



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Arbeids- og sosialdepartementet
v/Marianne Foldøy Byberg
Elin.Hoifoss@asd.dep.no

Dette brevet sendes kun per e-post.

Vår ref.:
16/2457- 2- ISHU

Deres ref.:
16/3386

Dato:
10.03.2017

Høringssvar til NOU 2016:13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til høringsbrev av 1. november 2016 med høringsfrist 1. mars 2017.

Ombudet mener utvalget har foretatt en nyttig gjennomgang av rammene for samvittighetsfriheten. Vi støtter utvalgets presisering av at reservasjon skal være unntaket fra utgangspunktet i arbeidslivet om at den enkelte arbeidstakeren utfører jobben han eller hun er ansatt for å gjøre. Samtidig skal et ønske om fritak tas på alvor av arbeidsgiver, og det mener vi utredningen gir et godt grunnlag for.

Vi mener at kriteriene utvalget skisserer kan være et godt utgangspunkt for konkrete vurderinger av om fritak kan innvilges i det enkelte tilfellet. Vi er likevel kritiske til at dette er hovedmodellen for å vurdere slike saker. Dessuten stiller vi spørsmål ved om utredningen kan gi inntrykk av at det skal være en videre adgang til å påberope samvittighetsfrihet, enn hva blant annet diskrimineringsvernet kan åpne for. Vi vil i det følgende komme med våre presiseringer og tilbakemeldinger til utvalgets utredning.

Formålet med samvittighetsfriheten

Utvalgets tilnærming bygger på en forståelse av at samvittighetsfriheten er subjektiv (s. 38), at samfunnet er åpent sekulært (s. 36), og at det er vanskeligere for livssynsminoriteter å delta i demokratiet fordi de argumenterer ut fra en annen virkelighetsforståelse enn hva flertallet gjør. Det er et uttalt mål

fra lovgiver at religions-, tanke- og samvittighetsfriheten skal kunne ivaretas til tross for et diskrimineringsforbud¹.

At samvittighetsfriheten er en form for kompensasjon for den ulempen livssynsminoriteten har i samfunnet, mener ombudet er en formålsbetraktning som bør med i vurderingen av om det skal gis fritak.

Hvilken beskyttelse gir diskrimineringsvernet?

Ombudet vil understreke at lovverket i dag allerede gir en adgang til å påberope seg en samvittighetsfrihet, også på generelt grunnlag, så lenge den bygger på en religion eller et livssyn, jf. diskrimineringsloven § 6. Vi mener det ut fra dette ikke er helt presist når utvalget sier (s. 138) at samvittighetsfriheten mangler en generell lovhjemmel i norsk rett i dag.

Ut fra ombudets forståelse av hva samvittighetsfriheten etter utvalgets syn omfatter, er det flere problemstillinger som direkte berører diskrimineringsvernet på grunn av religion og livssyn:

- læreres deltakelse i skolegudstjenester²
- håndhilsing³
- kontakt med visse matvarer - særlig kjøtt og alkohol⁴
- fri på religiøse dager⁵

Ombudet ser at utvalget er inne på samtlige av temaene nevnt over, men uten at det vises til de rettslige rammene diskrimineringsvernet gir.

Utvalget avgrenser mot gjennomgang av hodeplagg og symboler, selv om det påpekes at det er flytende overganger mellom samvittighetsfriheten og forbudet mot symboler og hodeplagg. Det vises imidlertid til gjennomgangen i NOU 2013:1. Ombudet har ingen innvendinger mot dette. Vi ser at utvalget også nevner bønn i arbeidstiden som en aktuell problemstilling. Ombudet mener det er mer naturlig å se dette som et spørsmål om tilrettelegging i arbeidslivet, men

¹ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) kapittel 9.2.8 s.77.

² se veiledningssak 15/2495

³ se LDO 12/2017 (kvinne fikk ikke jobb som ekstrahjelp på apotek fordi hun ikke kunne håndhilsa på sjefen – henlagt), LDO 12/1712 (nektet behandling på legevakten fordi han ikke ville håndhilsa), veiledningssak 15/233 (medisinstudent, håndhilsing på kvinnelige pasienter og godkjenning av praksis)

⁴ se LDO 15/1117 (oppsigelse av veganer), LDO 11/2543 (tilrettelegging fra arbeidsgiver i forbindelse med kristne feiringer, mat og alkohol), og veiledningssak 15/1909 (reservasjon mot å servere svinekjøtt på sykehjem)

⁵ se LDO 08/1630 (avslag på søknad om ulønnet permisjon for pilgrimsreise), LDO 08/1735 (avslag på søknad om permisjon og ferie til pilgrimsreise), og LDO 10/2147 (rett til fri med lønn på Store bededag)

er enige i at det er glidende overganger her. Ombudet mener forholdet i alle tilfelle kan vurderes som et spørsmål om diskriminering, se under.

Det er i de tilfellene samvittighetsfriheten er knyttet til en overbevisning som omfattes av en religion eller et livssyn, at den har et vern etter diskrimineringsloven om etnisitet. Religion og livssyn er imidlertid ment å favne vidt. Dette er i tråd med tolkningen av Grunnloven § 16 og EMK artikkel 9 om religionsfrihet. Det betyr at enhver form for livssyn, både religiøse, ateistiske og agnostiske overbevisninger i utgangspunktet er omfattet, og også retten til ikke å være religiøs. Samtidig må det være en overbevisning av en viss fasthet og styrke, for at det skal regnes som en religion eller et livssyn⁶. Dette må vurderes konkret.

Indirekte diskriminering – tilrettelegging og rett til fritak

Arbeidsgivers manglende tilrettelegging på grunn av religion og livssyn, herunder unnlattelse av å vurdere en ansatts ønske om fritak, kan være i strid med diskrimineringsloven om etnisitet § 67. Diskrimineringsvernet setter dermed allerede i dag grenser for arbeidsgivers styringsrett når det gjelder å pålegge oppgaver som strider mot ansattes samvittighet, også utenfor det som er særregulert.

Indirekte diskriminering omhandler det tilfellet at ulike tilfeller behandles likt, og at det er et behov for å gjøre tilpasninger (tilrettelegging) for at den ansatte ikke skal komme dårligere ut enn sine kollegaer. Forbudet medfører en viss plikt til aktive handlinger og tilpasninger. Lovgiver har sagt følgende om terskelen for at det skal foreligge indirekte diskriminering:

«Bestemmelsen, betingelsen mv. må få en negativ virkning av en viss betydning for at det skal kunne hevdes at en person blir indirekte diskriminert... Vurderingstemaet vil være hvor belastende eller inngripende virkningen er for den eller de som rammes».⁸

Som eksempel til vurderingstemaet etter diskrimineringsloven, kan vi bruke spørsmålet om læreres ønske om fritak for skolegudstjeneste:

For at lærerens ønske om fritak skal kunne vurderes etter diskrimineringsloven § 6 og § 7, må det være tale om en overbevisning som omfattes av grunnlagene religion eller livssyn. Ombudet vil anta at denne vurderingen ofte vil være sammenfallende med det utvalget beskriver som «en dyp overbevisning om at

⁶ se for eksempel EMDs avgjørelse i Eweida m.fl. mot Storbritannia (2013) avsnitt 81

⁷ Lov av 21. juni 2013 nr. 60

⁸ jf. Ot.prp.nr. 33 (2004-2005), avsnitt 10.3.3.3.

det vil være moralsk galt å utføre oppgaven» (s. 107). For at ombudet skulle kunne ta stilling til en slik sak, måtte det være på bakgrunn av en klage fra en lærer som ble pålagt å delta.

Forutsatt at fritaket bygger på en religions- eller livssynsoverbevisning, vil spørsmålet for det første være om det foreligger en forskjellsbehandling av læreren, altså om læreren ved å måtte delta i skolegudstjenestene rettslig sett blir stilt dårligere enn andre på grunn av sin religion eller sitt livssyn. Dersom gudstjenesten ses som primært en kulturell og tradisjonell begivenhet som kun krever passiv deltakelse, kan det argumenteres for at det i alle fall er tvilsomt om læreren ved å delta kommer dårligere ut enn andre. Denne vurderingen er altså ikke helt ulik den utvalget viser til om deltakelsen overhodet utløser noen samvittighetsspørsmål (s.106).

Dersom vi skulle komme til at det foreligger en forskjellsbehandling, blir spørsmålet om den likevel er lovlig etter unntaksadgangen i § 7: altså om arbeidsgivers pålegg om deltakelse er saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstaker (se s. 64). I vurderingen av om en forskjellsbehandling er lovlig, vil både hensynet til elevene (vilkår to) og hensynet til kollegaene og arbeidet (vilkår tre) være relevante. Samtidig må det holdes opp mot hvor inngripende forskjellsbehandlingen vil være for læreren, altså på hvilken måte overbevisningen rammes av deltakelsen.

Samvittighetsfriheten er altså i stor grad sammenfallende med diskrimineringsvernet på grunn av religion og livssyn. Utvalget bemerker også at mange samvittighetskonflikter oppstår som følge av en persons religion eller et livssyn (s. 145). Samtidig medfører begrensningen til grunnlagene religion og livssyn i diskrimineringsloven at samvittighetsfriheten også er noe mer og/eller annet. Et eksempel er faglige begrunnede samvittighetskvaler, for eksempel mot rituell omskjæring av guttebarn på grunn av en faglig moral eller overbevisning. Et annet er det å være pasifist, som ikke må være knyttet til et livssyn.

Behovet for ytterligere lovregulering

Utvalget diskuterer behovet for å innføre en tilretteleggingsbestemmelse for samvittighetsfrihet etter modell av dtl § 26 (s. 138-139). Det følger allerede forutsetningsvis av diskrimineringsloven § 6 om indirekte forskjellsbehandling at arbeidsgiver kan ha en plikt til å tilrettelegge for en reservasjonsadgang.

Ombudet får stadig henvendelser fra arbeidsgivere om rekkevidden av en tilretteleggingsplikt. En fordel med å lovregulere etter modellen etter tilretteleggingsbestemmelsen i dtl § 26 er at det vil stå eksplisitt at arbeidsgivere

i alle fall må vurdere et ønske om samvittighetsfritak. Samtidig gir det neppe materielt sett mer enn hva som følger av dagens diskrimineringslov, så fremt samvittighetsgrunnen er vernet som en religion eller et livssyn.

Det er et tilleggsspørsmål hvorvidt samvittighetsfritak som *ikke* er begrunnet i en religion eller et livssyn også bør lovreguleres. Slik ombudet ser det er de viktigste situasjonene særregulert allerede (jf. utvalgets gjennomgang i kapittel 6, s. 72 flg.). Utover dette ser ombudet at det unntaksvis kan være behov for en adgang til å reservere seg mot å utføre arbeidsoppgaver selv om situasjonen ikke er avklart rettslig på forhånd (for eksempel når det gjelder faglige begrunnede samvittighetskvaler som nevnt over).

Vi mener imidlertid at det må tas høyde for at det for samvittighetsgrunner som ikke bygger på en overbevisning med grunnlag i et religion eller livssyn, vil være vanskeligere å argumentere for at det foreligger en dyp og viktig samvittighetsgrunn. Vår anbefaling er derfor at slike tilfeller som hovedregel søkes særregulert.

Kriterier for å innvilge samvittighetsfritak

Utvalget har foreslått tre kriterier/vilkår for å innvilge samvittighetsfritak:

1. Bygger arbeidstakers ønske om reservasjon mot å utføre bestemte arbeidsoppgaver på en dyp og viktig samvittighetsoverbevisning?
2. Kan reservasjon finne sted uten at det er inngripende for tredjepart?
3. Er reservasjon gjennomførbart i praksis uten for store ulemper for arbeidsgiver og kollegaer?

Utvalget legger opp til at det ikke er nok at en ansatt sier at vedkommende har en samvittighetsoverbevisning som gjør at de ikke kan utføre den eller den oppgaven, det må også være slik at en utenforstående til en viss grad kan få en innsikt i hva som gjør dette til en dyp og viktig samvittighetskonflikt (s.127). Ombudet støtter dette. Samtidig vil vi minne om at EMDs praksis i saker om religion og livssyn er å være tilbakeholden med å overprøve den enkeltes tro og utøvelsen av denne. Prinsippet er lagt til grunn i EMDs avgjørelse i saken Leyla Sahin mot Tyrkia (10. november 2005). Formålet bør derfor være å finne ut hva samvittighetsoverbevisningen bygger på for den det gjelder, og ikke på om den enkeltes overbevisning ha vern.

Ombudet er også enig med utvalget i at det må kunne kreves av den som påberoper seg samvittighetsfriheten, at vedkommende også viser smidighet i å

kunne påta seg andre oppgaver for å kunne få fritak (s. 128). Dette gjør det mulig å kunne gi fritak og samtidig oppfylle vilkår to og tre.

Utgangspunktet er at dersom disse spørsmålene kan besvares positivt, så kan det legges til rette for en reservasjonsadgang. Utvalget bemerker at det likevel kan være andre grunner til å avslå, blant annet begrunnet i den uheldige symboleffekten en tillatt reservasjonsrett kan ha. Ombudet er enig i dette, og viser særlig til EMDs sak Eweida mot Storbritannia (15. januar 2013). Arbeidsgiver viste til at selv om en reservasjon praktisk lot seg gjennomføre overfor Mrs. Ladele, så var det svært uheldig om en offentlig institusjon som var satt til å utføre en lovgitt oppgave, tillot at ansatte forskjellsbehandlet borgerne.

Samtidig påpeker utvalget at som representant for myndighetene, er det forskjell på å reservere seg mot en *konkret handling* av samvittighetsgrunner, og det å reservere seg mot eller være motstander av at myndighetene tilbyr en tjeneste til personer på grunn av deres egenskaper (kjønn, politisk syn etc.). Ombudet er for så vidt enige i at det er en forskjell her, men vil påpeke at det for borgerne kan være vanskelig å se forskjellen. Denne symboleffekten kan dermed ha betydning for vilkår to, altså hvordan et fritak rammer andre.

Når samvittighetsfritak rammer andre

Samvittighetsfriheten kan, uavhengig av om den bygger på en religiøs eller livssynsforankret begrunnelse, også komme i konflikt med andres (både de som omfattes av vilkår to og tre) rettigheter, herunder retten til ikke å bli diskriminert. En ansatts ønske om å reservere seg, kan komme i konflikt med brukere/pasienter/kunders rett til eller ønske om å få utført en tjeneste, eller til og med av kollegaer som opplever ønske om fritak som krenkende. Utvalget gir følgende beskrivelse av dilemmaet (s. 131):

«Den ene minoritetens samvittighetsfritak kan derfor oppfattes som å innebære en krenkende forskjellsbehandling av den andre minoriteten.»

Ombudet mener det er viktig å synliggjøre at det er forskjell på at en reservasjonsrett rammer *samtlige* kunder/brukere etc. (som for eksempel må vente lenger på å motta en tjeneste), og at en reservasjonsrett rammer grupper av minoriteter som staten er forpliktet til å gi en særlig beskyttelse (for eksempel kvinner, religiøse minoriteter eller homofile).

Ombudet støtter utvalgets presisering av at noen ønsker om å reservere seg er så velfunderte, og samtidig så inngripende for tredjepart, at det bør være et mål

med særlovgivning for å sikre rettferdig vurdering og likebehandling, jf. en eventuell innføring av aktiv dødshjelp i Norge. Ombudet mener at dette bør være et mål også for andre tilsvarende fritaksspørsmål.

Vi mener at det utover det særregulerte bør utvises varsomhet med å åpne for at et samvittighetsfritak dersom vilkår nummer to ikke er oppfylt, altså at en reservasjon rammer tredjepart. Vi mener også at hvordan reservasjonsønsket rammer arbeidsplassen i et diskrimineringsperspektiv, må vurderes nøye. Her tenker vi både på om en reservasjonsadgang vil kunne medføre diskriminering av kollegaer, og om symboleffekten ved å tillate en reservasjon vil ramme de virksomheten er til for (tredjepart) og dermed være uholdbar for arbeidsgiver. Vi viser her til utvalgets redegjørelse på s. 131-132, og mener dette med fordel kunne vært fremhevet tydeligere.

Håndtering av samvittighetskonflikter

Ombudet støtter utvalgets anbefalinger om at arbeidsgiver vurderer konkrete problemstillinger på deres arbeidsplass, og at konfliktene bør håndteres med varsomhet. Vi kan også nevne at i forarbeidene til endringene i diskrimineringslovene i 2013 nevnes tilrettelegging som en del av plikten til aktivt likestillingsarbeid i arbeidslivet:

«For en arbeidsgiver kan dette bety at det tas særlige hensyn eller settes i verk egne tiltak rettet mot enkelte ansatte, for eksempel de som tilhører et bestemt trossamfunn.»⁹

Vi vil også gjøre oppmerksomme på at ombudet i 2016 har oppdatert vår veileder «Religion og livssyn på arbeidsplassen» som utvalget omtaler (s.145) hvor vi behandler temaer som kan være relevante for samvittighetsfriheten¹⁰.

Vi mener at de fleste vurderingene av om det skal innvilges samvittighetsfritak, bør løses ut fra vilkårene i diskrimineringsloven. Utover dette og det særregulerte bør det kun være helt spesielle tilfeller som kan utløse en reservasjonsadgang ut fra vilkårene utvalget oppstiller. I tillegg mener ombudet at det må være et tungtveiende argument mot å innvilge reservasjon at dette føre til diskriminering av andre. Vi er imidlertid enige med utvalget i at det her må vurderes konkret på hvilken måte tredjepart faktisk rammes (se s. 132).

⁹ jf. Prop 88 L kapittel 12.

¹⁰ <http://www.ido.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/handboker/religion-og-livssyn-pa-arbeidsplassen---ido.pdf>

Avslutning

NOU 2016:13 «Samvittighetsfrihet i arbeidslivet» reiser mange viktige problemstillinger, og svarer med at de fleste av disse må løses lokalt og konkret, ut fra de verktøyene utvalget skisserer. Ombudet er enig at det er viktig med konkrete vurderinger, men er opptatt av at diskrimineringslovverket blir synliggjort, både som en rettslig skranke for arbeidsgivers styringsrett, og som et verktøy for å vurdere samvittighetskonflikter i konkrete tilfeller. I departementets videre arbeid med disse spørsmålene bidrar gjerne ombudet om det skulle være ønskelig.

Vennlig hilsen

Hanne Bjurstrøm
likestillings- og diskrimineringsombud

Iselin Huuse
rådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent, og gyldig uten signatur.