meget snever unntaksadgang. Unntaksregelen vil med hensyn til ansettelser i prestestillinger mv. måtte fortolkes i samsvar med EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) som tillater forskjellsbehandling der kjønn er et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav. Det vises til kapittel 3.1.

Det er bare trossamfunn som kan påberope seg unntaket. For at det skal være tale om et trossamfunn, må utgangspunktet være en religiøs tro. Når denne troen er utformet i et tankemessig system,

trosbekjennelse eller lære, som to eller flere personer slutter seg til, kan man snakke om et trossamfunn. Begrepet trossamfunn i lov om trossamfunn kan gi noe veiledning i fortolkningen, men er ikke avgjørende. Frivillige organisasjoner og virksomheter som baserer sin etikk på religion eller tro, omfattes i utgangspunktet av lovens unntak.

Unntaket gjelder bare den delen av virksomheten som har nær sammenheng med selve religionsutøvelsen. Begrepet «religionsutøvelse» må fortolkes i samsvar med det tilsvarende begrepet og vernet av religionsfriheten etter EMK artikkel 9 og Grunnloven § 2. Det vises til kapittel 2.2.1 og kapittel 4.1. Fastsettelse av trossamfunnets lære, religiøse ritualer, religionsundervisning og valg av religiøse ledere, prester og lærere regnes som religionsutøvelse.

Forskjellsbehandlingen må være religiøst begrunnet, dvs. at handlingen må være begrunnet i en overbevisning som etter vanlig teologisk oppfatning anses for å være såkalte lærespørsmål. Kravet om et bestemt kjønn må være nødvendig ut fra trossamfunnets lære. Med dette menes at forskjellsbehandlingen må bygge på trossamfunnets lære, slik at likebehandling vil komme i konflikt med medlemmenes religiøse overbevisning. Forskjellsbehandlingen skal ikke være vilkårlig, men bygge på et regulært/vesentlig og avgjørende krav som følger av religionen (jf. ordlyden i likestillingsdirektivet). Kravet om nødvendighet gjelder både ansettelse og religionsutøvelsen for øvrig. Forskjellsbehandlingen skal ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette kravet er i samsvar med EUs likestillingsdirektiv artikkel 2 nr. 1 (artikkel 14 nr. 2 i 2006-direktivet) og tilsvarer for-

holdsmessighetskravet i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd.

Eksempler på praksis som faller innenfor unntaket vil være trossamfunn der menn og kvinner har ulike roller i religiøse ritualer. Det samme gjelder det å utelukke kvinner fra å delta i religiøse gudstjenester, seremonier og arrangementer. Videre gjelder unntaket ansettelse. Forskjellsbehandling ved ansettelse kan bare skje hvis utøvelse av bestemte religiøse funksjoner ligger til stillinger. Med «bestemte religiøse funksjoner» menes her at det må være tale om konkrete og definerte oppgaver med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner i tilknytning til religionsutøvelsen. Unntaket omfatter dermed bare ansettelse av prester, pastorer, imamer, «eldste», forstandere, ledere, religiøse lærere osv. Ansettelse av personer som ikke har typiske religiøse oppgaver, for eksempel sosionomer ved familievernkontor eller vaktmestere, vil derimot være omfattet av loven. Unntaket gjelder også utnevnelser som ikke er ansettelsesforhold. Slike utnevnelser må vurderes på samme måte som ansettelse.

Religionsundervisning, inkludert søndagskole eller konfirmantundervisning, omfattes av unntaket. Unntaket gjelder derimot ikke grunnskoler og utdanningstilbud som gir offentlig yrkeskompetanse.

Unntaket gjelder også kravet til utformingen av læremidler i § 7. Unntaket gjelder imidlertid bare læremidler brukt i religionsundervisningen. Hvis religionsundervisningen er integrert i øvrige fag, må likebehandlingsprinsippet også gjelde for læremidlene i disse fagene selv om læremidlene skal reflektere deres religiøse tro.

Det vises for øvrig til fremstillingen av saklighetsregelen i kapittel 7.2.

Kapittel 9

Administrative og økonomiske konsekvenser

De foreslåtte endringene i arbeidsmiljøloven og likestillingsloven innebærer at unntaksadgangen for trossamfunn innsnevres noe.

Endringene vil ikke få administrative eller økonomiske konsekvenser av betydning for trossamfunnene.

Lovendringene vil heller ikke føre til administrative eller økonomiske kostnader for det offentlige. Ombudet, nemnda eller domstolene som håndhever diskrimineringsforbudene, må etter

gjeldende regler vurdere om konkrete tilfeller av forskjellsbehandling omfattes av unntaksreglene. Lovforslaget gjør ingen endringer i dette.

Det kan ikke utelukkes at endringene i arbeidsmiljøloven vil føre til noen flere tvister for håndhevingsorganene og domstolene om adgangen til å forskjellsbehandle. Utvalget mener imidlertid at det ikke er sannsynlig at det vil bli mange saker og dermed ikke et større press på håndhevingsorganene og domstolsapparatet.

Referanser

Liste over litteratur, offentlige dokumenter mv. som det er henvist til i innstillingen eller som har inngått i utvalgets bakgrunnsmateriale.

Offentlige utredninger og stortingsdokumenter

Innst. O. nr. 52 (2003-2004) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Innst. O. nr. 7 (2001-2002) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

Innst. O. nr. 27 (1997-1998) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Innst. O. nr. 46 (1995-1996) Innstilling fra kyrkje-, utdannings- og forskingskomiteen om 1) lov om Den norske kyrkja (kyrkjelova) og 2) lov om kyrkjegardar, kremasjon og gravferd (gravferdslova).

Innst. O. nr. 55 (1977-1978) Innstilling fra den forsterkede sosialkomité om lov om likestilling mellom kjønnene.

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet.

NOU 2006: 2 Staten og Den norske kirke.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) Om lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

St.meld. nr. 25 (2000-2001) Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg.

Litteratur og rapporter

Cohen, Joshua, Matthew Howard og Martha C. Nussbaum (red.): Is multiculturalism bad for women? Susan Moller Okin with respondents, Princeton 1999.

Ellis, Evelyn: EU Anti-Discrimination Law, Oxford 2005.

Fisknes, Ole Herman, Kommentarer til lov om trossamfunn, Norsk lovkommentar.

Fliflet, Arne: Kongeriket Norges grunnlov. Grunnloven med kommentarer, Oslo 2005.

Gøranson, Håkan og Anders Karlson: Diskrimineringslagarna: En praktisk kommentar. Stockholm 2006.

Guldbrandsen, Gunn Berit: «Kvinner oppfordres til å søke», Årbok for Den norske kirke 2007.

Gule, Lars: Retten til å diskriminere, Samtiden 2003 nr. 3.

Hegna, Kristinn, Hans W. Kristiansen og Bera Ulstein Moseng: Levekår og livskvalitet blant lesbiske kvinner og homofile menn, NOVA-rapport 1/99.

Hellerslia, Thom Arne: Seksuelle menneskerettigheter, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, 2006 nr. 2

Hotvedt, Marianne Jenum i Henning Jakhelln og Helga Aune (red.): Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven kapittel 13.

ILO: Equality in employment and occupation, International Labour Conference, 83rd session General Survey, Genève 1996.

Jørgensen, Ove Virik: Arbeidsrettslige konsekvenser av Kirkemøtets vedtak om homofilt samliv og kirkelig tjeneste, Kirkens arbeidsgiverorganisasjon 1997.

Ketscher, Kirsten: Det registrerede partnerskab og Den norske kirke. Et forfatningsretligt perspektiv. I Lov og rett, 1998 side 553-563.

- Ketscher, Kirsten: Kvinders grundrettigheder og religionsfriheden. I Grundrettigheder, Årskrift Institut B. Københavns Universitet 2000, side 73-91.
- Lindholm, Tore, W. Cole Durham jr. and Bahia G. Tahzib-Lie (ed.): Facilitating freedom of religion or belief: A deskbook, Leiden 2004.
- Mayes, Vickie M. and Susan D. Cochran: Mental health correlates of perceived discrimination among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States. *American Journal of Public Health*, 91 (11):1869–1876, 2001.
- Møse, Erik: Menneskerettigheter, Oslo 2002.
- Moseng, Bera Ulstein: Lesbiske og homofile arbeidstakere – en pilotundersøkelse. NOVA-skriftserie 03/05.
- Moseng, Bera Ulstein: Vold mot lesbisk og homofil ungdom. En undersøkelse av omfang, risiko og beskyttelse. Ung i Oslo 2006, NOVA-rapport 19/07.
- Skjeie, Hege: Trosfrihet og diskrimineringsvern. I *Kvinneforskning* nr. 3, 2004.
- SOU 2006: 22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.
- Strand, Vibeke Blaker: Forholdet mellom den norske Grunnlovens menneskerettigheter, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og ordinær lovgivning. Særlig om religionsfrihet og vern mot diskriminering, i *Retfærd* 2007 nr. 4.
- Thorbjørnsrud, Berit: Frihet, rettigheter og ortodokse presters kjønn, i Thomas Hylland Eriksen og Arne Johan Vetlesen (red.): *Frihet*, Oslo 2007.
- Vanita, Ruth (ed.): *Queering India: Same-Sex Love and Eroticism in Indian Culture and Society*, London 2001.
- Vickers, Lucy: Religion and belief discrimination in employment – the EU law, European Commission, 2007.
- Vigerust, Elisabeth: Likeverd, men ikke likerett. Om diskriminering ved tilsetninger i Den norske kirke. I *Retfærd* nr 82, 1998.
- Waldijk, Kees and Matteo Bonini-Baraldi (ed.): *Combating sexual orientation discrimination in employment: Legislation in fifteen EU member states*, Report of the European group of experts on combating sexual orientation discrimination about the implementation up to April 2004 of directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Leiden 2004.
-
-