

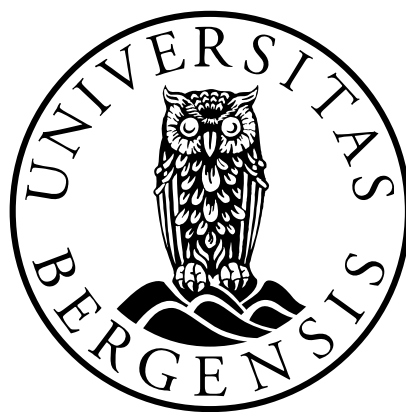
Individvernet av religionsfrihet i møte med det strukturelle vernet av kjønnslikestilling

- *En diskrimineringsrettslig analyse av
håndhilsereservasjoner i arbeidslivet*

Kandidatnummer: 109

Antall ord: 14821

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.19

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Faktisk og rettslig aktualitet	4
1.3 Kort om rettskildebildet og metodiske utfordringer	5
1.4 Avgrensning og presisering	7
1.5 Fremstillingen videre	9
2 Overordnede hensyn.....	10
2.1 Felles utgangspunkter	10
2.2 Religionsfrihet og forbud mot diskriminering på grunnlag av religion.....	10
2.3 Kjønnlikestilling og forbudet mot kjønnsdiskriminering.....	11
3 Nærmere om rettskildene og rettighetenes rettslige forankring	12
3.1 Rettslig forankring	12
3.1.1 Likestillings- og diskrimineringsloven.....	12
3.1.2 Grunnloven.....	13
3.1.3 EMK	14
3.1.4 FN-konvensjoner	15
3.1.5 EU/EØS.....	17
3.1.6 Oppsummering	18
3.2 Særlig aktuell rettspraksis.....	18
3.2.1 Spiralnekt-dommen	18
3.2.2 Eweida.....	18
4 Forholdet til arbeidsgivers styringsrett.....	20
5 Diskrimineringsrettslig analyse av adgangen til håndhilsereservasjon.....	22
5.1 Innledende avklaringer	22
5.2 Forskjellsbehandling.....	23
5.2.1 Om vilkåret.....	23
5.2.2 Indirekte eller direkte?	24
5.3 Lovlig forskjellsbehandling	27
5.3.1 Noen utgangspunkter.....	27
5.3.2 Saklig formål	27

5.3.3	Nødvendig forskjellsbehandling	31
5.3.4	Forholdsmessig forskjellsbehandling.....	38
	<i>i) Formålet om strukturell kjønnslikestilling</i>	
	<i>ii) Variasjoner i styrken av arbeidsgivers interesser</i>	
	<i>iii) Konsekvenser for arbeidstakeren/arbeidssøkeren</i>	
6	Oppsummering og avsluttende bemerkninger.....	48
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for masteravhandlingen er håndhilseserreservasjoner i arbeidslivet. Med håndhilseserreservasjoner forstås den religiøse praksisen om ikke å håndhilse på det motsatte kjønn utenfor ens nærmeste familie.¹ Temaet aktualiserer en avveining mellom to menneskerettigheter, religionsfriheten på den ene siden, og vernet mot å bli diskriminert på grunn av kjønn på den andre. Diskrimineringsnemnda har i to nyere saker kommet til at det kan gjøres inngrep i religionsfriheten, i form av et håndhilsekrav, av hensyn til kjønnslikebehandling.² Det er disse avgjørelsene som legger grunnlaget for avhandlingen.

Skole-saken omhandler en mann som ikke fikk forlenget midlertidig stilling på en barneskole grunnet håndhilseserreservasjonen. I Posten-saken ble mannens samtale om mulig tilkallingsvikarstilling hos Posten avlyst, etter at han informerte den kvinnelige lederen om håndhilseserreservasjonen. I begge sakene delte Diskrimineringsnemnda seg i et flertall, som konkluderte med at det ikke hadde funnet sted diskriminering, og et mindretall som konkluderte med diskriminering. Håndhilsesakene har medført mye offentlig debatt. Den ene siden har hevdet at håndhilseserreservasjoner er kvinneskandiskriminerende. Den andre siden hevder at forskjellsbehandling på grunn av håndhilseserreservasjoner vil være i strid med religionsfriheten eller diskriminering på grunn av religion.

Temaet befinner seg i skjæringspunktet mellom arbeidsrett og diskrimineringsrett. Utgangspunktet er at styringsretten innebærer at arbeidsgiver kan innrette virksomheten slik vedkommende anser hensiktsmessig. Temaet aktualiserer dermed spenningsforholdet mellom styringsretten og religionsvernet. Masteravhandlingen vil fokusere på den diskrimineringsrettslige siden av spørsmålet, se punkt 1.4.

¹ Håndhilsepraksisen bygger på at kroppskontakt med det motsatte kjønn innebærer fare for begjær, se: <https://www.islamnet.no/aktuelt/forskning/item/289-handhilsning-mellom-det-motsatte-kjonn-ifolge-de-fire-sunniislamske-lovskolene> . All kroppskontakt er forbudt fordi det vil kunne lede til fristelse, se: <http://www.justaskislam.com/69/shaking-hands-with-women/> . På det motsatte kjønn vil hilsemåten innebære å legge hånden over hjertet.

² DIN-2018-48 («Skole-saken») og DIN-2018-325 («Posten-saken»). Lest på lovdata.no. Avgjørelsene har ikke sidetall/nummererte avsnitt. Aktuelt er etter overskriften «Nemndas vurdering». Votumene deles etter «Flertallet ser slik på saken» og «Mindretallet ser slik på saken».

Masteravhandlingens hovedproblemstilling er om en mann er utsatt for diskriminering på grunn av religion dersom han ikke blir innkalt til eller får avlyst jobbintervju, ikke blir ansatt, eller blir oppsagt, fordi han ikke håndhilser på kvinner.³ Avhandlingens scenario er at arbeidsgiver påberoper hensynet til likebehandling av kjønnene på arbeidsplassen for forskjellsbehandlingen, uten at enkeltkvinner har klaget eller uttrykt at de føler seg krenket av håndhilsereservasjonen. Scenarioet gjenspeiler slik faktum i de to avgjørelsene fra Diskrimineringsnemnda, og problemstillingen innebærer at jeg vil ta stilling til om Diskrimineringsnemndas avgjørelser gir uttrykk for gjeldende rett. Problemstillingen innebærer også spørsmålet om *oppsigelse*, noe Diskrimineringsnemnda ikke har tatt stilling til. Dette har betydning i punkt 5.3.4.

1.2 Faktisk og rettslig aktualitet

Temaet er aktuelt i en samfunnsmessig kontekst, hensett at Norge er blitt mer mangfoldig og flerkulturelt. I det norske samfunn er et håndtrykk ansett som den alminnelige måte å hilse på en annen. I noen religioner og deler av verden er ikke et håndtrykk en del av hvordan man hilser. Dette gjelder særlig håndhilsing på det motsatte kjønn innenfor noen tolkninger av islam og jødedom.⁴ Særlig innvandring fra land hvor islam står sterkt, gjør problemstillingen med håndhilsereservasjoner i arbeidslivet aktuell i Norge. På arbeidsplassen kan samfunnsutviklingen medføre at arbeidsgiver står overfor utfordringer når arbeidstakere med ulike kultur- og religionsforståelser skal arbeide sammen. Håndhilsereservasjoner i arbeidslivet er et eksempel.

Problemstillingen er videre aktuell hensett de siste års eksempler på mobiliseringer rundt om i landet mot ulike former for religiøse reservasjoner. Abortreservasjonsdebatten i 2014, som førte til rekordoppmøter på 8.-mars-markeringer rundt om i landet, er et eksempel.⁵ Forholdet mellom religion og kvinners reelle likestilling i samfunnet kan ofte bli anspent, og det

³ Samlebetegnelsen «arbeidsgivers negative reaksjoner» vil brukes. Jeg oppstiller et utgangspunkt med en mann som ikke håndhilser på kvinner, grunnet den historiske nyansen i form av strukturell diskriminering av kvinner. Se punkt 1.4 og punkt 2.3. Avhandlingen vil fokusere på arbeidstaker/arbeidssøker, men tema er også aktuelt for oppdragstakere. Det faller utenfor problemstillingen å behandle sanksjoner som omplassering og fratagelse av arbeidsoppgaver, da dette ikke er aktualisert i praksis.

⁴ Islam: *supra* n. 1; Jødedom: <https://www.learnreligions.com/what-is-shomer-negiah-2076668>

⁵ Lønnå (2019), under «Kamp om fastlegers reservasjonsrett».

engasjerer. Det er i dette samfunnslandskapet problemstillingen om ikke å håndhelse på det motsatte kjønn i arbeidslivet må forstås.

Temaet er også aktuelt rettslig sett. Diskrimineringsnemnda har, som nevnt, hatt to saker om håndhilseservasjon i arbeidslivet. I tillegg har Høyesterett nylig avsagt et obiter dictum om religiøse reservasjoner i arbeidslivet, jf. HR-2018-1958-A (heretter Spiralnekt-dommen). Videre kom Samvittighetsutvalget med en utredning om samvittighetsfrihet i arbeidslivet i NOU 2016: 13 (heretter Samvittighetsutvalget). Høyesterett har ikke behandlet håndhilseservasjoner, og Samvittighetsutvalget kom ikke med konkrete løsningsforslag, noe som igjen aktualiserer masteravhandlingens problemstilling.

Verken håndhelseproblematikken eller Diskrimineringsnemndas avgjørelser har vært gjenstand for særlig analyse i den juridiske litteraturen. Eidsvaag har skrevet en kort kommentar til Skole-saken⁶ og Lovdata.no skrev en kommentar ved publiseringen av Skole-saken.⁷ Strand har skrevet en artikkel om likhetsprinsippets strukturelle side i praksis om ulike religiøst baserte reservasjonskrav i arbeidslivet, hvor Skole-saken brukes som eksempel.⁸ Ingen av forfatterne har vurdert Posten-saken. Det at de diskrimineringsrettslige utfordringene håndhilsetemaet byr på har vært lite gjenstand for juridisk analyse, aktualiserer temaet ytterligere.⁹

1.3 Kort om rettskildebildet og metodiske utfordringer

Avhandlingen tar utgangspunkt i lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven –ldl.), som trådte i kraft 01.01.2018. Saksforholdet i Skole-saken er fra før dette, og løst etter den tidligere lov. Den nye fellesloven innebar en samling av de ulike diskrimineringslovene, og var ment å videreføre gjeldende rett.¹⁰ Praksis etter de eldre lovene og deres forarbeider er dermed fortsatt relevant.

En særlig metodisk utfordring er at det ikke finnes autoritative rettskilder om håndhilseservasjoner konkret. Diskrimineringsnemndas to avgjørelser om

⁶ Eidsvaag (2019)

⁷ Rebbestad (2019)

⁸ Strand (2019a)

⁹ Jeg har kun funnet én tidligere masteroppgave om håndhilsetemaet, som ble skrevet før Diskrimineringsnemndas avgjørelser: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/67224?show=full>

¹⁰ Prop.81 L (2016-2017) eksempelvis s. 312.

håndhilsereservasjon i arbeidslivet er en relevant rettskildefaktor.¹¹ Den rettskildemessige vekten av nemndsavgjørelser etter alminnelig juridisk metodes rettskildehierarki er ikke særlig tungtveiende.¹² Siden få saker om diskriminering kommer inn for domstolene, øker imidlertid dette den rettslige betydningen av nemndspraksis, og nemndsavgjørelsene blir viktigere rettskilder på det diskrimineringsrettslige området. Dette aktualiserer spørsmålet om Diskrimineringsnemndas avgjørelser gir uttrykk for gjeldende rett.

På tross av at det ikke foreligger grundige analyser av håndhilseproblematikken i teorien eller rettspraksis, er et bredt spekter av rettskilder relevant. Kjønnlikestilling og religionsfrihet er vernet i nasjonale og internasjonale rettskilder av ulik trinnhøyde, og disse er behandlet i teori og praksis. Rettskildene som forankrer rettighetene i norsk rett vil presenteres i punkt 3.1.

Det aktuelle rettskildebildet medfører at jeg i besvarelsen vil sammenligne med tilgrensende problemstillinger. Særlig gjelder dette andre religionsuttrykk og religiøse reservasjoner på arbeidsplassen. Nasjonal og internasjonal rettspraksis er en viktig rettskilde. I motsetning til nemndspraksis, er høyesterettspraksis den mest tungtveiende rettskilden i norsk rett, etter lovttekst, jf. Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven – GrL.) § 88. Obiter dictum-uttalelser er ikke like tungtveiende prejudikater, men likevel en tungtveiende rettskilde.¹³ I punkt 3.2 vil sentral rettspraksis for analysen presenteres.

Av internasjonale rettskilder tar jeg i bruk FN-organers uttalelser og EØS-rett/EU-domstolspraksis, men hovedfokuset er på Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Dette fordi EMD-avgjørelser er rettslig bindende, jf. EMK artikkel 46, og en viktig prejudikatsdomstol i norsk rett.¹⁴ Uttalelser, eller individklager, fra Menneskerettighetskomitéen, ØSK-komitéen og Kvinnediskrimineringskomitéen (KDK-komitéen) er ikke bindende, men likevel tungtveiende tolkningsfaktorer.¹⁵ Slike internasjonale forpliktelser som er bindende for Norge, kommer også inn ved tolkningen av nasjonale bestemmelser gjennom presumsjonsprinsippet.

¹¹ NAV-saken(DIN-2018-108) brukes ikke, fordi jeg fokuserer på håndhilseproblematikken i *arbeidslivet*. NAV-saken omhandlet diskriminering ved uttalelser og sosialstønadsreduksjon.

¹² Nygaard (2004) s. 110 forutsetningsvis.

¹³ Jf. Andenæs (2009) s. 91.

¹⁴ *Ibid* s. 103.

¹⁵ NOU 1993: 18 s. 88 og Ot.prp.nr 93 (2008-2009) s. 32. Se også Strand (2012) s. 74. ØSK har ingen individklageadgang, jf. Innst.161 S (2016–2017).

Presumsjonsprinsippet er en «rettskildenorm som sier at det er formodning for at norsk rett stemmer med de folkerettslige forpliktelser vi har påtatt oss».¹⁶

Samvittighetsutvalgets NOU 2016:13 er ikke et lovforarbeid med demokratisk legitimitet. Dette fordi utvalget ikke foreslo lovregulering, og ingen lov ble vedtatt, jf. alminnelig rettskildelære som gjør forarbeid til tungtveiende rettskilder grunnet tilknytningen til lovteksten.¹⁷ Utvalgets uttalelser har derfor vekt som teori.

Ettersom rettskildebildet når det gjelder håndhilseproblematikken direkte er knapp, tar jeg også i bruk et komparativt perspektiv. Jeg ser til andre lands teori og rettspraksis, herunder rettssaker, forvaltningsdomstolssaker og nemndspraksis om håndhilsereservasjoner fra henholdsvis Sverige, Danmark og Nederland. Nederland har hatt flere håndhilsesaker for Equal Treatment Commission (heretter ETC).¹⁸ De tre landene er bundet av de samme relevante konvensjoner som oss.¹⁹ Rettskildeværdien av utenlandske avgjørelser er ikke stor, men det synspunkt avgjørelsen gir uttrykk for kan brukes som støttemoment, inspirasjons- eller opplysningskilde, samt kunne tas som uttrykk for hva som oppfattes som en god og hensiktsmessig regel.²⁰

I masteravhandlingen skal jeg undersøke retten de lege lata, men kommer med noen bemerkninger de lege ferenda avslutningsvis i punkt 6. Målet er å finne den løsningen som har de beste grunner for seg, ut i fra alle relevante rettskildefaktorer.²¹

1.4 Avgrensning og presisering

Det kan være ulike grunner til at noen ikke håndhilser, herunder hygiene, angst eller kulturelle forhold. Det som skiller de forannevnte begrunnelsene fra de religiøse praksisene, er at sistnevnte skiller mellom kjønnene. Det relevante for avhandlingen er religiøse håndhilsepraksiser som skiller mellom kjønn, og således kolliderer med vernet om likestilling mellom kjønnene. Fokuset for masteravhandlingen er islam, ettersom det er denne religionen som har aktualisert problemstillingen i Norge.

¹⁶ Bernt/Mæhle (2007) s. 221.

¹⁷ Jf. eksempelvis/forutsetningsvis Tande (2011) avsnitt 6.2.

¹⁸ Sakene er på nederlandsk. Lest om i Alidadi (2017).

¹⁹ <https://indicators.ohchr.org/>

²⁰ Nygaard (2004) s.110; Skoghøy (2007) s. 564 og 571.

²¹ Nygaard (2004) s. 37.

Det er også viktig å presisere at spørsmålet i masteravhandlingen gjelder personer som *hilser* på begge kjønn, men på forskjellig måte ut i fra kjønn til personen det hilses på. Dette til skille fra personer som kun hilser på det ene kjønn. Slike tilfeller vil være å ikke anerkjenne eksistensen til det andre kjønn, og slik anses i strid med diskrimineringsforbudet. Dette behandles ikke i det videre.

Videre fokuserer avhandlingen på scenarioet hvor en mann ikke håndhilser på kvinner, fordi det er da spenningsforholdet til den strukturelle siden av ikke-diskrimineringsprinsippet²² særlig aktualiseres, se punkt 2.3 sammenholdt med 3.1.1. Det er også et slikt tilfelle som har vært vurdert av Diskrimineringsnemnda. Perspektiver på tilfeller hvor kvinner ikke håndhilser på menn vil dras inn hvor skillet er relevant.

Det avgrenses videre mot ldl. § 37 og bevisreglene. Det legges til grunn at personen ikke fikk jobben eller ble oppsagt på grunn av håndhilsereservasjonen, og vilkåret om «grunn til å tro» er oppfylt.

En annen interessant problemstilling er om det er i strid med det *individuelle* vernet mot diskriminering på grunn av kjønn hvis en kvinne blir utsatt for ikke å bli håndhilst på av en mannlig kollega og hun fremmer sak om diskriminering, jf. diskrimineringsforbudet i ldl. § 6 eller trakasseringsforbudet i § 13. En slik sammenligning av begge diskrimineringsgrunnlagene gjennomgående i analysen, måtte det avgrenses mot grunnet masterformatet og ordgrensen. Problemstillingen er heller ikke aktualisert i praksis.

Diskrimineringsnemndas to avgjørelser med dissenser, aktualiserer mange og kompliserte diskrimineringsrettslige problemstillinger. Masteravhandlingen tar ikke sikte på en uttømmende utgreiing av hvilke hensyn og situasjoner som tilsier at det er innenfor arbeidsgivers styringsrett å kreve håndhilsing. Avhandlingen avgrenses til tilfeller hvor arbeidsgiver begrunner pålegget om håndhilsing med hensynet til kjønnslikebehandling på arbeidsplassen, slik som for nemnda, fordi det reiser et grunnleggende spørsmål om avveiningen mellom to diskrimineringsgrunnlag i ldl. Perspektiver på andre argumenter fra arbeidsgivers side for å kreve håndhilsing, vil nevnes i forholdsmessighetsvurderingen.

²² Kalles også likhetsprinsippet, se eksempelvis Strand (2019a).

Det presiseres at votumene i Skole-saken og Posten-saken stort sett er like. Hvor det er forskjeller av betydning fra sak til sak, vil det fremkomme hvor det er relevant.

1.5 Fremstillingen videre

I punkt 2 blir rettighetene og de overordnede hensynene presentert. Likestillings- og diskrimineringsretten er kompleks, og et bredt spekter av nasjonale og internasjonale bestemmelser gjør seg gjeldende. Avhandlingens punkt 3.1 redegjør nærmere for innholdet i de to motstående menneskerettighetene og rettskildene som forankrer dem, for å plassere dem i rettssystemet. Punkt 3.2 introduserer to sentrale dommer, som brukes fortløpende i analysen. Av sammenhengshensyn vil diskrimineringsrettens forhold til arbeidsretten og styringsretten forklares i punkt 4. I punkt 5 drøftes om dårligere behandling i et bestående (eller med hensyn til et mulig framtidig) arbeidsforhold grunnet håndhilereservasjoner er diskriminering på grunn av religion etter vilkårene i ldl. I punkt 6 oppsummerer jeg og gir noen avsluttende bemerkninger de lege ferenda.

2 Overordnede hensyn

2.1 Felles utgangspunkter

Det overordnede hensynet bak diskrimineringslovgivningen er å sikre rettferdighet og likhet. Sårbare grupper skal vernes mot ugunstig forskjellsbehandling. Både kjønn og religionstilhørighet kan utgjøre en slik sårbar gruppe. Avhandlingens tema aktualiserer også spenningsforholdet mellom vernet av disse gruppene mot det overordnede hensynet til arbeidsgivers interesser, se punkt 4 og 5.3.4.

Menneskerettigheter er visse grunnleggende rettigheter som alle mennesker har krav på i kraft av å være menneske. Man kan si at menneskerettighetene bygger på grunnleggende verdier. De mest grunnleggende er respekten for individets menneskeverd og verdighet, autonomi, selvbestemmelsesrett, frihet og likhet.²³

Hensynet til retten til arbeid, jf. Grunnloven § 110 og De forente nasjoners internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 6, er også relevant for masteravhandlingens tema.

2.2 Religionsfrihet og forbud mot diskriminering på grunnlag av religion

Menneskets iboende rett til autonomi og selvbestemmelsesrett innebærer en frihet til å velge livssyn, religion og levemåte. Verken staten eller andre i samfunnet skal kunne bestemme hva du skal tro på eller hvordan du skal leve ditt liv, så lenge valgene dine ikke går utover andres menneskerettigheter. Friheten til tanke, overbevisning og religion har sammenheng med det mest grunnleggende i et menneske, og er derfor en av de mest sentrale menneskerettighetene.²⁴

²³ Bernt/Mæhle (2007) s. 167-169.

²⁴ <https://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/Analyser/fagoppsummering-religion/kapittel-1/> under punkt 1.3

2.3 Kjønnslikestilling og forbudet mot kjønnsdiskriminering

Vernet mot kjønnsdiskriminering er begrunnet i det faktum at kvinner har vært undertrykt i århundrer, og samfunnsstrukturer og tradisjonelle syn på kjønnsroller og omgang mellom kjønnene fortsatt kan stå til hinder for reell likestilling.

I et historisk perspektiv er det ikke mange årene siden kvinner fikk mulighet til å delta i arbeidslivet på lik linje som menn, og attpåtil skulle være likestilte i arbeidsoppgaver, muligheter og lønn. I religionens verden er likestilling mellom kjønnene ikke nødvendigvis kommet like langt. En rekke religioner bygger på en patriarkalsk kjønnsrollestruktur, der mannen er overordnet kvinnen.²⁵ Et hierarki mellom kjønnene leder til det syn at kvinner og menn har ulike rettigheter og plikter.²⁶ Mange religiøse skikker bygger på dette synet på kvinnen og kjønnsrollene, og er derfor vanskelig å forene med kjønnslikestilling.²⁷ Selv om det formelt er likestilling i Norge, henger slike syn igjen i visse yrker og hos noen mennesker. For å få bukt med slike strukturelle forskjeller i samfunnet kreves aktive skritt og tiltak over tid fra lovgiver, forvaltningen og domstolenes side for å få til endringer i strukturer og holdninger. Strand beskriver dette fint: «Offentlige myndigheter skal i sin virksomhet sikre og fremme likebehandling uavhengig av blant annet borgernes kjønn og seksuelle orientering. Dette ansvaret for aktivt å ivareta likhet på gruppenivå er en del av likhetsprinsippets strukturelle side.»²⁸ For nærmere om hva som menes med dette, se punkt 3.1.1.

Hensynet bak vernet av kjønnslikestillingen er at alle mennesker er likeverdige, og vernet er slik begrunnet i menneskers iboende rett til og behov for å bli respektert som likeverdige.

Norge er en av de fremste på kjønnslikestilling, men kvinner diskrimineres i større grad enn menn, og kvinner har en svakere stilling enn menn på mange samfunnsområder, jf. NOU 2009: 14 s. 104. På et overordnet plan kan en si at masteravhandlingens tema aktualiserer en avveining av samfunnets valg om å beskytte utsatte grupper mot enkeltindividets autonomi.

²⁵ Strand (2018) s. 341.

²⁶ Strand (2012) s. 26.

²⁷ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b578346d-dd73-478a-97bc-9cfd92b620c9/language-en> s. 67

²⁸ Strand (2019a) s. 428.

3 Nærmere om rettskildene og rettighetenes rettslige forankring

3.1 Rettslig forankring

3.1.1 Likestillings- og diskrimineringsloven

Ldl. § 6 første ledd oppstiller et forbud mot diskriminering på bakgrunn av «kjønn» og «religion». Diskriminering er direkte eller indirekte forskjellsbehandling som ikke er saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. ldl. §§ 9, jf. 6 fjerde ledd, jf. 7 og 8. Nærmere redegjørelse for vilkårene i §§ 6-9 gis i punkt 5.

Det er sentralt å understreke allerede her at diskrimineringsvernet i ldl. har en individuell og en strukturell side. Det individuelle vernet betyr at enkeltindivider har en rett til ikke å bli forskjellsbehandlet på grunn av både religion og kjønn, og kan ta saken til Diskrimineringsnemnda eller domstolsapparatet og få dette stadfestet.²⁹

Det strukturelle vernet er en plikt for statens myndigheter til å motarbeide diskriminerende praksiser eller strukturer i samfunnet som virker diskriminerende for noen på *gruppenivå*, også utenfor de tilfellene hvor det blir påvist brudd for enkeltindivider, jf. eksempelvis Prop.81 L (2016-2017) (heretter «Proposisjonen») siste avsnitt under punkt 25.8.1.³⁰ Loven åpner med det strukturelle vernet i § 1: «Lovens formål er å fremme likestilling og hindre diskriminering». Denne strukturelle plikten for offentlige myndigheter til å arbeide for likestilling og ikke-diskriminering er også nedfelt i ldl. § 24. Ldl. § 26 pålegger i tillegg både offentlige og private *arbeidsgivere* denne plikten til å «arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og hindre diskriminering» på grunn av kjønn og religion.³¹ Kjønnlikestillingsprinsippet er også nedfelt i lov av 17. juni 1962 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven-aml.) § 4-1 (4).

De to sidene av diskrimineringsvernet kan stå mot hverandre i en og samme sak. I masteravhandlingens problemstilling står mannens individvern mot diskriminering på grunn

²⁹ Hellum/Strand (2017) s. 22.

³⁰ Jf. også Strand (2016) s.138.

³¹ Første ledd første setning.

av religion i mot det strukturelle vernet mot kjønnsdiskriminering, i form av arbeidsgivers ønsker og plikter om likebehandling mellom kjønnene på gruppenivå på arbeidsplassen.³² Som Strand beskriver det: «Gjennom saker om reservasjonskrav blir likhetsprinsippets individuelle side konfrontert med likhetsprinsippets strukturelle side».³³

Det strukturelle vernet er særlig sentralt for kjønnslikestillingen. Dette grunnet den historiske dimensjonen, som forklart i punkt 2.3, og statens internasjonale forpliktelser, se nedenfor. Hvorvidt den strukturelle siden av ikke-diskrimineringsprinsippet er et saklig formål for forskjellsbehandling grunnet religion etter ldl. § 9 første ledd bokstav a, vurderes i punkt 5.3.2.

Ldl. forankrer de to rettighetene i norsk diskrimineringsrett, og gjennomfører mange internasjonale forpliktelser. Disse forpliktelsene, og Grunnloven, er viktig for lovanvendelsen. Det er derfor nødvendig å presentere disse rettskildene. Slik tar jeg også stilling til om plasseringen i rettssystemet har betydning for avveiningen av de motstående rettighetene, se punkt 3.1.6.

3.1.2 Grunnloven

Grunnloven § 16 knesetter menneskerettigheten religionsfrihet og fastslår at «[a]lle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse». Ordlyden av «religionsutøvelse» tilsier at en ikke bare har en frihet til å velge å tro på den religionen man vil, men også en rett til å utøve denne.

Grunnloven § 98 ble inntatt ved grunnlovsendringen i 2014. Første ledd fastslår at «[a]lle er like for loven», mens andre ledd angir at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Kjønnslikestillingsvernet er ikke nevnt eksplisitt i Grunnloven, men § 98 må tolkes slik at den gir ikke-diskrimineringsprinsippet med medfølgende diskrimineringsgrunnlag i ldl. § 6, herunder både religion og kjønn, grunnlovsrang.³⁴

Grunnloven er *lex superior*. Dette betyr både at tolkningsbidrag fra Grunnloven veier tyngst i en avveining av flere tolkningsbidrag, og at rettsregler som er i strid med Grunnloven må

³² Ingen kvinner på arbeidsplassen har klaget. Masteravhandlingen gjelder ikke spørsmålet om arbeidsgiver kan pålegge håndhilsing når håndhilsereservasjonen *har* påvirket arbeidsmiljøet fordi enkeltindivider mener seg krenket/trakassert/diskriminert av håndhilsereservasjonen.

³³ Strand (2019a) s. 428.

³⁴ Proposisjonen s. 58. Se også Dok.nr.16 (2011-2012) s. 150.

vike. Grunnloven setter altså ytre skranker for lovgiver og rettsanvendere. Imidlertid er verken §§ 16 eller 98 absolutt. De skal tolkes i lys av sine EMK-paralleller, henholdsvis artikkel 9 og 14, og EMD-praksis frem til 2014, jf. Rt. 2015-93 (avsn. 56-57).³⁵ Inngrep må oppfylle samme vilkår som i EMK, jf. Rt. 2014-1105, se punkt 3.1.3.

Med grunnlovsendringen i 2014 kan det sies at det ikke lenger er en trinnhøydeforskjell mellom vernet av religionsfrihet og kjønnsdiskrimineringsvernet, slik det var tidligere. Tidligere var religionsfriheten gitt grunnlovsværn, og var *lex superior*, mens diskrimineringsvernet ikke var inntatt i Grunnloven. Selv om Stortinget gikk inn for en formulering av § 98 uten oppstilling av diskrimineringsgrunnlag, var det aldri tvil om «kjønn» skulle vært et av dem hvis en slik oppstilling skulle velges.³⁶ Lovgiver har uttalt at «det er viktig å signalisere at kvinners rettigheter og likestilling mellom kvinner og menn er en grunnleggende verdi i samfunnet vårt».³⁷ Det er dermed ikke tvilsomt at kjønnslikestilling er et like tungtveiende prinsipp i Norge som religionsfriheten.

3.1.3 EMK

EMK artikkel 9 nr. 1 fastslår at: «[e]veryone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom (...) to manifest his religion or belief, in (...) practice».

Ordlyden tilsier at EMK verner både om den indre troen, men også friheten til å «manifest», å uttrykke, sin religion. Dette omfatter å utøve religiøse skikker/praksiser. Se punkt 5.1 for om håndhilseserervasjoner er omfattet av retten til å «manifest» sin religion.

I artikkel 9 nr. 2 angis en unntaksadgang fra retten til å utøve religion. Her angis at friheten til å «manifest» sin religion «shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others». Det oppstilles et lovkrav, samt må inngrepet være begrunnet i et av de opplistede formålene.

³⁵ Jf. også Aall (2015) s. 36 og 81.

³⁶ Se eksempelvis Dok.nr.16 (2011-2012) s. 150.

³⁷ Proposisjonen s. 58.

Inngrepet må også være «necessary in a democratic society». Med dette oppstilles et nødvendighetskrav, men et forholdsmessighetskrav er også innfortolket.³⁸

Den strukturelle siden av likhetsprinsippet/ikke-diskrimineringsprinsippet vil kunne omfattes av det opplistede formålet om «rights and freedoms of others».³⁹

EMK artikkel 14 forbyr diskriminering på grunn av blant annet religion og kjønn innenfor konvensjonens anvendelsesområde, men også her tillates inngrep.⁴⁰ Det strukturelle vernet av likhetsprinsippet/ikke-diskrimineringsprinsippet er tidligere regnet som en konvensjonsrettighet etter artikkel 14.⁴¹

EMK er gitt forrang foran annen norsk lov, og er sentral for tolkningen av de tilsvarende vilkårene i ldl. § 9.⁴²

3.1.4 FN-konvensjoner

3.1.4.1 Felles utgangspunkter

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 2 nr. 1 pålegger staten en plikt til å sikre rettighetene i SP på en måte som ikke er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion og kjønn. Artikkel 26 fastslår likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet på grunnlag av religion og kjønn, og tilsvarer Grl. § 98.

Menneskerettighetskomitéen har fastslått lignende inngrepsadgang som EMD-praksis etter EMK artikkel 14, herunder at forskjellsbehandling vil kunne være tillatt dersom den er «reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant».⁴³

³⁸ Jf. eksempelvis *Olsson v. Sweden*, ECLI:CE:ECHR:1988:0324JUD001046583 avsnitt 67.

³⁹ Strand (2019a) s. 434. Se punkt 5.3.2.

⁴⁰ Se punkt 5.3.1.

⁴¹ jf. *Eweida m.fl. mot Storbritannia* ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010 avsnitt 106, jf. Strand (2019a) s. 437 og 438. Se punkt 5.3.2.

⁴² Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – Mrl.) §§ 2 og 3. Jf. også Proposisjonen s.84

⁴³ General Comment No. 18 (1989) punkt 13 og Strand (2012) s. 215.

Ikke-diskrimineringsprinsippet på grunnlag av kjønn og religion er også nedfelt i ØSK artikkel 2 nr. 2. SP og ØSK er gitt forrang foran annen lov, jf. mrl. § 3, men er som EMK på trinnhøyde under Grunnloven.⁴⁴

3.1.4.2 Særlig om religionsfrihet

Retten til religionsfrihet er eksplisitt fastslått i SP artikkel 18. Artikkelen verner slik som EMK artikkel 9 både tanke og utøvelse, samt følger EMK-mønsteret om at inngrep må oppfylle lovkravet, formålskravet, og nødvendighets- og forholdsmessighetskravet, jf. nr. 3.

3.1.4.3 Særlig om kjønnslikestillingsvernet

I SP og ØSK artikkel 3 nedfelles prinsippet om likebehandling mellom kjønnene. Den mest sentrale konvensjonen for vernet mot kjønnsdiskriminering er imidlertid Konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK). Artikkel 2 bokstav e fastslår at staten skal «take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise». Bokstav f angir at staten også må «take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing(...) customs and practices which constitute discrimination against women». Videre fremgår det av artikkel 5 bokstav a at staten skal «take all appropriate measures» for å:

«modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women».

KDK pålegger altså staten en særlig plikt til å sikre det *strukturelle* vernet mot diskriminering på grunn av kjønn. Det strukturelle vernet må ses i sammenheng med at formell likestilling ikke alltid betyr reell likestilling, slik at i arbeidslivet kan praksiser slå ulikt ut for kvinner og menn.⁴⁵ Slik følger det av KDK at det må vurderes om praksiser kan ha en negativ effekt overfor kvinner som gruppe.⁴⁶ Det strukturelle perspektivet innebærer altså å identifisere

⁴⁴ EMK-rettighetene inntatt i Grunnloven har selvsagt grunnlovsrang. Grunnloven § 92 er ikke en inkorporasjonsbestemmelse, men et pålegg om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett, jf. HR-2016-2554-P avsnitt 69-70.

⁴⁵ <http://kjonnsforskning.no/nb/2018/01/hva-er-kjonnspektiver-i-rettsvitenskap>

⁴⁶ KDK-komiteen, General recommendation no. 25(2004), punkt 14. Jf. Strand (2019a) s. 432.

hvordan et tiltak, her håndhilserveservasjon, kan ha «et potensial for på ulike måter å skape et ubehag og hindringer for kvinner som gruppe».⁴⁷

Videre viser *Opuz v. Turkey*⁴⁸ at EMD anser KDK som relevant regelverk ved vurderingen av lovligheten av inngrep i EMK-rettighetene.

Tidligere var KDK inkorporert kun gjennom likestillings- og diskrimineringsloven. Imidlertid ble KDK inntatt i menneskerettsloven i 2009,⁴⁹ på lik linje med EMK og religionsvernet. Dette øker dermed KDKs rettskildemessige status og vekt.

3.1.5 EU/EØS

3.1.5.1 Kjønn

EØS-retten innebærer et klart krav om likebehandling av kjønn i arbeidslivet.⁵⁰ EØS-avtalen pålegger Norge å ha lovgivning som er i tråd med EU/EØS-retten.⁵¹ Direktiv 2006/54/EF om likebehandling av kvinner og menn i arbeid og yrkesdeltagelse (EUs likebehandlingsdirektiv) og EUs direktiv om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester (2004/113/EF) er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-avtalen og ldl. EU-domstolens tolkninger av direktivene er en relevant tolkningsfaktor innad EØS også, jf. homogenitetsprinsippet.⁵² Særlig likebehandlingsdirektivet artikkel 26 fastslår forebyggende plikter for arbeidsgiver, og «bevissthet om diskriminerende effekter på gruppenivå».⁵³ EU-rettens diskrimineringsvern har unntak som tilsvarer ldl. § 9.⁵⁴

3.1.5.2 Religion

Forbudet mot diskriminering på grunn av religion er nedfelt i EUs rammedirektiv (2000/78/EF). Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, men regler som skal tilsvare direktivet er frivillig innført i norsk rett gjennom ldl. ut fra en politisk målsetning.⁵⁵ EU-

⁴⁷ Strand (2019a) s. 443.

⁴⁸ ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102 avsnitt 164,186-187 og 192.

⁴⁹ lov 19 juni 2009 nr. 80

⁵⁰ EØS-avtalen artikkel 70, jf. Proposisjonen s. 45.

⁵¹ Jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

⁵² Jf. EØS-avtalen artikkel 6 jf. Overvåkings- og domstolavtalens artikkel 3 nr. 2.

⁵³ Strand (2019a) s. 433, fotnote 18.

⁵⁴ Direktiv 2004/113/EF artikkel 2b, Likebehandlingsdirektivet artikkel 2 nr. 1b.

⁵⁵ Proposisjonen s. 45. Se også Rammedirektivet artikkel 2 nr. 2b i)

domstolens praksis får indirekte betydning via den ensidige norske gjennomføringen, og er slik en relevant tolkningsfaktor.⁵⁶

3.1.6 Oppsummering

Som gjennomgangen i punkt 3.1 har vist, har religionsfriheten og vernet mot kjønnsdiskriminering samme rettslige status i norsk rett. Begge nyter like stort vern, og begge er gitt forrang foran annen norsk lov. I tillegg er begge diskrimineringsgrunnlag i ldl. Plasseringen i rettssystemet avgjør derfor ikke hvilken rettighet som veier tyngst i norsk rett. Selve avveiningen mellom dem i konkrete situasjoner er temaet i masteravhandlingens punkt 5. Her vil disse presenterte rettskildene inngå som tolkningsfaktorer. Jeg vil nå presentere to sentrale dommer for analysen.

3.2 Særlig aktuell rettspraksis

3.2.1 Spiralnekt-dommen

Spiralnekt-dommen omhandler oppsigelse av en fastlege som reserverte seg mot å sette inn prevensjonsmiddelet spiral av religiøse grunner. Høyesterett konkluderte med at oppsigelsen var usaklig, men avgjorde spørsmålet på avtalerettslig grunnlag. Imidlertid kom Høyesterett med en obiter dictum-uttalelse om inngrep i religionsfriheten etter EMK. Uttalelsen er sentral i diskrimineringsanalysen. Spiralreservasjoner påvirker kun kvinnelige pasienters rett til helse, og hadde slik sammenheng med likhetsprinsippets strukturelle side, herunder offentlige myndigheters plikter «til å fange opp praksiser som vil kunne skape systematiske forskjeller mellom kvinner og menn som grupper».⁵⁷

3.2.2 Eweida

EMD-saken *Eweida*⁵⁸ omhandler fire kristne klagere, Eweida, Chaplin, Ladele og McFarlane. Det er særlig sakene til Ladele og McFarlane som brukes. Ladele gjaldt en offentlig registrar som av religiøse årsaker ville reservere seg mot å registrere likekjønnede ekteskap, mens McFarlane gjaldt en psyko-seksualrådgiver som ikke ville gi rådgivning til likekjønnede par

⁵⁶ Rt. 2010-202 jf. Reinholdtsen (2019) s. 243.

⁵⁷ Strand (2019a) s. 440.

⁵⁸ ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010

grunnet religion i en privat bedrift. I begge sakene ble oppsigelsene av dem ansett som saklig og forholdsmessig grunnet hensynet til ikke-diskriminering av homofile som gruppe. Ladeles sak ble behandlet som et spørsmål om indirekte diskriminering etter artikkel 14, sett i sammenheng med artikkel 9.⁵⁹ McFarlanes sak vurderes etter statens plikt til å sikre artikkel 9, og artikkel 14 jf. artikkel 9.⁶⁰

Eweida, som ble sendt hjem fra jobb uten lønn fordi hun gikk med et kors Smykke, brukes for sammenligningsperspektiv. Hun fikk medhold i ulovlig inngrep i artikkel 9.⁶¹

⁵⁹ Jf. avsnitt 70.

⁶⁰ Se avsnitt 108 og 84. Jf. også EMK artikkel 1.

⁶¹ Avsnitt 95.

4 Forholdet til arbeidsgivers styringsrett

Jeg vil nå gi en kort forklaring av forholdet mellom diskrimineringsretten og arbeidsretten, av hensyn til sammenheng og for å plassere diskrimineringsspørsmålet i et større rettslig perspektiv.

Arbeidsgivers styringsrett er en ulovfestet rett for arbeidsgiver til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, jf. Rt. 2000-1602 på s. 1609 og Rt. 2001-418 på s. 427. Styringsretten må ses i sammenheng med arbeidstakers lydighets- og lojalitetsplikt.⁶² Det følger videre av de ovennevnte dommene at styringsretten begrenses av lov, arbeidsavtalen, omstendighetene rundt ansettelsen samt allmenne saklighetsnormer og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen. Utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett må bero på «et forsvarlig grunnlag(...), som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn», jf. Rt. 2001-418 på s. 427.

Styringsretten er en heteronom kompetansenorm, som gir arbeidsgiver kompetanse til å pålegge arbeidstakere plikter.⁶³ Et spørsmål er om styringsretten omfatter det å regulere sosiale omgangsformer, som hilsemåte, på arbeidsplassen. Sett i sammenheng med arbeidsgivers overordnede ansvar for arbeidsmiljøet,⁶⁴ herunder trivsel og samhold, for alle de ansatte, må styringsretten som kompetansenorm omfatte det å gi *saklig begrunnede* pålegg om sosiale omgangsformer på arbeidsplassen. Ettersom håndhilsing er ansett som uttrykk for gjensidig respekt i det norske samfunn, er det ikke å se vekk i fra at håndhilsenekt kan skape konflikter, og være skadelig for arbeidsmiljøet. Dette kan påvirke arbeidsinnsatsen og produktiviteten. Utgangspunktet er dermed at arbeidsgivers styringsrett er et positivt rettsgrunnlag for å kreve håndhilsing på begge kjønn på arbeidsplassen. Hvor viktig håndhilsing er for arbeidsoppgavene kan imidlertid ha betydning for om håndhilseskravet er saklig. Mange av de samme momentene gjør seg gjeldende i forholdsmessighetsvurderingen, og vil behandles der.

Av det som følger ovenfor, betegnes arbeidsgivers styringsrett ofte som en «restkompetanse».⁶⁵ Styringsretten begrenses av menneskerettighetene og ldl. Dersom det å gi

⁶² Storeng/Beck/Lund (2014) s. 456.

⁶³ Jf. Evju (2010) s. 52-53. Se også Thorkildsen/Drevland (2010) s. 31, og videre henvisninger i artikkelen.

⁶⁴ jf. aml §§ 4-3 jf. 4-1 jf. 2-1.

⁶⁵ Evju (2003) s. 21.

noen en oppsigelse, eller ikke ansette noen, grunnet en håndhilereservasjon er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion, vil et håndhilekrav være ulovlig og ikke innenfor styringsretten. Er eksempelvis oppsigelsen grunnet håndhilereservasjonen uforholdsmessig etter ldl. § 9, er den også usaklig etter aml. § 15-7. Diskrimineringsvernet legger seg «utenpå» annen lovgivning.⁶⁶ Det tverrgående diskrimineringsvernet supplerer slik arbeidsmiljøloven,⁶⁷ jf. også ldl. §§ 2 og 29.

⁶⁶ Strand (2016) s. 136.

⁶⁷ Hotvedt (2012) s. 167.

5 Diskrimineringsrettslig analyse av adgangen til håndhilsereservasjon

5.1 Innledende avklaringer

I punkt 5 skal jeg ta stilling til om arbeidsgivers negative reaksjoner grunnet håndhilsereservasjonen vil være diskriminering etter vilkårene i ldl., tolket på bakgrunn av internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av.

For å konkludere med diskriminering, må en forskjellsbehandling ha funnet sted, forskjellsbehandlingen må skyldes et diskrimineringsgrunnlag, og forskjellsbehandlingen må ikke være saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. ldl. §§ 6-9.

Det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget er «religion», jf. ldl. § 6. Et første spørsmål er hvorvidt håndhelsepraksisen er et vernet uttrykk for religion etter ldl. § 6, EMK artikkel 9 og GrL. § 16. Dersom spørsmålet besvares benektende, er konklusjonen at vilkåret om diskrimineringsgrunnlag ikke er oppfylt. Det er da ikke tale om diskriminering eller rettighetskollisjon.

Av forarbeidene fremgår at ikke alle handlinger som har sammenheng med religion utgjør et uttrykk for den religiøse troen.⁶⁸ I *Eweida* klargjorde EMD at retten til religionsfrihet bare omfatter holdninger av en viss klarhet, alvorlighet, sammenheng og viktighet, jf. avsnitt 81. Det må foretas en konkret vurdering av om det er «tilstrekkelig nær og direkte sammenheng mellom handlingen og troslæren».⁶⁹ Videre fastslår EMD i *S.A.S.* at en handling er beskyttet selv om den aktuelle fortolkningen bare utøves av en minoritet.⁷⁰

Håndhelsepraksisen i islam bygger på tolkninger av hvordan profeten Muhammad levde.⁷¹ Diskrimineringsnemnda konkluderte enstemmig med at håndhelsepraksisen oppfyller vilkåret om vernet uttrykk for religion. Også i andre land er dette langvarig praksis.⁷² Dette

⁶⁸ Proposisjonen s. 84.

⁶⁹ Proposisjonen s. 84 jf. *Eweida* avsnitt 82 og *Spiralnekt-dommen* avsnitt 78.

⁷⁰ *S.A.S. v. France*, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511 avsnitt 108.

⁷¹ <https://www.islamnet.no/aktuelt/forskning/item/289-handhilsning-mellom-det-motsatte-kjonn-ifolge-de-fire-sunniislamske-lovskolene> og <http://www.justaskislam.com/69/shaking-hands-with-women/>

⁷² Sverige: eksempelvis Arbetsdomstol nr. 51/18. Stockholms Tingsrätt T7324-08.

Danmark: Sag nr. BS G-1756/2016. Nederland: eksempelvis ETC nr. 2002-22 og LNJ: BW1270 [2012], jf. Alidadi (2017) s. 214-221.

problematiseres derfor ikke videre, og det konkluderes med at håndhelsepraksisen er et vernet religionsuttrykk. Vilkåret om diskrimineringsgrunnlag i ldl. § 6 er oppfylt.

Videre er det ikke tvilsomt at EMDs lovkrav for rettighetsinngrep er oppfylt, jf. ldl. § 9.

Det kreves årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget religion, jf. ordlyden «på grunn av» i ldl. §§ 7 og 8. Dette var Diskrimineringsnemndas flertall og mindretall enige om i begge sakene, og problematiseres ikke videre.

Det å miste jobben, ikke få forlenget en kontrakt eller å miste muligheten til å konkurrere om en jobb ved å bli avvist på intervju eller ikke innkalt til intervju grunnet en håndhilsereservasjon, vil medføre et økonomisk tap eller færre muligheter for vedkommende. Vilkåret om negativ forskjellsbehandling som ligger i ordlyden «dårligere» enn andre, er klart oppfylt også, jf. ldl. §§7 og 8 jf. 6.⁷³

5.2 Forskjellsbehandling

5.2.1 Om vilkåret

Ldl. forbyr både direkte og indirekte forskjellsbehandling, jf. §§7 og 8.

Paragraf 7 fastslår at direkte forskjellsbehandling er når «en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon». Ordlyden tilsier at det er forbudt å behandle like eller sammenlignbare tilfeller ulikt på grunn av religion.

Med indirekte forskjellsbehandling forstås «enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre» jf. § 8. Ordlyden tilsier at betingelser etc. som behandler alle likt, men medfører at personer med visse religioner stilles dårligere, også er forbudt. Det kan altså være i strid med diskrimineringsforbudet om en formelt nøytral betingelse rammer en gruppe hardere enn andre.⁷⁴ Ved indirekte forskjellsbehandling skjer sammenligningen på gruppenivå.⁷⁵

⁷³ Proposisjonen s. 101.

⁷⁴ Proposisjonen s. 314-315.

⁷⁵ Proposisjonen s. 104.

Det avgjørende er ikke, etter min mening, hvilken definisjon man faller ned på, men heller konklusjonens betydning for terskelen for lovlighetsvurderingen i punkt 5.3. Skillet har betydning fordi adgangen til indirekte forskjellsbehandling er videre enn adgangen til direkte forskjellsbehandling, jf. ldl. § 9 annet ledd. Terskelen er dermed høyere for at forskjellsbehandlingen skal anses som lovlig ved direkte forskjellsbehandling.

Videre defineres både direkte og indirekte forskjellsbehandling gjennom en sammenligning med andre, jf. «enn andre», jf. §§7 og 8. Ordlyden oppstiller slik et krav om sammenligningsperson/sammenligningsgruppe. Denne kan være hypotetisk.⁷⁶ Hvorvidt det foreligger en sammenlignbar situasjon, beror på en konkret vurdering.⁷⁷

5.2.2 Indirekte eller direkte?

Spørsmålet er om arbeidsgivers negative reaksjoner overfor en arbeidstaker/arbeidssøker grunnet håndhilsereservasjonen av hensyn til kjønnslikebehandling på arbeidsplassen, vil være indirekte eller direkte forskjellsbehandling.

Som nevnt i punkt 1.4, er det de håndhilsespraksiser som skiller mellom kjønn som er relevante. Spørsmålet som oppstår er om arbeidstakeren/arbeidssøkeren sammenlignes med personer som håndhilser på begge kjønn eller med personer som eksempelvis klemmer kvinnelige kollegaer og håndhilser på mannlige. Dette kan ha betydning for om det er tale om direkte eller indirekte forskjellsbehandling, i den grad en mann som skiller mellom kjønnene i form av å klemme kvinner og håndhilse på menn, ikke ville møtt samme konsekvenser. Slik er det ikke selve unnlåtelsen av å likebehandle kjønnene på arbeidsplassen som er avgjørende, men heller mannens begrunnelse, religionen, som er årsaken til forskjellsbehandlingen. Dette vil da bety direkte forskjellsbehandling.

Diskrimineringsnemnda skilte seg i et flertall som konkluderte med indirekte, og et mindretall som konkluderte med direkte.

Nemndsflertallet i Skole-saken konkluderte med at det ikke var et spørsmål om direkte forskjellsbehandling fordi kravet om håndhilsing på alle uansett kjønn praktisertes overfor samtlige ansatte, ikke eksklusivt overfor A. Dette bygget på prinsippet i det norske samfunn

⁷⁶ Proposisjonen s. 103.

⁷⁷ Proposisjonen s. 104.

og den offentlige skolen om likebehandling mellom kjønnene, samt skolens ansvar for å jobbe for likebehandling. I Posten-saken kom flertallet til at det var tale om indirekte forskjellsbehandling fordi Posten hadde generelle etiske retningslinjer som gjaldt for alle ansatte, som forbød diskriminering på grunnlag av kjønn. Her sammenlignes mennene med en som håndhilser på begge kjønn.

Mindretallet i Diskrimineringsnemnda derimot, anser det som et krav om håndhilsing stilt kun overfor enkeltindividet, som ikke er blitt stilt overfor noen andre. Det følger videre av mindretallsvotumet, særlig tydelig i Skole-saken, at de sammenligner med personer som ikke håndhilser av andre grunner enn religion.

I en svensk tingrettsdom om håndhilsing fra 2010 er sammenligningspersonen en hypotetisk person som av noen annen akseptabel begrunnelse ikke håndhilser på fremmede av motsatt kjønn, og finner at denne personen ikke ville blitt rammet av tilsvarende behandling. Derfor var religionen det avgjørende for forskjellsbehandlingen. Tingretten konkluderer med direkte diskriminering.⁷⁸ Dette kan tilsi at den aktuelle sammenligningspersonen er en person som ikke håndhilser på begge kjønn, men av andre grunner enn religion.

En arbeidstakers/arbeidssøkers håndhilsereservasjon kan sammenlignes med andre uttrykk for religion på arbeidsplassen. I *Eweida* anså EMD den aktuelle sammenligningspersonen å være en person uten samme religiøse reservasjon, jf. avsnitt 104.⁷⁹ Eksempelvis ble Ladele sammenlignet med registrar som registrerte både ulikekjønnede og likekjønnede ekteskap. Etersom arbeidsplassen hadde en generell policy om likebehandling, ble spørsmålet behandlet som indirekte forskjellsbehandling.⁸⁰ Dette taler for at sammenligningspersonen er en person som foretar den aktuelle handlingen/arbeidsoppgaven, ettersom EMD ikke sammenlignet med andre registrarer som ikke foretok alle arbeidsoppgaver av *andre grunner*.

EU-domstolen har ikke tatt stilling til samvittighetsreservasjoner, men har nylig vurdert grensen mellom indirekte og direkte forskjellsbehandling når det gjelder hijab. I *Achbita* kom EU-domstolen til at vedtakelsen av generelle retningslinjer som forbyr religiøse, politiske og filosofiske symboler på arbeidsplassen ikke medfører direkte forskjellsbehandling, men må vurderes etter reglene om indirekte forskjellsbehandling. Dette fordi regelen var generell og

⁷⁸ Dom T7324-08, s.17.

⁷⁹ Inneværende og neste avsnitt inspirert av Eidsvaag (2019) s. 3.

⁸⁰ Jf. avsnitt 104.

behandlet alle ansatte likt.⁸¹ Overført på spørsmålet for denne masteravhandlingen, tilsier dette at det vil være tale om indirekte forskjellsbehandling, hvis håndhilseskravet begrunnes med en generell regel om å behandle begge kjønn likt som gjelder for alle.

Ettersom både EMD og EU-domstolen peker i samme retning, veier dette tungt i favør av at det ikke er tale om direkte forskjellsbehandling. Dette underbygges også av andre lands praksis hvor håndhilsesakene har vært behandlet som indirekte forskjellsbehandling når arbeidsgiver påberoper kjønnslikebehandling på arbeidsplassen.⁸²

Selv om arbeidsplassens retningslinjer ikke har nedfelt et uttrykkelig krav om håndhilsing på begge kjønn, oppstiller norsk lov krav om likebehandling mellom kjønnene på arbeidsplassen, jf. ldl. §§ 6 jf. 26. Likebehandlingskravet må kunne konkretiseres overfor et enkeltindivid på en konkret arbeidsplass hvor spørsmålet oppstår. Eidsvaag legger til grunn at et generelt krav om å håndhils på begge kjønn vil være et spørsmål om indirekte forskjellsbehandling, uansett om arbeidsgiver ikke på forhånd har sett nødvendigheten av å fastslå dette i generelle normer for oppførsel på arbeidsplassen.⁸³ Dette slutter jeg meg til. Konklusjonen er at det behandles som et spørsmål om indirekte forskjellsbehandling når arbeidsgiver stiller et krav om håndhilsing ut i fra generell retningslinje om likebehandling, jf. at dette er en «tilsynelatende nøytral bestemmelse» om at alle skal behandles likt, men i realiteten rammes visse religioner annerledes og negativt av praksisen, jf. ldl. § 8.

Arbeidsgivers negative reaksjoner overfor en arbeidstaker/arbeidssøker grunnet håndhilsereservasjonen er dermed indirekte forskjellsbehandling på grunn av religion, jf. ldl. § 8. Diskrimineringsnemndas flertalls syn på dette spørsmålet er uttrykk for gjeldende rett.

⁸¹ *Achbita* EU:C:2017:203 avsnitt 30.

⁸² Også i svenske Arbetsdomstolen dom nr.51/18 s. 13. Arbeidsplassen hadde policy om at selskapet ikke tillot ansatte å unnlate å håndhils grunnet kjønn ut i fra en generell regel om at de ikke aksepterte at ansatte behandlet personer ulikt grunnet kjønn. I ETC nr. 2002-22 ble håndhilsesaken også behandlet som indirekte forskjellsbehandling, da skolen hadde en fast policy om å sikre kjønnslikestilling, jf. Alidadi (2017) s. 214. Det samme gjelder den danske sag nr. BS G-1756/2016 s. 22.

⁸³ (2019) nest siste avsnitt.

5.3 Lovlig forskjellsbehandling

5.3.1 Noen utgangspunkter

I punkt 5.3 er det overordnede spørsmålet om den indirekte forskjellsbehandlingen likevel er lovlig fordi den er saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav a-c.⁸⁴ De tre vilkårene er kumulative. Dersom ikke alle er oppfylt, utgjør forskjellsbehandlingen diskriminering. Bestemmelsen må leses i sammenheng med EMD-praksis når det gjelder de tilsvarende vilkårene for inngrep i EMK-rettigheter. EMD-praksis viser at det skal foretas en helhetsvurdering hvor domstolen vil se om forskjellsbehandlingen har «objective and reasonable justification», herunder «legitimate aim» og «reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized».⁸⁵

Terskelen for lovlighetsvurderingen må fastlegges i samsvar med EMK artikkel 9. EMD har ved flere anledninger uttalt at religionsfriheten er «one of the foundations of a “democratic society».⁸⁶ Dette tilsier en høy terskel for at forskjellsbehandlingen skal anses som lovlig.

Med dette utgangspunktet vil jeg gå over til å vurdere lovligheten av forskjellsbehandlingen.

5.3.2 Saklig formål

Ordlyden av «saklig formål» i ldl. § 9 første ledd bokstav a oppstiller et krav om forsvarlig og legitim begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Avgjørende er om forskjellsbehandlingen ivaretar «en beskyttelsesverdig interesse».⁸⁷

For å være i samsvar med internasjonale forpliktelser, må formålet med forskjellsbehandlingen grunnet religion begrunnes i et av de opplistede formålene i EMK artikkel 9.2 og SP artikkel 18. For denne masteravhandlingens del er det «rights and freedoms of others» som er aktuell. EMD har uttalt at dette omfatter ethvert hensyn som fremmer beskyttelsen av et effektivt demokrati.⁸⁸ Ordlyden er dermed tolket vidt i EMD-praksis.

⁸⁴ Ettersom jeg konkluderer med indirekte forskjellsbehandling avgrenses det mot videre behandling av § 9 (2) grunnet plasshensyn.

⁸⁵ Jf. eksempelvis *Eweida* avsnitt 88.

⁸⁶ Jf. eksempelvis *S.A.S.* avsnitt 124. Se også *Spiralnekt-dommen* avsnitt 87.

⁸⁷ Proposisjonen s. 315.

⁸⁸ Jf. eksempelvis *Ahmed and others v. The United Kingdom*, ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002295493, avsnitt 49 jf. 52.

Videre viser EMD-praksis en «systemic integration»; andre FN-konvensjoner med medfølgende komitéuttalelser er relevant ved tolkningen av statens forpliktelser etter EMK.⁸⁹

I Diskrimineringsnemndas avgjørelser anser flertallet kjønnslikebehandling generelt som et formål som oppfyller vilkåret om saklighet. Det forelå ingen klager fra kvinner. Dette innebærer en vektlegging av den strukturelle siden av ikke-diskrimineringsprinsippet/likhetsprinsippet.⁹⁰ Mindretallet mener at det i de aktuelle sakene ikke er noen rettighetskollisjon mellom religionsfriheten og kjønnsdiskrimineringsvernet, fordi mannen hilser med respekt på begge kjønn. Mindretallet konkluderer med at håndhilsekravet ikke har saklig formål. Skillet mellom flertallet og mindretallet kan tolkes som å bero på ulikt syn på det strukturelle vernets betydning og innhold.⁹¹

Spørsmålet er om det strukturelle vernet av kjønnslikestilling er et saklig formål for å forskjellsbehandle mannen på grunn av religion etter ldl. § 9 første ledd bokstav a. Dette spørsmålet ble ikke uttrykkelig reist av Diskrimineringsnemnda. Vurderingen innebærer derfor en analyse av om flertallets ikke-eksplisitte vektlegging av det strukturelle vernet av likebehandling mellom kjønnene, er uttrykk for gjeldende rett.

Det er en beskyttelsesverdig interesse å sikre likebehandling av kjønnene, herunder jobbe strukturelt for å hindre forskjellsbehandling mellom kjønnene på arbeidsplassen. Ldl. § 26 pålegger også arbeidsgivere dette. Dette tilsier at formålet er saklig.

I samme retning taler at EMD flere ganger har gjentatt at å fremme («advancement») kjønnslikestilling er et viktig mål innad i konvensjonsområdet, samt ansett KDK som relevant regelverk som kan begrunne inngrep etter formålet om «rights and freedoms of others».⁹²

Imidlertid hva som er et saklig formål kan ikke fastlegges generelt, ettersom de konkrete forholdene i den enkelte sak må tas i betraktning.⁹³

Den strukturelle siden av vernet om kjønnslikestilling ble påberopt av Tyrkia i *Leyla*. Saken omhandler inngrep i en kvinnes religionsfrihet ved forbud mot religiøse plagg på et universitet. Her ble formålet akseptert, og EMD uttalte at kjønnslikestilling er en av «the key

⁸⁹ Jf. Strand (2019b) s. 1. Jf. også *Opuz* og Wien-konvensjonen artikkel 31 avsnitt 3(c), jf. Strand (2015) s. 181.

⁹⁰ Strand (2019a) s. 448.

⁹¹ *Ibid* s. 449.

⁹² Jf. eksempelvis *S.A.S.* avsnitt 119; *Opuz* avsnitt 147,164 og 184-202.

⁹³ Proposisjonen s. 118.

principles underlying the Convention».⁹⁴ Også i *Dahlab* vektla EMD til en viss grad at den symbolske effekten hijab kunne ha var vanskelig å forene med likestilling og ikke-diskriminering, og av den grunn tillot inngrep i en kvinnes religionsfrihet.⁹⁵

Imidlertid har EMD modifisert dette standpunktet senere i *S.A.S.* Frankrikes formål om å sikre likestilling mellom menn og kvinner ble avvist av EMD som et saklig formål for å innføre forbud mot ansiktsdekkende plagg i offentligheten, jf. avsnitt 118 og 119. Hensynet til kjønnslikestilling kunne ikke påberopes av staten som saklig formål for inngrep i kvinnenens religionsfrihet, når det var kvinnenens muligheter til å delta i samfunnet og deres selvbestemmelsesrett forbudet gikk utover.⁹⁶

Imidlertid må dette ses i sammenheng med at det i *S.A.S.* var kvinner som var klagere og deres religionsfrihet som ble innskrenket av hensyn til det strukturelle vernet av likestilling mellom menn og kvinner. Avgjørelsen har dermed ikke direkte overføringsverdi til scenarioet hvor en manns religionsfrihet innskrenkes etter en avveining mot det strukturelle kjønnslikestillingsvernet. Dette kan anses å svekke dommens argumentasjonsverdi.

Det kan argumenteres for at Høyesterett tolker det strukturelle vernet av kjønnslikestillingen innskrenkende i obiter dictum-uttalelsen om inngrep i religionsfriheten i *Spiralnektdommen*.⁹⁷ I stedet for å fokusere på hvordan kvinner som gruppe kunne rammes av det religiøse reservasjonskravet, dreide Høyesterett vurderingen over til et spørsmål om enkeltkvinner hadde opplevd rettighetsbrudd som følge av reservasjonen eller om de fortsatt kunne få satt inn spiral uten urimelige vanskeligheter.⁹⁸ Høyesterett tok ikke hensyn til hvilken effekt reservasjonskravet kunne ha for kvinner som gruppe.⁹⁹ Overført på håndhilsere reservasjoner kan dette tilsi at det å bruke likebehandling på strukturelt nivå som begrunnelse for å gjøre inngrep i individets religionsfrihet, slik flertallet i *Diskrimineringsnemnda* gjør, ikke er uttrykk for gjeldende rett. Etter *Spiralnektdommen* kan det fremstå som at det kreves klager på reservasjonen. Slik bærer *Diskrimineringsnemnda*s mindretallsvotumer likheter med Høyesteretts argumentasjon på dette punktet.¹⁰⁰ *Spiralnekt-*

⁹⁴ *Leyla v. Turkey* ECLI:CE:ECHR:2005:1110JUD004477498 avsnitt 111 og 115.

⁹⁵ *Dahlab v. Switzerland*, ECLI:CE:ECHR:2001:0215DEC004239398.

⁹⁶ Strand (2015) s. 187.

⁹⁷ Strand (2019a) s. 443-444.

⁹⁸ Avsnitt 85. Jf. Strand (2019a) s. 444.

⁹⁹ *Ibid* s. 444.

¹⁰⁰ Jf. Strand (2019a) s. 447.

dommen kan tilsi at det ikke er saklig å vektlegge hensynet til kjønnslikestilling for forskjellsbehandling på grunnlag av håndhilereservasjonen når enkeltkvinner ikke har klaget.

Imidlertid er Spiralnekt-dommen kritisert i teorien, fordi *Eweida* fastslår at den strukturelle siden av ikke-diskrimineringsprinsippet/likhetsprinsippet er et saklig formål.¹⁰¹ I Ladele kom EMD til at forskjellsbehandlingen grunnet religion var saklig, fordi myndighetene hadde ønsket å sikre likebehandling av homofile generelt ved å nekte reservasjonsønske mot registrering av likekjønnede ekteskap.¹⁰² Også McFarlanes religiøse reservasjon kunne nektes, ut i fra den private arbeidsgivers ønske om å fremme likhet og ikke-diskriminering overfor homofile som gruppe i sine seksualrådgivingstjenester.¹⁰³ Enkeltindividers vern var ikke rammet eller krenket, men likevel ble tredjepersoners vern utslagsgivende. EMD vektla slik det strukturelle ikke-diskrimineringsprinsippet og den diskriminerende «signaleffekten».¹⁰⁴ Strand mener Høyesterett undergraver det strukturelle vernet i Spiralnekt-dommen, og kritiserer obiter dictum-uttalelsen for ikke å være i tråd med *Eweida* og Norges forpliktelser etter KDK. Dette kan tilsi begrenset rettskildemessig vekt.¹⁰⁵

Uttalelsen er et obiter dictum. En kan derfor også tolke dommen slik at Høyesterett ikke mente å avvise den strukturelle siden av ikke-diskrimineringsprinsippet som et saklig formål generelt. Høyesterett viser tross alt også til *Eweida*.¹⁰⁶

Det konkluderes etter dette, sammenholdt med den brede forankringen av kjønnslikestilling som individuelt og strukturelt prinsipp, redegjort for i punkt 3.1, at det strukturelle vernet av kjønnslikestilling oppfylder vilkåret om saklig formål for å forskjellsbehandle mannen på grunn av håndhilereservasjonen, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav a. Det første vilkåret for lovlig forskjellsbehandling er dermed oppfylt i scenarioet hvor en mann ikke håndhilser.

Når det gjelder kvinner, kan de få rettskildene som foreligger, til en viss grad tas til inntekt for at det er problematisk at arbeidsgiver påberoper den strukturelle siden av *kjønnslikestillingen*

¹⁰¹ *Ibid* s. 444-445. Også Hellum/Ketscher(2018).

¹⁰² Avsnitt 105.

¹⁰³ Avsnitt 109.

¹⁰⁴ Begrepet «signaleffekt» hentet fra Strand (2017) under «Til a».

¹⁰⁵ Avsnitt inspirert av Strand (2019a) s.437-438 og 445.

¹⁰⁶ Avsnitt 92. Høyesteretts individfokus er imidlertid sentralt videre.

for inngrep i en kvinnes religionsfrihet, jf. *S.A.S.*¹⁰⁷ En gjennomgang av nederlandske saker om håndhilsereservasjoner kan også gi uttrykk for at det er problematisk å bruke det strukturelle kjønnslikestillingsargumentet hvis det er en minoritetskvinne som forskjellsbehandles og ekskluderes fra arbeidslivet grunnet håndhilsereservasjonen.¹⁰⁸ ETC konkluderte først med at oppsigelse av en mann grunnet håndhilsereservasjon ikke var diskriminering, og senere med det motsatte når en kvinne fremmet sak.¹⁰⁹ Det må imidlertid anses som et saklig formål fra arbeidsgivers side å ønske å sikre at arbeidstakerne ikke behandles ulikt på grunn av kjønn på arbeidsplassen, uansett om en mann eller kvinne foretar ulikebehandlingen, jf. ldl. § 26 jf. aml. § 4-1 (4). Det problematiske når det gjelder inngrep i kvinners religionsfrihet ut i fra et formål om å arbeide for strukturell kjønnslikestilling, kan tenkes å påvirke nødvendighetsvurderingen, se punkt 5.3.3.¹¹⁰

5.3.3 Nødvendig forskjellsbehandling

Jeg går så over til å vurdere om nødvendighetsvilkåret er oppfylt for arbeidsgivers forskjellsbehandling av en arbeidstaker/arbeidssøker grunnet håndhilsereservasjonen, av hensyn til kjønnslikebehandling på arbeidsplassen, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav b. Ordlyden «nødvendig for å oppnå formålet» oppstiller et vilkår om at forskjellsbehandlingen må være det minst inngripende alternativet for å realisere formålet som oppfylte saklighetsvilkåret i bokstav a.

Det er fastslått i forarbeidene, og EMD-praksis, at med «nødvendig» forstås at det kreves noe mer enn at forskjellsbehandlingen er ønskelig, men vilkåret skal ikke tolkes så strengt som uunnværlig. Det avgjørende er om det foreligger andre ikke-diskriminerende løsningsalternativer som er egnet til å oppnå formålet, og at disse ikke er uforholdsmessig

¹⁰⁷ *Leyla og Dahlab*, hvor den strukturelle siden av kjønnslikestillingen ble akseptert som saklige formål til tross for at det var kvinnens religionsfrihet det ble gjort inngrep i, er sterkt kritisert i teorien, fordi de ikke tok høyde for komplikasjonene det ville medføre for kvinnenens individvern, Strand (2015) s.186-187 og http://equineteurope.org/wp-content/uploads/2019/02/Religion_and_Belief_Report_merged.pdf s. 65. De må dessuten også leses på bakgrunn av at både Tyrkia og Sveits har statsprinsipp om sekularisme. Kjønnslikestillingen ble sett i sammenheng med det offentliges mål om nøytralitet og sekularisme, Rebbestad(2019). Menneskerettighetskomitéen er også kommet til motsatt resultat, jf. *F.A. v. France-CCPR/C/123/D/2662/2015*.

¹⁰⁸ Alidadi (2017) konkluderer med dette, s. 214-215.

¹⁰⁹ ETC nr. 2002-22; ETC Opinion No 2006-51. Alidadi (2017) s. 213-217.

¹¹⁰ Det vil også være problematisk dersom det skilles mellom menn og kvinner, se punkt 6.

ressurskrevende.¹¹¹ Aall beskriver det som et spørsmål om formålet kan oppnås med lempeligere midler.¹¹²

I nødvendighetsvurderingen tilkjennes statene en skjønnsmargin av EMD, og EMDs prøvingsintensitet vil slik variere. Skjønnsmarginen er betegnelsen på at EMD i en viss utstrekning lytter til statens vurdering av om nødvendighets- og proporsjonalitetsvilkårene er oppfylt.¹¹³ Ettersom saken gjelder avveining av motstående rettigheter, viser EMD-praksis at Norge ville blitt tilkjent en vid skjønnsmargin.¹¹⁴ Norsk retts- og myndighetspraksis må holde seg innenfor EMKs grenser, og en vid skjønnsmargin gir vidt spillerom ved avveiningen av to rettigheter nasjonalt.¹¹⁵

Spørsmålet er om det er mulig å oppnå formålet om likebehandling mellom kjønnene på andre ikke-diskriminerende måter.

Diskrimineringsnemndas flertall i Skole-saken konkluderer med at:

«det ikke fantes noe alternativ til kommunens krav om håndhising på alle, for å ivareta skolens forpliktelser om likebehandling av kjønnene. Introduisering av en ny og eventuell kjønnsnøytral hilseform, som alternativ til den vanlige hilsemåten i Norge, fremstår som en lite hensiktsmessig løsning. For de fleste ville dette virke konstruert og fremmed, og som noe som åpenbart var begrunnet med og foreslått i den ene hensikt å frita A fra å håndhise på kvinner. En slik løsning ville derfor ikke reelt sett være egnet til å oppnå formålet; likebehandling av kjønnene.»

Heller ikke i Posten-saken så flertallet at det forelå reelle alternative handlingsmåter.

Mindretallet i begge avgjørelsene derimot, mente at det kjønnsnøytrale alternativet, å hilse på begge kjønn ved å legge hånden på hjertet, var en ikke-diskriminerende løsning som oppfylte formålet om kjønnslikebehandling. Det kan argumenteres for at dette er korrekt, ettersom en slik løsning rent faktisk ikke behandler kvinner ulikt på grunn av sitt kjønn. Slik er dette et ikke-diskriminerende alternativ som oppnår formålet om likebehandling av menn og kvinner i

¹¹¹ Proposisjonen s. 315 og s. 119. Se også *Handyside v. The United Kingdom*, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, avsnitt 48-49.

¹¹² (2015) s. 157.

¹¹³ Aall (2015) s. 158.

¹¹⁴ Jf. eksempelvis *Eweida* avsnitt 106.

¹¹⁵ Se også *Eidsvaag* (2017) s. 107 og 110.

arbeidslivet, nettopp fordi hilsemåten ikke skiller mellom kjønnene. Løsningen krever heller ikke tilrettelegging, og er derfor ikke uforholdsmessig ressurskrevende. At formålet kan oppnås med et slikt lempeligere middel, tilsier at nødvendighetsvilkåret ikke er oppfylt.

Imidlertid kan forskjellen i votumene skyldes ulikt syn på den *strukturelle* siden av kjønnslikestillingsprinsippet og signaleffekten av å tillate håndhilsereservasjonen.¹¹⁶ Mindretallet konkluderer med at det ikke er tale om noen avveining av ulike diskrimineringsgrunnlag i Skole-saken fordi mannen behandlet kvinner med respekt og ingen kvinner hadde klaget. Mindretallet anser praksisen for å være kjønnsnøytral, fordi det er forventet at menn og kvinner innad i religionen følger praksisen om ikke å håndhilse på det motsatte kjønn. De konkluderer med at håndhilsereservasjoner ikke er i strid med KDK artikkel 2 og 5. Slik har mindretallet et individfokus og ser vekk fra det strukturelle vernet.¹¹⁷

Spørsmålet er så om det strukturelle vernet av kjønnslikestilling og signaleffekten av aksepten av håndhilsereservasjonen, innebærer at arbeidsgivers forskjellsbehandling grunnet håndhilsereservasjonen er nødvendig.

Det kan argumenteres for at forskjellsbehandlingen grunnet religion er nødvendig, fordi en kjønnsnøytral hilsemåte uten fysisk kontakt ikke er egnet til å oppnå formålet om kjønnslikebehandling på strukturelt nivå. Dette fordi signaleffekten av en slik tilpasning fortsatt er til stede. Den alternative løsningen vil ikke skjule det aspektet at løsningen velges for at mannen skal unngå å hilse på kvinner.¹¹⁸ I Ladele og MacFarlanes saker var et slikt synspunkt avgjørende. EMD fant det problematisk å legge til rette for religiøst begrunnede reservasjoner som stred med verdiene om likebehandling arbeidsgiveren ønsket å fremme.¹¹⁹ Begge klagerne anførte at siden arbeidsoppgavene det ble reservert mot kunne utføres av andre kollegaer, var det ikke gjort inngrep i tredjepersoners tilgang til de aktuelle tjenestene, jf. avsnitt 72 og 74. Dette ble imidlertid ikke vurdert av EMD. EMD kan tolkes slik at dette ikke ble ansett som egnede alternative tiltak, fordi slike tilpasninger også sender signaler til andre ansatte og samfunnet som helhet som «underminerer det strukturelle likhetsprinsippet», jf. Strand.¹²⁰ Signaleffekten var slik vesentlig.

¹¹⁶ Strand (2019a) s. 447-449.

¹¹⁷ *Ibid* s. 447-448.

¹¹⁸ Inspirert av Strand (2019a) s. 448.

¹¹⁹ Strand (2017) siste avsnitt under «Til a)»

¹²⁰ Avsnitt fra Strand (2019a) s. 438-439.

Diskrimineringsnemndas mindretall fokuserer på at håndhilsepraksisen pålegges begge kjønn i religionen, og at det kan kreves en kjønnsnøytral hilsemåte uten fysisk kontakt på arbeidsplassen. Selv om praksisen er lik for begge kjønn i religionen, er det på det rene at nøytrale praksiser kan slå ulikt ut for menn og kvinner i arbeidslivet.¹²¹ Dette er et eksempel på strukturelle, samfunnsmessige hindringer som kan stå i veien for reell likestilling. Slik sett kan den signaleffekten det ikke å håndhilse på det motsatte kjønn har, slå verre ut for kvinner. Dette fordi det historisk sett er kvinner som har blitt oversett og ikke respektert på arbeidsplassen på grunn av sitt kjønn. Vurderingen kan ikke foretas løst fra denne samfunnsmessige konteksten. Kvinner diskrimineres i større grad enn menn på arbeidsplassen fortsatt,¹²² og risikerer derfor i større grad enn menn å ikke bli møtt med respekt på arbeidsplassen grunnet sitt kjønn. Nettopp derfor vil effekten i større grad kunne påvirke kvinner enn menn. Det er ikke å se vekk fra at mange ville anse det som krenkende og uttrykk for mangel på respekt dersom en møtes med håndhilsenekt. En slik tankegang er også vektlagt i en av ETC-sakene som gikk til domstolsbehandling. Her uttales at en håndhilsenekt:

«can be felt as a denial of equality between men and women, and thus extra hurtful. Such experience is made worse if the background to the refusal is the religious conviction that shaking hands of women is “impure”; not shaking the hands of male clients/users does not attenuate this concern».¹²³

Håndhilsereservasjoners religiøse begrunnelse er et ønske om å holde seg «ren» og verne seg mot fristelser.¹²⁴ Det er fjernt fra gjeldende syn på kontakt mellom kjønnene på arbeidsplassen at et håndtrykk innebærer noe seksuelt. Slik kan selve begrunnelsen bak håndhilsereservasjonen anses å være i strid med det strukturelle likestillingsvernet, og gjøre arbeidsgivers forskjellsbehandling av mannen nødvendig.¹²⁵ Derimot kan det argumenteres for at håndhilsepraksisen *historisk* bygget på et syn på forholdet mellom menn og kvinner som er vanskelig å forene med en likestilt arbeidsplass, men at dette ikke betyr at personer som følger praksisen i dag ikke støtter likestilling mellom kjønnene.¹²⁶ Imidlertid er det

¹²¹ Hellum/Strand (2017) s. 23 og <http://kjonnsforskning.no/nb/2018/01/hva-er-kjonnsperspektiver-i-rettsvitenskap>

¹²² Proposisjonen s. 58, under punkt 8.8.6.

¹²³ LNJ: BW1270, Siteret fra Alidadi (2017) s. 221.

¹²⁴ <https://www.utrop.no/nyheter/utenriks/33183/> og <http://www.justaskislam.com/69/shaking-hands-with-women/>

¹²⁵ Begrunnelsen bak håndhilsereservasjonen vektlagt som argument i LNJ BI2440 avsnitt 7.10 jf. Alidadi (2017) s. 217.

¹²⁶ Argument hentet fra den svenske Arbetsdomstolen, dom nr.51/18 s. 19.

vanskelig å se vekk fra at håndhilereservasjonens kjønnssegregering bygger på en type seksualisering av dagligdagse situasjoner på arbeidsplassen. Seksualisering på arbeidsplassen er allerede en stor utfordring for likestillingen, noe som særlig kom frem gjennom #metoo-kampanjen. Håndhilepraksisen representerer en tankegang om kjønn og seksualitet som står fjernt fra likestillingsidealene både i skolen og på arbeidsplassen generelt. En slik tankegang ses også i flertallets argumentasjon i Skole-saken. Dersom et slikt syn på den religiøse praksisen legges til grunn, vil selve begrunnelsen bak håndhilereservasjonene kunne gjøre at arbeidsgivers forskjellsbehandling grunnet den religiøse håndhilereservasjonen er nødvendig. Strand sier det slik: «[m]indretallets løsning fjernet derfor ikke spenningsforholdet til det strukturelle likhetsprinsippet, noe som ble fanget opp av flertallet. Denne siden ved det strukturelle likhetsprinsippet er også tydelig forankret i KDK artikkel 5 a) om at staten skal ta skritt for å avskaffe kjønnsstereotyper og patriarkalske strukturer.»¹²⁷

Det har en viss rettskildemessig vekt at Diskrimineringsnemndas flertall i Skole-saken og Posten-saken har gitt uttrykk for at det strukturelle vernet av kjønnslikestilling innebærer at arbeidsgivers forskjellsbehandling grunnet håndhilereservasjonen er nødvendig. Ettersom det er få diskriminerings saker for domstolsapparatet, og Diskrimineringsnemnda har kommet til samme resultat i to saker, øker dette avgjørelsenes vekt i løsningen av rettsspørsmål. Imidlertid er det kun tale om to saker. Det er gjerne innarbeidet nemndspraksis domstolene vektlegger, av forutberegnelighetshensyn.¹²⁸

På motsatt side kan det argumenteres for at Spiralnekt-dommen tyder på at Høyesterett er tilbakeholden med å la det strukturelle vernet på gruppenivå og signaleffekten være utslagsgivende, jf. hvordan Høyesterett ikke tok hensyn til hvilken signaleffekt reservasjonsinnvilgelsen hadde for kvinner som gruppe, jf. punkt 5.3.2. Dette kan tilsa at det strukturelle vernet av kjønnslikestilling og signaleffekten av aksepten av håndhilereservasjonen, ikke innebærer at arbeidsgivers forskjellsbehandling er nødvendig.

Nederlandske ETC og svensk praksis har lagt seg på en linje i sine håndhilesaker, hvor forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig av hensyn til kjønnslikebehandling på arbeidsplassen, fordi en heller kan kreve den alternative hilsemåten uten fysisk kontakt

¹²⁷ (2019a) s. 448.

¹²⁸ Nygaard (2004) s. 110 jf. s. 214.

overfor begge kjønn.¹²⁹ Det kan argumenteres for at dette gir uttrykk for at det er en hensiktsmessig og god regel. Den første håndhilsesaken for ETC omhandlet en mann, og signaleffekten av at håndhilseservasjonen kunne bli «perceived as denial of the equality between men and women» var da utslagsgivende.¹³⁰ Imidlertid endret ETC praksis etter de fikk en sak om en muslimsk kvinne.¹³¹ Det ble da konkludert med at lik hilsemåte på begge kjønn uten fysisk kontakt var et lempeligere, ikke-diskriminerende alternativ, og at nødvendighetsvilkåret derfor ikke var oppfylt.¹³² En slik alternativ løsning vil medføre at man unngår en rettspraksis som skiller mellom tilfeller hvor det er en mann eller en kvinne som ønsker håndhilseservasjon, fordi signaleffekten er større dersom en mann ikke håndhilser på en kvinne. Som vist i punkt 5.3.2, kan rettskildene tas til inntekt for at det strukturelle kjønnslikestillingsargumentet er problematisk å påberope for en forskjellsbehandling på grunnlag av religion som medfører at minoritetskvinner ekskluderes fra arbeidslivet. Dette kjønns skillet unngås dersom den kjønnsnøytrale hilsemåten uten fysisk kontakt velges overfor både menn og kvinners håndhilseservasjonsønsker. Rettstekniske hensyn og konsekvenshensyn kan slik tale for at den alternative kjønnsnøytrale hilsemåten er den beste løsningen.

Konklusjonen er dermed at det er usikkert hvilken løsning som har de beste rettskildemessige grunner for seg etter norsk rett. Det er på det rene at *Eweida* er en tungtveiende rettskilde, som fastslår at signaleffekten kan være utslagsgivende i nødvendighetsvurderingen. Obiter dictum-uttalelsen i *Spiralnekt*-dommen kan imidlertid trekke i motsatt retning. Uttalelsen er gjennomtenkt og bør derfor veie tungt i løsningen av rettsspørsmål i ettertid.¹³³ Imidlertid kan obiter dictum-uttalelser lettere fravikes enn prejudikater for øvrig.¹³⁴ Selv om *Spiralnekt*-dommens uttalelser kan tas til inntekt for at Høyesterett ikke gir det strukturelle kjønnslikestillingsvernet gjennomslag i avveiningen mot et enkeltindivids religionsfrihet, tilsier det at det er et obiter dictum at Høyesterett ikke nødvendigvis vil komme til samme resultat i en sak om håndhilseservasjoner. Uttalelsen er også kritisert i teorien, noe som svekker dens prejudikatsverdi. Selv om både *Eweida* og *Spiralnekt*-dommen er rettskilder

¹²⁹ Eksempelvis Arbetsdomstolens dom nr. 51/18 s. 18, svenske diskrimineringsombudsmannen GRA 2016/55 s. 4, ETC Opinion No 2006-202 og Opinion No 2006-51, jf. Alidadi (2017) s.214-215.

¹³⁰ ETC nr. 2002-22, jf. Alidadi (2017) s. 214.

¹³¹ Alidadi (2017) s. 214.

¹³² ETC Opinion No 2006-51 jf. Alidadi (2017) s. 214-215. ETC har fulgt praksisen til tross for at domstolene kom til at håndhilseservasjonen var nødvendig i LNJ: BW1270 og LNJ: BI2440, jf. Alidadi (2017) s. 217 og 221.

¹³³ Nygaard (2004) s. 115.

¹³⁴ Andenæs (2009) s. 91.

med autoritet, gjennom mrl. og GrL. § 88, er det ingen av disse som omhandler håndhilsesaker direkte. Det er derfor ikke avklart hvordan Høyesterett eller EMD ville stilt seg når det gjelder arbeidsgivers forskjellsbehandling grunnet håndhilsereservasjon. Det avgjørende for konklusjonen vil være om Høyesterett eller EMD vil anse signaleffekten som relevant når håndhilsesaksen faktisk pålegges begge kjønn innad religionen. Relevansen av at praksisen påkreves av begge kjønn, gir flertallet og mindretallet i Diskrimineringsnemnda uttrykk for ulikt syn på. Reelle hensyn i form av den alminnelige samfunnsoppfatning når det gjelder normer for fellesskap og ikke-segregering mellom kjønnene i samfunns- og arbeidsliv, kan tale for at det er nødvendig å forskjellsbehandle på grunn av håndhilsereservasjoner. Dette fordi den kjønnsnøytrale hilsesaksen ikke fjerner signaleffekten av det å akseptere en slik praksis medfører. Dersom signaleffekten av begrunnelsen bak håndhilsereservasjonen er relevant, vil dette dermed kunne være avgjørende. Gjennomslagskraften kan imidlertid variere med saksforholdet. Dette vil gjennomgå som momenter i forholdsmessighetsvurderingen, ettersom samme momenter gjør seg gjeldene der.

Avslutningsvis kan det nevnes at EU-domstolen uttalte i *Achbita* at nødvendighetsvilkåret kun var oppfylt hvis inngrepet i religionsuttrykket var «limited to what is strictly necessary». Dette betydde om forbudet «covers only (...) workers who interact with customers».¹³⁵ Saken omhandlet oppsigelse av en kvinne som brukte hijab, fordi religionsuttrykket stred mot arbeidsgivers ønske om å fremstå livssynsnøytral overfor kunder. Dette kan tilsi at Posten-saken ikke er i tråd med EU-rettens løsning, fordi det dreide seg om lagerarbeid uten eksterntrepresentasjon. Imidlertid var det ikke hensynet til likebehandling mellom kjønnene på arbeidsplassen som var påberopt i *Achbita*. Dermed var ikke dette hensynet et tema for EU-domstolen. Formålet om kjønnslikebehandling vil også gjelde mellom ansatte innad i bedriften, ikke kun overfor kunder. Sakens overføringsverdi til masteravhandlingens tema er dermed begrenset.

Dersom nødvendighetsvilkåret ikke er oppfylt, vil arbeidsgivers forskjellsbehandling være diskriminering, fordi vilkårene i ldl. § 9 er kumulative. Jeg vil nå vurdere forholdsmessighetsvilkåret.

¹³⁵ *Achbita* avsnitt 42.

5.3.4 Forholdsmessig forskjellsbehandling

Siste vilkåret for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, er at forskjellsbehandlingen «ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den(...)som forskjellsbehandles», jf. ldl. § 9 første ledd bokstav c. Ordlyden tilsier at forskjellsbehandling kan tillates dersom konsekvensene for den som forskjellsbehandles er rimelig og proporsjonale i forhold til det saklige formålet forskjellsbehandlingen skal oppnå. Forarbeidene fastslår at det må foretas en interesseavveining mellom de positive effektene forskjellsbehandlingen har for å fremme det saklige formålet, og de negative konsekvenser for den som forskjellsbehandles.¹³⁶

EMD-praksis viser at det sentrale uansett hvilke rettigheter som står mot hverandre er om staten har foretatt en «fair balance» mellom rettigheten det gjøres inngrep i og den rettigheten som begrunner inngrepet.¹³⁷

Spørsmålet er hvorvidt det foreligger et rimelig forhold mellom formålet å sikre vern av kjønnslikestilling og de negative konsekvensene forskjellsbehandlingen grunnet håndhilseservasjonen har for arbeidssøkeren/arbeidstakeren.

Flertallet i Skole-saken og Posten-saken konkluderer med at forholdsmessighetsvilkåret er oppfylt av hensyn til arbeidsgivers arbeid for likebehandling mellom kjønnene på arbeidsplassen.

i. Formålet om strukturell kjønnslikestilling

På den ene siden i proporsjonalitetsvurderingen, veier interessen arbeidsgiver har i å oppfylle både sitt ønske, og plikt etter ldl. § 26 og aml. § 4-1 (4) til å arbeide for likestilling og ikke-diskriminering mellom kjønnene på arbeidsplassen. Forskjellsbehandlingen grunnet håndhilseservasjonen vil ha særlig positive effekter for å fremme formålet om likebehandling av kjønnene på arbeidsplassen. Likebehandling av kjønnene i arbeidslivet er en viktig verdi i samfunnet, og dette vil slik signaliseres. Fordelene som oppnås med forskjellsbehandlingen grunnet religion er dermed viktig og tungtveiende.

En problemstilling er om forholdsmessigheten av arbeidsgivers håndhilseskrav varierer med om håndhilseservasjonen påvirker arbeidsutførelsen. I Skole-saken argumenterer flertallet

¹³⁶ Proposisjonen s. 119.

¹³⁷ Jf. eksempelvis *Eweida* avsnitt 84.

for at arbeidet med barn krevde særlig likebehandling mellom kjønnene.¹³⁸ Imidlertid når Diskrimineringsnemnda kommer til samme resultat også i Posten-saken, synes nemndas praksis å vise at hensynet til likebehandling av kjønnene på arbeidsplassen har gjennomslag uansett yrke. Arbeidet gjaldt reolsortering av post, som antas å innebære sjelden kollega- og kundekontakt og dermed sjelden håndhilsing. Alle arbeidsgivere, både private og offentlige, er pålagt å arbeide for likestilling på grunn av kjønn og religion etter ldl. § 26. Når nemnda gav den strukturelle siden av kjønnslikestillingsvernet gjennomslag også ved lagerarbeid hos Posten, gir det uttrykk for at arbeidet for å oppnå strukturell likebehandling av kjønnene på arbeidsplassen veier tyngst i norsk rett.

Spørsmålet er om slik vektlegging av strukturell kjønnslikebehandling på gruppenivå over individets religionsvern, er uttrykk for gjeldende rett.

Samvittighetsutvalget kan tas til inntekt for at arbeidsgivere som utgangspunkt skal forsøke å legge til rette for religiøst begrunnede reservasjoner, også dersom reservasjonene har særlige negative konsekvenser for kvinner og dermed kan bidra til å bygge opp under diskriminerende fordommer og strukturer.¹³⁹ Samvittighetsutvalgetes begrunnelse, at aksept av reservasjoner ikke innebærer noen problematisk «godkjenning» av den oppfatningen som ligger til grunn for reservasjonens ønsket¹⁴⁰, strider imidlertid med *Eweida*. Som nevnt, viser sakene til McFarlane og Ladele at signalet aksepteringen kan sende ut *er relevant*. Sakene illustrerer også at det ikke kreves at konkrete tredjepersoner er blitt skadelidende. Strand mener at sakene tilsier at en diskriminerende signaleffekt er tilstrekkelig til å begrunne hvorfor et individ ikke innvilges religiøse reservasjoner.¹⁴¹ Dette fordi EMD vurderte det som problematisk å legge til rette for religiøse reservasjoner som stred med verdier om likebehandling som arbeidsgiver ønsket å fremme, selv om dette var svært inngripende for dem som mistet arbeidet grunnet religion. EMD kan dermed tas til inntekt for at vektleggingen av strukturell likebehandling på gruppenivå over individets religionsvern, som Diskrimineringsnemnda foretar, er i samsvar med gjeldende rett.

¹³⁸ At små barn er særlig påvirkelige er vektlagt i *Dahlab*. Se også Strand (2012) s. 332-334 om hijab på barneskoler.

¹³⁹ Samvittighetsutvalget s. 130 jf. Strand (2017) under «Til a».

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Argumentasjon i avsnittet hentet fra Strand (2017) under «Til a».

Videre er det imidlertid interessant at Diskrimineringsnemndas egen praksis når det gjelder hijab i arbeidslivet¹⁴², ikke fokuserer på det strukturelle vernet, slik nemndas håndhilsesaker og noen av de tidligere nevnte hijab-sakene for EMD gjør, se punkt 5.3.2. Spørsmålet om diskriminering på grunn av hijab i arbeidslivet har ikke vært oppe for norske domstoler. I de norske hijab-sakene i arbeidslivet for Diskrimineringsnemnda er det kvinnens rett til religionsfrihet som står i fokus.¹⁴³ Dette selv om argumenter om strukturell kjønnslikestilling kan fremmes til støtte for et hijabforbud.¹⁴⁴ Altså finner vi et større individfokus i disse sakene enn i Skole-saken og Posten-saken. Imidlertid kan forskjellen i fokus skyldes at hijab kun er et religiøst symbol, mens håndhilsesaker vil kunne krenke eller påvirke interaksjonen med tredjepersoner på arbeidsplassen. Slik kan det strukturelle vernet av kjønnslikestillingen komme sterkere inn i vurderingen av håndhilsesaker. Dette underbygges også av en sammenligning av Eweidas sak med Ladele og McFarlane. Eweida fikk medhold i at hun var utsatt for et uforholdsmessig religionsfrihetsinngrep, i form av å bli nektet å gå med korssmykke på jobb i skranken på en flyplass. Korssmykket er et passivt symbol, mens en unnlattelse av å gi homofile par rådgivning eller registrere homofile ekteskap, påvirker tredjepersoners rettigheter.

Derimot fokuserer Høyesterett, som redegjort for ovenfor, på det individuelle vernet av religionsfriheten i Spiralnekt-dommen selv om det er tale om en reservasjon som kan påvirke tredjepersoner, kvinner som gruppe. Diskrimineringsnemndas egen hijabpraksis, sammenholdt med at Høyesterett også fokuserer på det individuelle vernet, kan tilsa at det individuelle religionsvernet er mer tungtveiende i norsk rett. Dette tilsier at flertallets vektlegging av strukturell likebehandling over individvernet av religionsfriheten i Skole-saken og Posten-saken, ikke er uttrykk for gjeldende norsk rett.

Når det gjelder om flertallets vektlegging av strukturell likebehandling over individets religionsvern er i tråd med internasjonale forpliktelser, kan det reises spørsmål om det har betydning hvilket internasjonale organ en sak om håndhilsesaker eventuelt hadde blitt tatt inn for.¹⁴⁵

¹⁴² Se eksempelvis DIN-2018-30, LDN-2017-2, og LDN 08/2010-politihijab-saken

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Strand (2015) s. 184 med videre henvisninger.

¹⁴⁵ Under forutsetning at klagemulighetene i Norge ble uttømt først, jf. EMK art. 35.

Menneskerettighetskomitéen i saker om religiøs bekledning fokuserer i større grad på klagers individrettigheter enn EMD.¹⁴⁶ Også KDK-komiteen har fokusert i større grad på hvordan hijabforbud medfører inngrep i kvinnes religionsfrihet,¹⁴⁷ selv om formålet om strukturell kjønnslikestilling kan fremmes til støtte for et hijabforbud.¹⁴⁸ Forskjellen kan skyldes forskjellig syn på skjønnsmarginen.¹⁴⁹ EMD tilkjenner statene en skjønnsmargin når det gjelder avveiningen mellom motstående rettigheter, i forholdsmessighets- og nødvendighetsvurderingen, og i saker som gjelder i forholdet mellom stat og religion. FN-organene oppstiller et strengt konkretiseringskrav hvor EMD viser til statenes skjønnsmargin.¹⁵⁰ Eksempelvis i hijab-spørsmålet har FN-organene heller uttrykt bekymring for at forbudene mot hijab i utdanning og arbeidslivet kan påvirke enkeltkvinnens muligheter til arbeid og likestilling.¹⁵¹ Dette i stedet for å fokusere på statenes plikt til å arbeide for strukturell kjønnslikestilling og vernet mot stereotype kjønnsroller. Norge har tidligere mottatt kritikk for ikke å fokusere i tilstrekkelig grad på de særlige utfordringer personer med minoritetsbakgrunn opplever i forhold til å få adgang til arbeidslivet.¹⁵² Dette kan tilsi at FN-organene ville fokusert på om begrensning av håndhilseserreservasjoner vil medføre at religiøse minoriteters mulighet for tilgang til arbeidsmarkedet vanskeliggjøres. Dette kan bety at Menneskerettighetskomitéen ville inntatt en innfallsvinkel lik mindretallet for Diskrimineringsnemnda, og heller fokusert på hvordan mannens rett til arbeid hadde blitt vanskeliggjort på grunn av hans minoritetsreligion.

Av dette følger at når det gjelder spørsmålet om Diskrimineringsnemndas avgjørelser er i tråd med internasjonale forpliktelser, er det et sentralt poeng at dette kan skille seg mellom EMD og FN-komiteene. Dette illustrerer også votumene til flertallet og mindretallet for

¹⁴⁶ Wigum (2018) s. 214-2017. Sml. *Bikramjit Singh-CCPR/C/106/D/1852/2008* punkt 8.7 med EMD-dommen *Leyla*. Menneskerettighetskomitéen fant ikke at «rights and freedoms of others» gjorde at utvisning fra en skole grunnet turban var nødvendig. Se også <https://strasbourgobservers.com/2013/02/14/freedom-of-religion-in-public-schools-strasbourg-court-v-un-human-rights-committee/>. Se også Strand (2012) s. 313.

¹⁴⁷ KDK-komiteen: *A/60/38* (2005) punkt 371 [Tyrkia], *CEDAW/C/FRA/CO/6* (2008) punkt 20-21 [Frankrike] (fulgt opp i *CEDAW/C/FRA/CO/7-8* (2016)). Jf. også Strand (2012) s. 270-271. KDK-komiteen har ikke realitetsbehandlet individklager om religiøse plagg eller uttalt seg eksplisitt om slike plaggs forhold til statens strukturelle plikter i art. 5a, jf. Strand (2015) s. 184.

¹⁴⁸ Strand (2015) s. 184 med videre henvisninger.

¹⁴⁹ Wigum (2018) s. 214.

¹⁵⁰ Emberland (2006) s. 228. Sml. også Menneskerettighetskomitéen *Yaker v. France:CCPR/C/123/D/2747/2016* avsnitt 8.9 og 8.10 med *S.A.S* avsnitt 141, 154-155 jf- 121-122 (samme faktum i sakene, men motsatt resultat). Jf. også Wigum(2018) s. 214-215.

¹⁵¹ Se eksempelvis Menneskerettighetskomitéen: *CCPR/C/FRA/CO/4* (2008) punkt 23 [Frankrike] (fulgt opp i *CCPR/C/FRA/CO/5* (2015) og KDK-komiteen: *Supra* n. 147. Jf. også Strand (2012) s. 313.

¹⁵² Strand (2012) s. 292. ØSK-komiteen: *E/C.12//1/Add.109* (2005) punkt 27 og *E/C.12/NOR/CO/5* (2013) punkt 7-8.

Diskrimineringsnemnda. Mindretallet fokuserer i større grad på Menneskerettighetskomitéen, mens flertallet fokuserer på EMD.¹⁵³ Dette kan dermed forklare skillet mellom flertallet og mindretallet, og sistnevntes sterkere individfokus.

Selv om både FN-konvensjonene og EMK er gitt forrang gjennom mrl. § 3, er EMD-dommer i utgangspunktet mer tungtveiende rettskilder i norsk rett enn FN-organenes uttalelser grunnet EMD-dommers bindende effekt, jf. EMK artikkel 46. Imidlertid, som vist ovenfor, fokuserer også Høyesterett i større grad på individvernet i Spiralnekt-dommen. Selv om det er et obiter dictum, er den uttalt for å klarlegge rettstilstanden ved inngrep i religionsfriheten.

Konklusjonen er dermed at det er usikkert hvor sterkt det strukturelle vernet av likebehandling står i møte med enkeltindividets religionsvern i norsk rett.

Imidlertid følger det av lovens ordlyd et krav om konkret vurdering, jf. «den (...) som forskjellsbehandles» jf. ldl. § 9 bokstav c. Selv om Diskrimineringsnemndas håndhilsepraksis kan synes å gi uttrykk for at strukturell likebehandling av kjønnene på arbeidsplassen veier tyngst i norsk rett generelt, jf. ovenfor, må det korrekte være at arbeidsgivers plikter og ønsker om å sikre kjønnslikestilling, må avveies i forhold til den konkrete arbeidsplassen og mot ulempene for den som stilles overfor et håndhilsekrav i den konkrete saken.¹⁵⁴

Forholdsmessigheten av forskjellsbehandlingen grunnet håndhilsereservasjonen vil kunne variere med styrken av arbeidsgivers interesser, herunder arbeidstakerens stilling i bedriften, og med konsekvensene for arbeidstaker/arbeidssøker. Det er vanskelig å trekke en generell grense for balanseringen mellom religionsfrihet og kjønnslikestilling, men i det videre vil jeg vise til momenter som kan ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

ii. Variasjoner i styrken av arbeidsgivers interesser

Det som kan avklares raskt er at dersom sentrale arbeidsoppgaver krever kroppskontakt med begge kjønn, vil det være nærmere styringsretten og forholdsmessighet å forskjellsbehandle på grunn av håndhilsereservasjonen. Hensikten med å inngå en arbeidsavtale fra arbeidsgivers side er å få dekket virksomhetens arbeidskraftbehov.¹⁵⁵ Det vil eksempelvis være umulig å foreta politiarrestasjoner dersom en ikke kan ha kroppskontakt med det motsatte kjønn, eller

¹⁵³ Særlig tydelig i mindretallets votum i Skole-saken, og flertallets forholdsmessighetsvurdering i Posten-saken.

¹⁵⁴ Spiralnekt-dommen avsnitt 82, siste setning.

¹⁵⁵ Fougner (2009) s. 236.

arbeide som lege eller gynekolog.¹⁵⁶ Dette faller i utgangspunktet på siden av tema, ettersom arbeidsgiver nok ikke ville påberopt hensynet til kjønnslikebehandling, men heller at arbeidssøkeren/arbeidstakeren var hindret i å utføre sentrale arbeidsoppgaver med en slik reservasjon.¹⁵⁷

Eweida tilsier, som beskrevet, at det strukturelle vernet av likebehandling og signaleffekten kan være utslagsgivende i vurderingen av om forskjellsbehandling grunnet religion er forholdsmessig. *Eweida* gjaldt imidlertid også reservasjon mot *arbeidsoppgaver*, henholdsvis ekteskapsregistrering og psyko-seksualrådgivning. Arbeidsgivers vektlegging av strukturell likebehandling av homofile som gruppe var dermed nærmere kjernen av styringsretten, enn det likebehandling i form av håndhilsing på kollegaer i Posten-saken kan sies å være. Når arbeidsoppgavene der bestod av reolsortering av post, kan håndhilsing antas å ha lite med arbeidsoppgavene å gjøre. Slik kan det synes som om Diskrimineringsnemnda går lenger i Posten-saken enn det *Eweida* hvertfall direkte kan tas til inntekt for å ha tatt stilling til. I Skole-saken derimot, kan det i større grad argumenteres for at likebehandlingen lå innenfor arbeidsoppgavene; å være en rollemodell for barn som er lett påvirket av de voksne rundt dem. Når kjønnslikebehandling er en viktig verdi i samfunnet, er det nærmere arbeidsoppgavene at dette skal signaliseres til barna også gjennom håndhilsing. Slik kan styrken i arbeidsgivers interesser i å sikre det strukturelle vernet av kjønnslikestilling variere med de konkrete arbeidsoppgavene/yrket, og dermed gjennomslagskraften til hensynet i forholdsmessighetsvurderingen.

Andre eksempler på at signaleffekten og gjennomslagskraften til det strukturelle kjønnslikestillingsargumentet kan variere¹⁵⁸, er dersom arbeidstaker/arbeidssøker er i et overordnet forhold, leder eller maktposisjon i forhold til den som blir påvirket av håndhilsereservasjonen. Særlig det som er sagt tidligere om den historiske konteksten, kan tilsi at dersom en kvinne ikke blir håndhilst på av en mannlig overordnet, kan det argumenteres for at signaleffekten er større. Det kan videre argumenteres for at som statens representant overfor borgerne, gjelder det særlige hensyn til å likebehandle kjønnene, og at

¹⁵⁶ Politieksempel: hentet fra britisk media, jf. Alidadi (2017) s.226. Lege: Samvittighetsutvalget s. 100-101 og veiledningssak fra LDO 15/233.

¹⁵⁷ Se også ANM 2016/230, hvor den svenske diskrimineringsombudsmannen kom til at det ikke var diskriminering grunnet religiøs håndhilsereservasjon at mannen ikke fikk jobben på et hjem for enslige flyktningbarn, fordi arbeidsoppgavene krevde at en kunne trøste begge kjønn. Se også ldl. § 9 (2).

¹⁵⁸ Inspirert av Eidsvaag (2017) s. 111.

det da vil være forholdsmessig å ikke tillate håndhilsereservasjoner hos det offentlige.¹⁵⁹ Dette fordi staten er pålagt særlige plikter til å arbeide mot strukturelle hindringer for kjønnslikestilling, jf. punkt 3.1. Hvis statens representanter tillates håndhilsereservasjoner, kan det anses som en statlig aksept og legitimering av å forskjellsbehandle mellom kjønnene.¹⁶⁰

På motsatt side har staten også særlige plikter til å fremme toleranse, mangfold og sikre lik tilgang til arbeidslivet uavhengig av religion.¹⁶¹ Det er derfor vanskelig å si noe generelt om det er forholdsmessig å forskjellsbehandle grunnet håndhilsereservasjoner i det offentlige. I tillegg har det betydning at private arbeidsgivere er pålagt samme plikter som det offentlige i ldl. § 26. Visse stillinger kan imidlertid komme med særlige krav til å fremstå nøytral, og slik kan signaleffekten av ikke å håndhilse på det motsatte kjønn kunne gå i mot habilitetshensyn.¹⁶² Strand argumenterer når det gjelder hijab for at dette gjelder i politiet, tollvesenet og domstolene, fordi disse forvalter makt på statens vegne.¹⁶³ Hennes vurderinger av det politiske spillerommet for hijabforbud i disse yrkene, viser imidlertid at det er vanskelig å trekke en generell linje mellom individvernet av religion og pliktene for å sikre strukturell kjønnslikestilling også her.¹⁶⁴

Når det gjelder nøytralitet, er det en problemstilling om det har betydning at bedriften har et særlig nøytralitetsreglement eller likestillingsprofil, og at håndhilsereservasjoner kan skade omdømmet. Som nevnt gjaldt dette i *Achbita*, og her ble det uttalt at det var avgjørende for nødvendighetsvurderingen om personen hadde utad-representasjon. Selv om kjønnslikebehandling også vil gjelde internt, kan nok signaleffekten anses større overfor kunder og eksterne, og slik være et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil være et moment om nøytralitetsreglementet er generelt utformet og anvendt overfor alle religiøse og politiske uttrykk, jf. *Achbita* avsnitt 40. Hvis ikke vil nøytralitetsreglementet stå i fare for å indirekte diskriminere religionsuttrykk. Det må også påvises hvordan det religiøse uttrykket er negativt for omdømmet.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Vektlagt i Nederlandske LJN BI2440 og LNJ: BW1270, jf. Alidadi (2017) s. 217 og 219-221. Jf. også Eidsvaag (2017) s. 111.

¹⁶⁰ Inspirert av Strand (2012) s. 355.

¹⁶¹ Inspirert av Strand (2012) s. 335.

¹⁶² Eksempelvis danske Ligebehandlingsnævnets afgørelse: (<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=166258>)

¹⁶³ Strand (2012) s. 355. Også Wigum (2018) konkluderer med dette, s. 296, og Aall (2015) s. 257.

¹⁶⁴ Strand (2012) s. 358-360.

¹⁶⁵ *Eweida* avsnitt 94.

iii. Konsekvenser for arbeidstakeren/arbeidssøkeren

På andre siden i interesseavveiningen veier ulempene for den som forskjellsbehandles. Her er det svært ulike forhold som kan gjøre seg gjeldende, og jeg vil redegjøre for et utvalg.

Det er på det rene at det å miste muligheten til å tjene til livets opphold medfører svært inngripende konsekvenser. Alvorligheten underbygges av at retten til arbeid er vernet i Grunnloven § 110 og ØSK art. 6. I tillegg er det tale om inngrep i den fundamentale retten til religionsfrihet, og slik et inngrep i mannens identitet og autonomi. Etter terskelen redegjort for innledningsvis, skal det mye til for at forskjellsbehandling grunnet religion i arbeidslivet er forholdsmessig.

Det har ikke betydning at praksisen følges av en minoritet, tvert imot er det da diskrimineringsvernet behøves.¹⁶⁶

Imidlertid har personens tilknytning til arbeidslivet, betydning i forholdsmessighetsvurderingen.¹⁶⁷ Sakene for Diskrimineringsnemnda har omhandlet en midlertidig stilling med lønnstilskudd fra NAV som ikke ble fornyet, og en person som fikk avlyst en samtale om mulig ringevikarstilling. Norsk rett har en tradisjon for å beskytte etablerte posisjoner i større grad enn etableringen av rettigheter og ansettelse.¹⁶⁸ Dermed kan man oppstille en akse hvor vernet varierer fra svakest til sterkest: Fra avlyst samtale med usikker mulighet om ringevikarstilling, til avlyst praksisplass, til unnlatt innkallelse til intervju, til unnlatt ansettelse, til unnlatt fornyelse av midlertidig stilling til oppsigelse av fast ansatt. Jo mer forutberegnelighets- og innrettelseshensyn gjør seg gjeldende, jo sterkere taler det mot at forskjellsbehandlingen er forholdsmessig. Ved unnlatt fornyelse av midlertidig stilling, kan en si at situasjonen minner mer om oppsigelsestilfellene, hvis mannen har blitt forespeilet fornyelse og innrettet seg etter dette. Selv om vernet mot diskriminering gjelder fra mulig ansettelse, jf. ldl. § 29, vil en oppsigelse klart veie tyngre i forholdsmessighetsvurderingen enn en unnlatt fornyelse av midlertidig stilling med lønnstilskudd fra NAV eller avlyst samtale om mulig tilkallingsvikarstilling. Dette fordi tilknytningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er svakere, og det sterke oppsigelsesvernet i norsk rett er ikke aktualisert. Dette tilsier at ulempene og interessene til den som

¹⁶⁶ *S.A.S* avsnitt 108. *İzzettin*, ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD006264910 avsnitt 114. *Hamidović* ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD005779215 jf. avsnitt 30 og 40. Jf. Rebbestad (2019).

¹⁶⁷ Hotvedt (2012) s. 170.

¹⁶⁸ *Ibid* s. 176, jf. Vigerust (1998) s. 237.

forskjellsbehandles ikke er så tungtveiende i møte med arbeidsgivers interesse i å likebehandle kjønnene på arbeidsplassen. Dette kan forklare flertallets konklusjoner i de to håndhilsesakene.

Videre betyr kravet om en konkret forholdsmessighetsvurdering at særlige forhold hos enkeltpersonen kan gjøre at forskjellsbehandlingen medfører uforholdsmessige ulemper. Eksempelvis kan det å miste mulighet til inntekt påvirke forsørgelsesevnen, noe som vil være enda mer inngripende dersom en har barn. Likevel var dette ikke utslagsgivende for flertallet i Skole-saken, hvor mannen hadde familie.¹⁶⁹ I et oppsigelsestilfelle er det grunn til å tro at dette ville stilt seg annerledes, ettersom rettspraksis viser at oppsigelsesvernet er svært sterkt i norsk rett. TOSLO-2007-51533 om usaklig oppsigelse er illustrerende. En mann hadde snakket krenkende om islam og hijab ved flere anledninger, også til en kollega som bar hijab. Nedlatende uttalelser gjentok seg også etter mottatt advarsel. Oppførselen stred med bedriftens erklærte inkluderingsprofil. Likevel kom retten til at oppsigelsen var usaklig. Retten vektla at mannen var 47 år, uten høyere utdanning og snakket dårlig norsk.¹⁷⁰ Sosiale forhold er slik sentrale momenter i vurderingen av om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende.

Selv om oppsigelsesvernet ikke er absolutt heller, er det nok tvilsomt at en oppsigelse grunnet en håndhilsereservasjon, som ikke har innvirkning på arbeidsoppgavene eller hatt alvorlige konsekvenser for arbeidsmiljøet, ville vært forholdsmessig. Dette grunnet det sterke oppsigelsesvernet i norsk rett og at saklighetskravet er enda strengere ved oppsigelse.¹⁷¹

Avslutningsvis i forholdsmessighetsvurderingen vil jeg si noe om hva Diskrimineringsnemndas praksis betyr om den følges like liberalt overfor arbeidsgiver i fremtiden. Når Diskrimineringsnemnda anså et tilfelle som Posten-saken som lovlig forskjellsbehandling, kan flertallets praksis medføre reelt sett et yrkesforbud for personer som ønsker håndhilsereservasjoner. Dette fordi alle arbeidsplasser er lovforpliktet til å arbeide for kjønnslikestilling, jf. ldl. § 26, og nemndspraksisen gir uttrykk for at alle typer arbeidsplasser kan vektlegge hensynet til kjønnslikestilling over individets religionsfrihet. Dette taler sterkt mot forholdsmessighet mellom hvor store ulempene er for mannen og interessene i å sikre

¹⁶⁹ For perspektivet; det hadde betydning i NAV-saken hvor det at mannen mistet stønader grunnet håndhilsereservasjonen ble ansett som uforholdsmessig.

¹⁷⁰ Under «Rettens bemerkninger».

¹⁷¹ Storeng/Beck/Lund s. 426.

kjønnslikebehandling på arbeidsplassen. Offentlige myndigheter og arbeidsgivere har også en plikt til å arbeide mot strukturelle/samfunnsmessige hindringer for likestilling og diskriminering på grunn av religion og etnisitet, jf. ldl. §§ 24 og 26. Slik kan det strukturelle vernet mot diskriminering på grunn av religion og integreringshensyn tilsi at et håndhelsekrav ikke er forholdsmessig.

Det korrekte er etter min mening, at utfallet av proporsjonalitetsvurderingen, mellom formålet å sikre strukturell kjønnslikestilling og de negative konsekvensene for den forskjellsbehandlede, vil variere med yrket og om begrunnelsen bak håndhelsesreservasjonen kan tilsi at signaleffekten må være utslagsgivende på den konkrete arbeidsplassen.

6 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Oppsummeringsvis har avhandlingen vist at det strukturelle kjønnslikestillingsargumentet er gjennomgående avgjørende for konklusjonene, men at etter gjeldende rett er det usikkert hvor tungtveiende det faktisk er og hvor stor adgang det er til å vektlegge signaleffekten. Jo nærmere kjønnslikebehandling og håndhilsing kan anses som en del av *arbeidsoppgavene*, jo mer tilsier det at forskjellsbehandlingen grunnet håndhilsereservasjonen er nødvendig og forholdsmessig. Slik vil også sakligheten av arbeidsgivers håndhilseskrav variere, herunder hvorvidt håndhilseskravet er innenfor styringsretten. Det er vanskelige vurderinger som skal foretas, særlig nødvendighetsvurderingen er utfordrende og uavklart. Dette illustreres av at Diskrimineringsnemnda, som består av jurister med høy kompetanse på området, har avsagt håndhilsesakene med dissenser, og at EMD og Menneskerettighetskomitéen ofte konkluderer ulikt i «necessary in a democratic society»-vurderingen.

Hovedproblemstillingen, og problemstillingene jeg har reist underveis, i masteravhandlingen har altså ikke klare svar etter gjeldende rett. Drøftelsene har vist at Diskrimineringsnemndas konklusjon om indirekte forskjellsbehandling må anses som uttrykk for gjeldende rett, men at det er uklart om Diskrimineringsnemndas lovlighetsvurderinger etter ldl. § 9 gir uttrykk for gjeldende rett. Til en viss grad kan vi si at Diskrimineringsnemnda har lagt seg på en praksis når det gjelder avveiningen av religionsfrihet mot vernet av kjønnslikestilling. Ettersom få diskrimineringssaker kommer inn for domstolene, kan det være at nemndflertallets rettsoppfatning om at forskjellsbehandling grunnet håndhilsereservasjon ikke utgjør diskriminering, er styrende for spørsmålet fremover også. Det vil imidlertid bli spennende å se hvordan Høyesterett eller EMD vil behandle håndhilsereservasjonsspørsmålet dersom det kommer opp, eventuelt hvordan nemnda behandler håndhilseskravet hvis en kvinne fremmer sak.

I det videre vil jeg mer eksplisitt vurdere hvilken løsning jeg mener har de beste juridiske argumenter for seg, med noen de lege ferenda-bemerkninger.

Masteravhandlingen har vist at det kan være problematisk å skulle vanskeliggjøre en minoritetskvinne, som ønsker håndhilsereservasjon, sin adgang til arbeidslivet gjennom å vektlegge det strukturelle argumentet å sikre likebehandling av kvinner i arbeidslivet.

Imidlertid vil det også være svært problematisk i et diskriminerings- og likestillingsperspektiv dersom håndhilsereservasjonsproblematikken skulle behandles ulikt ut i fra hvilket kjønn som ønsker håndhilsereservasjon. Dette kan medføre en *rettspraksis* som forskjellsbehandler på grunn av kjønn. I et slikt perspektiv, er den beste løsningen etter min mening å falle ned på alternativet om å akseptere en nøytral og respektfull hilsemåte uten håndtrykk uansett kjønn. De beste grunner ut ifra relevante rettskildefaktorer tilsier slik at nødvendighetsvilkåret ikke er oppfylt, og dermed vil forskjellsbehandling grunnet håndhilsereservasjoner utgjøre diskriminering etter ldl.

Imidlertid er det vanskelig å dra en generell linje, jf. det som er sagt tidligere. Dersom begrunnelsen bak håndhilsepraksisen og seksualiseringen av dagligdagse situasjoner anses relevant, vil saken kunne stille seg annerledes uansett om det er en kvinne eller mann som ønsker håndhilsereservasjon. Imidlertid i en samfunnstid hvor vi ønsker mer integrering og at alle skal bidra i arbeidslivet og med skatteinntekter, vil nemndas praksis og det som er sagt ovenfor om reelt yrkesforbud, være negativt i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Jeg mener at så lenge alle anerkjenner og forholder seg til samfunnets syn på likeverd og respekt for begge kjønn, burde krav om kjønnsnøytral hilsemåte være utgangspunktet. Fra dette utgangspunktet kan det så i visse yrker måtte gjøres unntak og kreves kroppskontakt og håndhilsing på begge kjønn. Dersom begge kjønn møtes med lik respekt og på en lik måte, må dette anses å være en god balanse mellom statens forpliktelser om kjønnslikestilling, men også de internasjonale forpliktelsene til å sikre religionsfrihet. Slik vil alternativet om en kjønnsnøytral, respektfull hilsemåte uten fysisk kontakt overfor begge kjønn på arbeidsplassen, være den løsningen som best samsvarer med, og harmoniserer, alle de forpliktelsene Norge har påtatt seg etter gjeldende rett.

Som vist, løser ikke Grunnloven og dens rang og vekt rettighetskollisjonen, fordi begge er vernet. Det er derfor i realiteten opp til myndighetene å avgjøre politisk hvordan avveiningen skal foretas, og om kjønnslikestilling og et sekulært arbeidsliv er å foretrekke over religionsfrihet. Samvittighetsutvalget konkluderte med at lovgiver ikke burde lovregulere samvittighetsreservasjoner, men at ansvaret for å avgjøre den enkeltes skjebne skulle påhvile den enkelte arbeidsgiver. Som avhandlingen har vist, er det svært utfordrende vurderinger uerfarne arbeidsgivere skal kunne foreta. Samvittighetsutvalget fremholder at «ja» på tre spørsmål tilsier at arbeidsgiver bør tilrettelegge for reservasjon:

1. *Bygger arbeidstakers ønske om reservasjon mot å utføre bestemte arbeidsoppgaver på en dyp og viktig samvittighetsoverbevisning?*
2. *Kan reservasjon finne sted uten at det er inngripende for tredjepart?*
3. *Er reservasjon gjennomførbart i praksis uten for store ulemper for arbeidsgiver og kollegaer?*¹⁷²

Hvordan konflikten skal løses dersom arbeidsgiver og den som ønsker håndhilsere reservasjonen er uenige i hvordan de tre vilkårene stiller seg, gir ikke utvalget noen løsning på. Heller ikke hvorvidt spørsmål 2 innebærer at arbeidsgiver kan vektlegge plikten til å arbeide for det strukturelle vernet. De få kommentarer til håndhilsereproblematikken Samvittighetsutvalget gir, er vage og flertydige.¹⁷³ Samvittighetsutvalget legger derfor opp til en ordning hvor den enkelte arbeidsgiver risikerer diskriminerings sak mot seg. Ordningen vil også kunne føre til forskjellige praksiser på lignende/like arbeidsplasser. Dette kan utgjøre et rettssikkerhetsproblem, da den enkeltes grunnlovfestede religionsvern er overlatt til arbeidsgivere, som har sine overbevisninger som vil virke inn på deres vurdering. Selv om man skulle mene at lovgivning ikke er ideelt heller, fordi det vil by på for lite fleksibilitet, hadde en viss konkretisering og klargjøring vært å foretrekke for både rettsanvendere og arbeidsgivere. Det gjenstår å se om en sak kommer inn for domstolsapparatet, slik at det gis en viss avklaring på om det er innenfor arbeidsgivers styringsrett å vektlegge begrunnelsen bak håndhilserepraksisen og å la hensynet til kjønnslikebehandling veie tyngre enn religionsfriheten.

¹⁷² S. 125.

¹⁷³ S. 68 og punkt 8.8.2.

Litteraturliste

Lover:

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov lov 17. mai 1814
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) mrl.
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) aml.
- 2009 Lov 19 juni 2009 nr. 80 om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinneskikningskonvensjonen)
- 2017 Lov 16.06.17 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) ldl.

Internasjonale konvensjoner:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) 4. november 1950, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politisk rettigheter (SP) 16. desember 1966, International Covenant on Civil and Political Rights

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), 16. desember 1966, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, Wien-konvensjonen

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK) 18. Desember 1979, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

EU/EØS:

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992, EØS-avtalen

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol – ODA-avtalen

Rådskonferansen 1978/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EUs rammedirektiv)

Rådskonferansen 2004/113/EF av 13. desember 2004 om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester

Europaparlaments- og rådskonferansen 2006/54/EF av 5. juli 2006 om likebehandling av kvinner og menn i arbeid og yrkesdeltagelse (EUs likebehandlingsdirektiv)

Forarbeider og offentlige utredninger

(siteret fra lovdata)

NOU 1993:18	Lovgivning om menneskerettigheter
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern
NOU 2016: 13	Samvittighetsfrihet i arbeidslivet
Ot.prp. nr. 93 (2008-2009)	Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen)
Dok.nr.16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Innst.161 S (2016–2017)	Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne [<i>ingen sidetall</i>]
Prop.81 L (2016–2017)/ «Proposisjonen»	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Norsk rettspraksis:

Domstolene (sitert fra lovdata)

Rt. 2000-1602

Rt. 2001-418

Rt. 2010-202

Rt. 2014-1105

Rt. 2015-93

HR-2016-2554-P

HR-2018-1958-A (Spiralnekt-dommen)

TOSLO-2007-51533 [Dommen har ikke sidetall/ nummererte avsnitt]

Diskrimineringsnemnda / Likestillings- og diskrimineringsombudet

(sitert fra lovdata)

DIN-2018-325 (Posten-saken) [Ingen sidetall/nummererte avsnitt. Aktuelt er etter overskriften «Nemndas vurdering». Votumene deles etter «Flertallet ser slik på saken» og «Mindretallet ser slik på saken»]

DIN-2018-108 (NAV-saken)

DIN-2018-48 (Skole-saken) [Ingen sidetall/nummererte avsnitt. Aktuelt er etter overskriften «Nemndas vurdering». Votumene deles etter «Flertallet ser slik på saken» og «Mindretallet ser slik på saken»]

DIN-2018-30

LDN-2017-2

LDN-08/2010

LDO 15/233

Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol:

Ahmed

Ahmed and others v. United Kingdom, 02.09.1998.
ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002295493

Dahlab *Dahlab v. Switzerland*, App.no. 42393/98 [EMD-1998-42393], 15.02.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0215DEC004239398. [Dommen er uten avsnitt]

Eweida *Eweida and Others v. The United Kingdom* [C], Application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 og 36516/10, [2013] ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010

Hamidović *Hamidović v. Bosnia-Hercegovina*, Application no. 57792/15 [C] 05.12.2017. ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD005779215

Handyside *Handyside v. The United Kingdom*, Application no. 5493/72. 07.12.1976. ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372.

İzzettin *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, Application no. 62649/10 [GC] 26.04.2016. ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD006264910

Leyla *Leyla Sahin v. Turkey*, [GC] no. 44774/98, 10.11.2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1110JUD004477498

Olsson *Olsson v. Sweden*, Application no. 10465/83, 24. Mars 1988. ECLI:CE:ECHR:1988:0324JUD001046583

Opuz *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, 09.06.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102

S.A.S. *S.A.S. v. France*, [GC] Application no. 43835/11, 01.07.2014. ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511

EU-domstolen:

Achbita C-157/15, EU:C:2017:203

Uttalelser fra FNs komitéer og generelle kommentarer:

FNs menneskerettighetskomité General Comment No. 18 «Non-discrimination»(1989)

FNs menneskerettighetskomité Concluding observations fourth periodic report France, CCPR/C/FRA/CO/4 (2008)

FNs menneskerettighetskomité, Concluding observations on the fifth periodic report of France, CCPR/C/FRA/CO/5 (2015)

Bikramjit Singh, Communication no. 1852/2008, CCPR/C/106/D/1852/2008 (HRC 4. Februar 2013) (individklage til FNs menneskerettighetskomité)

F.A. v. France, Communication no. 2662/2015, CCPR/C/123/D/2662/2015 (HRC, 24 September 2018) (individklage til FNs menneskerettighetskomité)

Sonia Yaker v. France, Communication No. 2747/2016, CCPR/C/123/D/2747/2016, (HRC, 7. Desember 2018) (individklage til FNs menneskerettighetskomité)

FNs ØSK-komité Concluding observations fourth periodic report Norway, E/C.12//1/Add.109 (2005)

FNs ØSK-komité Concluding observations on the fifth periodic report Norway, E/C.12/NOR/CO/5 (2013)

FNs Kvinnediskrimineringskomité, General recommendation no. 25 «Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures)» (2004)

FNs Kvinnediskrimineringskomité Concluding comments fourth and fifth periodic report Turkey, A/60/38 (2005)

FNs Kvinnediskrimineringskomité Concluding comments sixth periodic report France, CEDAW/C/FRA/CO/6 (2008)

FNs Kvinnediskrimineringskomité Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of France, CEDAW/C/FRA/CO/7-8 (2016).

Andre lands rettspraksis:

Stockholms Tingsrätts Dom T7324-08, 08.02.2010 [lest 08.12.19 på:

<https://www.do.se/globalassets/diskrimineringsarenden/tingsratt/dom-tingsratt-arbetsformedlingen-omed-20067612.pdf>]

Svensk Arbetsdomstol dom nr. 51/18, 15.08.2018 [lest 08.12.19 på:

<http://www.arbetsdomstolen.se/upload/pdf/2018/51-18.pdf>]

Svensk Diskrimineringsombudsmann, ANM 2016/230

(<https://www.do.se/globalassets/stallningstaganden/arbetsliv/beslut-anm-2016-230-integrationscentrum.pdf>) [lest: 16.11.19]

Svensk Diskrimineringsombudsmann, GRA 2016/55,

(https://www.do.se/contentassets/dd9b782b4c1f46b983a44c7bd15e649e/tillsynsbeslut-religion-gra2016_55.pdf) [lest: 16.11.19]

Dansk dom, sag nr. BS G-1756/2016, som bygger på Ligebehandlingsnævnets j.nr. 2015-6810-1956 (Afsagt den 14. december 2017) [lest 08.12.19 på:

<https://ast.dk/filer/naevn/ligebehandlingsnaevnet/j-nr-2015-6810-19566.pdf>]

Danske Ligebehandlingsnævnets afgørelse om køn av 22.01.2014,

(<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=166258>) [lest: 26.09.19] [*Finnes ved å søke på «censor» på ligebehandlingsnævnets sider på ast.dk. Jeg fant ikke noe saksnr.*]

Nederland (sitert fra Alidadi (2017))

ETC nr. 2002-22, CGB 5 March 2002,

ETC Opinion No 2006-51,

ETC Opinion No 2006-202,

LJN BI2440, Central Appeals Tribunal, 7. mai 2009.

LJN: BW1270, The Court of Appeal of the Hague, Avgjørelse av 10. april 2012.

Litteratur:

Bøker

- | | |
|----------------|---|
| Aall (2015) | Aall, Jørgen, <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 4. utg. 2015, 2. opplag 2016, Fagbokforlaget, 2015. |
| Alidadi (2017) | Alidadi, Katayoun, <i>Religion, Equality and Employment in Europe: The Case for Reasonable Accommodation</i> , Bloomsbury/Hart Publishing, USA, 2017. |

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads H, *Rettskildelære*, 2. utgave, M.H. Andenæs, Oslo, 2009.
- Bernt/Mæhle (2007) Bernt, Jan Fridthjof, Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, 1. utg. 2007, 4. opplag 2012, Gyldendal.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004, 4. opplag 2015, Universitetsforlaget, Oslo.
- Storeng/Beck/Lund (2014) Storeng, Nils. H, Tom H. Beck, Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2014.
- Strand (2012) Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet*, Gyldendal, 2012.
- Strand (2016) Strand, Vibeke Blaker, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i velferdsstaten: begreper, trender, teorier*. Oslo, 2016, s. 135-166.
- Strand (2019a) Strand, Vibeke Blaker, «Likhetsprinsippets strukturelle side: I praksis om religiøst baserte reservasjonskrav i arbeidslivet» i *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Haugli, Trude, Siri Gerrard, Anne Hellum og Eva-Maria Svensson (Red.), Fagbokforlaget, 2019. (ISBN:9788245033120) s. 427-451.
- Vigerust (1998) Vigerust, Elisabeth, *Arbeid, barn og likestilling : rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, Tano Aschehoug, 1998. (Lest 05.11.19 på nb.no med uib vpn)

Artikler:

- Eidsvaag (2017) Eidsvaag, Tine, «NOU 2016: 13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet», *Arbeidsrett* vol 14 nr. 1, 2017, s.99–112.
DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3088-2017-01-05>

- Eidsvaag (2019) Eidsvaag, Tine, «Håndhilsesakene for Diskrimineringsnemnda – LDN-2018-48 og LDN-2018-108», *Nytt i privatretten (NiP)*, nr. 1, 2019. [lest på: <http://www.rettsdata.no>, *ingen sidetall*]
- Emberland (2006) Emberland, Marius, «Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet», *Jussens Venner* vol. 41, 2006, s. 197–234. [Lest på Idunn.no]
- Evju (2003) Evju, Stein «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1, 2003, s.3-32. (Publisert på: Arbeidsrettsligforening.no)
- Evju (2010) Evju, Stein, «Styringsrett og restkompetanse», *Arbeidsrett* vol. 7 nr. 1-2, 2010, s. 49-65. [Lest på idunn.no]
- Fougner (2009) Fougner, Jan, «Arbeidsgivers styringsrett- skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse», *Arbeid og rett: festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Cappelen Damm AS, 2009, s.235-256.
- Hellum/Strand (2017) Hellum, Anne, Vibeke Blaker Strand, «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet: - Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring», *Kritisk juss* nr. 4, 2017, s. 4-34. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.2387-4546-2017-01-02>
- Hellum/Ketscher (2018) Hellum, Anne, Kirsten Ketscher, «Et tilbakeskritt for kvinner» *Aftenposten*, 27. oktober, 2018. www.jus.uio.no/forskning/omrader/verdi/aktuelle-saker/kronikk_klassekampen_-27.10.pdf [lest: 03.12.19]
- Hotvedt (2012) Hotvedt, Marianne Jenum, «Utvikling eller brudd? : Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 6(2), 2012, s. 141- 187. [Lest den 09.11.19:

<https://arbeidsrettsligforening.no/wp-content/uploads/2018/12/bind-6-2-2-marianne-jh.pdf>

- Rebbestad (2019) Rebbestad, Sunniva Nicole, «Kravet om å handhelse på begge kjønn», *Lovdata*, 2019. (<https://lovdata.no/pro/#article&id=2295>) [ingen sidetall]
- Reinholdtsen (2019) Reinholdtsen, Jørgen, «Rettslig diskrimineringsvern i EU, EØS og Norge», *Jussens Venner vol. 54*, 2019, s. 223–244.
DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2019-04-01>
- Skoghøy (2007) Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen», *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal akademisk, 2007, s. 564-574.
(lest på lovdata.no (FEST-2007-hjt-564))
- Strand (2015) Strand, Vibeke Blaker, «Prohibitions against Religious Clothing and Symbols in Public Schools and Universities: Narrowing the Scope by Introducing the Principle of Equal Treatment of Religious Manifestations», *Religion and Human Rights*, 10. volum, nr. 2, 2015, s.160–190. DOI: <https://doi.org/10.1163/18710328-12341285>
- Strand (2017) Strand, Vibeke Blaker, «Plikt til å utføre arbeid og religionsfrihet», *De nordiske Juristmøter*, Det 41. nordisk juristmøte, 2017. (KONF-2017-njm-2) (artikkel på lovdata: <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/strand-vb-2017-01?searchResultContext=1221&rowNumber=1&totalHits=1449>)
- Strand (2018) Strand, Vibeke Blaker, «Nødvendig omkamp om spiralnekt», *Lov og rett*, vol. 57, 6, 2018. s. 325–341.
DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-06-02>
- Strand (2019b) Strand, Vibeke Blaker, “Interpreting the ECHR in its normative environment: interaction between the ECHR, the UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women

and the UN convention on the rights of the child”, *The International Journal of Human Rights*, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1574423>

- Tande (2011) Tande, Knut Martin, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner 01 / 2011 (Volum 46)*, 2011. [lest på idunn.no]
- Thorkildsen/Drevland (2010) Thorkildsen, Tarjei og Tonje H. Drevland, «Arbeidsgivers styringsrett – en “restkompetanse”?» *Arbeidsrett* vol. 7 nr. 1-2, 2010, s. 30-48. [Lest på idunn.no]

Annet:

Doktorgradsavhandling:

Wigum, Tor Aamodt, *Religionsutøvelse i det offentlige rom: restriksjoner i religiøs bekledding og symbolbruk*, UiT, 2018. [lest publisert versjon på uib biblioteket]

Leksikon:

- Lønnå (2019) Lønnå, Elisabeth. (2019, 15. juli). abortkampen. I Store norske leksikon. Hentet 9. september 2019 fra <https://snl.no/abortkampen>

Nettsider:

<https://www.duo.uio.no/handle/10852/67224?show=full> (master) [lest: 01.09.19]

http://equineteurope.org/wp-content/uploads/2019/02/Religion_and_Belief_Report_merged_.pdf [lest: 06.12.19]

<https://indicators.ohchr.org/>

<https://www.islamnet.no/aktuelt/forskning/item/289-handhilsning-mellom-det-motsatte-kjonn-ifolge-de-fire-sunniislamske-lovskolene> [lest: 11.11.19]

<http://www.justaskislam.com/69/shaking-hands-with-women/> [lest: 17.11.19]

<http://kjonnsforskning.no/nb/2018/01/hva-er-kjonnspektiver-i-rettsvitenskap> [lest: 06.12.19]

<https://www.ldo.no/nyheter-og-fag/Analyser/fagoppsummering-religion/kapittel-1/> [lest: 09-10.19]

<https://www.learnreligions.com/what-is-shomer-negiah-2076668> [lest: 17.11.19]

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b578346d-dd73-478a-97bc-9cfd92b620c9/language-en> [lest: 20.11.19]

<https://strasbourgobservers.com/2013/02/14/freedom-of-religion-in-public-schools-strasbourg-court-v-un-human-rights-committee/> [lest: 03.12.19]

<https://www.utrop.no/nyheter/utenriks/33183/> [lest: 17.11.19]