



DET KONGELIGE
BARNE- OG LIKESTILLINGSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 79

(2008–2009)

Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven,
likestillingsloven, diskrimineringsombuds-
loven og diskriminerings- og
tilgjengelighetsloven

(Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)

Innhold

1	Hovedinnhold i proposisjonen	5			
1.1	Innledning	5	6.1.1	Utvalgets forslag	36
1.2	Sammendrag	6	6.1.2	Høringsinstansenes syn	36
2	Bakgrunn for lovforslaget	8	6.1.3	Departementets vurdering	37
2.1	NOU 2008:1 Kvinner og homofile i trossamfunn	8	6.1.3.1	Oppheving av det særlige unntaket for trossamfunn i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd	37
2.1.1	Utvalgets sammensetning og mandat	8	6.1.3.2	Trossamfunnenes unntaksadgang skal følge av den generelle saklighetsregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd	39
2.1.2	Hovedpunkter i NOU 2008:1	8	6.1.3.3	Momenter i saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd	40
2.1.3	Høringen – oversikt over høringsinstanser	10	6.1.3.4	Begrunnelsesplikt og bevisbyrde	44
2.1.4	Generelle synspunkter fra høringsinstansene	13	6.2	Arbeidsmiljøloven § 13-4 andre ledd andre punktum – Arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger ...	45
2.2	Høringsnotat med forslag om innføring av et forbud mot å spørre om graviditet	14	6.2.1	Utvalgets forslag	45
2.2.1	Erfaringer fra Likestillings- og diskrimineringsombudet	14	6.2.2	Høringsinstansenes syn	45
2.2.2	Høringsnotatet	14	6.2.3	Departementets vurdering	46
2.2.3	Høringen – oversikt over høringsinstanser	15	7	Trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner	47
2.2.4	Generelle synspunkter fra høringsinstansene	16	7.1	Utvalgets forslag	47
3	Hovedtrekkene i gjeldende rett .	18	7.2	Høringsinstansenes syn	47
3.1	Kvinner og homofile i trossamfunn ..	18	7.3	Departementets vurdering	49
3.1.1	Trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling av homofile og kvinner etter arbeidsmiljøloven og likestillingsloven	18	7.3.1	Bør trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner tilknyttes diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3	49
3.1.1.1	Forskjellsbehandling på grunnlag av seksuell orientering	18	7.3.2	Momenter i saklighetsvurderingen ..	53
3.1.1.2	Forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn	18	8	Forbud mot å spørre om graviditet mv. i en ansettelsessituasjon	54
3.1.2	Internasjonale menneskerettigheter	18	8.1	Forslaget i høringsnotatet	54
3.1.2.1	FN-konvensjoner	19	8.2	Høringsinstansenes syn	54
3.1.2.2	Europarådets konvensjoner	22	8.3	Departementets vurdering	55
3.1.2.3	EU og EØS-avtalen	24	8.3.1	Forslag om å innføre et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i en ansettelsessituasjon	55
4	Utenlandsk rett	29	8.3.2	Den ulovfestede saklighetsregelen ...	55
4.1	Kvinner og homofile i trossamfunn ..	29	8.3.3	Skal spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging regnes som direkte forskjellsbehandling	56
4.2	Graviditetsdiskriminering	31	8.3.4	Skal uttrykket «forbeholdt det ene kjønn» fjernes fra lovteksten	56
5	Bør trossamfunnenes adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling oppheves	33	8.3.5	Spørsmål om et forbud burde omfatte ytterligere opplysninger	56
6	Trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle homofile	36	8.3.6	Bør lovbestemmelsen gis en kjønnsnøytral utforming	57
6.1	Arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd – Trossamfunnenes særlige adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av homofilt samliv	36			

8.3.7	Håndheving av et lovforbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging	57	11.1.2	Arbeidsmiljøloven § 13-4 andre ledd andre punktum	61
8.3.8	Henviſning i arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd nytt tredje punktum	58	11.1.3	Arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd tredje punktum	61
9	Endringer i andre lover	59	11.2	Merknader til endringene i likestillingsloven	61
10	Økonomiske og administrative konsekvenser	60	11.2.1	Likestillingsloven § 2 første ledd	61
10.1	Kvinner og homofile i trossamfunn ..	60	11.2.2	Likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 første punktum	61
10.2	Forbud mot å spørre om graviditet mv i en ansettelsessituasjon	60	11.2.3	Likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 nytt andre punktum	62
10.3	Endringer i andre lover	60	11.2.4	Likestillingsloven § 3 nytt femte ledd	62
11	Merknader til de enkelte bestemmelser	61	11.2.5	Likestillingsloven § 4 nytt tredje ledd	63
11.1	Merknader til endringene i arbeidsmiljøloven	61	11.3	Merknader til endringer i andre lover	64
11.1.1	Arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd	61		Forslag til lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven..	65



DET KONGELIGE
BARNE- OG LIKESTILLINGSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 79

(2008–2009)

Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

(Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)

*Tilråding fra Barne- og likestillingsdepartementet av 24. april 2009,
godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Stoltenberg II)*

1 Hovedinnhold i proposisjonen

1.1 Innledning

Barne- og likestillingsdepartementet legger med dette fram forslag til endringer i lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven), lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) og lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Bakgrunn for forslagene er:

- NOU 2008:1 Kvinner og homofile i trossamfunn
- Høringsnotat med forslag om å innføre et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging som departementet sendte ut høsten 2008
- Enkelte lovtekniske endringer i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsombudsloven.

I dag er det særlige regler i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven som regulerer trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner og homofile. Departementet mener det særlige unntaket for trossamfunn til å forskjellsbehandle homofile søkere ved ansettelser ikke bør videreføres. Departementet foreslår derfor i likhet med utvalget å oppheve trossamfunnenes særlige adgang til å forskjellsbehandle på bakgrunn av homofil samlivsform i arbeidsmiljøloven (aml) § 13-3 tredje ledd. Hensynet til trosfriheten tilsier samtidig at det fortsatt skal være en viss unntaksadgang for trossamfunn til å forskjellsbehandle på grunn av seksuell orientering eller kjønn. Departementet anser at den generelle, og strengere, saklighetsregelen i aml § 13-3 første ledd er tilstrekkelig hva gjelder den adgang trossamfunnene bør ha til å forskjellsbehandle søker på grunn av seksuell orientering. Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må være saklig, nødvendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandling. Det innebærer igjen at kravene til begrunnelse for trossamfunnenes forskjellsbehandling blir styrket.

Departementet støtter ikke utvalgets forslag om at uttrykket: «Homofil legning eller samlivsform» i § 13-4 andre ledd andre punktum endres til uttrykket: «seksuell orientering». Departementet foreslår istedenfor at «homofil legning eller samlivsform» erstattes med «samlivsform».

Departementet støtter ikke utvalgets forslag om at trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn fortsatt skal reguleres gjennom et unntak fra likestillingslovens virkeområde i § 2. I stedet foreslår departementet at unntaksadgangen skal utformes som et unntak fra diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3. Også i forhold til kjønn må forskjellsbehandlingen være saklig, nødvendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandlingen.

Barne- og likestillingsdepartementet ønsker videre å styrke graviditetsvernet og foreslår derfor å lovfeste et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i en ansettelsesprosess. Bestemmelsen foreslås tatt inn som et nytt tredje ledd i likestillingsloven § 4. Det foreslås videre at uttrykket «som er forbeholdt det ene kjønn» erstattes med uttrykket «som er forbeholdt mor eller far». I likestillingsloven § 3 andre ledd foreslås videre en tilføyelse for å presisere at spørsmål av denne art regnes som direkte forskjellsbehandling.

Likestillingsloven har eksistert i tretti år. Siden loven ble vedtatt i 1978 har det skjedd en endring rettslig, politisk og holdningsmessig mot i større grad å betrakte graviditetsdiskriminering som en form for kjønnsdiskriminering og retten til ikke å bli diskriminert på grunn av graviditet mv. som en rettighet. Med graviditetsdiskriminering menes situasjoner der kvinner kommer i en dårligere stilling på arbeidsmarkedet som følge av graviditet eller graviditetsrelaterte forhold, som f.eks. fødsels- og foreldrepermisjon. Slik forskjellsbehandling vil etter omstendighetene være i strid med forbudet mot kjønnsdiskriminering i likestillingsloven § 3. Spørsmålet om arbeidsgiver har rett til å innhente opplysninger om graviditet ved ansettelser er imidlertid ikke avklart i norsk rett. Et eksplisitt forbud mot slike spørsmål vil kunne effektivisere diskrimineringsvernet ved at det klargjør dagens rettstilstand. Hensynet til konsistens i lovgivningen taler også for et forbud - det bør ikke være adgang til å spørre etter opplysninger som det i henhold til gjeldende rett ikke er adgang til å vektlegge.

Videre foreslår departementet et par presiseringer av lovteknisk karakter i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 andre ledd og i diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd.

1.2 Sammendrag

I kapittel 2 beskrives bakgrunnen for lovforslaget, herunder Graverutvalgets sammensetning og mandat, hovedpunkter i NOU 2008: 1 samt oversikt over høringsinstanser med merknader og generelle inntrykk fra høringen.

I kapitlet redegjøres det videre for tall fra Likestillings- og diskrimineringsombudet som viser en jevn og markant økning i antall henvendelser om graviditetsdiskriminering samt høringsnotat fra departementet. Det gis også en oversikt over høringsinstanser med merknader og generelle inntrykk fra høringen.

I kapittel 3 beskrives gjeldende rett.

Det gis en summarisk oversikt over hovedtrekkene i gjeldende rett i forhold til trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner og homofile. For en mer utførlig redegjørelse av rettstilstanden, vises det til NOU 2008:1 kapittel 2 om internasjonale menneskerettigheter, kapittel 3 om EU og EØS avtalen og kapittel 4 om gjeldende rett.

I kapitlet redegjøres det videre for hovedreglene om graviditetsdiskriminering herunder de internasjonale forpliktelsene på området.

I kapittel 4 beskrives utenlandsk rett. For kvinner og homofile i trossamfunn vises det til NOU 2008:1 kapittel 5 og for spørreforbud gjennomgås svensk, dansk og finsk rett.

I kapittel 5 gjennomgås hvorvidt trossamfunnenes adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling av kvinner og homofile bør oppheves. Etter en helhetsvurdering mener departementet at det fortsatt bør være en viss adgang til å gjøre unntak for trossamfunnenes religionsutøvelse.

I kapittel 6 gjennomgås trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle homofile etter arbeidsmiljølovens kapittel 13. I kapitlet foreslås at det særlige unntaket for trossamfunn til å forskjellsbehandle søkere ved ansettelser i § 13-3 tredje ledd ikke bør videreføres. Hensynet til trosfriheten tilsier samtidig at det fortsatt skal være en viss unntaksadgang for trossamfunn til å forskjellsbehandle på grunnlag av seksuell orientering eller kjønn. Departementet anser at den generelle og strengere saklighetsregelen i § 13-3 første ledd er tilstrekkelig hva gjelder den adgang trossamfunnene bør ha til å forskjellsbehandle søker på grunnlag av seksuell orientering. Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må være saklig, nødvendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandlingen. Det innebærer videre at kravene til begrunnelse for trossamfunnenes forskjellsbehandling blir styrket.

I kapittel 7 gjennomgås trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner. Departementet støtter ikke utvalgets forslag om at trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling fortsatt skal reguleres gjennom et unntak fra likestillingslovens virkeområde i lovens § 2. I stedet foreslår departementet at trossamfunnenes unntaksadgang skal hjemles i lovens diskrimineringsforbud i § 3. Flere høringsinstanser foreslo en slik løsning, og departementet har på bakgrunn av dette innhentet en vurdering av problemstillingen fra Universitetet i Oslo ved Avdeling for kvinnerett.

I kapittel 8 gjennomgås forslaget om innføring av et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i en ansettelsessituasjon. Departementet foreslår å videreføre forslaget fra høringsnotatet med enkelte justeringer. Bestemmelsen foreslås tatt inn som et nytt tredje ledd i likestillingsloven § 4. Det foreslås videre at uttrykket «som er forbeholdt det ene kjønn» erstattes

med uttrykket «som er forbeholdt mor eller far». I likestillingsloven § 3 andre ledd foreslås videre en tilføyelse for å presisere at spørsmål av denne art regnes som direkte forskjellsbehandling. Det foreslås at bestemmelsene utformes kjønnsnøytralt og det foreslås også tatt inn en henvisning til likestillingslovens bestemmelser i arbeidsmiljølovens § 13-4.

Kapittel 9 omhandler enkelte presiseringer i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 andre ledd om informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT), og i diskrimineringsombudsloven § 3 om ombudets mandat. Endringene innebærer ingen realitetsendringer.

I kapittel 10 gjennomgås de økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget. Forslagene antas ikke å ha økonomiske og administrative konsekvenser av betydning.

I kapittel 11 gjennomgås departementets merknader til de enkelte bestemmelsene.

2 Bakgrunn for lovforslaget

2.1 NOU 2008:1 Kvinner og homofile i trossamfunn

2.1.1 Utvalgets sammensetning og mandat

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

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 Møse, seniorrådgiver, Oslo
- Mona Næss, senioradvokat, Asker
- Tolle Stabell, assisterende regjeringsadvokat, Røyken
- Ann-Marit Sæbønes, direktør, Oslo
- Jan Tøssebro, professor, Trondheim

For å sikre at berørte interesser blir involvert i prosessen, ble det opprettet en referansegruppe med representanter for ulike diskrimineringsgrunnlag, arbeidslivets parter og Fornyings- og administrasjonsdepartementet. 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)

2.1.2 Hovedpunkter i NOU 2008:1

I innstillingen vurderes unntakene for religiøse trossamfunn fra likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering og arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering av homofile ved ansettel-

ser. Utvalgets mandat har vært å vurdere oppheving av disse.

Utvalget redegjør for relevante internasjonale menneskerettighetskonvensjoner om religionsfrihet og retten til ikke-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 slingsmonn. Her vil det være særlig viktig at både hensynene bak diskrimineringsforbudene og religionsfriheten er vektlagt i lovgivningsprosessen. 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.

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. 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.

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 trossam-

funnenes 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 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 mener at trossamfunns adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling kan hjemles i generelle saklighetsregler. 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. 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.

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 unntaket 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.

2.1.3 Høringen – oversikt over høringsinstanser

Regjeringen Stoltenberg II sendte 14. februar 2008 NOU 2008: 1 Kvinner og homofile i trossamfunn (med forslag til endringer i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven) på bred høring. Høringsfristen var 10. mai 2008. Høringen ble sendt til departementene, enkelte kommuner og fylkeskommuner samt en rekke andre offentlige instanser, forskningsinstitusjoner, frivillige organisasjoner, tros- og livssynssamfunn og arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner. Det kom inn totalt 93 høringsuttalelser.

Departementene

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet
Barneombudet
Biskopene og bispedømmerådene
Domstoladministrasjonen
Forbrukerombudet
Forbrukerrådet
Fylkesmannen i Hordaland
Fylkesmannen i Oslo og Akershus
Fylkesmannen i Vestfold
Universitetene

Afghanistankomiteen i Norge
African Youth in Norway
Aglow-tverrkirkelig Fellesskap for kvinner c/o
Marit Berg
Akademikerne
Alternativ til Vold
Amnesty International Norge
Antirasistisk senter
Arbeiderbevegelsens Arbeidsgiverforening
Arbeiderpartier
Arbeiderpartiets kvinnenettverk
Arbeids- og velferdsdirektoratet
Arbeidsgiverforeningen Spekter
Arbeidsretten
Areopagos/Emmaus
Arktisk urfolks kvinnenettverk
Atlas alliansen
Buddhistforbundet
Care Norge
De Frie Evangeliske Forsamlinger
Delta internasjonalt KFUK/KFUM
Delta Kappa Gamma Society international,
avd. Norge
Den Anglikanske kirke i Norge
Den eritreiske kvinneunion
Den Evangelisk Lutherske Frikirke
Den Indre Sjømannsmisjon

Den Kristelige Menighet (Smiths Venner)	Internasjonal Dugnad's Kvinnegruppe
Den Norske Advokatforening	International Organization for Migration (IOM)
Den norske Helsingforskomite	Islamsk Ahmadiyya-menighet
Den norske jordmorforening	Islamsk kvinnegruppe Norge
Den norske Tibetkomiteen	Islamsk råd
Den nyapostoliste kirke	Jehovas vitner
Den ortodokse kirke i Norge – Hellige Nikolai menighet	Jenter i skogbruket
Den russiske Ortodokse kirke (Moskvapatriarkatet)	Jesu Kristi Kirke av Siste Dagers Hellige
Den serbisk ortodokse kirke i Norge	Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)
Den tyske menighet i Norge	KA Kirkelig arbeidsgiver- og interesseorganisasjon
Det evengalisk-lutherske kirkesamfunn	Karisma Senter
Det Greske Orthodoxe Samfunn	KIFO, Stiftelsen Kirkeforskning
Det mosaiske Trossamfunn	KILDEN
Det norske Baptistsamfunn	Kirkelig Fornyelse
Det Norske Bibelselskap	Kirken i Dalen
Det Norske Råd for Kurdiske Rettigheter	Kirkens Arbeidsgiver- og interesseorganisasjon
Diakonhjemmets internasjonale senter	Kirkens Bymisjon
Elevorganisasjonen i Norge v/leder Jan Christian Vestre	Kirkens nord/sør-informasjon
Europeisk Kvinneunion	Kirkens Nødhjelp
FAFO	Kirkens ressurscenter mot vold og seksuelle overgrep
Fagforbundet	Kirkerådet
Fagforbundets kvinneutvalg	Kommunesektorens interesse. Og arbeidsgiverorganisasjon (KS)
Fellesrådet for Afrika	Kompetansesenter for urfolks rettigheter
Flyktningehjelpen	Kontaktutvalget mellom innvandrerbefolkningen og myndighetene
FN-sambandet i Norge	Krise- og Rådgivningstelefonen for menn
FO	Kristelig Folkeparti
For Bibel og Bekjennelse	Kristelig studentforbund
Foreningen for Somaliske Kvinner og Barn	Kristen Muslimmisjon
Forum for Kvinner og Utviklingsspørsmål (FOKUS)	Kristensamfunnet
Framtiden i våre hender	Kristent Arbeids Blant Blinde og Svaksynte (KABB)
Fredrikkes hage	Kristent interkulturelt arbeid (KIA)
Fredssenteret	Kvinnefronten i Norge
Frelsesarmeen	Kvinnegruppa Ottar
Frelsesarmeens kvinneorganisasjon	Kvinner i Mannsykker (KIM)
Fremskrittspartiet	Kvinnens Frivillige Beredskap (KFB)
Funksjonshemmede Norske Kvinner (FUNK)	Kvinneuniversitetet i Hamar
Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon	Kvinneuniversitetet i Nord
Global	Landsforeningen for Lesbisk og Homofil frigjøring
Guds Menighet, Vegårshei	Landsforeningen for transkjønnede LFTS
Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon (HSH)	Landsorganisasjonen i Norge (LO)
Helseutvalget for homofile	Landsrådet for norske barne- og ungdomsorganisasjoner
HIV Norge	Likestillings- og diskrimineringsnemnda
Human Rights Service (HRS)	Likestillings- og diskrimineringsombudet
Humanetisk forbund	Manghold i arbeidslivet-stiftelsen
Høyre IGNIS	Mellomkirkelig råd, Komitee for internasjonale spørsmål
Inner Wheel Norge v/ Sissel H. Michelsen	Menneskerettsalliansen
Innvandrerne Landsorganisasjon	Mental Helse
Integrerings- og mangfoldsdirektoratet	Metodistkirken i Norge
Intensjonal Kvinneliga for fred og frihet	

MIRA-ressursenter	Norske Kvinners Sanitetsforening
Misjonsalliansen	Norske samers Riksforbund
Misjonshøgskolen i Stavanger	NUPI
Mosaisk kvinneforening	Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
Nasjonal folkehelse	OASE
Nasjonal kompetanseenhet for minoritetshelse	OMOD
Nemnd for kvinner og likestillingsspørsmål	Oppdal Kristne Senter
Nettverk for kvinner med funksjonshemming – Nordre Ekeren	Oslo Katolske bispedømme
NOAS	Oslo kommune (-byråd for næring og idrett)
Nordisk institutt for kvinne- og kjønnsforskning	Oslo kristne senter
Nordisk samisk kvinneorganisasjon v/ Gudrun E. Lindi	Palestinakomiteens kvinneutvalg
Nord-Norges Diakonistiftelse	Pinsebevegelsen i Norge
Norges Blindeforbund	Pinsebevegelsens lederråd
Norges Bonde- og Småbrukarlags kvinneutvalg	Politidirektoratet
Norges Bygdekvinnelag	PRIO
Norges Fiskarkvinnelag	Redd Barna
Norges forskningsråd	Reform – ressursenter for menn
Norges juristforbund	Regjeringsadvokaten
Norges KFUK-KFUM	Riksadvokaten
Norges Kristelige Student- og Skoleungdomslag	Rød Valgallianse
Norges Kristelige Studentforbund	Samarbeidsforumet av funksjonshemmedes organisasjoner – SAFO
Norges kristne råd	Samarbeidsråd for menighet og misjon – Den norske kirke
Norges kvinne- og familieforbund	Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunnet
Norges lotteforbund	Sametinget
Norges Røde Kors	Sarahkka – Samisk kvinneorganisasjon v/Kirsti Synnøve Suongir
Norges Samemisjon	Selvhjelp for innvandrere og flyktninger
Normisjon	Senter for kvinne- og kjønnsforskning
Norsk folkehjelp	Senterpartier
Norsk innvandrersforum	Servicebedriftenes Landsforening (SBL)
Norsk institutt for by og regionsforskning (NIBR)	Sivilombudsmannen
Norsk institutt for forskning om oppvekst	Sjømannskirken – Norsk kirke i utlandet
Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOV)	Skeiv Ungdom
Norsk Katolsk kvinneforbund	SOS Rasisme
Norsk Krisesenterforbund	Sosial- og helsedirektoratet
Norsk Krisesenterforbund (2)	Sosialistisk Venstreparti
Norsk kvinnelig teologforening	Statens seniorråd
Norsk kvinnesaksforening	Statistisk Sentralbyrå
Norsk Luthersk Misjonssamband	Strømmestiftelsen
Norsk Misjon i Øst	Svenske Maragarethakyrkan
Norsk organisasjon for asylsøkere	Syvendags Adventistsamfunnet i Norge
Norsk pensjonistforbund	UNDP Nordic Office
Norsk Psykologforening	UNESCO (Den Norske UNESCO-kommisjonen)
Norsk senter for menneskerettigheter	Utdanningsforbundet
Norsk Studentunion	Utdanningsgruppens Hovedorganisasjon (UHO)
Norsk sykepleierforbund	Utlendingsdirektoratet (UDI)
Norsk Søndagsskoleforbund	Utvekslingsfondet
Norsk tjenestemannslag	Vennesen Samfunn Kvekerne
Norske baptisters kvinneforbund	Vennskap Nord Sør
Norske Kirkeakademier (NKA)	Venstre
Norske kvinnelige akademikere v/ Anne Holden Rønning	Yrkesorganisasjonen Sentralforbund (YS)
Norske Kvinnelige Juristers Forening	Åpen kirkegruppe for lesbiske og homofile

De høringsinstanser som hadde merknader er listet opp nedenfor:

Fornyings- og administrasjonsdepartementet
Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Justis- og politidepartementet
Kultur- og kirkedepartementet
Barneombudet

Den norske kirke:

Agder og Telemark bispedømmeråd
Borg bispedømmeråd
Hamar biskop
Kirkerådet
Møre bispedømmeråd
Nord-Hålogaland bispedømmeråd
Oslo biskop
Stavanger bispedømmeråd
Sør-Hålogaland biskop
Sør-Hålogaland bispedømmeråd
Tunsberg biskop

Statistisk sentralbyrå
Universitetet i Bergen
Universitetet i Oslo:
Avdeling for kvinnerett
Det Teologisk Fakultet
Senter for tverrfaglig kjønnsforskning

Akademikerne

Den Anglikanske kirke i Norge
Den evangelisk-lutherske frikirke
Den Norske Advokatforening
Det evangelisk-lutherske kirkesamfunn
Det norske Baptistsamfunn
For Bibel og Bekjennelse
Frelsesarmeen
Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon (HSH)
Integrerings- og mangfoldsdirektoratet
Islamsk råd
Kvinnefronten i Norge
Landsorganisasjonen i Norge (LO)
Landsrådet for norske barne- og ungdomsorganisasjoner
Likestillings- og diskrimineringsombudet
MIRA ressurscenter for innvandrere- og flyktningkvinner
Nasjonal kompetanseenhet for minoritetshelse
Norges Kristelige Studentforbund
Norges kristne råd
Normisjon

Norsk Luthersk Misjonssamband
Norsk Søndagsskoleforbund
Norske Kirkeakademier (NKA)
Oslo Katolske bispedømme
Oslo kommune (-byråd for næring og idrett)
Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunnet
Syvendedags Adventistsamfunnet i Norge
Den Norske UNESCO-kommisjonen UNESCO

Den kvinnelige teologforening
Det norske misjonsforbund
Fagforbundet teoLOGene
Filadelfia Skiptvet
Helsedirektoratet
Hope Follo
Jærthun Lutherske Friskole
Kristent Fellesskap i Trondheim
Kristent Fellesskap i Vestfold
Kristne Friskolers Forbund
NLA Lærerhøgskolen
Norges Katolske Kvinneforbund
Norsk kvinnelig teologforening
Presteforeningen
Senter for tverrfaglig kjønnsforskning
Trossamfunnet Farshuset
Unitarforbundet
Yrkesorganisasjonen Sentralforbund (YS)
Åpen kirkegruppe for lesbiske og homofile

2.1.4 Generelle synspunkter fra høringsinstansene

Hovedinntrykket av høringen er at flertallet av høringsinstansene støtter utvalgets forslag. En del av disse gir sin delvise tilslutning. *Norges kristne råd* skriver: «Selv om vi kan gi støtte til Graverutvalgets forslag isolert sett, er vi, som påpekt ovenfor, sterkt skeptisk til enkelte av premissene for utvalgets konklusjoner». «I forhold til kvinner i trossamfunn foreslår noen trossamfunn at unntak-sadgangen bør hjemles i likestillingsloven § 3 om diskrimineringsforbud istedenfor i § 2 om virkeområdet, som var utvalgets forslag.

For øvrig gir flere høringsinstanser utvalget ros for utredningen. Det skrives blant annet «utvalget har levert en grundig og balansert utredning av disse sentrale menneskerettene og det prinsipielle spørsmålet om hvordan konflikten dem i mellom bør håndteres.» De høringsinstanser som ikke støtter utvalgets forslag viser til at forslagene ikke ivaretar trossamfunnenes autonomi.

2.2 Høringsnotat med forslag om innføring av et forbud mot å spørre om graviditet

2.2.1 Erfaringer fra Likestillings- og diskrimineringsombudet

Fra 2000 til 2005 hadde Likestillingsombudet en jevn og markant økning i antall henvendelser om graviditetsdiskriminering. Antallet skriftlige henvendelser økte fra 12 til 100 per år fram til 2005. I årene 2000-2005 hadde Likestillingsombudet til sammen 392 saker om graviditetsdiskriminering. Av disse sakene var 261 veiledningssaker og 105 klager som ble realitetsbehandlet.

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) registrerte i 2006 totalt 1082 henvendelser. 606 av henvendelsene var knyttet til kjønn, hvorav 377 gjaldt arbeidslivet. Av 377 saker dreide 169 seg om graviditetsdiskriminering. I 60 av sakene nevnes ord relatert til ansettelse eller rekruttering i tittelen. Ombudets registrering av sakene gir ikke noen oversikt over hvor mange av disse henvendelsene som gjelder spørsmål om graviditet/familieplanlegging under intervju.

Det betyr at nærmere 1/3 av henvendelsene på arbeidslivets område gjaldt graviditetsdiskriminering.

Statistikken viser at spørsmål om rettigheter i arbeidslivet i forbindelse med graviditet og foreldrepermisjon utgjør en betydelig del av henvendelsene. Sakene der graviditetsspørsmål under intervju har vært tema, er ofte veiledningssaker. Flere av de som kontakter ombudet har spurt om de er forpliktet til å fortelle om graviditet under intervju og frykter at de ikke vil bli ansatt dersom de opplyser arbeidsgiver om det. En del av sakene gjelder også kvinner som allerede har født og er i fødselspermisjon når de søker jobb og får spørsmål om når de kan tiltre jobben. I mange tilfeller er det en kombinasjon av graviditet og forventet uttak av foreldrepermisjon som er problemstillingen. Ombudet antar at det er langt flere arbeidstakere som opplever forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon, enn de som faktiske tar kontakt.

Sommeren 2007 tok LDO spørsmålet opp med Barne- og likestillingsdepartementet. De foreslo å styrke diskrimineringsvernet ved å lovfeste et forbud mot å spørre om graviditet i en ansettelsessituasjon. LDO startet samtidig en offentlig debatt rundt problemstillingen. Den norske delegasjonen berørte også spørsmålet om graviditetsdiskriminering under høringen av Norges 7. rapport til FN (CEDAW) i august 2007 i forbindelse med at

CEDAW-komiteen løftet fram arbeidslivsspørsmål og diskriminering av kvinner.

2.2.2 Høringsnotatet

Barne- og likestillingsdepartementet sendte, på bakgrunn av disse erfaringene, et forslag om lovfesting av et spørreforbud på bred høring i august 2008. Høringsfristen var 18. november 2008.

I høringsnotatet foreslås for det første å lovfeste et uttrykkelig forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging. Bestemmelsen foreslås tatt inn som et nytt tredje ledd i likestillingsloven § 4:

«I ansettelsesprosessen, herunder under intervju, må ikke arbeidsgiver be om at søkerne skal gi opplysninger om graviditet eller familieplanlegging. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte»

Det foreslås videre en tilføyelse i likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2 for å presisere at spørsmål om graviditet og familieplanlegging regnes som direkte diskriminering:

«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. Tilsvarende skal spørsmål om graviditet eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen regnes som direkte diskriminering.»

For ytterligere å skjerpe vernet mot graviditetsdiskriminering foreslås også at begrensningen i likestillingsloven § 3 andre ledd første punktum i.f. fjernes:

«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. Tilsvarende skal spørsmål om graviditet eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen regnes som direkte diskriminering.»

Departementet viste i høringsnotatet til at det ikke er ønskelig med en unntaksadgang fra forbudet, jf arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4 annet ledd og diskrimineringsloven § 7 annet ledd. Departementet gjorde samtidig oppmerksom på at det i helt spesielle unntakstilfeller vil være behov for å spørre om, og vektlegge, graviditet og familieplanlegging. Som eksempel kan nevnes tildeling av film-/teaterroller som stiller spesielle krav til

utseende. En gravid kvinne vil for eksempel neppe fremstå som særlig troverdig i rollen som Anne Frank. En slik adgang til å spørre om, og vektlegge, graviditet og familieplanlegging vil etter departementets vurdering kunne hjemles i det ulovfestede saklighetskravet.

Departementet ba til slutt om høringsinstansenes syn på om også andre opplysninger bør omfattes av et forbud, og hvorvidt bestemmelsen bør utformes kjønnsnøytralt.

2.2.3 Høringen – oversikt over høringsinstanser

Arbeids- og inkluderingsdepartementet

Finansdepartementet

Fiskeri- og kystdepartementet

Fornyings- og administrasjonsdepartementet

Forsvarsdepartementet

Helse- og omsorgsdepartementet

Justis- og politidepartementet

Kommunal- og regionaldepartementet

Kultur- og kirkedepartementet

Kunnskapsdepartementet

Landbruks- og matdepartementet

Miljøverndepartementet

Nærings- og handelsdepartementet

Olje- og energidepartementet

Samferdselsdepartementet

Utenriksdepartementet

Fylkesmannen i Buskerud

Fylkesmannen i Finnmark

Fylkesmannen i Oslo og Akershus

Fylkesmannen i Rogaland

Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)

Arbeidsretten

Barne- ungdoms- og familiedirektoratet

Barneombudet

Den norske advokatforening

Den norske Dommerforening

Domstolsadministrasjonen

Forbrukerombudet

Innstillingsrådet for dommere

Likestillings- og diskrimineringsombudet

Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Regjeringsadvokaten

Riksadvokaten

Sametinget

Sivilombudsmannen

Statistisk sentralbyrå

Forskningsstiftelsen FAFO

KILDEN

Norges forskningsråd

Norsk institutt for by- og regionforskning (NIBR)

Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA)

Universitetet for miljø- og biovitenskap

Universitetet i Bergen

Universitetet i Oslo – Avdeling for kvinnerett

Universitetet i Oslo - Nordisk Institutt for kvinne- og kjønnsforskning

Universitetet i Oslo – Norsk senter for menneskerettigheter

Universitetet i Tromsø

Universitetet i Stavanger

Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (NTNU)

Alta kommune

Bergen kommune

Bærum kommune

Kristiansand kommune

Lyngen kommune

Narvik kommune

Oslo kommune

Skien kommune

Stavanger kommune

Tromsø kommune

Trondheim kommune

Vefsn kommune

Agder og Telemark bispedømmeråd

Kirkerådet, Mellomkirkelig råd, Samisk kirkeråd

Oslo bispedømmeråd

Sør-Hålogaland bispedømmeråd

Tunsberg bispedømmeråd og Tunsberg biskop

Arbeiderbevegelsens Arbeidsgiverforening

Arbeidsgiverforeningen NAVO

Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon (HSH)

Kirkens arbeidsgiverorganisasjon

KS - Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon

Servicebedriftenes Landsforening (SBL)

Arbeidsgiverforeningen Spekter

Akademikerne

Den norske jordmorforening

Fagforbundet

Landsorganisasjonen i Norge (LO)

Norsk sykepleierforbund

Utdanningsforbundet

Utdanningsgruppenes Hovedorganisasjon (UHO)

Yrkesorganisasjonenes sentralforbund (YS)

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)

Unio

Afghanistankomiteen i Norge
 Aglow - tverrkirkelig Fellesskap for kvinner
 Aleneforeldreforeningen
 Alternativ til Vold
 Amnesty International Norge
 Antirasistisk senter
 Arbeiderpartiets kvinnetttverk
 Arktisk urfolks kvinnetttverk
 Bedriftsforbundet
 Care Norge
 Delta Kappa Gamma Society international,
 avdeling Norge
 Den norske kirkes presteforening
 Elevorganisasjonen i Norge
 Europeisk Kvinneunion
 Fagforbundets kvinnevalg
 Fellesrådet for Afrika
 Flyktningehjelpen
 FN-sambandet i Norge
 FOKUS – Forum for kvinner og utviklingsspørsmål
 Framtiden i våre hender
 Frelsesarmeens kvinneorganisasjon
 FUNK - Funksjonshemmede Norske kvinner
 Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon
 Humanetisk forbund
 Inner Wheel Norge
 Internasjonal Dugnad's Kvinnegruppe
 Internasjonal Kvinneliga for fred og frihet
 Islamsk kvinnegruppe Norge
 Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)
 Kvinnefronten i Norge
 Kvinnegruppa Ottar
 Kvinner i mannsyrker
 Kvinners Frivillige Beredskap
 Kvinneuniversitet Nord
 Kvinneuniversitetet
 Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og
 transpersoner (LLH)
 Landsrådet for norske barne- og ungdomsorganisasjoner
 Mangfold i Arbeidslivet stiftelsen
 MiRA
 Nordisk samisk kvinneorganisasjon
 Norges Blindeforbund
 Norsk Bonde- og småbrukarlag
 Norges Bygdekvinnelag
 Norges Fiskarkvinnelag
 Norges Kristelige Studentforbund
 Norges kvinne- og familieforbund
 Norges lotteforbund
 Norges Røde Kors
 Norsk folkehjelp
 Norsk krisesenterforbund
 Norsk kvinnesaksforening

Norsk organisasjon for asylsøkere
 Norsk studentunion
 Norsk sykepleierforbund
 Norske kvinnelige akademikere
 Norske Kvinnelige Juristers Forening
 Norske Kvinners Sanitetsforening
 Norske samers Riksforbund
 Palestinakomiteens kvinnevalg
 Redd Barna
 Sarahkka - Samisk kvinneorganisasjon
 Statens seniorråd

De høringsinstanser som hadde merknader er listet opp nedenfor:

Agder og Telemark bispedømmeråd
 Akademikerne
 Arbeids- og inkluderingsdepartementet
 Arbeidsgiverforeningen Spekter
 Avdeling for kvinnerett, Universitetet i Oslo
 Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet
 Delta Kappa Gamma International Norge
 Den Norske Kirke
 Fornyings- og administrasjonsdepartementet
 Fylkesmannen i Finnmark
 Fylkesmannen i Rogaland
 Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon
 (HSH)
 Helse- og omsorgsdepartementet
 Innstillingsrådet for dommere
 Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)
 Justis- og politidepartementet
 Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS)
 Landsorganisasjonen i Norge (LO)
 Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN)
 Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO)
 MIRA
 Norges kristelige studentforbund
 Norsk sykepleierforbund
 Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
 Oslo bispedømmeråd
 Statens vegvesen, Vegdirektoratet
 Unio
 Utdanningsforbundet

2.2.4 Generelle synspunkter fra høringsinstansene

Det store flertallet av høringsinstansene gir uttrykk for at de støtter forslaget om et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i ansettelsesprosessen.

Blant høringsinstansene som støtter forslaget om et forbud, er det få innvendinger mot departe-

mentets forslag om å plassere bestemmelsen i likestillingsloven.

Noen høringsinstanser er imidlertid i mot å innføre et eksplisitt forbud i likestillingsloven, og viser

i all hovedsak til at gjeldende rett gir et tilstrekkelig vern ved graviditet og familieplanlegging. Blant høringsinstansene som er mot forslaget er: KS, NHO, HSH og Arbeidsgiverforeningen Spekter.

3 Hovedtrekkene i gjeldende rett

3.1 Kvinner og homofile i trossamfunn

3.1.1 Trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling av homofile og kvinner etter arbeidsmiljøloven og likestillingsloven

Departementet viser til utvalgets redegjørelse for gjeldende rett i kapittel 4 i vedlagte NOU 2008:1 Kvinner og homofile i trossamfunn.

Departementet gir nedenfor en summarisk beskrivelse av hovedtrekkene i gjeldende rett i forhold til trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner og homofile.

3.1.1.1 Forskjellsbehandling på grunnlag av seksuell orientering

Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven gir vern mot diskriminering i arbeidsforhold. Det er etter arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbudt å diskriminere i ansettelsesforhold blant annet på grunn av seksuell orientering. Bestemmelsen lyder:

§ 13-1. Forbud mot diskriminering

(1) Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder er forbudt.

Etter § 13-3 første ledd er det en generell adgang til saklig forskjellsbehandling:

§ 13-3. Unntak fra forbudet mot diskriminering

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

Trossamfunn er etter § 13-3 tredje ledd gitt en særskilt adgang til å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform:

3) Forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn, der det i utlysingen 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 særlig unntak for trossamfunn fra forbudet mot å innhente opplysninger om seksuell orientering ved ansettelse i § 13-4 første ledd, jf. andre ledd, andre punktum:

§ 13-4. Innhenting av opplysninger ved ansettelse

(1) Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

(2) Forbudet i første ledd gjelder ikke dersom innhenting av 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. Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysingen av stillingen.

3.1.1.2 Forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn

I likestillingsloven er trossamfunns adgang til forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn i dag regulert som et unntak fra lovens virkeområde i lovens § 2. Bestemmelsens første ledd lyder:

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

3.1.2 Internasjonale menneskerettigheter

Her refereres utvalgets gjennomgang av internasjonale menneskerettigheter i utredningens kapittel 2.1 og 2.2. For nærmere beskrivelse av utvalgets vurdering av lovgivers handlingsrom etter menneskerettighetene vises det til utredningens kapittel 2.3.

«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 samsfunnsspørsmål 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.

3.1.2.1 FN-konvensjoner

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, iaktakelse 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 tilfelle oppfylle forholdsmessighetskravet som artikkel 18 oppstiller.

Retten til privatliv er vernet i artikkel 17, som fastslår at «ingen 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. 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.»

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.

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.

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.

For så vidt gjelder antidiskrimineringsforpliktelser, legger konvensjonen primært opp til at staten har en plikt til å iverksette lovgivning uten nærmere å kvalifisere hvordan lovgivningen i detalj skal utformes.

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.

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 asymmetriske kjønnsroller. Dette er bakgrunnen for at mange stater har avgitt reserverasjoner 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 kvinnekommisjonskomité (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.»

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.

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, helsetjenester, 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.

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, utelukkelse 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 ansettelser. Ifølge komiteen kunne religionsfriheten ikke begrunne en så vid adgang til å gjøre unntak som denne bestemmelsen åpnet for.

3.1.2.2 Europarådets konvensjoner

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 så vel offentlig som privat å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning, ved tilbudelse, 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.»

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 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.»

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, eienedom, 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 konvensjonsteksten. 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.

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. 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.»

3.1.2.3 EU og EØS-avtalen

Her refereres utvalgets gjennomgang av EU og EØS-avtalen i utredningens kapittel 3.

«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 tilsvare 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.

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.

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 pågående egenskap på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervs-mæssigt 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. 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 erhvervs-mæssigt krav på baggrund af organisationens etik. Denne ulige behandling udøves under overholdelse af medlemsstaternes forfatnings-mæssige 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 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 organisasjonens overbevisning eller tro, og er lojale mot organisasjonens etikk. 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 lojale 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 homo-

fil samlivsform, 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 lojale 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.

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.

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 rettferdiggjøres 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 hensigtsmæssige 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.

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

3.2 Graviditetsdiskriminering

Likestillingsloven

Likestillingsloven § 4 forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn ved ansettelser mv. Bestemmelsen er en presisering av generalklausulen i § 3 i loven – «*Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt*». Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, herunder forbudet mot graviditetsdiskriminering, gjelder ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse og permittering, jf. likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3. Forbudet gjelder ikke bare selve ansettelsen, men omfatter også de forberedelser som er gjort i forkant av dette. Dette innebærer blant annet at arbeidsgiver ikke må handle i strid med diskrimineringsforbudet ved utlysning av stillingen eller ved utvelgelse av søkere til intervju.

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel regnes som *direkte* diskriminering. Med dette menes at det er handlingens diskriminerende motiv som er avgjørende, ved at det er en direkte sammenheng mellom kjønn og handlingens diskriminerende effekt – dette er i tråd med EØS retten som har lagt til grunn et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering.

Handlinger som er begrunnet i graviditeten, handlinger begrunnet i fravær og utnyttelse av rettigheter (fødselspermisjon osv.) og også andre forhold som utløses av graviditet, faller inn under bestemmelsen. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet og forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver generelt, regnes som indirekte forskjellsbehandling og således kunne være betinget av en interesseavveining.

Forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet ved ansettelse er tilnærmet absolutt. Vernet mot diskriminering på grunn av graviditet ved ansettelse er utpenslet av praksis fra EF-domstolen som Norge er bundet av.

Arbeidsgiver kan ikke påberope som grunnlag for ikke å inngå et ansettelsesforhold, at graviditet og påfølgende fravær vil medføre økonomiske eller andre konsekvenser. EF-domstolen slo i sak C-177/88, Dekker, fast at forskjellsbehandling på grunn av graviditet utgjør direkte diskriminering på grunn av kjønn, og kan ikke begrunnes i de økonomiske konsekvenser graviditeten medfører for

arbeidsgiver. Dette er gjentatt en rekke ganger av EF-domstolen.

Arbeidsgiver kan heller ikke påberope seg det forhold at en gravid søker ikke kan utføre de oppgaver som ligger til stillingen. Spørsmålet om en gravid kvinne kunne nektes ansettelse med den begrunnelse at nasjonal lovgivning forbyr at gravide kvinner settes til arbeidsoppgaver som innebærer visse former for risiko, med den følge at søker ikke kan tiltre før etter fødselen, var oppe for EF-domstolen i sak C-207/98, Mahlburg. EF-domstolen svarte avvisende på spørsmålet, med den begrunnelse at kvinner ikke skal stilles i en dårligere stilling på grunn av graviditet. EF-domstolen viste blant annet til sak C-136/95, Habermann – Beltermann, som slår fast at et lovfestet forbud mot nattarbeid for gravide ikke kan begrunne oppsigelse på grunn av graviditet.

EF-domstolens avgjørelse i sak C-1993/32, Webb, fastslår at en kvinne som ikke kan utføre de arbeidsoppgaver hun er ansatt for, på grunn av at hun blir gravid kort tid etter at arbeidsavtalen ble inngått, ikke er i sammenlignbar situasjon som menn som av andre grunner ikke kan utføre arbeidsoppgaver som ligger til stillingen. Saken gjaldt oppsigelse av en kvinne som var ansatt på ubestemt tid, men i første omgang skulle være vikar for en annen kvinnelig ansatt i foreldrepermisjon. EF-domstolen slo fast at oppsigelse av en kvinne på grunn av graviditet ikke kan begrunnes med at hun er ute av stand til å oppfylle vesentlige deler av sine forpliktelser etter arbeidsavtalen, som for arbeidsgiver er at arbeidstakeren er til stede. En slik fortolkning ville ifølge EF-domstolen føre til at graviditetsvernet ikke vil ha effektiv virkning.

Diskrimineringsvernet gjelder både faste og midlertidige stillinger. EF-domstolen uttalte i sak C-109/00 Tele Danmark, at vernet er det samme for midlertidige som for faste stillinger. Når det gjelder ansettelsesforholdets varighet la EF-domstolen vekt på at likestillingsdirektivene ikke oppstiller noe skille mellom faste og midlertidige stillinger, og at ansettelsesforholdets varighet er et særdeles uberegnelig element i ansettelsesforholdet, ettersom det kan være av kortere eller lengre varighet og kontrakten kan fornyes eller forlenges. Det ble også vektlagt at tidsbegrensede ansettelsesavtaler utgjør en ikke ubetydelig del av ansettelsesforholdene, slik at vernet ville være betydelig svekket dersom midlertidige stillinger ikke var omfattet.

Det er altså, i henhold til gjeldende rett, ikke lov til å forskjellbehandle på grunn av graviditet og fødsel. Spørsmålet om arbeidsgivers rett til å inn-

hente opplysninger om graviditet ved ansettelsen er ikke avklart i norsk rett.

Arbeidsmiljølov og diskrimineringslov

Både arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven har bestemmelser som oppstiller forbud mot stille nærmere spesifiserte spørsmål under et intervju. Forarbeidene gir imidlertid ingen holdepunkter for å tolke disse bestemmelsene som et forbud mot å stille spørsmål om graviditet.

I arbeidsmiljøloven reguleres dette i § 13-4:

«(1) Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

(2) Forbudet i første ledd gjelder ikke dersom innhenting av 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. Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen.»

I diskrimineringslovens reguleres dette i § 7:

«Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

Forbudet i første ledd gjelder ikke dersom innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål er begrunnet i stillingens karakter, eller det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte religiøse eller kulturelle syn og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet. Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen.»

For en utførlig drøftelse av gjeldende rett på graviditetsdiskriminering vises det til lærebok i diskriminerings- og likestillingsrett (Universitetsforlaget 2008) kapittel 6.

Internasjonale forpliktelser

EU har regulert temaet i flere direktiver. For det første omfattes graviditetsdiskriminering uttrykkelig av EUs likebehandlingsdirektiv (artikkel 2 nr. 2 bokstav c i 2006-direktivet (2006/54/EF) og artikkel 2 nr. 7 i 1976-direktivet (76/207/EØF). Direktivet har også en regel om beskyttelse av kvinners rettigheter under svangerskaps- og fødselspermisjon (artikkel 15 i 2006-direktivet og artikkel 2 nr. 7 i 1976-direktivet). Reglene er en kodifisering av EF-domstolens praksis.

EUs svangerskapsdirektiv (92/85/EØF) er et arbeidsmiljødirektiv som skal verne arbeidstakere som er gravide, nettopp har født eller som ammer. Etter artikkel 8 skal arbeidstakere ha rett til minst 14 sammenhengende ukers permisjon før og/eller etter fødselen. To av ukene skal være obligatoriske. Arbeidstakerne skal vernes mot tap av stilling eller svekkede arbeidsvilkår på grunn av permisjon i denne beskyttede perioden (artiklene 10 og 11).

EUs direktiv om rammeavtale om foreldrepermisjon (96/34/EF) er også relevant i forhold til graviditetsdiskriminering. Mannlige og kvinnelige arbeidstakere skal ha en individuell rett til permi-

sjon i minst tre måneder. Ved permisjonens utløp skal arbeidstakeren ha rett til å få tilbake samme eller tilsvarende stilling som før permisjonen (avtalens § 2).

Temaet er videre regulert i internasjonale konvensjoner som FNs kvinnekonvensjon. Artikkel 11 nr. 2 reflekterer også kvinners behov for vern mot diskriminering i arbeidslivet ved graviditet og fødsel. Med sikte på å hindre at kvinner diskrimineres på grunn av ekteskap, svangerskap og fødsel, og for å sikre dem en reell rett til arbeid, skal staten treffe de tiltak som er nødvendige blant annet ved å forby oppsigelse på grunn av svangerskap eller fødselspermisjon og å innføre fødselspermisjon med lønn, eller tilsvarende sosiale ytelser, uten at dette fører til tap av tidligere stilling, ansiennitet eller sosiale goder.

ILO konvensjon nr. 156 om like muligheter og likebehandling av arbeidstakere med familieforpliktelser tar utgangspunkt i arbeidstakeres problemer med å kombinere arbeid og familie. Konvensjonen omfatter ikke graviditet, fødsel og amming, men retter seg mot diskriminering på grunn av omsorgsoppgaver for små barn og andre familiemedlemmer.

4 Utenlandsk rett

4.1 Kvinner og homofile i trossamfunn

Utvalget har i vedlagte NOU i kapittel 5 redegjort for utenlandsk rett. Departementet viser til utvalgets redegjørelser og gjengir hovedpunktene i beskrivelsen av utenlandsk rett:

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 lægning 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 lægning 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 over-

for 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.

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.

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. Spørsmålet har imidlertid ikke vært prøvet for domstolene.

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 arbeids-

forhold (lov om likebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse, lovbekendtgørelse 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.

Forskjellsbehandlingsloven setter forbud mot diskriminering på grunn av en rekke kriterier, blant annet seksuell orientering (lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet 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. Det kan i utgangspunktet dispenseres 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. Generelt er det en meget restriktiv praksis for å gi dispensasjon etter lovens § 6 stk. 2.

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 lægning» 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 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 rammedirektiv 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 (Högsta Domstolen 2001: 88). 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. 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».

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) tilsvarer EUs 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 tilsvarer rammedirektivet artikkel 4 nr. 2.

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

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. 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».

4.2 Graviditetsdiskriminering

Sverige

I januar 2009 trådte en ny diskrimineringslov i kraft i Sverige (diskrimineringslagen). Integrations- og jämställdhetsdepartementet i Sverige, sier følgende:

«1 januari i år trädde en ny lag i kraft i Sverige, kallad diskrimineringslagen. I lagen finns inte grunden «graviditets» diskriminering, istället använder vi grunden diskriminering på grund av kön. Direkt och indirekt diskriminering är förbjuden enligt diskrimineringslagen på en rad samhällsområden.

Kriteriet för direkt diskriminering är att personen ska ha blivit missgynnad genom att behandlas sämre än någon annan behandlas i en jämförbar situation och har samband med kön. Jämförelsen bör i allmänhet göras med en annan faktiskt existerande person. Om det inte finns någon verklig person att jämföra med får jämförelsen göras med en tänkt jämförelseperson (hypotetisk jämförelseperson).

När det gäller indirekt diskriminering görs jämförelsen, om ett krav kan komma att särskilt missgynna person ur en viss grupp, göras mellan olika grupper. I detta fall är det inte aktuellt att använda hypotetiska jämförelse personer.»

Danmark

I den danske lovgivningen; likebehandlingsloven, og ligelønsloven, som gjelder på arbeidsmarkedsområdet og ligestillingsloven, som gjelder utenfor arbeidsmarkedsområdet, er det forbud mot både direkte og indirekte forskjellsbehandling (samt mot seksuell sjikane).

Definisjonene på forskjellsbehandling er formulert på samme måte i alle lovene, og er lik formuleringen i EU-direktivene. Det fremgår f.eks. således av likebehandlingslovens § 1, at:

§ 1. Ved ligebehandling af mænd og kvinder forstås i denne lov, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grund af køn. Dette gælder både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling, navnlig under henvisning til graviditet eller til ægteskabelig eller famillemæssig stilling.

Stk. 2. Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af køn behandles ringere, end en anden person bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Direkte forskelsbehandling på grund af køn foreligger herunder ved enhver form for negativ forskelsbehandling i forbindelse med graviditet og under kvinders 14 ugers fravær efter fødslen.

Stk. 3. Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af det ene køn ringere end personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Stk. 4. Chikane som defineret i stk. 5 og sexchikane som defineret i stk. 6 betragtes som forskelsbehandling på grund af køn og er derfor forbudt. En persons afvisning af eller indvilligelse i en sådan adfærd må ikke anvendes som begrundelse for en beslutning, der vedrører den pågældende.

Stk. 5. Der foreligger chikane, når der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke verbal eller fysisk adfærd i relation til en persons køn med det formål eller den virkning at krænke denne persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Stk. 6. Der foreligger sexchikane, når der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke

verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighet, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Stk. 7. En instruktion om at forskelsbehandle en person på grund af køn betragtes som forskelsbehandling.

EUs bevisbyrdedirektiv er implementert, det innebærer at det er enten delt eller omvendt bevisbyrde ved overtredelse av forbudet mot forskjellsbehandling. På arbeidsmarkedsområdet har en del praksis - både rettspraksis og praksis fra Ligestillingsnævnet – slått fast at det er opp til arbeidsgiver å bevise at det ikke har funnet sted forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

Finland

Den finske likestillingsloven forbyr uttrykkelig både direkte og indirekte diskriminering. Lovteksten definerer også hva som menes med diskriminering:

«Direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön är förbjuden. Med diskriminering på grund av kön avses i denna lag att kvinnor och män försätts i olika ställning på grund av kön; kvinnor sinsemellan försätts i olika ställning av

orsaker som föranleds av havandeskap eller barnsörd eller att kvinnor och män försätts i olika ställning på grund av föräldraskap, familjeansvar eller av någon annan orsak som hänförs sig till arbetstagarens kön.

Med diskriminering avses även ett förfarande som leder till att personer av orsaker som avses i [annet ledd] faktiskt kommer i olika ställning i förhållande till hvarandra. (§ 7)»

En kan merke seg at den finske loven uttrykkelig definerer ulik behandling *mellom* kvinner på grunn av graviditet og fødsel, som diskriminering på grunn av kjønn, jf. § 7 annet ledd pkt. 2. Loven har også et forbud mot forskjellsbehandling av kvinner eller menn på grunn av omsorgsansvar o.l. så langt dette er kjønnsspesifikke forhold, jf. § 7 pkt. 3. I tillegg konkretiseres diskrimineringsforbudet for ansettelsesforhold i § 8.

Den finske loven har i motsetning til norsk og svensk lovgivning ingen uttrykkelig regel som begrenser diskrimineringsforbudet ut fra rimelighetshensyn eller særlige grunner slik urimelighetskriteriet i den norske likestillingsloven eller svensk rett som åpner for at andre hensyn enn likestillingshensyn bør gå først. Det må likevel antas at en slik begrensning skal innfortolkes i visse tilfelle.

5 Bør trossamfunnenes adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling oppheves

Retten til trosfrihet og retten til vern mot diskriminering er begge to grunnleggende menneskerettigheter. Trosfriheten innebærer en rett, både som individ og som trossamfunn, til å utøve sin tro i tråd med læren for trossamfunnet. Samtidig er vern mot diskriminering en annen grunnleggende rettighet. Enkeltindivider har rett til likebehandling og ikke diskriminering på grunnlag av kjønn, rase, etnisitet, religion, alder, seksuell orientering og funksjonsevne.

Troslærene har sine opprinnelser langt tidligere enn retten til vern mot diskriminering, som har røtter i den europeiske opplysningstid. Verdensreligionenes troslære inkluderer alle formuleringer som setter individer innenfor trossamfunnet i ulik stilling, blant annet ut fra kjønn. Dette innebærer en konflikt mellom den kollektive trosfrihet på den ene siden, og moderne krav om individuelle menneskerettigheter på den annen side. Inkulturasjon, som innebærer historisk fortolkning av troslæren, har bidratt til å redusere konfliktnivået mellom den kollektive trosfriheten og individuelle menneskerettigheter. Departementet erkjenner samtidig at en som lovgiver ikke fullt ut kan forene en ubeskåret rett til kollektiv trosfrihet og fulle individuelle menneskerettigheter, også innenfor trossamfunn.

På samme måte som utvalget viser departementet til at både grunnloven og internasjonale forpliktelser som Norge har sluttet seg til, gir handlinger som kan begrunnes i religionsfriheten en særstilling i forhold til andre handlinger. Særlig gjelder dette for handlinger som står i direkte sammenheng med sentrale elementer i troen. Religionsfriheten beskytter 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, som departementet mener må beskyttes. Det er i forhold til den institusjonelle delen av religionsfriheten retten til ikke å bli diskriminert kan komme i

konflikt med trossamfunnenes autonomi med hensyn til ulike aspekter av religionsutøvelsen.

Likestilling og likebehandling uavhengig av kjønn på alle samfunnsområder er et grunnleggende prinsipp som er nedfelt i norsk og internasjonal lovgivning. Likestillingsloven bygger på et likestillingsbegrep som ikke tillater ulik behandling ut fra en oppfatning om at kvinner og menn er grunnleggende forskjellige. Arbeidsmiljøloven inneholder et tilsvarende forbud mot likebehandling av homofile ved ansettelse. 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. Mange trossamfunn forfekter et syn på kjønn, kjønnsroller og homofili som kan være i strid med likestillingsforståelsen i likestillings- og arbeidsmiljøloven. Departementet mener et sentralt formål med diskrimineringsreglene er å utfordre/motvirke tradisjoner og kulturelt betinget praksis som innebærer diskriminering.

Departementet viser til at både religionsfriheten og diskrimineringsvernet er sentrale elementer i et demokratisk samfunn og i et menneskerettsperspektiv. Dette er rettigheter som anses som grunnleggende og fundamentale. Begge rettighetsperspektivene er svært viktige for de impliserte parter og samfunnet for øvrig. Det handler om beskyttelsen av menneskets egenverd og verdighet. Departementet støtter at det er nødvendig å ivareta begge rettigheter, men siden rettighetene kan stå i strid med hverandre må en finne en balanse mellom disse. Hensynet til trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi må avveies mot hensynet til likestilling og likeverd for kvinner og homofile.

Videre mener departementet at 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.

Departementet mener det skal være en viss unntaksadgang for trossamfunn fra et absolutt forbud mot forskjellsbehandling. Alle europeiske land har gjort unntak i en eller annen form fra diskrimineringslovgivningen av hensyn til trossamfunnens religionsfrihet og autonomi. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om 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. Departementet viser til at internasjonale menneskerettigheter gir føringer for avveiningen mellom trossamfunnskrav på religionsfrihet og kvinners og homofiles krav på ikke å bli utsatt for diskriminering.

Departementet anser at avveining må baseres på følgende elementer:

- En innskrenking i trosfriheten eller vernet mot diskriminering må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta formål som er beskyttet gjennom den andre rettigheten.
- Trossamfunnens adgang til forskjellsbehandling må være saklig og kunne begrunnes og belegges i tros læren som gjelder for trossamfunnet

Departementet vil anføre at forskjellsbehandling i trossamfunn som er begrunnet i kulturelle tradisjoner ikke bør beskyttes gjennom en unntaksadgang. Forskjellsbehandlingen må tydelig kunne belegges i tros læren for trossamfunnet.

I en del tilfeller kan det vise seg vanskelig å avgjøre hvorvidt praksis i et trossamfunn er begrunnet i lære eller i kulturelle tradisjoner. Det må da foretas en alminnelig saklighetsvurdering, se mer om dette i kapittel 6 og 7.

Departementet mener trossamfunn har en holdningsskapende rolle i samfunnet. 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. Departementet mener imidlertid at 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. Dette støttes av noen høringsinstanser. *Kirkerådet* respekterer at regjering og Storting har likestillingspolitiske mål og gir uttrykk for disse, men betrakter det som en selvfølge at staten

i denne sammenheng avholder seg fra tvangsmessige inngrep og press overfor tros- og livssynssamfunnene. *Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn (STL)* viser til at «Lovgiver må derfor være klar over at iveren etter «å fjerne alle former for diskriminering» i trossamfunnene gjennom lovregulering kan virke mot sin hensikt fordi dette kan både mobilisere motkreftene i trossamfunnene, eller føre til at trossamfunnene trekker seg unna den offentlige samtale om disse tema.» *Sør-Hålogaland biskop* er blant dem som ønsker endring i kirken, men mener også at det er avgjørende viktig å respektere religionsfriheten på en slik måte at lovverket ikke presser et trossamfunn til å foreta ansettelser mot sin religiøse overbevisning. Det er ikke det ytre lovverk, men de indre prosesser i trossamfunnene, som må være med å skape grunnlag for slik endring. Dette gjelder også om det er uenighet i trossamfunnet som gir seg utslag i ulik praksis.

Departementet mener på denne bakgrunn at det er behov for en viss unntaksadgang for å verne en kjerne av trossamfunnens religionsfrihet og autonomi som lovgiver ikke kan eller bør gripe inn i.

Departementet viser for øvrig til utviklingen av vernet mot diskriminering på mer generelt grunnlag. Det er økende fokus på behovet for å verne enkeltindivider mot diskriminering. De siste årene har vi fått to helt nye lover mot diskriminering: Diskrimineringsloven som forbyr forskjellsbehandling på grunn av etnisitet og religion mv. samt Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven som forbyr diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. I 2006 ble det opprettet et nytt ombud – Likestillings- og diskrimineringsombudet, som håndhever alle diskrimineringsgrunnlagene. Ombudet har både en lovhåndheverrolle samt en pådriverrolle. I tillegg har Likestillings- og diskrimineringsnemnda blitt opprettet. Nemnda har kompetanse til å fatte bindende vedtak i tilfeller hvor diskriminering har funnet sted. For øvrig trådte en ny felles ekteskapslov i kraft 1. januar 2009 hvor par av samme kjønn gis samme rettigheter til ekteskap som ulikekjønnede par.

Norge ble eksaminert av FNs CEDAW-komité i 2007 om oppfyllelsen av forpliktelsene etter FNs kvinnekongresskonvensjon (CEDAW). Komiteen tok opp spørsmålet om inkorporering i menneskerettsloven i sine «Concluding comments» etter eksamineringen. Høsten 2008 har Justisdepartementet i samarbeid med Barne- og likestillingsdepartementet utarbeidet et høringsnotat om mulig innarbeiding av kvinnekongresskonvensjonen i menne-

skerettsloven. Høringsnotatet ble sendt på bred høring, med frist 1. Februar. En inkorporering i menneskerettsloven sikrer at likestilling og forbudet mot diskriminering av kvinner vil være et sentralt hensyn i lovgivingsarbeid og forvaltning også i framtiden.

Videre viser departementet til Diskrimineringslovutvalget som har som mandat å legge fram

forslag til ny helhetlig diskrimineringslovgivning. Utvalget legger fram sin hovedinnstilling 1. Juli 2009.

Når det gjelder den nærmere reguleringen av trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling av homofile og kvinner, vises det til hhv kapittel 6 om endringer i arbeidsmiljøloven samt kapittel 7 om endringer i likestillingsloven.

6 Trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle homofile

6.1 Arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd – Trossamfunnenes særlige adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av homofilt samliv

6.1.1 Utvalgets forslag

Utvalget viser til at 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 rettigheter er grunnleggende og har å gjøre med beskyttelsen av menneskets egenverdi og verdighet.

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 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 foreslår at unntaket i arbeidsmiljøloven (aml) § 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 aml § 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 første ledd.

6.1.2 Høringsinstansenes syn

Høringsinstansene er delt i sine tilbakemeldinger til forslaget om å oppheve regelen om trossamfunnenes særskilte adgang til forskjellsbehandling i § 13-3 tredje ledd. Noen er ubetinget positive til for-

slaget, noen gir bare delvis tilslutning og andre er grunnleggende i mot forslaget.

Disse gir en ubetinget eller delvis tilslutning til opphevelsen av § 13-3 tredje ledd: *Justis- og politidepartementet, Universitetet i Bergen Universitetet i Oslo ved avdeling for kvinnerett, Teologisk fakultet og Senter for kjønnsforskning, Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO), Fagforbundet teologene, Åpen kirkegruppe for lesbiske og homofile, Presteforeningen, Norges kristelige studentforbund, Advokatforeningen, Akademikerne, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS), Landsorganisasjonen i Norge (LO), Den norske UNESCO-kommisjonen, Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner, Kirkerådet, Oslo biskop og bispedømmerådet, Sør-Hålogaland Bispedømmeråd, Borg bispedømmeråd, Hamar biskop, MIRA Ressurssenter for innvandrere og flyktningekvinner, NAKMI Nasjonal kompetanse-enhet for minoritetshelse, Kvinnefronten, Helsedirektoratet, Oslo kommune ved Byrådsavdeling for næring og idrett, Frelsesarmeen, Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn (STL), Norske Kirkeakademier og Den Evangelisk Lutherske Frikirke (DELFI).*

Flere fremhever viktigheten av å styrke diskrimineringsvernet. LDO mener f.eks. at den generelle unntaksadgangen er tilstrekkelig for å ivareta hensynet til trossamfunnenes religionsfrihet og autonomi og at en unntaksregel som er lik for alle grunnlag, signaliserer at det stilles samme saklighetskrav i alle tilfeller der en arbeidsgiver ønsker å forskjellsbehandle enkeltpersoner uansett grunnlag.

Noen høringsinstanser gir sin delvise tilslutning ved at de aksepterer at unntaksadgangen skal hjemles i den generelle saklighetsregelen, fremfor i en særregel for trossamfunn. Det fremheves imidlertid at trossamfunnene fortsatt må gis adgang til religiøst betinget forskjellsbehandling.

Kirkerådet gir sin tilslutning, men forutsetningen er at det fortsatt skal være adgang til saklig forskjellsbehandling dersom den er religiøst begrunnet. Kirkerådet viser til at det er et vesentlig moment at utvalget har lagt til grunn at Kirkerå-

dets vedtak fra 2007 vil kunne praktiseres også etter en slik endring av arbeidsmiljøloven.

Samarbeidsrådet for tros og livssynssamfunn STL mener utvalget har en for snever forståelse av hva som er religionsutøvelse og skriver at «Lovgi-ver må derfor klart gi uttrykk for en unntaksad-gang som er mer fleksibel i forhold til trossamfun-nenes uensartede praksis før STL kan gi en uforbeholden tilslutning til lovendringen.». Også *Norges kristne råd gir* en betinget støtte og skriver at «så langt det er mulig fjerner grunnlaget for denne uttrykte usikkerhet i det videre arbeid med utar-beidelse av lov og evt. forskrifter.» Både *Norges Kristne Råd, STL og Den Evangelisk Lutherske Fri- kirke (DELFI)* ber departementet gå i dialog bl.a. med trossamfunnene og søke formuleringer som kan gi klarere retning for hva som skal anses som religionsutøvelse. Flere er opptatt av at det er trossamfunnene og ikke håndhevingsorganene som bør ha det avgjørende ord i definisjonen av religi-onsutøvelse. For eksempel *Normisjon* viser til at et viktig formål med trosfriheten er å gi tros- eller livs-synssamfunn mulighet til selv å definere innholdet i troen eller livssynet. Dette er i stor grad en forut-setning for å kunne utøve en religion eller et livs-syn. *Kirkerådet* vil påpeke at det er en meget pro-blematiske statsoppgave å skulle overprøve hvilke deler av et trossamfunns aktiviteter som faller innenfor bestemmelsens saklige virkeområde og hvilke aktiviteter som eventuelt faller utenfor. Slike skiller kan aldri bli absolutte, og det bør være til-strekkelig med en dokumentasjon fra et trossam-funns side når det argumenterer for hvilke yrker og områder som er religiøst begrunnet. Rådet advarer mot at staten gjør seg til teologisk over-dommer over trossamfunnenes religiøse virke.

Flere høringsinstanser gir ikke sin tilslutning til forslaget da det griper inn i trossamfunnenes auto-nomi. De mener at gjeldende regel gir en nødven-dig ramme for å utøve religiøs praksis: *Agder og Telemark bispedømmeråd, Sør Hålogaland biskop, Nord-Hålogaland bispedømmeråd, Stavanger bispe-dømmeråd, Møre bispedømmeråd, Tunsberg biskop, Islamsk Råd Norge, Norsk Søndagsskoleforbund, For Bibel og Bekjennelse, Kristent Fellesskap Vestfold, Kristent Fellesskap Trondheim, Pinsemenigheten Betania Mosterhamn, Filadelfia Skiptvedt, Normi-sjon, Farshuset, Det evangelisk-lutherske kirkesam-funn, Oslo Katolske Bispedømme, Norges Katolske Kvinneforbund, Kristne friskolers forbund (KFF), Jærthun Lutherske Friskole, Syvende dags adventist samfunn, Norsk Luthersk Misjonssamband, Det Nor-ske Baptistsamfunn, The Anglican Chaplaincy in Norway*

Blant annet *Stavanger biskop og Stavanger bispedømmeråd* er i mot da det er viktig at unntak-sadgangen er mest mulig presist beskrevet i en særregel og ikke henvises til en generell saklig-hetsregel som lett gir opphav til sprikende tolknin-ger og framtidige tvister. *Islamsk råd* vil sterkt fra-råde at endringene iverksettes og skriver at «Tros-friheten bør innebære at trossamfunn ikke påtvin-ges flertallets flyktige oppfatninger om trossam-funnenes organisering av egen virksomhet. Dette er lakmustesten på trosfrihet i Norge.» *Oslo Katol-ske Bispedømme* viser til trossamfunnenes rett til i enhver forstand å kunne definere hva man anser som nødvendige kriterier ved en ansettelse, uten overstyring fra staten. Noen mener en slik styring vil være imot internasjonale konvensjoner om tros-frihet. Andre hevder at en slik lovgivning kan eta-blere motkrefter innen trossamfunnene og dermed forsinke en intern utvikling av et sterkere diskrimi-neringsvern.

6.1.3 Departementets vurdering

Departementet mener det særlige unntaket for trossamfunn til å forskjellsbehandle søkere med en homofil samlivsform ved ansettelser ikke bør vide-reføres. Departementet foreslår derfor i likhet med utvalget å oppheve trossamfunnenes særlige adgang til å forskjellsbehandle på bakgrunn av homofil samlivsform i aml § 13-3 tredje ledd. Hen-synet til trosfriheten tilsier samtidig at det fortsatt skal være en viss unntaksadgang for trossamfunn til å forskjellsbehandle på grunn av seksuell orien-tering (homofile) eller kjønn (likestillingsloven). Departementet anser at den generelle, og stren-gere, saklighetsregelen i § 13-3 første ledd er til-strekkelig hva gjelder den adgang trossamfunnene bør ha til å forskjellsbehandle søker. Dette innebæ-rer at forskjellsbehandlingen må være saklig, nød-vendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandlingen. Det innebærer videre at kravene til begrunnelse for trossamfun-nenes forskjellsbehandling blir styrket.

6.1.3.1 Oppheving av det særlige unntaket for trossamfunn i arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd

Departementet mener det ikke er grunnlag for å opprettholde særskilte regler for trossamfunn som tillater forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform. Opphevelsen av aml § 13-3 tredje ledd vil være i tråd med EUs rammedirektiv. Utval-gets vurdering er at rammedirektivets artikkel 4 nr 2 andre ledd, lest i sammenheng med første ledd, antakelig ikke gir hjemmel for forskjellsbehand-

ling i trossamfunn 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. Hensynet til likhet med EUs rammedirektiv taler dermed for at unntaksbestemmelsen om homofil samlivsform i § 13-3 tredje oppheves. Noen høringsinstanser viser til EU-retten. *Universitetet i Oslo ved avdeling for Kvinnerett* påpeker at forslaget om at trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling skal reguleres av den generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd, vil være i tråd med rammedirektivet. *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* har hele tiden vært av den oppfatning at bestemmelsen er i strid med EUs rammedirektiv.

Videre viser departementet til at aml § 13-3 tredje ledd har en uklar ordlyd jf: «stillinger knyttet til trossamfunn». Dette gir en uklar anvisning på hvilke stillinger som omfattes av unntaksadgangen. Rekkevidden av bestemmelsen har vært diskutert. Det kan f. eks reises spørsmål om bestemmelsen gjelder alle stillinger i trossamfunnet eller bare noen av dem? Det er grunn til å tro at trossamfunn kan ha oppfattet bestemmelsen til å gi videre adgang til forskjellsbehandling enn det som er riktig fortolkning ut fra håndhevingsorganenes praksis og EU-retten. Departementet mener at omfanget av religionsfriheten må vurderes opp mot at det vil kunne oppleves svært inngripende og krenkende for den enkeltpersonen som ikke får en jobb fordi vedkommende er i et homofilt samliv. Det er uheldig og lite ønskelig med en bestemmelse som er for uklar på dette området. Hensynet til forutberegnlighet for partene taler for at unntaksadgangen bør være så klar som mulig. Dette gjelder ikke minst for personer som ønsker å søke jobb i et trossamfunn, men også for trossamfunnet selv må det være en fordel at det så langt råd er klarhet rundt hvilke stillinger som omfattes av unntaksadgangen. Hensynet til klarhet og forutberegnlighet for de aktuelle aktører tilsier således en mer presis bestemmelse i forhold til hva slags forskjellsbehandling som skal være lovlig. Departementet er derfor enig med utvalget at uklarhetene knyttet til bestemmelsen taler for at bestemmelsen ikke bør videreføres.

Departementet viser til at det gjelder andre regler for forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, enn for andre likebehandlingsgrunnlag som alder, nedsatt funksjonsevne, etnisitet og religion. Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd om saklig forskjellsbehandling gjelder alle de nevnte likebehandlingsgrunnlagene, med unntak av homofil samlivsform. Saklighetsregelen gjelder

alle virksomheter som omfattes av arbeidsmiljølovens kapittel 13. Det er kun når det gjelder homofil samlivsform at trossamfunn er gitt en særadgang til å forskjellsbehandle. Utvalget har lagt vekt på det signalet som de særlige unntakene gir samfunnet og til kvinner og homofile om likestilling og likeverd. § 13-3 tredje ledd trekker et skille mellom homofil legning og homofilt samliv. Regelen signaliserer at homofile bare aksepteres så lenge de undertrykker eller skjuler sin seksualitet. Departementet mener at hensynet til likebehandling tilsier at det bør være en unntaksregel som er lik for alle grunnlag. Ingen diskrimineringsgrunnlag vil dermed gi inntrykk av å være mindre verdt og ha svakere vern sammenlignet med andre diskrimineringsgrunnlag. Dette taler for å oppheve den særskilte unntaksadgangen i § 13-3 tredje ledd.

Høringsinstansene er delt i sine tilbakemeldinger til forslaget om å oppheve regelen om trossamfunnenes særskilte adgang til forskjellsbehandling i § 13-3 tredje ledd. Noen er ubetinget positive til forslaget, noen gir bare delvis tilslutning og andre er grunnleggende i mot forslaget. Av de som er udelt positive til forslaget fremhever flere viktigheten av å styrke diskrimineringsvernet. Blant annet *Justis- og politidepartementet, Helsedirektoratet, Integrerings- og mangfoldsdirektoratet, Universitetet i Oslo ved Det teologiske fakultet og avdeling for kvinnerett, Fagforbundet teologene og Akademikerne* støtter utvalgets forslag. *Likestillings- og diskrimineringsombudet* mener at adgangen til å forskjellsbehandle ikke må gi større rom for forskjellsbehandling enn det som er høyst nødvendig av hensyn til trossamfunnenes autonomi når det gjelder innholdet i deres religiøse lære. *Den norske Kirke ved Oslo biskop og bispedømmeråd* gir sin tilslutning til at særadgangen oppheves og viser til at utvalget respekterer og ivaretar hensynet til religionsfrihet og autonomi i sitt endringsforslag. *Den Norske Kirke ved Sør-Hålogaland bispedømmeråd* mener at opphevelsen av § 13-3 tredje ledd anses som en naturlig konsekvens av den samfunnsutviklingen som også Kirken har vært en del av de siste tiårene. Samtidig forutsettes det at det fortsatt skal være adgang til å legge vekt på samlivsform ved ansettelser av religiøse ledere, prester og lærere.

Av de høringsinstansene som gir delvis tilslutning til forslaget, er det imidlertid tungtveiende at det fortsatt skal være adgang til saklig forskjellsbehandling som er religiøst forankret. Dersom dette fortsatt vil bli ivare tatt av den generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd, kan de gi sin støtte til forslaget om å oppheve trossamfunnenes særadgang i § 13 – tredje ledd. *Norges kristne Råd* mener at utvalget behandler saklighetskriteriene noe uny-

ansert og kan ikke gi sin støtte til premissene for opphevelsen. *Samarbeidsrådet for livs- og trossamfunn (STL)* viser til at lovgiver må gi uttrykk for en unntaksadgang som er mer fleksibel i forhold til trossamfunnenes uensartede praksis før STL kan gi en uforbeholden tilslutning til lovendringen. *Kirkerådet* uttaler «Forutsetningen for Kirkerådets tilslutning til dette forslaget er at den generelle unntaksregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd, ivaretar og sikrer tros- og livssynssamfunns rett til saklig begrunnet forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, når dette er begrunnet i tros- og livssynssamfunnets lære og religiøs begrunnede praksis.» *Kirkerådet* viser videre til at Graverutvalget har lagt til grunn at Kirkemøtets vedtak fra 2007, vil kunne praktiseres også etter en slik endring av arbeidsmiljøloven.

Det er departementets vurdering at aml § 13-3 første ledd gir trossamfunnene tilstrekkelig hjemmel for saklig forskjellsbehandling av homofile. Departementet er enig med utvalget i at Kirkerådets vedtak fra 2007 fortsatt vil kunne praktiseres når særuntaket i § 13-3 tredje ledd oppheves. Den generelle saklighetsregelen i § 13-3 første ledd åpner for slik forskjellsbehandling dersom vilkårene om saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet oppfylles. Trossamfunnene må i så fall vurdere forskjellsbehandlingen konkret og begrunne denne.

Blant annet *Tunsberg biskop, Møre bispedømmeråd, Oslo Katolske Bispedømme, Det evangelisk-lutherske kirkesamfunn og Islamsk Råd Norge* er negative til forslaget om å oppheve trossamfunnenes særadgang til forskjellsbehandling. Det vises blant annet til at unntaksadgangen bør være mest mulig beskrevet i en særregel og ikke bli henvist til en generell saklighetsregel som lett kan gi opphav til tolkningstvil. Instansene er videre bekymret for at opphevelsen av § 13-3 tredje ledd kan bli oppfattet som om det ikke er lov å diskriminere på grunn av homofil samlivsform. *Islamsk råd* vil sterkt fraråde at endringene iverksettes og skriver at «Trosfriheten bør innebære at trossamfunn ikke påtvinges flertallets flyktige oppfatninger om trossamfunnenes organisering av egen virksomhet ...». Departementet viser til begrunnelsen ovenfor for å oppheve særadgangen i § 13-3 tredje ledd.

For øvrig viser departementet til at 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, jf gjeldende § 13-3 tredje ledd. Utvalget mener at dagens krav kun er en saksbehandlingsregel og ikke et materielt vilkår for å kunne legge vekt på homofilt samliv. *Likestillings- og diskrimineringsombudet* har imidlertid

vært av motsatt oppfatning og uttaler at det ut fra dagens regelverk klart må fremgå av utlysningsteksten dersom arbeidsgiver vil ekskludere søkere på grunn av deres homofile samlivsform. Ombudet finner likevel at et slikt krav for ett enkelt diskrimineringsgrunnlag gir et uheldig signal om at nettopp denne gruppen har et svakere diskrimineringsvern enn andre grupper, og støtter at kravet fjernes. *Åpen Kirkegruppe for Lesbiske og Homofile* mener imidlertid at om det fortsatt skal være adgang til å diskriminere, ønskes det at diskrimineringen skal være åpenlys og dermed mulig for lesbiske og homofile å forholde seg til. Departementet viser til at opphevelse av § 13-3 tredje ledd vil innebære at kravet til angivelse i utlysningen vil bortfalle. Departementets forslag innebærer at referansen til homofil samlivsform fjernes. Henvisningen til homofil samlivsform virker stigmatiserende og bør ikke fremgå av lovteksten.

Departementet foreslår på denne bakgrunn å oppheve særuntaket for trossamfunn i aml § 13-3 tredje ledd. Når det gjelder den nærmere beskrivelse av vilkårene for lovlig forskjellsbehandling i aml § 13-3 første ledd, vises det til kapittel 6.1.3.3 for nærmere beskrivelse av vilkår som må oppfylles for at forskjellsbehandlingen skal være saklig.

6.1.3.2 Trossamfunnenes unntaksadgang skal følge av den generelle saklighetsregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd

Departementet mener i likhet med utvalget at trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle skal følge av den generelle saklighetsregelen i aml § 13-3 første ledd. I utvalgets gjennomgang fremgår det at § 13-3 første ledd gir tilstrekkelig grunnlag for trossamfunnenes forskjellsbehandling. En helhetsvurdering basert på saklighetskravet etter aml § 13-3 første ledd, der det kan legges vekt på flere relevante momenter enn bare «stillingen karakter eller formål» i gjeldende § 13-3 tredje ledd, vil gi et bedre grunnlag for avveiningen av de motstridende grunnleggende rettigheter. *Likestillings- og diskrimineringsombudet* mener at en generell saklighetsregel vil gjøre det mulig for trossamfunnene å endre sin praksis over tid uten behov for lovendring. Unntaksbestemmelsen må tolkes i lys av endringer i trossamfunnets lære og i lys av samlivsutviklingen forøvrig. Ombudet belyser dette ved den norske kirkes utvikling når det gjelder synet på homofile prester. I dag godkjenner Kirkerådet at det er to ulike religiøse syn på dette spørsmålet, og det kan tenkes at dette kan endre seg ytterligere over tid.

Enkelte høringsinstanser viser til at forskjellsbehandling ikke må forveksles med diskriminering. *Kirkerådet* viser til at diskriminering er usaklig forskjellsbehandling, men saklig forskjellsbehandling ikke er diskriminering. Rådet mener videre at det skulle være opplagt at diskriminering ikke er tillatt og at saken handler om trossamfunnenes rett til saklig begrunnet forskjellsbehandling ut fra menneskerettighetenes vern av trosfrihet. Departementet vil bemerke at diskriminering ikke er tillatt. Forskjellsbehandling forankret i trossamfunnets religion, og øvrige vilkår i § 13-3 første ledd er oppfylt, regnes som lovlig forskjellsbehandling.

Trosfrihet og diskrimineringsvern må avveies i de tilfeller der rettighetene kommer i konflikt. I prinsippet er det ikke mulig på forhånd og klart definere hvilke tilfeller som vil være omfattet av saklighetsregelen i § 13-3 første ledd og hvilke tilfeller som ikke vil være omfattet. Dette avgjøres gjennom konkrete avveininger. Tolkningsresultater, det vil si hvilke forhold som i et konkret tilfelle anses for å komme innunder unntaksadgangen, må ses atskilt fra relevante tolkningsmomenter. Med tolkningsmomenter menes hvilke argumenter som skal legges til grunn når man vurderer om et forhold kommer innunder unntaksadgangen. Det er kun tolkningsmomentene det i prinsippet er mulig å si noe om på generelt grunnlag. Unntaket for saklig forskjellsbehandling er en dynamisk regel. Kravet til saklighet må forutsettes å bli presisert og utviklet av håndhevingsorganene gjennom behandlingen av konkrete saker.

Trossamfunnenes unntaksadgang etter § 13-3 første ledd vil avhenge av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering. Dette betyr at det er de konkrete omstendighetene i hvert enkelt tilfelle som vil endelig avgjøre hvorvidt forskjellsbehandling av homofile, som finner sted som ledd i virksomheten til trossamfunn, er tillatt eller ikke. Adgangen til saklig forskjellsbehandling kan bare påberopes i særlige unntakstilfeller på bakgrunn av en konkret vurdering. Kravene til begrunnelse for å foreta innskrenkninger i den enkelte rettighet øker jo nærmere et konkret spørsmål befinner seg de helt sentrale verdiene som rettighetene ivaretar. I praksis vil utfordringen være å finne det punktet som i størst mulig grad optimaliserer begge rettighetene.

Vilkårene for saklig forskjellsbehandling er at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles. Det er nær sammenheng mellom vilkårene, slik at

vurderingene under de enkelte vilkår i praksis kan gå over i hverandre. Dette har imidlertid ikke betydning for fortolkningen.

6.1.3.3 Momenter i saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering når det gjelder momentene i saklighetsvurderingen i utredningens kapittel 7.2.4. Departementet gjengir her hovedpunktene:

Anvendelsesområde

Utvalget anfører at religionsfriheten gir trossamfunn og andre religiøse organisasjoner eller virksomheter rett til å påberope seg religiøst begrunnet forskjellsbehandling (er saklig). Dette betyr at trossamfunn kan ha en videre adgang til å forskjellsbehandle mennesker enn andre virksomheter fordi religiøs lære kan være en saklig grunn for forskjellsbehandling. Arbeidsmiljølovens diskrimineringsregler omfatter kun virksomheter som har ansatte.

I forhold til hvem som kan påberope seg religiøst begrunnet forskjellsbehandling bør det tas utgangspunkt i begrepet trossamfunn i lov om trossamfunn. 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. Det betyr at i utgangspunktet kan virksomheter som drives av trossamfunn og virksomheter eller organisasjoner som har et religiøst formål, påberope saklighet. 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. Unntaksbestemmelsen kommer ikke til anvendelse på den delen av virksomheten til et trossamfunn som ikke har direkte forbindelse til utøvelsen av trosfriheten, for eksempel trossamfunns forhold til alminnelige offentligrettslige krav som følger av plan- og bygningsloven..

Saklig formål – religiøst begrunnet

Utvalget anfører at det stilles krav om saklighet for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig. Dersom forskjellsbehandlingen er religiøst begrunnet har forskjellsbehandlingen 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. Hva som skal anses som religionsutøvelse er et lærespørsmål begrunnet i det enkelte trossamfunns lære.

Trossamfunn kan ikke vilkårlig stille krav om kjønn eller samlivsform (ved ansettelse). Etter EUs likestillingsdirektiv og rammedirektiv, må kravet om kjønn eller samlivsform være et «regulært og avgjørende ervervsmessig krav». Kravet må være regulært ut fra trossamfunnets egen praksis selv for sentrale religiøse stillinger og kan ikke brukes til å unnlate å ansette en person som trossamfunnet av andre grunner ikke ønsker å ansette. Det er imidlertid ikke nødvendig 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 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.

Utvalget mener at det ikke bør stilles krav om enighet i trossamfunnet om en fortolkning av den religiøse læren. Dette innebærer at trossamfunn seg i mellom kan forstå lære- og trosspørsmål på ulikt vis. Samtidig betyr det også at det er rom for uenighet om lære- og trosspørsmål internt i et trossamfunn. I følge utvalget kan forskjellsbehandlingen anses som religiøst begrunnet og ha et saklig formål, selv om det ikke er enighet om disse spørsmålene innad i trossamfunnet. 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. Utvalget viser også til at det bør tas høyde for at mange trossamfunn ikke har (sentrale) besluttende 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.

I høringen framgår det at det kan være en kompliserende faktor at slike lære- og trosspørsmål kan variere så vidt mye innenfor det samme tros-

samfunnet. Det er lite forutsigbart for dem som eventuelt rammes av en forskjellsbehandling og kan så tvil om det faktisk er et religiøst lærespørsmål. *Hamar biskop* mener at lesbiske og homofile arbeidssøkeres behov for forutsigbarhet taler for en særlig begrenset unntaksadgang i bispedømmer hvor det allerede er åpnet for å ansette homofilt samlevende i partnerskap til prestedtjeneste. *Møre bispedømmeråd* fremhever muligheten for at lokal tradisjon og forståelse i enkelte lærespørsmål kan variere, og dermed gi ulik praksis i slike spørsmål.

Departementet vil bemerke at forskjellsbehandlingen ikke må være vilkårlig, men være religiøst begrunnet. Det er nødvendig for å unngå at religionsfriheten blir brukt som grunnlag for forskjellsbehandling i tilfeller der det egentlig er andre forhold som har vært avgjørende. Departementet støtter utvalget i at det uansett ikke kan kreves konsekvent praksis i de trossamfunn der det ikke er sentrale organer som fatter styrende, besluttende eller veiledende uttalelser eller vedtak. Departementet viser for øvrig til kapittel 6.1.3.4. om begrunnelsesplikt og bevisbyrde.

Nødvendig

Utvalget anfører at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for religionsutøvelsen. Utvalget viser til 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.

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 tvilstilfeller bør domstolene, ombudet og nemnda likevel ikke overprøve om forskjellsbehandlingen er forankret (godt nok) i trossamfunnets lære. Det kan 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 tros-

samfunnets 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.

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 kra-

vet 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.

Departementet legger utvalgets vurdering av kravet til forholdsmessighet til grunn. Dette er et vilkår som ikke følger av ordlyden i dagens særlige unntak og som heller ikke innfortolkes. Utvalget mener at en oppheving av de særlige unntaksreglene vil føre til at den unntaksadgangen som trossamfunnene har i dag vil innsnevres. *Likestillings- og diskrimineringsombudet* viser til at det er håndhevingen av uforholdsmessighetskravet som vil være den innskjerpende faktoren. Det er noe uklart hvilken betydning dette vil få i praksis, og til en viss grad vil det være opp til håndhevingsmyndighetene å foreta avveiningen av hensynet til trossamfunnet opp mot hensynet til den som forskjellsbehandles.

Noen typetilfeller

Departementet slutter seg i all hovedsak til utvalgets vurdering av noen typetilfeller i utredningens kapittel 7.2.4.5. Her gjennomgås elementene i saklighetsvurderingen gjennom eksempler. Departementet gjengir her hovedpunktene:

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

Unntakene for saklig forskjellsbehandling vil også gjelde ansettelser av kvinner og av homofile i trossamfunn. Utvalget legger til grunn at 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. Videre viser utvalget til at 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. Utvalget mener imidlertid det må 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

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

Utvalget anfører at 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 forestillinger 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 oppdrags- 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.

Når det gjelder overprøving av forskjellsbehandlingen mener utvalget at håndhevingsorganene bør kunne avgjøre tvister hvor læremessige spørsmål trekkes inn i avgjørelsene, så lenge de i tvilstilfeller er tilbakeholdne med å overprøve om forskjellsbehandlingen er forankret godt nok i trossamfunnets lære. Det er rettslig sett vanskelig å overprøve hvorvidt et trossamfunns 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. Når det gjelder forholdsmessighet skriver utvalget at 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.

Flere høringsinstanser har kommentert utvalgets vurdering av hvilke yrkesfunksjoner og virksomheter som skal omfattes av unntaksadgangen. *Kirkerådet* forutsetter at trossamfunnet selv definerer hvilke stillinger som har med trosutøvelsen å gjøre, og at det tas tilbørlig hensyn til trossamfun-

nets selvforståelse og egenart. *Norges Kristne Råd (NKR)* mener at trossamfunn fortolker hele sin virksomhet med alle dens ulike funksjoner i en helhetlig ramme. Enten det gjelder økonomipersonell, vaktmester, driftsleder eller lignende, så vil disse være del av religionsutøvelsen; - virksomhet som har til formål å fremme bestemte religiøse livsoppfatninger og moralsyn. Dette støttes av *Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn (STL)*, som mener at dersom unntaket bare omfatter personale som står sentralt i religiøse seremonier, forkynnelse og undervisning, blir det for snevert i forhold til forståelse og praksis i mange trossamfunn. Også STL fremhever viktigheten av at trossamfunnenes selvforståelse blir tillagt betydelig vekt når man skal vurdere saklighetskravet. *Normisjon* viser til at et viktig formål med trosfriheten er å gi tros- eller livssynssamfunn mulighet til selv å definere innholdet i troen eller livssynet. Dette er i stor grad en forutsetning for å kunne utøve en religion eller livssyn. *Kirkerådet* påpeker at det bør være tilstrekkelig med en dokumentasjon fra et trossamfunns side når det argumenterer for hvilke yrker og områder som er religiøst begrunnet og advarer mot at staten gjør seg til teologisk overdommer over trossamfunnenes religiøse virke. *Likestillings- og diskrimineringsombudet* mener at trossamfunnenes argumentasjon om at forskjellsbehandlingen er begrunnet i tros- og livssynsformål, vil naturligvis være førende for LDO sin vurdering av om unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse i det enkelte tilfellet.

Departementet viser til at det ikke er uproblematisk å definere hva som er religionsutøvelse og religiøse funksjoner – og hva som ikke er det. Det er ikke et statisk begrep og vil kunne fortolkes forskjellig av ulike trosretninger, tolkes ulikt internt i et trossamfunn samt endre seg over tid i takt med samfunnsutviklingen.

Departementet viser til at rettsreglene ikke skal brukes til å overprøve teologiske vurderinger knyttet til innholdet i den enkelte religion. Som utgangspunkt faller dermed teologiske vurderinger knyttet til det nærmere innholdet i en religion innenfor anvendelsesområdet til unntaksbestemmelsen. Dette modereres imidlertid ved at det gjennom unntaksbestemmelsen oppstilles et rammeverk som gir rom for det mangfold av situasjoner som kan oppstå i spenningen mellom trosfrihet og diskrimineringsvern. Selv om rettsreglene ikke skal overprøve teologiske vurderinger, kan de dermed innebære begrensninger i forhold til hvordan en religion utøves.

Departementet har merket seg høringsinstansenes synspunkter og viser til utvalgets vurdering

av i hvilken grad håndhevingsorganene kan overprøve trossamfunnenes teologiske vurderinger knyttet til forskjellsbehandling av kvinner og homofile. Slike spørsmål må, i tråd med utvalgets vurderinger, i vid utstrekning overlates til det aktuelle trossamfunnet. Ansettelse av religiøse ledere, prester, lærere i trossamfunn og tilsvarende ligger i bestemmelsens kjerneområde. Departementet vil bemerke at også andre stillinger som har en religiøs funksjon kan være omfattet dersom lovens vilkår er oppfylt. Det må godtgjøres at en ansatt må medvirke til gjennomføringen av aktivitet med religiøst innhold som virkeliggjør virksomhetens formål. Stillingen må således ha en religiøs funksjon. En vaktmester på en internatskole vil for eksempel kunne være omfattet dersom vedkommende også har en funksjon som sjelesørger for beboerne.

Departementet gjør oppmerksom på at et diskrimineringsforbud ikke innebærer at statlige organer, ombudet eller nemnda eller andre utenfor trossamfunnet kan bestemme *hvem* som skal ansettes eller utnevnes. Dette vil være opp til trossamfunnet. Forbudet betyr at en persons kjønn eller seksuelle orientering ikke skal være diskvalifiserende.

Departementet gjør for øvrig oppmerksom på at vektlegging av homofil samlivsform ved utnevnelser som ikke er ansettelsesforhold, ikke omfattes av diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven.

6.1.3.4 Begrunnelsesplikt og bevisbyrde

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering når det gjelder begrunnelsesplikt og bevisbyrde i utredningens kapittel 7.2.5:

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.

6.2 Arbeidsmiljøloven § 13-4 andre ledd andre punktum – Arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger

6.2.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår en endring i arbeidsmiljøloven § 13-4 som regulerer arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om arbeidssøkere. Bestemmelsen gjør unntak fra forbudet mot innhenting av opplysninger om søkeres seksuelle orientering ved ansettelse.

Det foreslås at uttrykket «homofil legning eller samlivsform» i andre ledd andre punktum endres til uttrykket «seksuell orientering», for å få bedre sammenheng mellom reglene og ensartet terminologi. De mener en på denne måten vil en unngå lovtekstens 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. Utvalget viser imidlertid til at det i praksis er 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.

Utvalget presiserer at 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 interesseorganisasjon for homofile ønsker en leder som selv er homofil eller hvis homofilt samliv er i strid med læren i et tros-samfunn. 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.

6.2.2 Høringsinstansenes syn

Få høringsinstanser omtaler utvalgets forslag til endring av arbeidsmiljøloven § 13-4 spesielt i sin tilbakemelding.

UiO ved Kvinneretten, MIRA Ressurscenter for innvandrere- og flyktningekvinner, Sør Hålogaland biskop, Sør Hålogaland bispedømmeråd, Borg bispedømmeråd og Advokatforeningen, Likestillings- og diskrimineringsombudet, Yrkesorganisasjonenes sentralforbund, Åpen kirkegruppe for lesbiske og homofile og Fagforbundet teologene gir alle en generell støtte til utvalgets forslag.

Advokatforeningen: slutter seg til forslaget om en endring fra «homofile legning eller samlivsform» til «seksuell orientering» slik at terminologien samsvarer med de øvrige bestemmelsene i kapittel 13.

Kirkerådet framhever at:

«det primært dreier seg om adgangen for tros- og livssynssamfunnene til å forskjellsbehandle på grunnlag av samlivsform. Når tros- og livssynssamfunn ikke anerkjenner noen form for likekjønnet samliv, vil forskjellsbehandlingen i tillegg være knyttet til den seksuelle orientering, men seksuell orientering i seg selv vil ikke være grunnlag for forskjellsbehandling i Den norske kirke og i de fleste andre tros- og livssynssamfunn.»

Oslo biskop og bispedømmerådet, Den norske kirkes presteforening, Nord-Hålogaland bispedømmeråd, Islamsk Råd Norge, Norsk Søndagsskoleforbund, For Bibel og Bekjennelse, Kristent Fellesskap Vestfold, Kristent Fellesskap Trondheim, Pinsemenigheten Betania, Mosterhamn, Normisjon, Filadelfia Skiptvedt, Farshuset, Det evangelisk-lutherske kirkesamfunn, Syvende dags Adventistsamfunnet, Det Norske Baptistsamfunn og The Anglican Chaplaincy in Norway går alle i mot utvalgets forslag.

Flere av de høringsinstansene som ikke støtter forslaget fremhever særlig behovet for å sondre mellom seksuell orientering og samlivsform. Se f.eks *Oslo biskop og bispedømmerådet:*

«Den norske kirke har i sin ansettelsespraksis operert med et skille mellom homofil legning/orientering og homofil praksis/samlivsform. Det har vært vesentlig ved ansettelse at det er søkerens samlivsform som har ligget til grunn for vurderingen om uskikkethet til tilsetting i stillingen, ikke den seksuelle orienteringen. Tilsvarende betingelser settes også til heterofiles samlivsform. Heterofile i sambandforhold blir heller ikke ansett som skikket til å ansettes i ledende religiøse stillinger i Den norske kirke. Praksisen med å sondre mellom søkers legning og søkers samlivsform deler Den norske kirke med de fleste andre trossamfunn. Forslaget om å erstatte «søkerens homofile legning eller samlivsform» med «søkerens seksuelle orientering» kan føre til at det blir åpnet en adgang

for trossamfunnene at man kan påberope seg unntaksadgangen bare på grunn av opplysninger om homofil legning. Det aktuelle leddet kan også bidra til å stigmatisere homofile som en gruppe som er spesielt uskikket til å ansettes i ledende religiøse stillinger i kirken. Det er derfor sterke argumenter for å utelate henvisningen til søkerens seksuelle orientering i forbindelse med ansettelser. Oslo biskop og bispedømmerådet foreslår i stedet: Tilsvarende gjelder for opplysninger om søkerens samlivsform.»

6.2.3 Departementets vurdering

Departementet støtter ikke utvalgets forslag om at uttrykket «homofil legning eller samlivsform» i § 13-4 andre ledd andre punktum endres til uttrykket «seksuell orientering».

Utvalgets forslag om å erstatte uttrykket «homofil legning eller samlivsform» med «seksuell orientering» har en todelt begrunnelse. For det første begrunnes forslaget med ønske om en ensartet terminologi i lovteksten. Videre peker utvalget på at en ved å nytte begrepet «seksuell orientering» i lovteksten, motvirker en stigmatisering av homofile som sådan. Departementet kan rent prinsipielt være enig i begge disse begrunnelsene. Den semantiske begrunnelsen støttes antakelig av samfunnets allmenne oppfatning. Likeledes er det grunn til å tro at svært mange i samfunnet har vanskelig for å se det rasjonelle i å skille seksuell legning/orientering/identitet og seksuell praksis/samlivsform, samt at både samlivsform og eventu-

elle preferanser jo for mange endrer seg gjennom livet.

Som flere av høringsinstansene har påpekt er det imidlertid nettopp dette skillet mellom «å være» og «å gjøre» som er avgjørende ved ansettelser i trossamfunn, jf. også saklighetskravet og trossamfunnets retter når det gjelder religionsutøvelse. Som trossamfunn selv peker på er det først og fremst innhenting av opplysninger om søkerens samlivsform som er relevant, ikke vedkommendes seksuelle orientering/legning som sådan. Ved å følge utvalgets innstilling kan dermed den paradoksale situasjonen oppstå at trossamfunn vil kunne påberope seg å legge vekt på søkerens seksuelle orientering, mens det er samlivsformen som skal være/er det avgjørende i en ansettelsessituasjon. Departementet mener derfor at utvalgets forslag i praksis vil kunne medføre en utvidet diskrimineringsadgang.

På denne bakgrunn foreslår departementet at «homofil legning eller samlivsform» erstattes med «samlivsform». Med dette fjernes begrepet «legning» – det er søkers samlivsform som er relevant i denne sammenheng. Videre foreslås referansen til «homofil» samlivsform fjernet, fordi denne referansen kan bidra til å stigmatisere homofile som en gruppe som er spesielt uskikket til å bli ansatt i religiøse stillinger i trossamfunn. Dette mener departementet vil være et uønsket utslag av bestemmelsen.

Departementet presiserer at det skal fortsatt være adgang til å spørre om den personen som arbeidssøkeren utøver sitt samliv med er en person av samme kjønn.

7 Trossamfunnenes adgangen til å forskjellsbehandle kvinner

7.1 Utvalgets forslag

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.

7.2 Høringsinstansenes syn

Hovedinntrykket av høringen er at flertallet av høringsinstansene støtter hovedtrekkene i forslaget - noen er ubetinget positive og noen gir delvis tilslutning. Et lite mindretall av høringsinstansene går i mot forslaget.

En rekke høringsinstanser gir *full tilslutning* til forslaget. *Universitetet i Oslo, Teologisk fakultet* sier:

«Fakultetet stiller seg sympatisk til en fremtidig utforming av lovbestemmelsen i likestillingsloven som tilsvarende forslaget med henblikk på arbeidsmiljøloven innbygger de hensyn som respekt for religionsfriheten innebærer i en generell bestemmelse knyttet til saklighetsregelen.»

Norges kristne råd sier:

«Vi kan ikke se at endringsforslaget vil få vesentlige og urimelige konsekvenser for trossamfunnene og støtter derfor forslaget.»

Frelsesarmeen sier:

«Frelsesarmeen støtter utvalgets innstilling til endringene i arbeidsmiljøloven § 13.3 og likestillingsloven § 2. Vi mener at utvalget har vist forståelse for trossamfunnenes behov for å ivareta den religiøse virksomheten innad i trossamfunnet.»

MIRA Ressurssenter for innvandrere- og flyktningekvinner sier:

«I lovforslagene som utvalget har kommet med, blir muligheten for trossamfunn til å forskjellsbehandle kvinner og homofile begrenset. MiRA-Senteret er derfor positivt stilt til at det nå vil legges vekt på at forskjellsbehandling

ikke skal kunne skje vilkårlig, men derimot bygge på et krav som følger fra religionen.»

Blant høringsinstansene som gir *delvis tilslutning*, mener et flertall at den skjerpede unntaksadgangen bør formuleres som et unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling, og ikke som et generelt unntak fra lovens virkeområde.

Landsorganisasjonen i Norge (LO) sier:

«Landsorganisasjonen i Norge mener videre at det hadde vært bedre med en unntaksbestemmelse som gjør unntak fra diskrimineringsforbudet fremfor en unntaksbestemmelse som gjør unntak fra lovens virkeområde.»

Justis- og politidepartementet sier:

«Dersom man går inn for å beholde et særuntak for trossamfunn i likestillingsloven i påvente av utvalgets endelige vurdering og ønsker å gjøre det i form av å erstatte dagens unntak med utvalgets forslag, mener vi at det bør gjøres enkelte endringer i formuleringen i utvalgets forslag.»

Likestillings- og diskrimineringsombudet og Universitetet i Oslo ved Avdeling for kvinnerett mener også at bestemmelsen bør formuleres som et unntak fra diskrimineringsforbudet i stedet for unntak fra lovens saklige virkeområde.

Håndhevingsorganenes overprøving av religionsutøvelsens rekkevidde blir også omtalt av enkelte høringsinstanser.

Universitetet i Oslo, ved Avdeling for kvinnerett sier:

«Avdeling for kvinnerett er av den oppfatning at den foreslåtte formulering om at likestillingsloven ikke kommer til anvendelse for religionsutøvelsen i trossamfunn, som i utredningen presiseres på en måte som gjør at det oppstilles en «kjerne» der diskrimineringsvernet aldri kan gripe inn, ikke er i overensstemmelse med Norges menneskerettslige forpliktelser.»

Justis- og politidepartementet sier:

«Vilkåret om at forskjellsbehandlingen må være «nødvendig ut fra trossamfunnets religiøse lære» er også problematisk, all den tid det vil være vanskelig for håndhevingsorganer og domstoler å vurdere hva som er et trossamfunns lære. Som pekt på av utvalget bl a i punkt 7.2.4.3 på side 72 og punkt 7.2.4.2 på side 71 vil slike spørsmål i vid utstrekning måtte overlates til det aktuelle trossamfunnet.»

Norges kristne råd sier:

«Vi vil imidlertid peke på det faktum at spørsmålet om hvilke posisjoner kvinner skal ha

adgang til kan være er et spenningsfylt tema også i trossamfunn som offisielt åpner for dette. Det kan være lokale variasjoner som gjør at trossamfunnets offisielle linje ikke har gjennomslag i alle lokalmenighetene. Den enkelte lokalmenighets selvstyre er et viktig prinsipp i mange kirkesamfunn. Når kirkesamfunnet sentralt respekterer den enkelte lokalmenighets indre selvstyre bør myndighetene også legge dette til grunn i sin vurdering av dispensasjonsadgangen.»

Landsorganisasjonen i Norge (LO) sier:

«Landsorganisasjonen mener at utvalget går for langt når det gjelder føringen som er gitt øverst på side 72 og som går ut på at domstolene, ombudet og nemnda i tvilstilfeller ikke bør overprøve om forskjellsbehandlingen er godt nok forankret i trossamfunnets lære. Da det er grunn til å tro at det lett vil oppstå tvil i slike spørsmål, innebærer føringen et for stort inngrep i håndhevingsorganenes kompetanseLandsorganisasjonen mener det er tilstrekkelig å si at håndhevingsorganene bør være varsomme i slike tvilstilfeller.»

Et lite mindretall av høringsinstansene *går i mot* forslaget, og viser i all hovedsak til at forslaget griper for langt inn i trossamfunnets autonomi.

Oslo Katolske bispedømme sier:

«Generelt opplever vi at utredningen, både i innfallsvinkel, argumentasjon og ordbruk, baserer seg på premisser vi sier oss grunnleggende uenig i - og som etter vårt syn ikke verner om trossamfunnenes autonomi.»

Det Evangelisk-lutherske kirkesamfunn sier:

«En slik styring i indre forhold i trossamfunn og våre skolesamfunn som lovforslagene nå legger opp til vil være imot internasjonale konvensjoner om trosfrihet. Vi mener de foreslåtte endringer vil være meget uheldige og at dagens lover ivaretar den kontroll samfunnet skal tillates å ha på trossamfunn.»

Syvende dags Adventistsamfunnet sier:

«For vårt trossamfunn og våre medlemmer er religionen altomgripende. Den lar seg ikke begrense til noen få kjerneområder eller atskilles fra noe av det trossamfunnet driver direkte eller indirekte. Religionsfriheten er viktig i samfunnet. Den bygger på en gjensidighet og er et nødvendig fundament for dialog, fred og fordragelighet. Med bakgrunn i dette mener vi at det vil være riktig å opprettholde gjeldende unntaksregler og gi de ulike trossamfunn rett til selv å definere hva som ligger innenfor begrepet religionsutøvelse.»

7.3 Departementets vurdering

7.3.1 Bør trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner tilknyttet diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3

Departementet støtter ikke utvalgets forslag om at trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn fortsatt skal reguleres gjennom et unntak fra likestillingslovens virkeområde i § 2. I stedet foreslår departementet at unntaksadgangen skal utformes som et unntak fra diskrimineringsforbudet i likestillingslovens § 3. Forskjellsbehandlingen må være saklig, nødvendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandlingen.

Utvalget begrunnet sitt forslag med at det i likestillingsloven, i motsetning til arbeidsmiljøloven, ikke er lovfestet noe generelt unntak som tillater saklig begrunnet forskjellsbehandling. Det ble dessuten tillagt vekt at likestillingsloven gjelder på alle samfunnsområder og dermed har et langt videre anvendelsesområde enn arbeidsmiljøloven. Dagens unntaksbestemmelse for indre forhold i trossamfunn er også mer generelt utformet enn arbeidsmiljølovens unntaksbestemmelse. Utvalget konkluderte derfor med at det er:

«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.»

Om plassering av unntaksbestemmelsen for trossamfunn uttalte utvalget følgende:

«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.»

Det ble dermed foreslått at likestillingslovens unntaksbestemmelse for trossamfunn fortsatt skulle plasseres i § 2 som et unntak fra lovens saklige virkeområde, men med forslag til presiseringer i bestemmelsens ordlyd.

I høringsrunden tok flere høringsinstanser til orde for at dersom det besluttes å beholde en egen

unntaksbestemmelse for trossamfunn i likestillingsloven, bør denne plasseres som et unntak fra diskrimineringsforbudet i lovens § 3 istedenfor som et unntak fra lovens virkeområde i lovens § 2. Blant annet *Landsorganisasjonen i Norge (LO)*, *Justis- og politidepartementet*, *Likestillings- og diskrimineringsombudet* og *Universitetet i Oslo ved avdeling for kvinnerett* foreslo dette.

På bakgrunn av høringsinstansenes innspill mente departementet at det var nødvendig med en videre utredning av denne problemstillingen. Det vises til at utvalget ikke vurderte en mulig lovfesting av unntaksadgangen i § 3. I desember 2008 fikk derfor Universitetet i Oslo ved avdeling for kvinnerett (UiO) i oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet å foreta en «vurdering av lovfesting av en unntaksbestemmelse for trossamfunn i tilknytning til diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3.» UiO ved stipendiat cand.jur. Vibeke Blaker Strand og en referansegruppe ved professor dr. juris Anne Hellum, professor dr. juris Kirsten Ketscher og professor dr. juris Kirsten Sandberg leverte en vurdering i januar 2009. I vurderingen fastslår UiO at en unntaksbestemmelse for trossamfunn kan knyttes til likestillingsloven § 3.

Departementet viser til at selv om utvalget foreslo at unntaksadgangen fortsatt skal reguleres i § 2, foreslo også utvalget flere presiseringer i bestemmelsen. Utvalget uttrykte at dagens unntaksregel ikke bør videreføres i sin nåværende ordlyd og det siteres:

«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.»

I forslag til presiseringer i § 2 mente utvalget at det burde fremgå av lovteksten at unntaket kun gjelder religionsutøvelsen, dvs forskjellsbehandling som er religiøst begrunnet. Slik forskjellsbehandling vil alltid ha et saklig formål. Videre må det fremgå av lovteksten at kravet om et bestemt kjønn er nødvendig ut fra trossamfunnets lære og at det gjelder et krav om forholdsmessighet. I forhold til ansettelser må lovteksten si noe om hva slags tilknytning stilinger og arbeidsoppgavene må ha til trossamfunnenes formål.

Departementet vil derfor understreke at vurderingen av om unntaksadgangen skal tilknyttes diskrimineringsforbudet i § 3, må vurderes opp mot utvalgets forslag om presiseringer i § 2. Sammenligningsgrunnlaget er således ikke nåværende § 2 hvor kriteriet kun er at «indre forhold i trossamfunn» er unntatt fra likestillingslovens virkeområde.

I vurderingen viser departementet til at å plassere en unntaksbestemmelse i tilknytning til § 3, vil bety at trossamfunns adgang til forskjellsbehandling ses som et unntak fra selve diskrimineringsforbudet, istedenfor som et spørsmål om hvorvidt et tilfelle av forskjellsbehandling faller innenfor lovens virkeområde.

Departementet har lagt til grunn internasjonale forpliktelser som gir føringer om hvordan forholdet mellom trosfrihet og kjønnsdiskrimineringsvern skal reguleres, herunder om unntaksadgangen skal reguleres i tilknytning til lovens virkeområde eller diskrimineringsforbud. Relevante rettskilder er de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og EØS-rettslige direktiver. Det vises til proposisjonens kapittel 3.1 for nærmere beskrivelse av disse.

Når det gjelder menneskerettighetskonvensjonenes bestemmelser om vern mot diskriminering på grunn av kjønn, inneholder disse få begrensninger når det gjelder diskrimineringsforbudets virkeområde. Diskrimineringsvernbestemmelsene i EMK, ØSK og FNs barnekonvensjon kommer til anvendelse i alle tilfeller som faller innenfor en av konvensjonens øvrige bestemmelser (blant annet bestemmelser om trosfrihet). SP artikkel 26 er gitt et videre anvendelsesområde, ved at usaklig forskjellsbehandling skal forbyes og retten til likebehandling sikres på alle områder som omfattes av statenes lovgivning. FNs kvinnekonvensjon har videst anvendelsesområde. I konvensjonens artikkel 3 slås det fast at prinsippet om likebehandling og diskrimineringsvern gjelder «på alle områder». Konvensjonens virkeområde er dermed heller ikke begrenset av statenes lovgivning. Sett under ett betyr dette at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonenes bestemmelser om diskrimineringsvern ikke er utformet slik at bestemmelsene har begrenset virkeområde i møte med retten til trosfrihet. Konvensjonenes system når det oppstår konflikt med trosfriheten, går ut på at rekkevidden av diskrimineringsvernet avgjøres gjennom materielle drøftelser knyttet til enkeltspørsmål. Hensynet til rettsenhet med de aktuelle internasjonale konvensjonenes tilnærming til forholdet mellom trosfrihet og diskrimineringsvern, taler dermed for at heller ikke likestillingsloven bør utfor-

mes på en måte som begrenser lovens virkeområde i tilknytning til disse spørsmålene. En unntaksbestemmelse for trossamfunn bør i lys av dette inntas i likestillingsloven § 3 fremfor i § 2.

Når det gjelder forpliktelser etter EU og EØS-avtalen, er unntaksbestemmelsen i artikkel 14 nr. 2 i direktiv 2006/54/EF (likestillingsdirektivet) formulert som et unntak fra selve forbudet mot diskriminering. Unntaket er således ikke formulert som et unntak fra direktivets anvendelsesområde. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre direktiver på en måte som gjør rettstilstanden klar og utvetydig, og som gjør det mulig for borgerne effektivt å forutberegne sin rettsstilling. Direktiver skal således gjennomføres med tydelig angivelse i lovteksten. Hensynet til likhet med EØS-direktivets utforming taler dermed for at unntaksbestemmelsen plasseres i likestillingsloven § 3.

Departementet vektlegger også hensynet til at trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform, foreslås regulert gjennom arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd. Bestemmelsen er utformet som et unntak fra diskrimineringsforbudet. Dette innebærer at homofiles rettigheter i trossamfunn skal avgjøres etter en saklighetsvurdering i medhold av arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd og ikke etter en særskilt unntaksregel for trossamfunn om adgang til å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform. Departementet mener at trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner og homofile bør være likest mulig. Rekkevidden av kvinners diskrimineringsvern bør derfor avgjøres gjennom rettsregler som harmoniserer med arbeidsmiljølovens utforming.

Videre har departementet vektlagt det signalet som sendes til trossamfunnene samt til samfunnet for øvrig, når unntaksadgangen tilknyttes lovens virkeområde. Dagens regel hvor trossamfunnenes unntaksadgang er utformet som et unntak fra virkeområdet, signaliserer et annet vern for kvinner mot diskriminering sammenlignet med andre diskrimineringsgrunnlag. Likest mulig oppbygning av lovene vil gi en signaleffekt om at kvinner har likt vern som homofile mot diskriminering i trossamfunn. Likestillingsloven § 2 fastslår at loven for øvrig gjelder på alle områder. Det er grunn til å tro at gjeldende unntaksbestemmelse for «indre forhold i trossamfunn» i praksis har blitt brukt som argument for en videre adgang til å forskjellsbehandle for trossamfunn enn det som materielt sett har ligget i unntaket. Flere har tolket bestemmelsen slik at trossamfunn er unntatt fra likestillingsloven i sin helhet, og at håndhevingsorganene ikke

har kompetanse til å behandle en sak om kjønnsdiskriminering i trossamfunn. En unntaksbestemmelse for trossamfunn knyttet til diskrimineringsforbudet i § 3 i stedet, vil gi et viktig signal utad om at likestillingsloven også gjelder for trossamfunnene. Departementet antar at dette også vil bidra til å øke trossamfunnenes bevissthet og fokus på i hvilken grad de mener det er nødvendig å forskjellsbehandle kvinner. Videre vil lovregulering i § 3 bidra til en presisering av rettstilstanden på området. Dette er i seg selv et nødvendig tiltak for å unngå unødvendige diskusjoner om rekkevidden av trossamfunnenes adgang til å legge vekt på kjønn.

Det er også et spørsmål om i hvilken grad prinsippet om delt bevisbyrde kommer til anvendelse ettersom unntaksadgangen tilknyttes diskrimineringsforbudet i § 3 fremfor til virkeområde i § 2. Prinsippet om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 lyder:

«Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne 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.»

Bestemmelsen kommer til anvendelse i vurderinger av om det foreligger «direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven». Uttrykket «direkte eller indirekte forskjellsbehandling» gjenfinnes i likestillingslovens generalklausul § 3, der forbudene mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn defineres. Likestillingsloven § 16 om delt bevisbyrde vil komme til anvendelse uansett om den foreslåtte unntaksbestemmelse for trossamfunn plasseres i likestillingsloven § 2 eller i § 3. Det er lagt vekt på at likestillingsloven § 16 er utformet for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Det følger uttrykkelig av artikkel 19 i direktiv 2006/54/EF at det i saker etter direktivet skal være delt bevisbyrde. Der trosfrihet og diskrimineringsvern kommer i konflikt ved ansettelse og på arbeidslivets område ellers, innebærer dermed direktivet at Norge har en klar plikt til å etablere delt bevisbyrde.

De rettskildemessige utgangspunktene er annerledes for den delen av trossamfunnenes virksomhet som er utenfor arbeidslivets område. Imidlertid mener departementet at bestemmelsen om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 skal komme til anvendelse i alle tilfeller der trosfrihet

og kjønnsdiskrimineringsvern kommer i konflikt. Dette må gjelde på samme måte som bestemmelsen kommer til anvendelse i alle andre tilfeller der det skal vurderes om det foreligger brudd på lovens diskrimineringsforbud. Departementet viser til forarbeidene til likestillingsloven § 16, Ot.prp.nr. 35 (2004-2005), og mener at begrunnelsen bak endringen i § 16 i 2005 må antas å gjelde også i alle tilfeller der trosfrihet og kjønnsdiskriminering kommer i konflikt. Utvalget viser i utredningens kapittel 7.2.5 at det er et alminnelig prinsipp at det er den som påberoper seg en unntaksregel som må dokumentere at vilkårene er oppfylt samt at det følger av likestillingsloven § 16. Departementet mener at dersom unntaksbestemmelsen plasseres i § 3 vil forbindelsen til bevisbyrderegelen i § 16 bli tydeligere. Det vil da bli enklere for enkeltindivider å forutberegne sin rettsstilling. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet taler dermed for lovfesting av en unntaksbestemmelse i tilknytning til diskrimineringsforbudet i § 3.

For øvrig viser departementet til håndhevingsorganenes kompetanse og at det vil bli ulik formell rettslig konklusjon ettersom unntaksadgangen lovfestes i § 2 eller § 3. Forslaget om å lovfeste unntaksadgangen i tilknytning til diskrimineringsforbudet i § 3 vil innebære at ombudet kan uttale seg om trossamfunnet oppfylder vilkårene etter diskrimineringsforbudet i § 3. I dag må ombudet avvise saken pga den gjelder indre forhold i trossamfunn etter § 2 og dermed ikke er omfattet av loven. Dette betyr at samme faktum gis ulik formell rettslig konklusjon avhengig av om tilfellet henføres under en unntaksbestemmelse i § 3 eller under bestemmelsen om virkeområde i § 2. Departementet mener imidlertid at i denne sammenheng vil endringen likevel ikke ha stor praktisk betydning. Håndhevingsorganene vil uansett plassering av unntaket, måtte foreta de samme faktiske vurderingene i forhold til forskjellsbehandlingen. I praksis antas forskjellen dermed å være liten.

Etter en helhetlig vurdering av de relevante argumenter har departementet kommet til at trossamfunnenes unntaksadgang bør hjemles i likestillingslovens diskrimineringsforbud i § 3 fremfor i tilknytning til lovens virkeområde i § 2. Det vises til at det uansett er behov for presiseringer i gjeldende bestemmelse i § 2, og at en lovfesting i tilknytning til diskrimineringsforbudet i § 3 ikke vil innebære vesentlige materielle endringer sammenlignet med en presisering av nåværende § 2.

Det betyr at det er nødvendig å gjøre endringer i nåværende likestillingslov § 2 første ledd. Den lyder i dag: «Loven gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn.»

Departementet foreslår å fjerne referansen til «med unntak av indre forhold i trossamfunn». Etter det vil det fremgå av § 2 at loven gjelder på alle samfunnsområder.

Departementet har vurdert hvordan en unntaksadgang for trossamfunn i tilknytning til diskrimineringsforbudet i § 3 bør utformes. Utgangspunktet er at unntaksadgangen må utformes slik at både ansettelser og trossamfunns øvrige virksomhet omfattes. Internasjonale forpliktelser trekker opp de rettslige rammer for utformingen.

Når det gjelder forskjellsbehandling i trossamfunnene på grunn av kjønn må denne tilfredsstillende krav som kan utledes av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Etter EMK er utgangspunktet at forskjellsbehandling vil kunne være lovlig dersom den tjener et saklig formål («legitimate aim») og det er forholdsmessighet mellom forskjellsbehandlingen og formålet som søkes fremmet. Etter SP er det uttalt at forskjellsbehandling vil kunne være tillatt dersom den er basert på rimelige og saklige kriterier («*reasonable and objective criteria*»). Departementet viser her til utvalgets vurdering om at forskjellsbehandlingen må være religiøst begrunnet. Slik forskjellsbehandling vil alltid ha et saklig formål. Krav til saklig formål og proporsjonalitet bør dermed inntas i lovteksten. Videre har departementet vurdert vilkåret om nødvendighet. Det vises til likestillingsloven § 3 fjerde ledd om at indirekte forskjellsbehandling er tillatt der det foreligger «*saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet*». Krav til egnethet og nødvendighet kan etter EMK og SP ses som en del av proporsjonalitetsvurderingen. Nødvendighet må kunne sies å dekke kravet til egnethet. Departementet mener det er tilstrekkelig om vilkåret om nødvendighet, i tillegg til saklig formål og forholdsmessighet, tas inn i lovteksten.

Når det gjelder ansettelser i trossamfunn er det artikkel 14 nr. 2 i direktiv 2006/54/EF som trekker opp de rettslige rammene. Artikkel 14 nr. 2 i direktiv 2006/54/EF lyder i engelsk språkutgave:

«Member States may provide, as regards access to employment including the training leading thereto, that a difference of treatment which is based on a characteristic related to sex shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that its

objective is legitimate and the requirement is proportionate.»

Den likelydende bestemmelse i artikkel 2 nr. 6 i direktiv 76/207/EØF har blitt oversatt til norsk med følgende ordlyd:

«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.»

Direktivets bestemmelse om unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling i tilfeller der kjønn utgjør et avgjørende yrkesmessig krav, gjelder ansettelser generelt og ikke bare ansettelser i trossamfunn. Dette gjør at direktivets ordlyd ikke kan kopieres direkte til en unntaksbestemmelse for trossamfunn i likestillingsloven § 3.

I følge den norske oversettelsen må kravet til et bestemt kjønn utgjøre et «vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav». Unntaksadgangen er ment å fange opp de tilfeller der det faktisk er avgjørende at en arbeidstaker har en bestemt egenskap for å kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til. Forskjellsbehandling kan gjøres for tilfeller der en persons kjønn er en kvalifikasjon for arbeidets utførelse. Unntaket må knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner. Det kan ikke gjøres unntak for hele virksomheter, sektorer eller stillingskategorier. Forskjellsbehandlingen skal ikke være vilkårlig, men bygge på et vesentlig og avgjørende krav som følger av religionen. Det er uklart hva som kan sies å ligge i begrepet «vesentlig», som ikke allerede dekkes av ordet «avgjørende». Departementet mener derfor at det må være tilstrekkelig at begrepet «avgjørende» tas inn i lovteksten. Begrepet «ansettelse» vil også omfatte opplæring som fører fram til slik ansettelse.

Videre viser departementet til at det etter likestillingsdirektivet (2006/54/EF) er et krav om «legitimt formål» og at forskjellsbehandlingen heller ikke skal være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette taler for at krav til både saklig formål og forholdsmessighet bør inn i ny lovbestemmelse om trossamfunn i likestillingsloven § 3. Departementet vektlegger for øvrig hensynet til harmonisering med arbeidsmiljølovens generelle saklighetsregel i § 13-3 første ledd. Trossamfunnenes adgang fore-

slås å følge av denne regel og departementet mener at trossamfunnenes adgang til saklig forskjellsbehandling av kvinner og homofile bør være så lik som mulig. Saklighetsregelen i arbeidsmiljøloven inneholder også vilkår om saklig formål og forholdsmessighet. Selv om unntaksadgangen i likestillingsloven vil følge av en særregel for trossamfunn, mener departementet at de samme momenter til saklighetsvurderingen vil måtte følge av likestillingsloven som etter arbeidsmiljøloven. Hvorvidt lovens vilkår for å forskjellsbehandle på grunn av kjønn eller seksuell orientering eller samlivsform er oppfylt, vil bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Likest mulig oppbygging av lovene vil gi en signaleffekt om at kvinner har likt vern som homofile mot diskriminering i trossamfunn.

7.3.2 Momenter i saklighetsvurderingen

Etter departementets forslag til endringer i likestillingsloven § 3 må trossamfunnenes forskjellsbehandling være saklig for å være tillatt. Det innebærer at det i utgangspunktet stilles de samme krav til forskjellsbehandling av kvinner som til forskjellsbehandling av homofile. Forskjellsbehandlingen må være nødvendig for å oppnå et saklig formål og forskjellsbehandlingen må ikke være uforholdsmessig inngripende ovenfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette gjelder både i forhold til ansettelser av kvinner i trossamfunn og til trossamfunnenes øvrige virksomhet. Departementet viser i denne sammenheng til beskrivelsen av momenter i saklighetsvurderingen i proposisjonens kapittel 6.1.3.3. De samme betraktninger gjør seg gjeldende i forhold til trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner.

Videre når det gjelder trossamfunnenes adgang til saklig forskjellsbehandling av kvinner slutter departementet seg til utvalgets beskrivelse i kapittel 7.2.4.5 om religiøse ritualer, religionsundervisning og utnevelser til posisjoner med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner og gjengir her hovedpunktene:

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 bønnen 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.

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 ansettelser, må vurderes tilsvarende som ved ansettelser, 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).

Departementet vil for øvrig bemerke at jo nærmere en stilling befinner seg religiøst definerte oppgaver, som bare kan utøves av ett kjønn, jo enklere vil det være å anse forskjellsbehandlingen som omfattet av likestillingslovens unntaksbestemmelse. For andre stillinger er utgangspunktet at det skal være likebehandling mellom kjønnene.

8 Forbud mot å spørre om graviditet mv. i en ansettelsessituasjon

8.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet foreslår i høringsnotatet å innføre et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i likestillingsloven § 4 nytt tredje ledd. Bakgrunnen for forslaget og høringsnotatet er det gjort nærmere rede for under kapittel 2.2

Hensynet til konsistens i lovgivningen taler for et forbud - det bør ikke være adgang til å spørre etter opplysninger som det i henhold til gjeldende rett ikke er adgang til å vektlegge. Et eksplisitt forbud mot å spørre vil klargjøre rettstilstanden og styrke det allerede lovfestede diskrimineringsvernet.

8.2 Høringsinstansenes syn

Det store flertallet av høringsinstansene gir uttrykk for at de støtter forslaget om et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging i ansettelsesprosessen. Akademikerne sier f.eks.: «Forslaget vil føre til en klarere rettstilstand på dette feltet. Det vil også føre til at vernet mot å legge vekt på slike opplysninger i praksis vil bli styrket. Vår erfaring er at mange arbeidssøkere blir spurt om dette i jobbintervju, med fare for at arbeidsgiver deretter urettmessig legger vekt på opplysningene.» I høringsnotatet er det imidlertid delte syn på hvilke spørsmål som bør være omfattet av et forbud, enkelte høringsinstanser viser til at begrepet «familieplanlegging» har et noe uklart innhold og ber om at dette presiseres i lovmotivene. KS sier f.eks.: «Begrepet «familieplanlegging» er lite spesifikt og inkluderer flere forhold enn kun graviditet og planer om dette.»

Flere høringsinstanser mener at spørsmål om sivilstatus og antall barn også bør være omfattet av forbudet. Blant disse er *Fornyings- og administrasjonsdepartementet*, *Helse- og omsorgsdepartementet*, *Unio*, *JURK*, *Avdeling for kvinnerett ved Universitetet i Oslo*, *Norsk sykepleierforbund*, *Norges Bygdekvinnelag* og *Norges kristelige studentforbund*. Det poengteres i høringsuttalelsene at et forbud mot å

spørre om slike forhold vil hindre arbeidsgiver i å stille spørsmål om forhold det likevel ikke er adgang til å vektlegge.

Avdeling for kvinnerett ved Universitetet i Oslo ønsker at begrepet «familiemessig stilling» inntas i ordlyden, både i § 4 nytt tredje ledd og i § 3 annet ledd nr. 2. Da vil det bli tydelig at det ikke er tillatt å stille spørsmål knyttet til sivilstatus, samlivsform, antall barn, eventuell planlagt adopsjon osv. i ansettelsesprosessen.

JURK foreslår at forbudet skal omfatte alle spørsmål som angår forhold uten relevans for utførelsen av stillingens arbeidsoppgaver. *Norges kristelige studentforbund* mener at spørsmål om tidligere uttak av foreldrepermisjon bør omfattes av forbudet, da slike opplysninger kan legge grunnlag for spekulasjon om fremtidig uttak av permisjoner.

Barne-, ungdoms og familiedirektoratet peker på at en omfattende konkretisering av opplysninger som det ikke skal være anledning til å spørre om, kan innebære fare for å ekskludere spørsmål/opplysninger som faktisk kan være til søkers gunst. For flere yrkesgrupper kan barn og omsorgsansvar snarere være en fordel enn en ulempe. *Innstillingsrådet for dommere* er inne på de samme synspunktene, og viser til at det for dommere som skal håndtere barnefordeling og barnevern nettopp er ønskelig at søkeren har erfaring med barn.

Likestillings- og diskrimineringsombudet mener at det vanskelig lar seg gjøre å spesifikt regne opp flere forhold det ikke skal være anledning til å spørre om i ansettelsesprosessen:

«Forbudets kjerneområde er direkte spørsmål om graviditet og familieplanlegging. ...Etter Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering er det vanskelig å angi positivt hvilke spørsmål, utover direkte spørsmål om graviditet og familieplanlegging, som eventuelt skal kunne rammes av bestemmelsen. Det som er viktig er at det ikke avgrenses mot mer indirekte spørsmål.»

Justis- og politidepartementet er i utgangspunktet skeptisk til å la forbudet omfatte også spørsmål om sivilstatus og antall barn:

«Selv om det, som departementet hevder i høringsnotatet, vil være mulig å spekulere ut fra slike spørsmål, er det etter vårt syn ikke naturlig å forby alle spørsmål som kan gi grunnlag for spekulasjoner som igjen kan føre til diskriminering. Vi anser det mest hensiktsmessig at grensen trekkes slik det er gjort i lovforslaget, ved spørsmål som direkte går på graviditet eller familieplanlegging.»

De høringsinstansene som gir uttrykk for at de anser spørsmål om sivilstatus, antall barn osv. som viktige i en ansettelsesprosess er *Innstillingsrådet for dommere*, *Arbeidsgiverforeningen Spekter*, *KS*, *Fylkesmannen i Rogaland*, *Agder- og Telemark bispedømmeråd*, *Oslo bispedømmeråd* og *NHO*. Disse peker på at opplysninger om sivilstatus og antall barn ofte oppgis av søker på eget tiltak i søknad eller CV. De mener at spørsmål av slik karakter er kjønnsnøytrale spørsmål som sier noe om livssituasjonen til søkeren, uavhengig av om det er en mann eller en kvinne. De samme høringsinstansene mener det i et jobbintervju er naturlig å snakke om sivilstatus, familieforhold, fritidsinteresser osv., og at det kan begrense muligheten til å skape seg et helhetlig bilde av søkeren dersom det settes forbud mot slike spørsmål. *NHO* uttaler at «det vil være uheldig, og skape unødige barrierer, dersom åpenhet rundt familiesituasjon forbyes gjennom lovregulering.»

Flere høringsinstanser viser til at det fortsatt ikke vil være adgang til å vektlegge forhold knyttet til sivilstatus, antall barn mv. i en ansettelsesprosess, og ser derfor ikke behovet for et forbud mot å spørre etter slike opplysninger.

Noen av høringsinstansene, deriblant *Likestillings- og diskrimineringsnemnda* og *NHO*, mener at begrepet «familieplanlegging» har et uklart innhold, og ønsker at det i størst mulig grad klargjøres i selve lovteksten hva man ikke skal kunne spørre om i en ansettelsesprosess.

8.3 Departementets vurdering

8.3.1 Forslag om å innføre et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i en ansettelses-situasjon

Departementet viderefører forslaget fra høringsnotatet om å lovfeste et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging i en ansettelsesprosess. Som flere høringsinstanser peker på, vil forslaget føre til en klarere rettstilstand når det gjelder diskrimineringsvernet.

Departementet ser det som hensiktsmessig å presisere at også spørsmål om adopsjon rammes av et spørreforbud. Dette fremgikk ikke av høringsnotatet, men departementet mener at de samme hensyn som ligger til grunn for et vern av gravide gjør seg gjeldende også overfor foreldre som skal adoptere.

Det er viktig, for å styrke diskrimineringsvernet, at lovens spørreforbud favner videre enn bare graviditet og planer om dette. Et spørsmål om familieplanlegging kan ha mange svar: Arbeidssøker og dennes ektefelle/partner/samboer skal kanskje snart i gang med assistert befruktning, de har nettopp spontanabortert og prøver på nytt, de har nettopp tatt abort, de ønsker seg ikke barn, eller arbeidssøker leter rett og slett etter en å få barn med. Dette er personlige spørsmål som de fleste bare deler med sine nærmeste, og en arbeidssøker burde derfor gis et utvidet vern overfor potensielle arbeidsgivere.

Departementet ser imidlertid at begrepet «familieplanlegging», som foreslått i høringsnotatet, rent språklig er lite spesifikt og kan inkludere svært mange forhold, som f.eks planer om samboerskap, og/eller giftermål. Dette kan skape usikkerhet hos arbeidsgiverne med hensyn til hvilke spørsmål som lovlig kan stilles under ansettelsesprosessen. Det er derfor viktig å avgrense betydningen av dette begrepet i likestillingslovens forstand, slik at dette blir en lett praktiserbar regel så vel for arbeidsgivere som for håndhevere.

Det foreslås på denne bakgrunn at begrepet «familieplanlegging» i likestillingsloven forstås slik at det gjelder planlagt graviditet, planlagt adopsjon, infertilitetsbehandling – planlagt og pågående og planlegging av hvordan man har tenkt til å ta ut foreldrepermisjonen, dvs. 100 % uttak, 80 % uttak, fleksibelt uttak eller utsettelse av permisjonen mv. Departementet mener imidlertid ikke at det er nødvendig å ta inn en avgrensning i lovteksten.

8.3.2 Den ulovfestede saklighetsregelen

Departementet viderefører dagens system med en unntaksadgang knyttet opp mot den ulovfestede saklighetsregelen.

Departementet viste i høringsnotatet til at det ikke var ønskelig med en unntaksadgang utover det som kan hjemles i det ulovfestede saklighetskravet som gir en svært snever adgang til unntak dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt. Unntaket må for det første knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner. For det andre må det være tale om et «vesentlig og avgjørende yrkes-

messig krav». For det tredje skal det legges til grunn et forholdsmessighetsprinsipp

Flere høringsinstanser mener at unntaksadgangen bør fremgå direkte av loven idet mange arbeidsgivere ikke er kjent med at det eksisterer en ulovfestet saklighetsnorm. *NHO* sier:

«*NHO* mener det bør fremgå av selve lovteksten at det er mulig å gjøre unntak. Arbeidsgiver som skal rette seg etter dette kravet må ha mulighet for å sette seg inn i rettsstillingen ved å lese lovteksten – og ikke også forarbeidene.»

Departementet ser at en lovfesting vil kunne gi en mer presis unntaksbestemmelse, særlig dersom den inneholder en kasuistisk oppregning av unntaksgrunnene. En slik oppregning har den fordel at en arbeidsgiver lett vil kunne «krysse av» for et egnet unntaksgrunnlag. Ulempen ved en slik katalogisering er imidlertid at unntaksadgangen blir sjablongmessig, noe som igjen fører til at arbeidsgiver ikke foretar den nødvendige individuelle vurderingen av hvert enkelttilfelle. Dette vil kunne svekke arbeidssøkers diskrimineringsvern.

Departementet kan heller ikke se at en synliggjøring av unntaksadgangen er et tilstrekkelig tungtveiende argument for lovfesting. Det er en arbeidsgivers plikt å sette seg inn i alle sider av et regelverk som gjelder på ansettelsesområdet – både ulovfestet og ulovfestet.

Hensynet til et godt diskrimineringsvern veier tungt og departementet mener at dette best ivaretas ved den ulovfestede saklighetsregelen. En ulovfestet regel vil rent generelt kunne bidra til en mer dynamisk fortolkning ved at man gjennom tolkningspraksis, administrativ og rettslig, kan utvikle stadig mer presise retningslinjer for rettsanvendelsen og også lett vil kunne endre praksis i takt med samfunnsutviklingen. Dette forutsetter selvfølgelig at unntaksadgangen ikke «katalogiseres» ved en fullstendig oppregning av unntakene i lovmotivene. Det er både avgjørende og viktig at arbeidsgiver foretar en individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Departementet viser også til at den ulovfestede saklighetsregelen gjelder i forhold til hele likestillingsloven, og departementet synes da det er lite hensiktsmessig – rent lovteknisk – å lovfeste en unntaksadgang bare i forhold til spørreforbudet.

8.3.3 Skal spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging regnes som direkte forskjellsbehandling

Departementet viderefører forslaget fra høringsnotatet om en tilføyelse i likestillingsloven § 3

annet ledd nr. 2 for å presisere at spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging regnes som direkte forskjellsbehandling.

De fleste høringsinstansene støtter departementets forslag, se f.eks. *Universitetet i Bergen*:

«Vi støtter også tilføyelsen i § 3 annet ledd nr 2 som presiserer at spørsmål om graviditet og familieplanlegging regnes som direkte diskriminering.»

8.3.4 Skal uttrykket «forbeholdt det ene kjønn» fjernes fra lovteksten

Departementet foreslo i høringsnotatet å fjerne begrensningen «forbeholdt det ene kjønn» i likestillingsloven § 3 andre ledd nr 2.

Uttrykket forbeholdt det ene kjønn, innebærer en referanse til perioden for foreldrepermisjon. Den foreslåtte endringen ville innebære at all forskjellsbehandling som relaterer seg til utnyttelse av permisjonsrettigheter skal regnes som direkte forskjellsbehandling. Bestemmelsen ville da, etter sin ordlyd, ikke være begrenset til perioden for foreldrepermisjon, men også gjelde rettigheter i tid ut over dette, herunder rett til permisjon uten tilhørende trygderettigheter, jf. for eksempel arbeidsmiljøloven § 12-5 annet ledd.

Departementet er enig med Likestillings- og diskrimineringsombudet som mener at forskjellsbehandling knyttet til utnyttelse av permisjonsrettigheter utover foreldrepermisjon bør regnes som indirekte forskjellsbehandling. Referansen til foreldrepermisjonsperioden foreslås derfor videreført.

Departementet mener imidlertid at det er behov for å erstatte uttrykket «forbeholdt det ene kjønn» i likestillingsloven § 3 andre ledd første punktum med uttrykket «forbeholdt mor eller far».

Det må presiseres under merknadene til bestemmelsen at uttrykkene «mor» og «far» også inkluderer medmødre og foreldre ved stebarnsadopsjon.

Departementet foreslår etter dette at uttrykket «forbeholdt det ene kjønn» erstattes med «forbeholdt mor eller far».

8.3.5 Spørsmål om et forbud burde omfatte ytterligere opplysninger

Departementet ba i høringsnotatet om en tilbakemelding på hvorvidt ytterligere opplysninger burde omfattes av forbudet, og viser som eksempel til sivilstatus og antall barn.

En rekke høringsinstanser går i mot et forslag om å la ytterligere opplysninger omfattes av forbudet. Noen av høringsinstansene begrunner dette

med at slike opplysninger kan tale for en søker. *Barne-, ungdoms og familiedirektoratet* sier:

«Imidlertid vil en omfattende konkretisering av opplysninger som det ikke skal være anledning til å spørre om, innebære at man står i fare for å ekskludere spørsmål/opplysninger som faktisk kan være til søkers gunst. I Barne-, ungdoms og familieetaten for eksempel, kan barn og omsorgsansvar snarere være en fordel enn en ulempe.»

Andre høringsinstanser mener at det vil være uheldig, og skape unødvendige barrierer, dersom åpenhet om familiesituasjonen forbys gjennom lovregulering.

Departementet ser at også spørsmål om f eks sivilstatus og antall barn langt på vei kan føre til samme diskriminerende handlinger ved ansettelse som spørsmål om graviditet, fordi det kan gi grunnlag for spekulasjoner som kan føre til forskjellsbehandling. De bærende hensyn bak et forbud mot å spørre om graviditet gjør seg gjeldende også for slike spørsmål, idet de åpner for spekulasjoner om for eksempel fravær knyttet til fremtidig uttak av foreldrepermisjon.

Departementet mener imidlertid, i likhet med flere høringsinstanser, at selv om det for arbeidsgiver vil være mulig å spekulere ut fra slike spørsmål, er det ikke naturlig å forby alle spørsmål som kan gi grunnlag for spekulasjoner som igjen kan føre til forskjellsbehandling. Både praktisering og håndheving av en slik utvidelse kan bli svært komplisert. Det vil også under et jobbintervju kunne være naturlig å snakke om familieforhold, fritidsinteresser osv., og at dette også kan være relevant i forhold til vurdering av realkompetanse.

Departementet foreslår etter dette å begrense forbudet til å gjelde spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging.

8.3.6 Bør lovbestemmelsen gis en kjønnsnøytral utforming

Departementet ba i høringsnotatet om en tilbakemelding på hvorvidt bestemmelsen, når spørsmålsstillingen også gjelder «familieplanlegging», bør utformes mer kjønnsnøytralt.

Ingen høringsinstanser går i mot et forslag om en kjønnsnøytral utforming og mange viser til at dette er viktig i en tid da en stadig større andel menn tar en større del av både omsorg og foreldrepermisjon. *Universitetet i Oslo* sier f eks:

«Forskjellsbehandling på grunn av familieplanlegging og uttak av permisjonsrettigheter kan forekomme både overfor kvinner og menn. Det

er en bevisst politisk målsetting at fedre skal ta større del i omsorgen for sine barn. Dermed er det også viktig at reglene på dette området utformes på en måte som tydeliggjør at begge kjønn omfattes av diskrimineringsvernet.»

Arbeidsgiverforeningen Spekter viser imidlertid til at:

«...lovendringer som går i retning av å gjøre diskrimineringsgrunnlaget mer kjønnsnøytralt, vil kunne gi et diskrimineringsvern som er mer koblet til livsfase enn til kjønn.»

Departementet legger avgjørende vekt på majoriteten av høringsinstanser som er for en kjønnsnøytral utforming og kan ikke se at det har fremkommet noen vektige argumenter mot.

Lovbestemmelsen bør utformes kjønnsnøytralt slik at forskjellsbehandling av menn også omfattes av bestemmelsen - dette er et viktig signal i en tid da stadig flere menn tar en like stor del av foreldrepermisjonen som kvinner gjør. Et annet moment som også taler for en kjønnsnøytral utforming er et stadig økende antall foreldre av samme kjønn.

Departementet foreslår etter dette at bestemmelsen utformes kjønnsnøytralt, ved at uttrykkene «uavhengig av søkerens kjønn» og «uavhengig av kjønn» føyes til i hhv § 3 og § 4.

8.3.7 Håndheving av et lovforbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging

Departementet har i høringsnotatet ikke utdypet håndhevingen av reglene og dette har noen av høringsinstansene påpekt i sine uttalelser.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda, ber f eks om at det klargjøres hvordan brudd på de foreslåtte lovreglene skal håndheves, hvilke(t) organ som skal håndheve et slikt forbud og hvilke reaksjoner som er aktuelle dersom det stilles ulovlige spørsmål.

Håndhevingsmekanismene for den nye forbudsbestemmelsen vil ikke komme i noen annen stilling enn hva som er tilfellet for de andre diskrimineringsforbudene i norsk rett. Diskrimineringslovverket, som i dag er spredt i flere ulike lover, håndheves administrativt av to organer: Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Disse organenes ansvar og kompetanse er nærmere regulert i diskrimineringsombudsloven.

Departementet viser til merknader til de enkelte bestemmelsene når det gjelder spørsmålet om håndheving og reaksjoner.

8.3.8 Henvisning i arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd nytt tredje punktum

Departementet viderefører forslaget fra høringsnotatet om at det skal tas inn en henvisning til bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd nytt tredje punkt:

«Likestillingsloven § 4 tredje ledd gjelder tilsvarende.»

Ingen høringsinstanser går i mot et forslag om en slik henvisning.

Arbeidsmiljøloven regulerer arbeidsgivers adgang til å innhente bestemte opplysninger, pedagogiske hensyn tilsier derfor at man her tar inn en henvisning til likestillingslovens bestemmelse. Departementet mener at det er viktig å gjøre arbeidsgivere og ev. også andre oppmerksom på bestemmelsen i likestillingsloven

9 Endringer i andre lover

Departementet foreslår en presisering i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 annet ledd om plikt til universell utforming. Paragraf 9 om fysiske forhold omfatter også informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT). Dette går klart fram av forarbeidene. Det vises til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.3 og punkt 18 særmerknadene, samt i Innst O nr. 68 (2007-2008) punkt 3.9. Departementet har imidlertid kommet til at dette kan uttrykkes klarere i selve lovteksten. På denne bakgrunnen foreslår departementet derfor at det inntas en presisering om dette i lovteksten. Endringen innebærer ingen realitetsendring. Det vises ellers til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008).

Departementet foreslår også en lovteknisk endring i diskrimineringsombudsloven om ombudets mandat for at bestemmelsen om ombudets pådriveransvar i tilknytning til diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne skal være i samsvar med at ombudet allerede håndhever diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Ved lovendring av 20. Juni 2008 nr. 42 ble diskrimineringsombudsloven § 1 endret ved tilføyelse i § 1 annet ledd nr. 3 om at ombudet og nemnda skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gjelder på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og andre forhold av personlig karakter, jf. lovens § 2 første ledd. I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16 er det forutsatt at loven skal håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) særlig pkt. 18 side 8) ble det forutsatt at ombudet skulle ha et korresponderende pådriveransvar når det gjelder nedsatt funksjonsevne på alle samfunnsområder. Ombudets pådriveransvar for nedsatt funksjonsevne skal derfor ikke begrenses til arbeidslivet, slik § 3 første ledd kan gi inntrykk av.

Departementet foreslår på bakgrunn av dette at det i diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd om ombudets mandat blir inntatt en presisering om at pådriveransvaret for nedsatt funksjonsevne gjelder på alle samfunnsområder.

Nasjonalt Dokumentasjonssenter for personer med nedsatt funksjonsevne ble fra 1. januar 2009 innlemmet i Likestillings- og diskrimineringsombudet. Denne organisatoriske endringen ble foretatt i forbindelse med ikraftsettingen av ny diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 14.6.3 og Innst. O nr. 68 (2007-2008) punkt 3.16. Organisasjonsendringene ble også omtalt i St. prp. nr. 1 (2008-2009) kap. 849 side 79, der det ble forutsatt at alle Dokumentasjonssenterets funksjoner skulle videreføres av ombudet. Departementet vil vurdere om det er hensiktsmessig å forskriftsfeste nærmere disse funksjonene i forskrift av 16. desember 2005 nr. 1524 om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Det vises til forskriftshjemmelen i diskrimineringsombudsloven § 16 der det fremgår at Kongen kan gi forskrift om blant annet ombudets oppgaver.

10 Økonomiske og administrative konsekvenser

10.1 Kvinner og homofile i trossamfunn

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.

10.2 Forbud mot å spørre om graviditet mv i en ansettelsessituasjon

Departementet kan ikke se at forslagene vil ha økonomiske og administrative konsekvenser av betydning. Det kan ikke utelukkes at en tydeliggjøring av rettstilstanden kan føre til færre saker for Likestillings- og diskrimineringsombud og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

10.3 Endringer i andre lover

Endringene i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsombudsloven er av lovteknisk karakter og har derfor ikke økonomiske og administrative konsekvenser.

11 Merknader til de enkelte bestemmelser

11.1 Merknader til endringene i arbeidsmiljøloven

11.1.1 Arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd

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. Forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering eller samlivsform må være religiøst begrunnet og nødvendig ut fra trossamfunnets eller virksomhetens religiøse lære. Det er også et vilkår at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den det gjelder. Ansettelser i henholdsvis trossamfunn, virksomheter som drives av trossamfunn og virksomheter som har et religiøst formål, faller i utgangspunkt inn under bestemmelsens anvendelsesområde. Det kan blant annet omfatte barnehager, skoler, aldershjem, sykehjem mv., men også misjonsorganisasjoner og andre typer religiøse organisasjoner.

Ansettelse av religiøse ledere, prester og lærere i trossamfunn ligger i bestemmelsens kjerneområde. Lovens vilkår for å forskjellsbehandle kan også være oppfylt i saker som gjelder en annen type stilling som har en religiøs funksjon i trossamfunn, ansettelse i virksomheter som drives av trossamfunn, og ansettelse i virksomheter som har et religiøst formål. Det må godtgjøres at en ansatt må medvirke til gjennomføringen av aktivitet med religiøst innhold som virkeliggjør virksomhetens formål. Dette vil bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. En vaktmester på en internatskole vil for eksempel kunne være omfattet dersom vedkommende også har en funksjon som sjelesørger for beboerne.

11.1.2 Arbeidsmiljøloven § 13-4 andre ledd andre punktum

Paragrafen er endret ved at uttrykket «homofile legning eller samlivsform» er erstattet med «samlivsform».

Bestemmelsen gjør unntak fra forbudet mot innhenting av opplysninger om søkeres seksuelle orientering ved ansettelser. Forslaget innebærer ingen materielle endringer. Trossamfunn vil som nå bare kunne innhente opplysninger om samlivsform hvis det kan være saklig å legge vekt på dette etter § 13-3 første ledd. Trossamfunn vil dermed ha adgang til å spørre om den personen som arbeidssøkeren utøver sitt samliv med er en person av samme kjønn.

11.1.3 Arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd tredje punktum

Paragrafen er endret ved at det i et nytt tredje punktum er føyd til en henvisning til likestillingsloven § 4 tredje ledd jf § 3 andre ledd nr. 2.

Forslaget innebærer ingen vesentlige materielle endringer, men er egnet til å synliggjøre bestemmelsen i likestillingsloven.

11.2 Merknader til endringene i likestillingsloven

11.2.1 Likestillingsloven § 2 første ledd

Paragrafen er endret ved at uttrykket «med unntak av indre forhold i trossamfunn» er slettet fra lovteksten.

Tidligere har trossamfunnenes adgang vært hjemlet som et unntak fra likestillingslovens virkeområde i § 2. Trossamfunnenes adgang til saklig forskjellsbehandling av kvinner er nå i stedet utformet som et unntak fra diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3. Se merknadene til likestillingsloven § 3 femte ledd.

11.2.2 Likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 første punktum

Paragrafen er endret ved at uttrykket «forbeholdt det ene kjønn» er endret til «forbeholdt mor eller far».

Uttrykket «forbeholdt mor eller far» viser til foreldrepengeperioden i folketrygdloven. Øvrige permisjonsrettigheter faller utenfor bestemmelsens virkeområde.

Uttrykket «mor eller far» omfatter også foreldreskap ved stebarnsadoptsjon i henhold til adopsjonsloven og medmorskap regulert i barnelova.

11.2.3 Likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 nytt andre punktum

Paragrafen er endret ved det i andre ledd er føyd til et nytt andre punktum som slår fast at spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging skal regnes som direkte forskjellsbehandling.

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

Ved direkte forskjellsbehandling er det som hovedregel ingen unntaksadgang. Det ulovfestede saklighetskravet hjemler imidlertid en svært snever adgang til unntak, jf. merknaden til § 4.

11.2.4 Likestillingsloven § 3 nytt femte ledd

Bestemmelsen knytter trossamfunnenes adgang til saklig forskjellsbehandling av kvinner til diskrimineringsforbudet i § 3.

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.

Forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål. Den 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 reli-

gionsutøvelsen 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 tilsvarende forholdsmessighetskravet i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd.

Unntaksregelen vil med hensyn til ansettelse 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.

Unntaket gjelder bare den delen av virksomheten som har nær sammenheng med selve religionsutøvelsen. Fastsettelse av trossamfunnets lære, religiøse ritualer, religionsundervisning og valg av religiøse ledere, prester og lærere regnes som religionsutøvelse.

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. Det betyr at det må være tale om konkrete og definerte oppgaver med forkynnende, undervisende eller liturgiske funksjoner i tilknytning til religionsutøvelsen. Unntaket omfatter dermed ansettelse av prester, pastorer, imamer, «eldste», forstandere, ledere, religiøse lærere osv. Lovens vilkår for å forskjellsbehandle kan også være oppfylt i saker som gjelder en annen type stilling i trossamfunn, ansettelse i virksomheter som drives av trossamfunn, og ansettelse i virksomheter som har et religiøst formål. Dette avhenger av i hvilken grad den ansatte medvirker til gjennomføring av aktiviteter med et religiøst innhold som virkelig gjør virksomhetens formål. Stillingen må således ha en religiøs funksjon. Dette vil bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Unntaket gjelder også utnevnelser som ikke er ansettelsesforhold. Slike utnevnelser må vurderes på samme måte som ansettelse.

Religionsundervisning, inkludert søndagsskole 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.

11.2.5 Likestillingsloven § 4 nytt tredje ledd

Paragrafen er endret ved at det er tatt inn et nytt tredje ledd. Første, andre og fjerde ledd er uendret.

Det er *arbeidsgiver* som har forbud mot å stille spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Dersom jobbsøkeren selv tar opp disse spørsmålene under et jobbintervju, forbyr ikke loven at disse forholdene diskuteres. Her kan det lett oppstå bevismessige spørsmål i etterkant, og det er derfor viktig at arbeidsgiverne innarbeider gode rutiner, som f.eks. skrivning av referat som godkjennes av begge parter, for å sikre seg mot eventuell etterfølgende klage.

Med *familieplanlegging* menes planlagt graviditet, planlagt adopsjon, infertilitetsbehandling – planlagt og pågående og planlegging av hvordan man har tenkt til å ta ut foreldrepermisjonen, dvs. 100 % uttak, 80 % uttak, fleksibelt uttak eller utsettelse av permisjonen mv.

Med *adopsjon* menes å ta til seg et barn som sitt eget. Rettsvirkningen av adopsjon er at adoptivbarnet får samme stilling som om barnet hadde vært adoptivforeldrenes biologiske barn. Rettsforholdet til barnets opprinnelige slekt faller bort. Adopsjon er regulert i lov 28. februar 1986 om adopsjon. Utenfor lovens bestemmelser faller fosterbarnsadopsjon.

Forbudet er *kjønnsnøytralt* og gjelder således både ved spørsmål om arbeidssøker selv eller dennes ektefelle, partner eller samboer er gravid, i adopsjonsprosess eller under infertilitetsbehandling eller planlegger å gå i gang med dette.

Det er det ingen *unntaksadgang* fra forbudet. En viss unntaksadgang vil imidlertid kunne hjemles i det ulovfestede saklighetskravet, som åpner for en svært 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 det være tale om 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. Det er uklart hvor langt denne ulovfestede regelen rekker, men det er uansett tale om en svært snever adgang til forskjellsbehandling, i særlige unntakstilfeller og på bakgrunn av en konkret vurdering. Som eksempel kan nevnes tildeling av

film-/teaterroller som stiller spesielle krav til utseende. En gravid kvinne vil for eksempel neppe fremstå som særlig troverdig i rollen som Anne Frank.

Bestemmelsen *håndheves* administrativt av to organer: Likestillings- og diskrimineringsombudet (Ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (Nemnda). Disse organenes ansvar og kompetanse er nærmere regulert i diskrimineringsombudsloven. Ombudet og Nemnda utgjør til sammen et faglig uavhengig, spesialisert håndhevingsapparat, med Nemnda som øverste organ. Et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i ansettelsesprosessen etter likestillingsloven § 4 nytt tredje ledd vil være omfattet av dette håndhevingsapparatets ansvarsområde, jf. likestillingsloven § 9.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda er gitt kompetanse til å gi pålegg om stansing, retting mv. og ilegge tvangsmulkt etter reglene i diskrimineringsombudsloven. Saker om erstatning og oppreisning må behandles av domstolene, da verken Ombudet eller Nemnda er gitt myndighet til å fatte vedtak om erstatning og oppreisning.

Saker som angår spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i ansettelsesprosessen kan bli brakt inn for domstolene på to måter: Enten ved at et vedtak fra Nemnda ønskes overprøvd, eller ved at det reises søksmål mot arbeidsgiver vedrørende det diskriminerende forholdet. Søksmål mot arbeidsgiver kan reises selv om diskrimineringsspørsmålet ikke har vært behandlet av håndhevingsapparatet; utnyttelse av likestillingslovens håndhevingsapparat er med andre ord ingen forutsetning for å kunne reise sak for domstolene.

Ombudet, og i neste omgang Nemnda, behandler saker hvor det hevdes å ha blitt stilt spørsmål som er i strid med forbudet mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i ansettelsesprosessen. Å stille slike spørsmål er i seg selv i strid med loven. Det er således ikke nødvendig å påvise at de stilte spørsmål har fått den konsekvens at kvinnen/ mannen er blitt satt i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville vært. Arbeidsgiver må, i tråd med likestillingslovens bevisbyrde-regel i § 16, sannsynliggjøre at det ulovlige spørsmålet ikke ble stilt. Uttalelse/ vedtak fra Ombudet/ Nemnda går ut på om arbeidsgiver har brutt loven.

Også for ordinære domstoler setter likestillingsloven § 16 rammene for bevisføringen. Domstolen vurderer om det er grunnlag for å tilkjenne erstatning eller oppreisning. Dersom domstolen kommer til at ulovlige spørsmål er stilt, må den ta stilling til om spørsmålene har ført til at vedkommende er satt i en dårligere stilling enn hun/ han

ville vært dersom ulovlige spørsmål ikke hadde blitt stilt. Dersom domstolen kommer til at de ulovlige spørsmål ikke har hatt slik konsekvens, vil det vanskelig kunne bli tale om erstatning for økonomisk tap. Oppreisning kan tenkes. Dersom det foreligger brudd på lovforbudet mot å spørre, og spørsmålene i tillegg har ført til at arbeidssøker er blitt satt i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville vært, er det tenkelig at både oppreisning og erstatning for økonomisk tap tilkjennes.

11.3 Merknader til endringene i andre lover

Til diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd

Første ledd er endret ved at uttrykket «nedsatt funksjonsevne» er tatt med i oppregningen i første ledd første punktum. Uttrykket «funksjonshemming» er tatt ut av oppregningen i første ledd andre punktum.

Forslaget innebærer ingen vesentlige materielle endringer.

Til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 andre ledd

Andre ledd er endret ved at det er inntatt en presisering om at fysiske forhold også omfatter informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT). Dette innebærer ingen materielle endringer. Det vises til de generelle merknadene i punkt 9.

Barne- og likestillingsdepartementet

tilrår:

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Vi **HARALD**, Norges Konge,

st a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i samsvar med et vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

I

I lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) gjøres følgende endringer:

§ 13-3 tredje ledd oppheves. Nåværende fjerde ledd blir nytt tredje ledd.

§ 13-4 første ledd nytt tredje punktum skal lyde:

Likestillingsloven § 4 tredje ledd gjelder tilsvarende.

§ 13-4 andre ledd andre punktum skal lyde:

Tilsvarende gjelder for opplysninger om søkerens samlivsform.

II

I lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) gjøres følgende endringer:

§ 2 første ledd skal lyde:

Loven gjelder på alle områder.

§ 3 andre ledd nr. 2 første punktum skal lyde:

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 *mor eller far*.

§ 3 andre ledd nr. 2 nytt andre punktum skal lyde:

Tilsvarende skal spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen, uavhengig av søkerens kjønn, regnes som direkte forskjellsbehandling.

§ 3 nytt femte ledd skal lyde:

Forskjellsbehandling i trossamfunn på grunn av kjønn som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, er tillatt. Ved ansettelser i trossamfunn må kravet til et bestemt kjønn i tillegg ha avgjørende betydning for utøvelsen av arbeid eller yrke.

§ 3 nåværende femte til syvende ledd blir nytt sjette til åttende ledd.

§ 4 nytt tredje ledd skal lyde:

I ansettelsesprosessen, herunder under intervju, må ikke arbeidsgiver be om at søker, uavhengig av kjønn, skal gi opplysninger om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

§ 4 nåværende tredje ledd blir nytt fjerde ledd.

III

I lov 10. juni 2005 nr. 40 om likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) gjøres følgende endringer:

§ 3 første ledd første og andre punktum skal lyde:

Ombudet skal arbeide for å fremme reell likestilling uavhengig av kjønn, *nedsett funksjonsevne*, 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* og alder.

IV

I lov 6. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) skal § 9 andre ledd lyde:

Med universell utforming menes utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene, *herunder informasjons- og kommunika-*

sjonsteknologi (IKT), slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig.

V

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelser til forskjellig tid.



Offentlige institusjoner kan bestille flere
eksemplarer fra:
Departementenes servicesenter
Post og distribusjon
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Faks: 22 24 27 86

Opplysninger om abonnement, løssalg og
pris får man hos:
Akademika AS
Avdeling for offentlige publikasjoner
Postboks 84 Blindern, 0314 Oslo
E-post: offpubl@akademika.no
Telefon: 22 18 81 00
Faks: 22 18 81 01
Grønt nummer: 800 80 960

Publikasjonen er også tilgjengelig på
www.regjeringen.no

Trykk: Lobo Media AS – 04/2009

