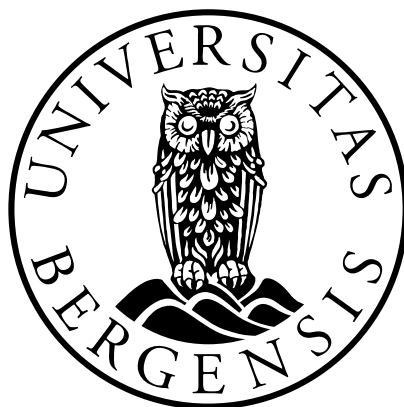


Arbeidsgivers styringsrett i møte med arbeidstakers religionsfrihet og diskrimineringsvern

*Begrensninger i arbeidsgivers adgang til å forby bruk av
religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen*

Kandidatnummer: 107

Antall ord: 37 482



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

23. juli 2021

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1. Problemstilling, aktualitet og siktemål.....	4
1.2. Perspektiv og avgrensninger	7
1.3. Overordnet plan for fremstillingen	9
2. Metode og rettskilder	10
2.1. Metodisk tilnærming	10
2.2. Rettskildebildet	11
2.2.1. Overordnet om rettskildebildet	11
2.2.2. Det internasjonale rettskildematerialet.....	12
2.2.3. Det nasjonale rettskildematerialet	15
3. Arbeidsgivers styringsrett og den arbeidsrettslige konteksten	19
3.1. Styringsrettsbegrepet.....	19
3.2. Normative grunnlag for begrensninger i styringsretten	20
3.3. Arbeidsforholdet som kontekst	23
4. Arbeidstakers religionsfrihet og diskrimineringsvern.....	26
4.1. Innledning	26
4.2. Samspillet mellom frihet og likhet.....	26
4.3. Det menneskerettslige vernet av religionsfriheten.....	28
4.3.1. EMK artikkel 9.....	28
4.3.2. SP artikkel 18.....	31
4.4. Vernet mot diskriminering på grunn av religion.....	33
4.4.1. Forbudet mot diskriminering på grunn av religion i likestillings- og diskrimineringsloven.....	33
4.4.2. Betydningen av EUs rammedirektiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet.....	36
4.4.3. Særlig om grensen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling ved nøytralt utformede bekledningsreglement.....	39
4.5. Noen refleksjoner om forholdet mellom religionsfrihet og vern mot diskriminering på grunn av religion	42
4.6. Videre fremstilling	43
5. Hvilke arbeidsgiverinteresser kan begrunne begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler?.....	45
5.1. Innledning	45
5.2. Kommunikasjon utad og innad	46
5.3. Hygiene	49

5.4.	Sikkerhet	51
5.5.	Hensynet til en nøytral fremtoning utad	52
5.5.1.	Nærmere om «nøytralitet»	52
5.5.2.	Befolkningens tillit til statens maktapparat.....	53
5.5.3.	Religiøs nøytralitet innenfor norske utdanningsinstitusjoner?.....	58
5.5.4.	Virksomhetens «verdinøytrale» profil	64
5.5.5.	Virksomhetens visuelle profil	67
5.6.	Oppsummerende betraktninger	69
6.	Retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen – hvordan avveie arbeidsgivers og arbeidstakers interesser?	71
6.1.	Innledning	71
6.2.	Forhold på arbeidsgiversiden	73
6.2.1.	Hvilken type arbeidsgiverinteresse som er påberopt	73
6.2.2.	Bekleddingsreglementets innhold og praktisering	75
6.2.3.	Arbeidsgivers mulighet til å tilrettelegge for religiøs bekledning	79
6.2.4.	Arbeidsgivers mulighet til å tilby en annen passende stilling.....	83
6.2.5.	Betydningen av andre arbeidstakers rett til å ikke bruke religiøse plagg.....	84
6.3.	Forhold på arbeidstakersiden	86
6.3.1.	Den individuelle religionsfrihet	86
6.3.2.	Konsekvensene for arbeidstakers arbeidssituasjon	89
6.3.3.	Muligheten for å finne annet arbeid	92
6.3.4.	Konsekvenser i et gruppeperspektiv	93
6.3.5.	Relevans og vekt av avkall.....	94
6.4.	Oppsummerende betraktninger	97
7.	Avsluttende kommentarer	100
	Litteratur.....	101
	Kilderegister	108

1. Innledning

1.1. Problemstilling, aktualitet og siktemål

Opgavens hovedproblemstilling er i hvilken utstrekning arbeidsgiver kan nekte arbeidstaker å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen.

Norge har i løpet av relativt få år blitt et langt mer multikulturelt og religiøst mangfoldig samfunn. Siden 1980-tallet har antallet medlemmer i tros- og livssynssamfunn utenfor Den norske kirke hatt en ekspansiv økning, hvor enkelte grupper har vokst med omkring 700 prosent.¹ Utviklingen kan knyttes til økt innvandring, blant annet som følge av globale endringer og økt migrasjon fra Asia, Midtøsten og Afrika.² Samfunnsutviklingen har medført at det i økende grad har oppstått konflikter mellom arbeidsgivers interesser og individers religionsutøvelse. Religiøs bekledning og symbolbruk er ett av flere eksempler på at arbeidsgivers og arbeidstakers interesser ikke alltid lar seg forene.³ Det er her behov for å avklare en rekke ulike problemstillinger i relasjon til arbeidsgivers reguleringsadgang, som i liten grad tidligere er underlagt grundige analyser i litteraturen.⁴

Det generelle utgangspunktet i norsk arbeidsliv er at arbeidstakere kan kle seg som de vil.⁵ Som regel står arbeidstaker dermed fritt til å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen. På enkelte arbeidsplasser kan det imidlertid foreligge nærmere reguleringer av hvilke former for bekledning som er tillatt, for eksempel krav om at de ansatte skal bruke en bestemt type uniform eller annen positivt definert bekledning. Slike typer reguleringer kan reise spørsmål om arbeidsgivers adgang til å nekte arbeidstaker å bruke religiøse plagg og symboler.

Temaet er hyppig debattert i norsk offentlighet. I Norge har det de siste 10 årene vært fremmet flere forslag om at religiøse plagg og symboler innenfor ulike yrkesgrupper i større grad bør forbys av lovgiver. Forslagene er særlig knyttet til bruk av religiøse plagg og symboler i utdanningssektoren og innenfor offentlige institusjoner, som domstolene og

¹ Muslimske, buddhistiske og hinduistiske trossamfunn hadde en vekst på henholdsvis 721, 696 og 687 prosent fra 1988–2013, se nærmere Furseth (2015) s. 32.

² Se Furseth (2015) s. 21 flg. og NOU 2017: 2 s. 170–171.

³ Andre eksempler kan være bønn i arbeidstiden, fri i forbindelse med religiøse helligdager, religiøse reservasjonskrav og servering av mat og drikke. For en oversikt over ulike konflikttyper, se Likestillings- og diskrimineringsombudet (2016).

⁴ De mest sentrale avhandlingene på området er Strand (2012) og Wigum (2018).

⁵ Utgangspunktet er blant annet fremhevet i Prop. 130 L (2018–2019) s. 89.

Forsvaret.⁶ Mens det i dag som utgangspunkt er tillatt å bruke religiøse plagg og symboler i Forsvaret og domstolene, foreligger det forbud innenfor andre yrkesgrupper, for eksempel i politiet og tollvesenet.⁷ I 2018 ble det også vedtatt et nasjonalt forbud mot ansiktsdekkende plagg i undervisningssituasjoner, noe som blant annet innebærer at lærere ikke kan bruke de religiøse plaggene nikab og burka.⁸ Adgangen til å bruke religiøse plagg er fortsatt gjenstand for politisk diskusjon. Av Granavolden-plattformen fra 2019 fremgår det at regjeringen vil gå imot bruk av religiøse klesplagg og symboler i politi, domstoler og kriminalomsorgen.⁹ Også i det private arbeidslivet har det oppstått spørsmål om arbeidsgivers adgang til å begrense arbeidstakernes bruk av plagg og symboler. Praksis viser at problemet kan komme på spissen for aktører i en rekke ulike bransjer, for eksempel innenfor sikkerhet, media, helse og renhold.¹⁰

For å besvare hovedproblemstillingen, vil jeg ta utgangspunkt i arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgivers styringsrett er en ulovfestet kompetanse, som i juridisk teori tradisjonelt defineres som «retten til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere».¹¹ Styringsretten er anerkjent som selvstendig rettsnorm, og er derfor noe mer enn kun en avtaleforutsetning. Som regel vil rettsnormen likevel i praksis først aktualiseres når et arbeidsforhold er etablert.¹² I de tilfellene arbeidsgiver fastsetter generelle bekledningsreglement eller gir individuelle pålegg om, eller forbud mot, en bestemt bekledning, vil styringsretten kunne tjene som kompetansegrunnlag. Arbeidsgiver står imidlertid ikke fritt, fordi styringsrettens nærmere rekkevidde avhenger av det rettslige rammeverket. De rettslige begrensningene er såpass omfattende at styringsretten av den grunn ofte defineres som en «restkompetanse».¹³

Bestemmelser om religionsfrihet og vern mot diskriminering på grunn av religion, utgjør sentrale rettslige begrensninger for arbeidsgivers styringsrett på dette området. Dersom arbeidsgiver begrenser adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen, vil det kunne være i strid med begge disse regelsettene. I oppgaven retter jeg fokus mot det

⁶ Se for eksempel Dokument 8:51 S (2010–2011) om bruk av hijab i barneskolen, Dokument 8:171 S (2009–2010) og Dokument 8:42 S (2010–2011) om domstolene og Dokument 8:37 S (2012–2013) om Forsvaret.

⁷ Se nærmere punkt 5.5.2 nedenfor.

⁸ Se Lovvedtak 71 (2017–2018) og nærmere punkt 5.2 og 5.5.3 nedenfor.

⁹ Granavolden-plattformen, 17. januar 2019, s. 21.

¹⁰ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemnda sak 2/2014 (NOKAS I), sak 46/2014 (NRK), sak 2/2017 (Blidensol) og Diskrimineringsnemndas sak 20/348 (Compass).

¹¹ Opprinnelig Andersen (1967) s. 149. Styringsrettsbegrepet behandles nærmere i punkt 3.1 nedenfor.

¹² Lignende Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 96.

¹³ Se nærmere punkt 3.2 nedenfor.

menneskerettslige vernet av religionsfriheten, slik dette følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 9 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 18.¹⁴ Det sentrale regelverket til vern mot diskriminering i norsk rett, er bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven.¹⁵ Bestemmelsene skal tolkes i lys av menneskerettighetene og EU-retten.¹⁶ For å kunne identifisere styringsrettens rammer i relasjon til oppgavens problemstilling, må rettighetenes rekkevidde i arbeidsforholdet fastlegges.

Oppgavens overordnede siktemål er å identifisere og analysere relevante hensyn og vurderingsmomenter som kan bidra til å klarlegge grensene for arbeidsgivers styringsrett. Bakgrunnen for valg av siktemål er at både vernet av religionsfriheten og vernet mot diskriminering på grunn av religion bygger på normer hvor saklighets- og forholdsmessighetsvurderinger er avgjørende for rettighetenes rekkevidde.¹⁷ Disse vurderingene krever avveininger av ulike hensyn og interesser på arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. Gjennom analysene av det foreliggende rettskildematerialet, vil jeg nyansere og konkretisere retningslinjer for hvordan vurderingene skal foretas. Analysene tar sikte på å gi veiledning for hvordan slike rettsspørsmål kan løses dersom problemstillingen kommer på spissen i praksis.

Hovedproblemstillingen retter seg mot hvordan styringsretten begrenses, både under arbeidsforholdets varighet, og i en eventuell ansettelsessituasjon.¹⁸ Slik sett brukes begrepene «arbeidsgiver» og «arbeidstaker» i vid betydning i problemstillingens formulering. I oppgaven bruker jeg begrepene både om parter i et etablert ansettelsesforhold, og om arbeidssøkere og potensielle arbeidsgivere. Dette er i tråd med begrepsbruken i likestillings- og diskrimineringsloven og diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven.¹⁹

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK) og International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP). Konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven – mrl.) § 2.

¹⁵ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

¹⁶ Se nærmere punkt 2.2 nedenfor.

¹⁷ Disse normene presenteres i kapittel 4 og analyseres i kapittel 5 og 6.

¹⁸ Se nærmere punkt 3.1 nedenfor.

¹⁹ Se likestillings- og diskrimineringsloven § 29 og lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) § 13-2 (1). Se også Hotvedt (2016) s. 254 flg. om arbeidsgiverbegrepet før det foreligger et ansettelsesforhold.

1.2. Perspektiv og avgrensninger

Det er mulig å innta ulike perspektiver for å besvare oppgavens hovedproblemstilling. I denne oppgaven ses spørsmålet primært fra arbeidsgivers ståsted. Dette innebærer at jeg retter fokus mot arbeidsgivers reguleringsadgang. Innfallsvinkelen er begrunnet i behovet for praktisk avklaring av spørsmål knyttet til styringsrettens rekkevidde på dette området.

Rettskildematerialet og den juridiske metoden er i utgangspunktet den samme uavhengig av hvilket perspektiv som velges.²⁰ Perspektivet vil ikke innebære at jeg velger tolkninger som er gunstige for arbeidsgiver.²¹ Valget av perspektiv har dermed først og fremst betydning for hvilke problemstillinger som tas opp og hvordan de formuleres.²² Oppgavens metodiske tilnærming forklares nærmere i punkt 2.1 nedenfor.

Andre perspektiver kunne vært valgt.²³ Kvinneperspektivet er et eksempel. Det kvinnerettslige perspektivet har kvinners virkelighet som utgangspunkt.²⁴ Fordi religiøse tradisjoner og praksiser ofte påbyr ulike bekledninger for kvinner og menn, kan forbud mot religiøs bekledning i større grad ramme et enkelt kjønn. Problemet kommer ofte på spissen for muslimske kvinner som bruker hodeplagg. Også et interseksjonelt perspektiv kunne vært valgt. Det interseksjonelle perspektivet bygger på en forståelse av kvinnekjønn som en konstruksjon i skjæringspunktet mellom andre egenskaper ved en person, for eksempel etnisk og sosial bakgrunn.²⁵ Grunnen til at dette perspektivet kunne vært anvendt, er at kvinner med minoritetsbakgrunn er særlig utsatt i møte med bekledningsrestriksjoner. Slike restriksjoner vil derfor kunne ramme mennesker som kan være omfattet av, eller blir identifisert som tilhørende, flere diskrimineringsgrunnlag på samme tid.²⁶ Både diskrimineringsgrunnlagene religion, etnisitet og kjønn kan være aktuelle.²⁷

²⁰ Tilsvarende Köhler-Olsen (2012) s. 11 og Aasen (2000) s. 166. Lignende Wigum (2018) s. 7 og Wessel-Aas, Sundet og Våg (2021) s. 1–2.

²¹ Annerledes Robberstad, som ved sitt perspektiv (bistandsadvokatens), velger tolkninger som er gunstige for fornærmede, se Robberstad (2014) s. 3.

²² Tilsvarende Aasen (2000) s. 166.

²³ Se for eksempel Strand (2012) som anlegger et diskrimineringsperspektiv med utgangspunkt i individets vern mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet og religion, se s. 30 flg. Wigum (2018) tar utgangspunkt i et lovgiverperspektiv, se s. 7.

²⁴ Se for eksempel Asmyhr (2014) s. 200 og Dahl (1985) s. 16 flg.

²⁵ Se Asmyhr (2014) s. 200 og Hellum (2012) s. 141 flg. Interseksjonalitet handler om at flere faktorer knyttet til sosial ulikhet kan virke inn på hverandre, og øke sårbarheten og risikoen for diskriminering, se Asmyhr (2014) s. 199 og Ballangrud og Søbstad (2021) s. 142.

²⁶ Tilfeller der flere diskrimineringsgrunnlag berøres på samme tid, omtales som sammensatt diskriminering, se Prop. 81 L (2016–2017) s. 113 og Hellum og Köhler-Olsen (2014) s. 25.

²⁷ Se Strand (2014) s. 273.

Fra arbeidsgivers ståsted, er problematikken mer generell. De fleste religioner har ulike former for plagg eller symboler som de troende kan bruke for å synliggjøre sin religiøse tilhørighet.²⁸ Praksis fra nasjonale og internasjonale håndhevingsorganer viser at problemet kan komme på spissen i relasjon til en rekke ulike typer religiøse klær og symboler, og ikke bare for etniske minoriteter eller kvinner.²⁹ Fordi jeg tilnærmer meg temaet på denne måten, er det også naturlig å fokusere på vernet av religionsfriheten og vernet mot diskriminering på grunn av religion. Med mitt perspektiv er det mindre naturlig å gjennomgående anvende et kvinne- eller interseksjonelt perspektiv.³⁰ I de konkrete drøftelsene vil jeg imidlertid ta høyde for at enkelte grupper er mer utsatte enn andre, for eksempel kvinner, etniske minoriteter og midlertidige ansatte.

På grunn av oppgavens omfangsbegrensning er det videre nødvendig å gjøre noen nærmere avgrensninger knyttet til hvilke problemstillinger jeg tar opp. Jeg har valgt å avgrense mot de spesielle forhold knyttet til arbeidsgivers styringsrett i tros- og livssynssamfunn, og virksomheter som drives av slike. Denne gruppen arbeidsgivere er utelatt fordi det her gjør seg gjeldende andre interesser og hensyn. For tros- og livssynssamfunn må den kollektive religionsfriheten avveies mot arbeidstakers individuelle religionsfrihet og diskrimineringsvern. Tros- og livssynssamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av religion reiser også andre, særlige spørsmål, blant annet knyttet til innhenting av opplysninger ved ansettelse etter likestillings- og diskrimineringsloven § 30 tredje ledd, samt om relasjonen mellom EU-retten og likestillings- og diskrimineringslovens bestemmelser.³¹ Det vil være for omfattende å gå inn i disse problemstillingene.³²

Jeg tar videre sikte på å analysere menneskerettighetenes og diskrimineringsrettens materielle vilkår, og jeg vil derfor ikke gå inn i bevisreglene. Det kan imidlertid nevnes at det i

²⁸ Om ulike former for religiøse kjennetegn, se Strand (2017) s. 285–286.

²⁹ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 35/2014 (NOKAS II) om religiøst skjegg og *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 om bruk av kors.

³⁰ For videre lesning, se for eksempel Hellum og Köhler-Olsen (2014), særlig kapittel 1–2, 8 og 10.

³¹ Dette gjelder særlig forholdet mellom EUs rammedirektiv 2000/78/EF artikkel 4 nr. 2 og likestillings- og diskrimineringsloven § 9 andre ledd, se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 219. Direktivet presenteres nedenfor i punkt 2.2.2. Ved religiøst begrunnet forskjellsbehandling må forskjellsbehandlingen også ha sammenheng med en overbevisning som etter vanlig teologisk oppfatning anses for å være såkalte lærespørsmål, se Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 62.

³² For videre lesning, se Strand (2012) s. 149 flg. om ansettelser i tros- og livssynssamfunn, og mer generelt Ballangrud og Søbstad (2021) s. 210–224.

diskrimineringsaker gjelder en særlig bevisregel om delt bevisbyrde, se likestillings- og diskrimineringsloven § 37.³³

1.3. Overordnet plan for fremstillingen

I kapittel 2 vil jeg redegjøre for valget av metodisk tilnærming og de sentrale rettskildene på området. I de etterfølgende kapitlene 3 og 4, vil jeg klarlegge de rettslige utgangspunktene for arbeidsgivers styringsrett, arbeidstakers religionsfrihet og diskrimineringsvernet. Kapittel 3 dreier seg mer spesifikt om å vise hvordan arbeidsgivers styringsrettskompetanse og den arbeidsrettslige konteksten danner rammene for oppgavens analyser. Deretter vil jeg i kapittel 4 redegjøre for religionsfrihetens og diskrimineringsvernets saklige anvendelsesområder. Jeg vil også klarlegge de rettslige vurderingstemaene for saklighets- og forholdsmessighetskravene, fordi dette har betydning for de konkrete analysene i de følgende kapitlene.

Analysene i kapittel 5 og 6 bygger på de rettslige utgangspunktene som er klarlagt i de tidligere kapitlene. Disse kapitlene utgjør oppgavens tyngdepunkt. Temaet er innholdet i nærmere bestemte retningslinjer for saklighets- og forholdsmessighetsvurderingene. I disse kapitlene har jeg valgt å behandle vernet av religionsfriheten og diskrimineringsvernet samlet. Begrunnelsen for valget er at bestemmelsene som verner disse rettighetene, bygger på en noenlunde lik rettslig struktur. Ulike nasjonale eller internasjonale håndhevingsorganer kan ha avsagt avgjørelser med ulike konkrete resultat, men dette er ikke til hinder for at regelsettene kan behandles samlet. Tvert imot er det et sentralt siktemål for oppgavens hoveddeler å harmonisere og klargjøre forholdet mellom de ulike rettskildene. Valget av den konkrete systematikken i kapittel 5 og 6 forklares nærmere i punkt 4.6 nedenfor.

I kapittel 7 vil jeg komme med noen avsluttende kommentarer om rettsstilstanden og veien videre.

³³ For videre lesning, se for eksempel Syse og Helgeland (2009) s. 585–604 og Robberstad (2018) s. 295–298. Om statens bevisbyrde ved inngrep i EMK artikkel 9, se Wigum (2018) s. 126–128.

2. Metode og rettskilder

2.1. Metodisk tilnærming

Oppgaven gir en fremstilling av gjeldende rett, gjennom å klarlegge og analysere innholdet i ulike retningslinjer for de bredt formulerte og skjønnsmessige vurderingene som religionsfriheten og diskrimineringsvernet består av. De sentrale delene av oppgaven er derfor, som nevnt, orientert rundt analyser av relevante hensyn og vurderingsmomenter som inngår i disse vurderingene. Formålet krever at analysene av det foreliggende rettskildematerialet skjer ved bruk av rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatikk mener jeg den rettsvitenskapelige metoden hvor målet er en systematisk og analytisk fremstilling av gjeldende rett.³⁴ Videre bruker jeg uttrykket «gjeldende rett» i vid forstand. Dette omfatter både sikre konstateringer om hvordan rettsstilstanden er, med klar støtte i rettskildene, og mer usikre konstateringer om hvordan rettsstilstanden må antas å være der rettskildene ikke gir særlig veiledning.³⁵

Fremstillingen er ikke bygget opp slik at den gir kasuistisk svar på hvor langt styringsretten rekker i ulike saksforhold.³⁶ Jeg analyserer heller rettens innhold i et større perspektiv, gjennom å skissere de mer overordnede argumentasjonslinjene som har betydning for å kunne identifisere styringsrettens grenser i den praktiske rettsanvendelsen.³⁷ Oppgavens analyser innebærer både en klarlegging av hvilke retningslinjer rettskildematerialet gir, og en vurdering av hvilke argumentasjonslinjer som jeg mener er de beste i lys av det retningsgivende grunnlaget jeg finner i rettskildematerialet.³⁸

Problemstillingen behandles, som nevnt, med utgangspunkt i arbeidsgivers ståsted. For å klarlegge grensene for arbeidsgivers styringsrett, vil jeg anvende bestemmelser som skal sikre individvern. Særlig vil jeg aktivt bruke avgjørelser fra nasjonale og internasjonale håndhevingsorganer som fokuserer på individvern. I avgjørelsene tas det isolert sett stilling til konkrete saksforhold, men jeg bruker disse til å utlede retningslinjer og vurderingsmomenter som påvirker reglenes rekkevidde mer generelt. Rettskildematerialet gir et visst

³⁴ Tilsvarende Mæhle og Aarli (2017) s. 279. Rettsdogmatisk forskning beskrives som rettsforskning som «tar sikte på systematisk, dyptpløyende analyse og eventuelt evaluering av retts spørsmål og løsninger på slike», se Mæhle (2015) s. 130.

³⁵ Tilsvarende Øyen (2010) s. 31.

³⁶ Andre forfattere har anlagt en mer kasuistisk tilnærming, se for eksempel Strand (2012) s. 255 flg.

³⁷ Dette er i tråd med kravene som stilles til rettsdogmatisk argumentasjon, slik jeg forstår Graver (2008) s. 159–160 og Mæhle (2004) s. 229–341.

³⁸ Argumentasjonslinjene kan på denne måten anses som en rettslig styring av skjønnsmessige vurderinger, lignende Nygaard (2004) s. 393.

argumentasjonsrom når det gjelder det nærmere innholdet i disse retningslinjene og momentene. Av særlig betydning er det at det internasjonale materialet i stor grad oppstiller minimumskrav, noe som gjør at det foreligger et argumentasjonsrom knyttet til om norsk rett har lagt seg på, eller bør legge seg på, et høyere rettighetsnivå.³⁹ Disse drøftelsene foretas på bakgrunn av det øvrige nasjonale rettskildematerialet.

Enkelte steder er jeg kritisk til hvordan håndhevingsorganene opptrer. Kritikken skjer hovedsakelig innenfor rammene av det etablerte rettssystemet, og kan dermed karakteriseres som anbefalinger *de sententia ferenda*.⁴⁰ Kritikkk rettet mot lovgiver eller rettssystemet som sådan, omtales som kritikk *de lege ferenda*.⁴¹ Det er ikke alltid et skapt skille mellom kritikk *de sententia ferenda* og *de lege ferenda*. Fordi det foreliggende rettskildematerialet i oppgaven ofte gir rom for ulike konklusjoner, er de normative synspunktene som fremsettes hovedsakelig kritikk *de sententia ferenda*.

2.2. Rettskildebildet

2.2.1. Overordnet om rettskildebildet

De mest sentrale rettskildene på området er de kildene som direkte sier noe om rekkevidden av individets rett til å bruke religiøse plagg og symboler i arbeidslivet. Disse kildene består av en kombinasjon av nasjonale og internasjonale rettskilder. I det følgende vil jeg først knytte noen overordnede bemerkninger til rettskildebildet, før jeg deretter redegjør nærmere for det relevante rettskildematerialet.

Et viktig rettskildemessig poeng er at det varierer om det internasjonale regelverket forplikter arbeidsgiver *direkte* eller om det først og fremst har betydning som *tolkningsmoment* ved anvendelsen av likestillings- og diskrimineringsloven. Staten er pliktsubjekt etter menneskerettighetskonvensjonene, og dermed direkte forpliktet til å overholde konvensjonenes standarder, se Grunnloven § 92.⁴² Som det vil forklares nedenfor, er menneskerettighetene imidlertid også relevante som tolkningsmoment ved fastleggelsen av innholdet i private arbeidsgiveres forpliktelser. De internasjonale konvensjonene kan dermed både være et selvstendige rettsgrunnlag, og en kilde til tolkning av nasjonale bestemmelser.

³⁹ Lignende Bernt og Mæhle (2007) s. 391.

⁴⁰ Dette er i tråd med slik jeg forstår Horn (2017) s. 75 som skriver at et utsagn rettet mot dommere eller andre rettsanvendere er rettsdogmatisk. Lignende Moen (2019) s. 25.

⁴¹ Tilsvarende Moen (2019) s. 25 og Bernt og Doublet (2002) s. 29. Horn (2017) s. 75 mener at det sentrale ved rettspolitiske spørsmål er adressat (lovgiver) og gyldighet (rettspolitisk gyldighet).

⁴² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.).

Om det er statens eller private arbeidsgiveres forpliktelser som står i fokus, har igjen sammenheng med hvilket håndhevingsorgan som tar stilling til saken. Det skilles i den forbindelse mellom internasjonale overvåkningsorganer som tar stilling til statens menneskerettslige forpliktelser, og nasjonale håndhevingsorganer som tar stilling til både statens og private arbeidsgiveres forpliktelser. Hvilket håndhevingsorgan som tar stilling til saken, er også avgjørende for om en sak behandles med utgangspunkt i vernet av religionsfriheten, vernet mot diskriminering, eller begge.

Praksis fra nasjonale og internasjonale håndhevingsorganer er den mest sentrale rettskilden i oppgavens analyser, særlig praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), FNs menneskerettighetskomité (Menneskerettighetskomitéen), EU-domstolen og den nasjonale Diskrimineringsnemnda.⁴³ Jeg vil benytte fellesbetegnelsen «håndhevingspraksis» for denne rettskildekategorien.⁴⁴ Avgjørelsene har noe ulik rettslig status, hvilket vil forklares nærmere nedenfor.

2.2.2. Det internasjonale rettskildematerialet

EMK og SP står helt sentralt i oppgavens analyser. Begge konvensjonene er inkorporert i norsk lov med forrang foran annen lovgivning ved motstrid.⁴⁵ Grunnloven § 92 angir at statens myndigheter både skal «respektere» og «sikre» de menneskerettslige forpliktelsene.⁴⁶ I de tilfellene staten opptre som arbeidsgiver, har staten dermed en negativ forpliktelse til å avstå fra å krenke konvensjonsrettighetene.⁴⁷ Tilsvarende gjelder dersom staten ved lov forbyr religiøse plagg og symboler på visse arbeidsplasser. Den positive forpliktelsen retter seg mot «statens myndigheter», altså både lovgiver, forvaltning og domstoler. Lovgiver må anordne et generelt rammeverk som sikrer mot krenkelser, og domstoler og forvaltning må tolke og anvende dette på en slik måte at de kommer fram til en løsning som er i tråd med menneskerettighetene. Menneskerettighetene er derfor også relevante ved fastleggelsen av innholdet i private arbeidsgiveres forpliktelser, ved at de tjener som tolkningsmomenter når grensen for private arbeidsgiveres styringsrett skal klarlegges.

EMK inneholder både et vern av religionsfriheten (artikkel 9) og et vern mot diskriminering på grunn av religion (artikkel 14). EMD har kompetanse til å avsi rettslige bindende dommer

⁴³ Jeg vil også bruke avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetskomisjon, som var et organ som tidligere gransket klager om brudd på EMK. I 1998 ble kommisjonen inkorporert i EMD.

⁴⁴ Samme begrepsbruk er anvendt i Strand (2012) og Strand og Larsen (2021).

⁴⁵ Se mrl. § 2 jf. § 3.

⁴⁶ Se også EMK artikkel 1 og SP artikkel 2.

⁴⁷ Se for eksempel *Schmidt og Dahlström mot Sverige* [J] 1976 no. 5589/72 avsnitt 33.

overfor medlemsstatene. Domstolens avgjørelser har som utgangspunkt meget stor rettskildemessig vekt ved tolkningen av EMK i norsk rett.⁴⁸ I EMDs praksis er det hovedsakelig artikkel 9 om religionsfriheten som benyttes i saker som gjelder bruk av religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen. EMD har lagt til grunn at forholdsmessighetsvurderingene etter artikkel 9 og artikkel 14 er like på dette området.⁴⁹ Derfor er artikkel 14 i liten grad ansett å ha selvstendig betydning.⁵⁰ Eventuelle elementer av diskriminering blir i praksis trukket inn i den forholdsmessighetsvurdering som foretas etter artikkel 9 nr. 2.⁵¹

EMD har tilkjent statene en viss, og til dels vid, skjønnsmargin ved vurderingen av om forbud mot religiøse plagg og symboler er i tråd med konvensjonen. Skjønnsmarginen kan sies å være uttrykk for EMDs prøvingsintensitet i den enkelte sak.⁵² Graden av skjønnsmarginen har blant annet sammenheng med at de europeiske statene har regulert forholdet mellom stat og religion ulikt.⁵³ At EMD innrømmer statene en viss skjønnsmargin, innebærer at EMDs praksis ikke alltid gir entydige svar på hvordan ulike rettigheter og interesser skal avveies mot hverandre i nasjonal rett. Relevans og vekt må vurderes konkret, blant annet i lys av avgjørelsens klarhet og likhet til foreliggende saksforhold.⁵⁴

Ved slutninger fra EMDs praksis i norsk rett, har det betydning om det foreligger forskjeller i samfunnsforholdene i Norge og den respektive staten som avgjørelsen retter seg mot. Dette er særlig sentralt ved EMD-praksis om artikkel 9, fordi flere av avgjørelsene gjelder stater som bygger på sekularisme som grunnleggende prinsipp for statsorganiseringen.⁵⁵ For eksempel bygger Frankrike på et prinsipp om statlig livssynsnytralitet der statlig virksomhet ikke skal innebære noen religiøs virksomhet.⁵⁶ Det foreligger dermed et klart skille mellom stat og religion. Utviklingen i Norge har de siste årene gått i retning av et stadig klarere skille mellom stat og religion.⁵⁷ I Norge er det imidlertid, i større grad enn i Frankrike, etablert et samarbeid

⁴⁸ Se for eksempel Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 og Solheim (2019) s. 373.

⁴⁹ Se for eksempel *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 101.

⁵⁰ Tilsvarende Vickers (2016) s. 131, McCrea (2018) s. 166 og Wigum (2018) s. 22–23. Artikkel 14 drøftes imidlertid ofte mer selvstendig i saker om religiøse reservasjoner, se for eksempel *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 102–106.

⁵¹ Se punkt 6.2.2 nedenfor.

⁵² Se for eksempel Sørensen (2004) s. 134–196, Aall (2015b) s. 82 og Settem (2016) s. 119–141.

⁵³ Om andre variabler for graden av skjønnsmargin, se for eksempel Aall (2018) s. 154–161.

⁵⁴ Se Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) på s. 1007–1009 og Aall (2015a) s. 104–105.

⁵⁵ Sekularisme kan uttrykkes ved at «religiøs og politisk makt skilles fra hverandre slik at religiøse oppfatninger og normer ikke inngår i grunnlaget for utforming av lover og politikk», se NOU 2016: 13 s. 33.

⁵⁶ Se NOU 2013: 1 s. 73. I fransk rett omtales prinsippet «laïcité».

⁵⁷ Blant annet som følge av det såkalte «kirkeforliket» i 2008, med etterfølgende grunnlovsendring og avvikling av statskirkeordningen i 2012. For en oversikt over endringer i tros- og livssynspolitikken, se Stålsett (2020) s. 54–60.

mellom staten og enkelte trossamfunn. Grunnloven § 16 forplikter staten til å føre en aktivt støttende tros- og livssynspolitikk, som innebærer understøttelse av Den norske kirke som folkekirke, og understøttelse av alle tros- og livssynssamfunn på lik linje.⁵⁸ Den norske kirke og kristendommen er også gitt en type særstatus, både gjennom Grunnloven § 16 og verdiparagrafen i § 2 som stadfester et kristent verdigrunnlag.⁵⁹

Norges forhold til religion har særlig betydning når slutninger fra EMDs praksis skal trekkes i spørsmålet om hvilke begrunnelser som er legitime ved restriksjoner i religiøs bekledning og symbolbruk.⁶⁰ EMD har i flere avgjørelser godtatt at statene begrunner forbud mot religiøse plagg og symboler av hensyn til ivaretagelse av sekularisme. Sekularisme vil ikke nødvendigvis kunne begrunne begrensninger med samme styrke i Norge.⁶¹ Problemstillingen vil særlig drøftes i punkt 5.5.2 som gjelder spørsmålet om hensynet til religiøs nøytralitet er en saklig begrunnelse ved forbud mot religiøse plagg i norske utdanningsinstitusjoner.

SP inneholder, i likhet med EMK, både et vern av religionsfriheten (artikkel 18) og et vern mot diskriminering på grunn av religion (artikkel 26). Det er Menneskerettighetskomitéen som fører tilsyn med statenes etterlevelse av SP.⁶² Komitéen håndhever konvensjonen på ulike måter, blant annet gjennom utforming av konkluderende observasjoner, utarbeidelse av generelle kommentarer og behandling av individklagesaker.⁶³ Individklagene realitetsbehandles, og komitéen gir konklusjoner i form av «views». Disse er ikke folkerettslig bindende for Norge.⁶⁴ Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at konvensjonstolkning foretatt av Menneskerettighetskomitéen har «betydelig vekt» ved tolkningen av konvensjonen i norsk rett.⁶⁵ I motsetning til EMD, anvender Menneskerettighetskomitéen i større grad både bestemmelsene om religionsfrihet og diskrimineringsvern.

EU-retten er en relevant rettskilde ved tolkningen av likestillings- og diskrimineringslovens bestemmelser. Vernet mot diskriminering på grunn av religion i arbeidsforhold følger av EUs

⁵⁸ Se Prop. 130 L (2018–2019) s. 57.

⁵⁹ Grunnloven § 2 har til hensikt å uttrykke «sentrale og grunnleggende verdier i samfunnet og for staten, som konstitusjonen bygger på og bidrar til å bevare og fremme», se St.meld. nr. 17 (2007–2008) s. 71. For videre lesning, se Michalsen (2014) s. 206–234.

⁶⁰ Se kapittel 5 nedenfor.

⁶¹ Se for eksempel Solheim (2019) s. 374, Wigum (2018) s. 183 og Høstmælingen (2006) s. 246.

⁶² Se SP artikkel 28.

⁶³ Se nærmere Strand (2019) s. 434 flg.

⁶⁴ Se Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 19. desember 1966 (Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter) artikkel 5 nr. 4.

⁶⁵ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81. Se også Strand (2019) s. 447 om at individklagesaker mot andre land enn Norge, kan ha stor betydning dersom saken rettslig og faktisk har likhetstrekk med en problemstilling som har oppstått på nasjonalt plan. Tilsvarende Aall (2017) s. 420.

rammedirektiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet (rammedirektivet).⁶⁶

Rammedirektivet er ikke en del av EØS-avtalen, og verken offentlige eller private arbeidsgivere er direkte forpliktet etter EU-retten på dette området.⁶⁷ Lovgiver har imidlertid valgt å utforme det norske diskrimineringsvernet med det formål at rettstilstanden skal være minst på høyde med diskrimineringsvernet i EU. Denne formen for gjennomføring omtales i litteraturen som «frivillig overtagelse» eller «frivillig repetisjon» av EU-rett.⁶⁸ EU-retten vil på denne måten kunne tjene som tolkningsmoment ved fastleggelsen av diskrimineringsvernets rekkevidde. EU-rettens relevans og vekt drøftes nærmere i punkt 4.4.2 nedenfor. Ved tolkningen av rammedirektivet er også EUs pakt om grunnleggende rettigheter (EU-pakten) av betydning.⁶⁹ EU-pakten inneholder blant annet bestemmelser om religionsfrihet (artikkel 10), diskrimineringsvern (artikkel 21) og næringsfrihet (artikkel 16). Pakten er ikke en del av EØS-avtalen. Ettersom den utgjør en rettskilde ved tolkning av annen EU-rett, kan den likevel få indirekte betydning for tolkning av norsk lovgivning som gjennomfører EU-rett.⁷⁰

2.2.3. Det nasjonale rettskildematerialet

Når det gjelder det nasjonale rettskildematerialet, er det først og fremst de rettskildene som knytter seg til diskrimineringsvernet som er relevante. Det nasjonale vernet mot diskriminering på grunn av religion følger av likestillings- og diskrimineringsloven. Vernet gjelder alle sider ved et arbeidsforhold, se § 29. Likestillings- og diskrimineringslovens bestemmelser forplikter både offentlige og private arbeidsgivere direkte.⁷¹ Som nevnt ovenfor, vil det internasjonale materialet ha relevans som tolkningsmoment, fordi det nasjonale vernet mot diskriminering på grunn av religion må tolkes i lys av, og praktiseres i samsvar med, de minimumskrav som følger av konvensjonsbestemmelsene om både religionsfrihet og diskrimineringsvern, samt EU-retten.⁷²

⁶⁶ Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 27. november 2000 (EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet – rammedirektivet). Direktivet er en del av EUs ikke-diskrimineringspakke, som i tillegg til det nevnte direktivet inneholder Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet, samt et handlingsprogram for å bekjempe diskriminering. Se nærmere Ot.prp. nr. 104 (2002–2003).

⁶⁷ At direktivet ikke er en del av EØS-avtalen skyldes at EFTA-landene ikke oppnådde enighet på dette punkt, se Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 36.

⁶⁸ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 187 og Fredriksen (2011) s. 25–36. Se nærmere om denne gjennomføringsmåten i Bull (2015) s. 373–377.

⁶⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 16. Oktober 2012 (EUs pakt om grunnleggende rettigheter – EU-pakten).

⁷⁰ Se Fredriksen (2013) s. 371–399.

⁷¹ Se likestillings- og diskrimineringsloven § 2.

⁷² Se Prop. 81 L (2016–2017) s. 38 og 45.

Også Grunnloven har bestemmelser om religionsfrihet og diskrimineringsvern, i henholdsvis §§ 16 og 98. Paragraf 98 kom inn ved grunnlovsreformen i 2014. Høyesterett har lagt til at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene har stor betydning ved tolkningen av de nye grunnlovsbestemmelsene.⁷³ Paragraf 16 er ikke en av de nye grunnlovsbestemmelsene, men det følger av juridisk teori at også denne skal tolkes i lys av folkeretten.⁷⁴ Foruten det internasjonale materialet, finnes det svært få rettskilder som gir viktige bidrag for tolkningen av disse grunnlovsbestemmelsene.⁷⁵ Jeg vil derfor konsentrere meg om de internasjonale kildene.⁷⁶

Videre kan arbeidsmiljølovens bestemmelser bidra til å utfylle og konkretisere retningslinjene for de skjønsmessige vurderingene som må foretas ved fastleggelsen av religionsfriheten og diskrimineringsvernets rekkevidde. Den arbeidsrettslige reguleringen er særlig aktuell i kapittel 5 hvor jeg drøfter sakligheten av ulike hensyn. De arbeidsrettslige rammene omtales nærmere i punkt 3.2 nedenfor. Videre gir både formålsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 1-1 og likestillings- og diskrimineringsloven § 1 uttrykk for overordnede verdier, som styringsrettens rammer må fastlegges i lys av. Disse vil i denne sammenheng tjene som relevante hensyn ved tolkningen av diskrimineringsvernet.

Den nasjonale diskrimineringsretten har i de siste årene vært gjenstand for en rekke lovendringer og -reformer. Dette innebærer at også forarbeidene til tidligere lover er relevante i den utstrekning det ikke er tatt sikte på realitetsendringer.⁷⁷ Forarbeidene gir imidlertid få bidrag når det gjelder det nærmere innholdet i de konkrete saklighets- og forholdsmessighetsvurderingene, og de vil først og fremst benyttes for å klarlegge diskrimineringsvernets anvendelsesområde og de rettslige utgangspunktene og vurderingstemaene. I tillegg er forarbeidene sentrale hva gjelder EU-rettens betydning i norsk

⁷³ Se blant annet Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57 og HR-2016-2554-P avsnitt 81. Se også Dokument 16 (2011–2012) s. 90. For en nærmere analyse av EMKs betydning ved tolkningen av Grunnloven, se Aall (2017) s. 407–432.

⁷⁴ Se Wigum (2018) s. 62, Bårdsen (2017) avsnitt 23 og Strand (2007) s. 21.

⁷⁵ Tilsvarende Wigum (2018) s. 23. Wigum behandler imidlertid Grunnloven § 16 som selvstendig skranke i sin avhandling.

⁷⁶ Det må bemerkes at Grunnloven formelt sett gir begrensninger og føringer i form av å tjene som tolkningsprinsipp for forvaltningen og som skranke for lovgiver. Sistnevnte gjelder både i de tilfellene hvor konsekvenser av ny lovgivning er oversett, og hvor en nedbygging av rettsstaten er villet, se nærmere Aall (2021) s. 197–198.

⁷⁷ Da likestillings- og diskrimineringsloven trådte i kraft i 2018, erstattet den fire tidligere lover: lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven), lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet), lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) og lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).

rett, fordi de gir et tydelig mandat for å anse EU-retten som retningsgivende, se nærmere punkt 4.4.2 nedenfor.

Det finnes ingen publiserte avgjørelser fra ordinære domstoler som direkte berører oppgavens problemstilling. Det finnes en del avgjørelser fra Diskrimineringsnemnda, og den tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Da likestillings- og diskrimineringsloven trådte i kraft 1. januar 2018, byttet Likestillings- og diskrimineringsnemnda navn og fikk noe endret kompetanse.⁷⁸ Dette har ikke betydning for bruken av praksis, og jeg vil av fremstillingsmessige hensyn benytte betegnelsen «Nemnda» for begge organene.⁷⁹ Nemnda er et uavhengig forvaltningsorgan som har kompetanse til å håndheve ulike diskrimineringsforbud i flere lover.⁸⁰ Fordi avgjørelser fra Nemnda vil benyttes som rettskilde i oppgaven, er det nødvendig å si noe om avgjørelsens relevans og vekt, og hvordan jeg vil bruke disse avgjørelsene.

Fraværet av direkte relevant rettspraksis, gir i prinsippet større rom for rettskilder av lavere autoritet og vekt.⁸¹ Grunnen til at så få saker havner i domstolene, er at lovgiver bevisst har valgt at Nemnda skal være et «lavterskeltilbud» i saker om diskriminering.⁸² Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom bestemmelsen om litispendensvirkning i diskrimineringsombudsloven § 17 som innebærer at behandling i Nemnda er til hinder for samtidig domstolsbehandling av det samme kravet. Begrunnelsen for regelen er samfunnsøkonomiske hensyn og å unngå at ulike organer kommer til motstridende utfall.⁸³ Lovgiver har dermed gitt uttrykk for at det er ønskelig at slike saker hovedsakelig behandles i Nemnda, istedenfor i de ordinære domstolene.

I rettslitteraturen diskuteres ofte vekten av «forvaltningspraksis». Med dette menes som regel lang og festnet praksis i forvaltningen.⁸⁴ Selv om det er fattet en del avgjørelser i Nemnda om bruk av religiøse plagg og symboler, er det ikke snakk om et såpass stort omfang at man kan

⁷⁸ Se lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven). Endringen medførte blant annet at det tidligere to-instanssystemet ble erstattet med en én-instansbehandling. For en oversikt, se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 44.

⁷⁹ Betegnelsen omfatter også den tidligere Klagenemnda for likestilling som ble erstattet av Likestillings- og diskrimineringsnemnda i 2006.

⁸⁰ Diskrimineringsombudsloven §§ 6 og 7 jf. § 1 og likestillings- og diskrimineringsloven § 35.

⁸¹ Lignende Nygaard (2004) s. 210 og Kjærstad (2003) s. 160.

⁸² Se Ot.prp. nr. 34 (2004–2005) s. 92 og Prop. 80 L (2016–2017) s. 11. Se også Strand (2016) s. 143 om at domstolene til nå langt ifra har vært den primære arenaen for håndheving av saker om diskriminering i Norge.

⁸³ Se Prop. 80 L (2016–2017) s. 62.

⁸⁴ Dette er «praksis» i snever betydning, se Nygaard (2004) s. 212.

snakke om «forvaltningspraksis» i denne betydningen.⁸⁵ Den praksis som her foreligger, er avgjørelser i form av tolkning og standpunkt i enkeltsaker.

Nemndas oppgave er å behandle enkeltsaker, og ikke drive med masseforvaltning.⁸⁶ Hovedoppgaven er regelfortolkning og håndheving, samt bevisvurdering i saker som faller inn under Nemndas virkeområde.⁸⁷ Nemnda er i tillegg et organ med særlig kyndighet på sitt felt.⁸⁸ Slik sett har Nemnda likhetstrekk med Pasientskadenemnda, som også er en uavhengig nemnd som løser rettslige spørsmål.⁸⁹ Høyesterett har lagt til grunn at avgjørelser fra Pasientskadenemnda må tillegges vekt «i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha[r] gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis».⁹⁰ I juridisk litteratur er det lagt til grunn at enkeltavgjørelser fra Pasientskadenemnda har liten rettskildevikt i seg selv, men kan tillegges en viss betydning avhengig av om de enkelte vedtak virker overbevisende.⁹¹ Dette tilsier at også avgjørelser fra Nemnda er en relevant rettskilde, men at vekten må vurderes konkret, blant annet på bakgrunn av avgjørelsens kvalitet.⁹²

⁸⁵ Siden 2010 er det, så vidt meg bekjent, avsagt sju avgjørelser om bruk av religiøse plagg og symboler i arbeidslivet (per 20. juli 2021).

⁸⁶ Se Prop. 80 L (2016–2017) s. 36.

⁸⁷ Diskrimineringsombudsloven § 7 jf. § 1.

⁸⁸ Se diskrimineringsombudsloven § 6 tredje ledd om kvalifikasjonskrav.

⁸⁹ Aasen (2000) s. 193 trekker også likhetstrekk mellom den tidligere Pasientskadenemnda og Klagenemnda for likestilling. Pasientklagenemnda var på den tid et organ som avgjorde krav om erstatning, men i dag behandler Pasientklagenemnda klager over vedtak i Norsk Pasientskadeerstatning (NPE).

⁹⁰ Rt. 2006 s. 1217 avsnitt 38.

⁹¹ Se Aasen (2000) s. 198–199, lignende Syse, Jørstad og Kjelland (2011) s. 80 og Lødrup (2009) s. 69.

⁹² Lignende er lagt til grunn mer generelt av for eksempel Boe (2021) s. 422, Nygaard (2004) s. 212 og Eriksen (2019) s. 327.

3. Arbeidsgivers styringsrett og den arbeidsrettslige konteksten

3.1. Styringsrettsbegrepet

Jeg har tidligere vist til at oppgaven søker å identifisere rammene for arbeidsgivers styringsrett, og at det i den forbindelse er avgjørende å fastlegge rekkevidden av arbeidstakers rettigheter. Problemstillingen nødvendiggjør derfor ikke en grundig drøftelse av verken styringsrettens fundament eller innhold.⁹³ Jeg vil i det følgende nøye meg med å redegjøre kort for innholdet i styringsrettsbegrepet, og hvordan jeg bruker dette (punkt 3.1). Videre vil jeg forklare hvordan ulike rettslige grunnlag kan begrense styringsretten, samt hvordan disse grunnlagene relaterer seg til mine analyser av religionsfriheten og diskrimineringsvernet (punkt 3.2). Avslutningsvis vil jeg skissere noen generelle trekk ved arbeidsforholdet som kontekst for problemstillingen (punkt 3.3).

Arbeidsgivers styringsrett er en ulovfestet kompetansenorm.⁹⁴ Det finnes ingen lovbestemmelser som eksplisitt stadfester styringsrettens eksistens. Styringsretten har imidlertid i lang tid vært forutsatt både i rettspraksis og i lovgivningssammenheng.⁹⁵ Begrepsmessig kan styringsretten defineres vidt eller snevert. I juridisk teori har det vært vanlig å ta utgangspunkt i en vid definisjon, hvor styringsretten defineres som «retten til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere».⁹⁶ Denne definisjonen omfatter følgelig både den delen av styringsretten som angår henholdsvis arbeidsgivers *autonome* og *heteronome* kompetanse.

Arbeidsgivers autonome kompetanse gir en rett til å treffe bindende beslutninger med virkning for virksomheten selv.⁹⁷ Denne kompetansen innebærer at arbeidsgiver kan bestemme virksomhetens generelle oppgaver, omfang og ressursdisponering. Dette vil for eksempel kunne omfatte markedsføringsstrategier og avgjørelser knyttet til hvilken profil virksomheten skal ha utad.⁹⁸ I tillegg gir den autonome kompetansen arbeidsgiver en rett til å

⁹³ For en mer omfattende gjennomgang av styringsrettens fundament og rekkevidde, se Evju (2003).

⁹⁴ Det rettslige grunnlaget for styringsretten er ansett å være rettsordenens anerkjennelse av at arbeidsgiver har en slik kompetanse, se nærmere Evju (2003) s. 18 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 96.

⁹⁵ Rettssamfunnet har anerkjent styringsretten siden starten av 1900-tallet, se nærmere Fougner (2019) s. 88 og Evju (2003) s. 18. For eksempler på lovbestemmelser som forutsetter styringsrettens eksistens, se Hemmingby (2020) s. 58–59.

⁹⁶ Opprinnelig Andersen (1967) s. 149. Det tas også utgangspunkt i denne formuleringen i Evju (2003) s. 15 og Fougner (2009) s. 235.

⁹⁷ Se for eksempel Fougner (2009) s. 240–241 med henvisning til Evju (2003) s. 15. Arbeidsgivers autonome kompetanse sammenfaller ofte med det som i juridisk teori omtales om foretaks- eller virksomhetsledelse.

⁹⁸ Lignende Hemmingby (2020) s. 60.

velge om noen skal ansettes.⁹⁹ Den autonome kompetansen trenger ikke noe særskilt rettsgrunnlag, fordi arbeidsgiver kan fatte slike beslutninger i medhold av den alminnelige avtalefriheten og partsautonomien.¹⁰⁰ Disse formene for beslutninger er dermed «styringsrett» i videre forstand.

Arbeidsgivers heteronome kompetanse innebærer en rett til å fastsette bestemmelser med rettslig bindende virkning for arbeidstakerne.¹⁰¹ Denne kompetansen omtales gjerne som en rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, og blir først aktuell etter at ansettelse foreligger. Kompetansen innebærer blant annet at arbeidsgiver kan vedta generelle og individuelle påbud og forbud overfor arbeidstakerne. Styringsretten er det rettslige grunnlaget for slike beslutninger, og omtales derfor som styringsrett i snever forstand.¹⁰² Høyesterett har valgt en slik snever formulering av styringsretten.¹⁰³ Dette er imidlertid et spørsmål om begrepsbruk, og endrer ikke det rettslige innholdet i de to formene for kompetanse.

I denne oppgaven benytter jeg begrepet «styringsrett» i vid forstand, altså både i betydningen den autonome og heteronome kompetansen.¹⁰⁴ Grunnen til dette er at vernet av religionsfriheten og diskrimineringsvernet kan begrense begge disse formene for kompetanse.¹⁰⁵ For eksempel vil regelsettene kunne begrense både arbeidsgivers adgang til å velge bort en arbeidssøker (autonom kompetanse), og arbeidsgiver adgang til å vedta påbud og forbud mot bestemte typer bekledning (heteronom kompetanse).

3.2. Normative grunnlag for begrensninger i styringsretten

Som nevnt innledningsvis, er ikke styringsretten absolutt. Den begrenses i stor grad av andre rettslige grunnlag, som lovgivning, kollektive og individuelle avtaler og et alminnelig saklighetskrav. Grunnlagene kan innsnevre handlingsrommet hva gjelder hvilke beslutninger som kan treffes, hvilket innhold de kan ha, og hvordan arbeidsgiver kan gå frem når beslutningene treffes.¹⁰⁶ Fordi de rettslige begrensningene i styringsretten er såpass omfattende,

⁹⁹ Se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 99 og Fougner (2016a) s. 159. Se også Rt. 2001 s. 248 på s. 259 hvor Høyesterett viser til at ansettelse er en del av styringsretten.

¹⁰⁰ Se Evju (2003) s. 16 og Fougner (2019) s. 23–24.

¹⁰¹ Se for eksempel Evju (2003) s. 16. Ofte sammenfaller den heteronome kompetansen med det som i juridisk litteratur omtales som arbeidsledelse.

¹⁰² Se Hotvedt (2016) s. 127 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 99.

¹⁰³ Første gang formulert i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609 som arbeidsgivers rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet», og senere gjentatt i flere avgjørelser. Se kritikk av denne definisjonen i Fougner (2019) s. 23 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 98.

¹⁰⁴ Tilsvarende Fougner (2019) s. 24.

¹⁰⁵ Dette følger også eksplisitt av likestillings- og diskrimineringsloven § 29.

¹⁰⁶ Se Evju (2003) s. 20.

har både Høyesterett og juridisk teori omtalt styringsretten som en «restkompetanse».¹⁰⁷ Restkompetanse-tilnærmingen innebærer at ulike grunnlag må identifiseres og undersøkes, og det som «blir igjen» er arbeidsgivers handlingsrom i kraft av styringsretten.¹⁰⁸ Oppgaven dreier seg nettopp om å undersøke hvordan religionsfriheten og diskrimineringsvernet begrenser styringsretten, men jeg vil for oversiktens skyld forklare hvordan også andre grunnlag kan begrense styringsretten på dette området. Drøftelsene nedenfor vil vise at religionsfriheten og diskrimineringsvernet ikke kan analyseres helt uavhengig av øvrige kompetansebegrensninger.

For det første vil arbeidsgivers *avtalerettslige* forpliktelser kunne begrense styringsrettens rekkevidde. Det er nok sjelden at adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler eksplisitt er regulert i arbeidskontrakten, men dersom dette er tilfelle kan kontrakten utgjøre en selvstendig begrensning for arbeidsgivers reguleringsadgang. Høyesteretts avgjørelse i HR-2018-1958 (Spiral), viser at et avtalerettslig grunnlag for rett til religionsutøvelse på arbeidsplassen ikke er upraktisk. Saken gjaldt en kommunes oppsigelse av en fastlegeavtale fordi legen av samvittighetsgrunner ikke ønsket å sette inn spiral som prevensjonsmiddel. Høyesterett fant at det var inngått bindende muntlig avtale mellom legen og kommunen, som omfattet aksept av hennes samvittighetsforbehold. Høyesterett fant det dermed unødvendig å løse saken på bakgrunn av EMK artikkel 9.¹⁰⁹ Avgjørelsen viser at arbeidsgivers avtalerettslige forpliktelser kan være avgjørende for styringsrettens rekkevidde, også på området for religionsfriheten.¹¹⁰ Avtalerettslige aspekter vil også kunne inngå i de forholdsmessighetsvurderinger som er tema i kapittel 6 nedenfor (se særlig punkt 6.3.3 og 6.3.5).

Videre vil det arbeidsrettslige *saklighetskravet* kunne sette begrensninger. Høyesterett har uttalt følgende om saklighetskravet:

¹⁰⁷ Se Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 412 og for eksempel Fougner (2019) s. 98 og Evju (2003) s. 21.

Begrepsbruken er kritisert av enkelte forfattere, se Thorkildsen og Drevland (2010) s. 30. Diskusjonen knytter seg hovedsakelig til om styringsretten kan anses som et selvstendig rettsgrunnlag, se Evju (2010) s. 49–65.

¹⁰⁸ Se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 100. Tilsvarende Evju (2003) s. 21 og Fougner (2016b) s. 214. Annerledes Thorkildsen og Drevland (2010) s. 30–48.

¹⁰⁹ Høyesterett kom imidlertid med noen generelle uttalelser om EMK artikkel 9 i *obiter dictum*, se avsnitt 75–92, og nærmere punkt 4.3.1 nedenfor.

¹¹⁰ Se også HR-2016-2286-A (Rygge) avsnitt 26, hvor Høyesterett uttalte på generelt grunnlag at arbeidsgiver kan endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet, med mindre det er gitt «særskilt avkall på styringsretten». Tilsvarende følger av Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 41.

«Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»¹¹¹

Tilsvarende krav vil inngå i vurderingen av både religionsfrihetens og diskrimineringsvernets rekkevidde. Likebehandlingsregler, herunder diskrimineringsvernet, kan nettopp anses som en presisering av saklighetskravet.¹¹² Det nærmere innholdet i saklighetskravet er omdiskutert i juridisk teori. Uenigheten knytter seg blant annet til om saklighetskravet gir anvisning på en rimelighetsvurdering som åpner for en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser.¹¹³ Etter min mening er det uansett tvilsomt at saklighetskravet vil utgjøre en skanke av selvstendig betydning i situasjoner hvor vernet av religionsfriheten og diskrimineringsvernet kommer til anvendelse. Saklighetskravet behandles derfor ikke nærmere.

Styringsretten må videre utøves innenfor rammen av de begrensninger som følger av *lovgivning*. Annen lovgivning enn den jeg primært undersøker, vil også kunne sette skranker for arbeidsgivers adgang til å regulere bruken av religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen. Her er det til dels overlappende regelverk, slik at beslutninger knyttet til arbeidstakers religiøse bekledning kan være i strid med arbeidsrettslige bestemmelser, i tillegg til å være i strid med bestemmelser om religionsfrihet og diskrimineringsvern.¹¹⁴ Lovfestede krav til saklighet vil for eksempel begrense hva som kan vektlegges ved oppsigelser. En oppsigelse begrunnet i arbeidstakers bruk av hijab, vil derfor etter forholdene kunne utgjøre brudd på aml. § 15-7 (vern mot usaklig oppsigelse). En slik oppsigelse vil imidlertid også kunne innebære brudd på diskrimineringsvernet og bestemmelsene om religionsfrihet.¹¹⁵ Det kan videre tenkes at manglende regulering fra arbeidsgivers side, utgjør brudd på konkrete sikkerhetskrav hjemlet i aml. § 3-2. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom bruk av enkelte plagg kommer i konflikt med forsvarlig drift av virksomheten. Videre kan tolkningen

¹¹¹ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 427. Det arbeidsrettslige saklighetskravet er en rettslig norm etablert av Arbeidsretten, som senere er utviklet og avklart av Høyesterett, se nærmere Fougner (2019) s. 183–186. For offentlige arbeidsgivere gjelder i tillegg det forvaltningsrettslige saklighetskravet, se om dette i for eksempel Eckhoff og Smith (2018) s. 388–401. Det forvaltningsrettslige saklighetskravet er mer omfattende på enkelte områder, for eksempel ved ansettelse, se nærmere Engelsrud (2009) s. 149–166.

¹¹² Se Storeng mfl. (2020) s. 43.

¹¹³ Fougner mener for eksempel at det ikke kan oppstilles noe krav om interesseavveining, se Fougner (2016a) s. 164–172 og Fougner (2019) s. 183–186. Motsatt Hotvedt og Ulseth (2013) s. 119 flg.

¹¹⁴ Lignende Hotvedt (2016) s. 203–204.

¹¹⁵ Se også punkt 6.2.4 og 6.3.2 nedenfor.

av diskrimineringsvernet danne grunnlag for arbeidsgiverplikter, selv om arbeidsmiljøloven ikke eksplisitt oppstiller slike krav.¹¹⁶ Et eksempel er at diskrimineringslovgivningen i visse tilfeller kan kreve bestemte former for tilrettelegging fra arbeidsgivers side, se punkt 6.2.3 nedenfor. Diskrimineringsvernet vil her både kunne presisere og utfylle de generelle tilretteleggingspliktene i aml. §§ 4-2 og 4-3.¹¹⁷

Jeg vil ikke gå nærmere inn i en selvstendig drøftelse av hvordan den arbeidsrettslige reguleringen begrenser styringsretten på dette området. Som nevnt i punkt 2.2.3, vil jeg imidlertid trekke inn relevant arbeidsrettslig regulering for å avklare innholdet i de saklighets- og forholdsmessighetskrav som bestemmelsene om diskrimineringsvern og religionsfrihet består av. Dette gjøres i de konkrete drøftelsene i oppgavens kapittel 5 og 6.

Tilnæringsmåten er naturlig, all den tid den juridiske metoden tilstreber koherens og sammenheng i rettssystemet.¹¹⁸ Den arbeidsrettslige reguleringen vil på denne måten kunne presisere og utfylle vurderingene av religionsfrihetens og diskrimineringsvernet rekkevidde.

3.3. Arbeidsforholdet som kontekst

Arbeidsforholdet utgjør den faktiske konteksten for problemstillingen.¹¹⁹ Ved tolkningen av bestemmelsene om religionsfrihet og diskrimineringsvern, må det derfor tas hensyn til arbeidsforholdets karakter. I det følgende vil jeg belyse noen overordnede trekk ved arbeidsforholdet.

Som redegjort for ovenfor, har arbeidsgiver som utgangspunkt frihet til å bestemme hvem som skal ansettes. Arbeidsgiver vil ofte ha mulighet til å velge blant flere potensielle arbeidstakere, mens en arbeidssøker på sin side er avhengig av lønnet arbeid for å tjene til livets opphold. Partenes sosioøkonomiske posisjoner er dermed ulike.¹²⁰ Videre vil det ofte være av stor betydning for en arbeidssøker om vedkommende får den aktuelle jobben. For arbeidsgiver kan det imidlertid være mindre viktig å ansette én bestemt person. Som følge av dette, vil arbeidstaker som regel ha lite forhandlingsrom i en ansettelsesprosess.¹²¹ Det foreligger på denne måten en *maktubalanse* mellom rettssubjektene. Dette kan for eksempel

¹¹⁶ Lignende Hotvedt (2016) s. 203 som omtaler dette som diskrimineringsvernets utfyllende funksjon.

¹¹⁷ Tilsvarende Hotvedt (2016) s. 203 og lignende Strand (2016) s. 139 flg. Se nærmere om forholdet mellom arbeidstakervern og diskrimineringsvern i Hotvedt (2012) s. 141–186.

¹¹⁸ Se for eksempel Tande (2011) s. 13 og Bernt (2002) s. 271.

¹¹⁹ Begrepet «arbeidsforhold» brukes i vid betydning, tilsvarende likestillings- og diskrimineringsloven § 29.

¹²⁰ Tilsvarende Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 37 og lignende Hemmingby (2020) s. 76.

¹²¹ Lignende Hotvedt (2016) s. 250.

ha den konsekvens at en arbeidssøker aksepterer begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg eller symboler, i frykt for å ikke bli valgt ut til jobben.¹²²

Etter inngåelse av arbeidsforholdet, etableres det i medhold av styringsretten et over- og underordningsforhold mellom partene. Dette skyldes blant annet at arbeidstaker får en lydighetsplikt overfor arbeidsgiver. Lydighetsplikten innebærer at arbeidstaker som utgangspunkt plikter å underlegge seg pålegg og forbud arbeidsgiver gir i kraft av styringsretten, for eksempel knyttet til bekledning. Arbeidsforholdet forutsetter på denne måten at arbeidstaker til en viss grad oppgir en del av sin autonomi i arbeidstiden.¹²³ Brudd på arbeidsgivers pålegg eller forbud kan videre bli betraktet som en ordrenekt, som igjen *kan* gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed.¹²⁴

For arbeidstakers del er retten til arbeid et grunnleggende gode. Viktigheten av arbeid kan også sies å komme til uttrykk i Grunnloven § 110, samt i enkelte bestemmelser i internasjonale konvensjoner som Norge har forpliktet seg til.¹²⁵ Det må imidlertid nevnes at ingen av disse bestemmelsene gir arbeidstaker rett på en bestemt jobb eller rett til å beholde en bestemt stilling. Å ha arbeid innebærer videre økonomisk trygghet gjennom inntekt. Fast arbeid kan også ha gunstige økonomiske virkninger utover dette, for eksempel muligheter for lånopptak og pensjon. I tillegg er deltakelse i arbeidslivet tett knyttet til ikke-økonomiske goder, som livskvalitet, respekt og sosialt fellesskap.¹²⁶ Arbeidslivets betydning for individet er blant annet grunnen til at det foreligger særlig strenge diskrimineringsforbud i arbeidslivet, se nærmere punkt 4.4 nedenfor.

Dersom det i for stor grad legges bånd på individets adgang til å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen, vil dette kunne få store konsekvenser. Bruk av religiøse plagg og

¹²² Se nærmere punkt 6.3.5 om hvordan dette aspektet virker inn i forholdsmessighetsvurderingen.

¹²³ Lignende Vickers (2016) s. 56–59. Dette har også sammenheng med at den «vare» arbeidstaker selger er sin egen arbeidskraft, noe som gjør at arbeidsgivers styringsrett gir arbeidstaker en viss adgang til å råde over arbeidstakers person, se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 97.

¹²⁴ Storeng mfl. (2020) s. 532 angir at det kan være oppsigelsesgrunn dersom arbeidstaker nekter å gå kledd slik arbeidsgiver ønsker.

¹²⁵ Se særlig International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – ØSK) artikkel 6 og Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18. desember 1979 (Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med protokoll – KDK) artikkel 11, begge gjort til norsk lov med forrang gjennom mrl. § 2 jf. § 3.

¹²⁶ Lignende Hotvedt (2016) s. 250 og Engelsrud (2009) s. 149. For en nærmere redegjørelse av disse aspektene, se Vickers (2016) s. 56–59.

symboler er ofte såpass viktig for individet, at det ikke er aktuelt å delta i arbeidslivet hvis det blir nektet å bruke slike.¹²⁷ Strand fremhever i relasjon til religiøse hodeplagg at bruken er

«nær[t] knyttet til identitet, og i tillegg kan det i et religiøst og sosialt fellesskap foreligge sterke forventninger om at man skal bruke religiøse hodeplagg. Dermed er det en fare for at forbud mot bruk av religiøse hodeplagg ikke resulterer i at et individ tar av sitt hodeplagg, men at individet lar være å delta på arenaer der det ellers ville deltatt».¹²⁸

Vernet av religionsfriheten og vernet mot diskriminering på grunn av religion, bidrar nettopp til å beskytte individets interesser i slike tilfeller. I det neste kapittelet er det disse rettighetene som står i fokus.

¹²⁷ Se nærmere punkt 6.3 nedenfor.

¹²⁸ Strand (2012) s. 237.

4. Arbeidstakers religionsfrihet og diskrimineringsvern

4.1. Innledning

Formålet med dette kapittelet er å klargjøre hvilke rettslige rammer EMK, SP og de diskrimineringsrettslige reglene oppstiller for arbeidsgivers adgang til å nekte arbeidstaker å bruke religiøse plagg og symboler. Jeg vil først forklare hvilke underliggende grunnverdier religionsfriheten og diskrimineringsvernet beskytter (punkt 4.2). Deretter vil jeg behandle EMK og SP (punkt 4.3). Videre behandler jeg det nasjonale diskrimineringsvernet, og redegjør nærmere for betydningen av EU-retten (punkt 4.4). Drøftelsene vil vise at regelsettene til dels har overlappende anvendelsesområder, samtidig som EMK og SP også virker som supplerende rettskildefaktorer ved tolkningen av diskrimineringsretten. Et særlig materielt spørsmål i diskrimineringsretten er grensedragningen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. Som det vil fremgå nedenfor, har denne grensedragningen betydning for arbeidsgivers reguleringsadgang. I punkt 4.4.3 vil jeg derfor klarlegge hvordan denne grensen skal trekkes i relasjon til bekledningsreglement som begrenser muligheten til å bruke religiøse plagg og symboler. Avslutningsvis vil jeg kort reflektere rundt forholdet mellom religionsfrihet og diskrimineringsvern, og skissere den videre fremstillingen (punkt 4.5 og 4.6).

4.2. Samspillet mellom frihet og likhet

Vernet av religionsfriheten bygger på at individet skal ha *frihet* til å ha en religion, til å endre religion og til å utøve sin religion. Denne formen for frihet har nær sammenheng med individets autonomi, selvbestemmelsesrett og integritet, som i seg er grunnleggende verdier i et samfunn.¹²⁹ At individet har frihet til å ta religiøse valg, er ansett som et verdifullt gode både for individet og for samfunnet som helhet. Dette er blant annet fremhevet av EMD i *Kokkinakis mot Hellas*.¹³⁰ I saken uttalte domstolen at religionsfriheten er

«one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it».¹³¹

¹²⁹ Tilsvarende Aarli og Mæhle (2017) s. 150 og McCrea (2018) s. 149. Lignende Vickers (2016) s. 45–49.

¹³⁰ *Kokkinakis mot Hellas* [J] 1993 no. 14307/88.

¹³¹ Dommens avsnitt 31.

Forbudet mot diskriminering på sin side, verner hovedsakelig *likhet* som grunnverdi. Diskrimineringsvernet skal sikre at alle mennesker blir behandlet likt uavhengig av gruppebaserte karakteristikk, som for eksempel religion. Slike gruppebaserte karakteristikk omtales i diskrimineringsrettslig terminologi som «diskrimineringsgrunnlag».¹³² Diskrimineringsvernet skal dermed ikke sikre individets *valgfrihet* i religiøse spørsmål, men beskytte mot forskjellsbehandling på grunn av karakteristikk som er uløselig knyttet til det enkelte individ som en del av en større gruppe. Diskrimineringsvernets kjerne er at gruppetilhørighet og gruppekarakteristikk som utgangspunkt ikke legitimerer ulikhet.¹³³ På samme måte som religionsfriheten, har vernet sammenheng med den enkeltes rett til integritet og selvbestemmelse.¹³⁴

I diskrimineringsretten er det videre vanlig å skille mellom direkte og indirekte diskriminering.¹³⁵ Disse formene for diskriminering verner noe ulike aspekter av et likebehandlingsprinsipp. *Direkte* diskriminering handler om at ingen skal utsettes for forskjellsbehandling som har direkte sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag. Vernet mot direkte diskriminering skal sikre at like tilfeller behandles likt, og verner dermed likhet i en formell forstand.¹³⁶ Formell likhet er imidlertid ikke nok til å sikre et reelt diskrimineringsvern, fordi lik behandling også kan innebære ulikhet.¹³⁷ Derfor retter vernet mot *indirekte* diskriminering seg mot normer, praksiser og lignende som tilsynelatende er nøytrale, men som likevel i praksis fører til forskjellsbehandling mellom ulike grupper. Nøytrale bekledningsreglement kan for eksempel ha en slik virkning. Vernet mot indirekte diskriminering skal på denne måten medvirke til å fremme likhet i en reell forstand.¹³⁸

Verdiene frihet og likhet handler også om tilgangen til goder, herunder tilgang til arbeidslivet. Som nevnt i punkt 3.3 ovenfor, innebærer tilgang til arbeidslivet goder både på det økonomiske og det personlige plan. Frihet til å utøve religion har i seg selv mindre verdi, dersom man risikerer å bli utsatt for diskriminering på grunn av utøvelsen.¹³⁹ For at individets

¹³² Betegnelsen «diskrimineringsgrunnlag» brukes om de vernede karakteristika som omfattes av det aktuelle diskrimineringsvernet. I norsk rett følger disse av likestillings- og diskrimineringsloven § 6.

¹³³ Se Hotvedt (2016) s. 201–202.

¹³⁴ Se for eksempel Ketscher (2008) s. 41–42.

¹³⁵ Se nærmere punkt 4.4.3 nedenfor.

¹³⁶ Se for eksempel Strand (2012) s. 117. Det formelle likhetsidealet slo gjennom i arbeidsrettslig regulering på 1970-tallet i forbindelse med innføringen av kjønnsdiskrimineringsvernet, se nærmere Hotvedt (2016) s. 202.

¹³⁷ Dette er begrunnelsen for indirekte forskjellsbehandling, se McCrea (2016) s. 201 og Vickers (2016) s. 60.

¹³⁸ Ofte brukes også betegnelsen substansiell likhet, se Strand (2012) s. 117 flg. Disse kan forstås synonymt, se note 67 i Vada (2007) s. 42. Idealet om substansiell likhet brøt gjennom frem mot 2000 i forbindelse med utviklingen av konseptet indirekte diskriminering i EU-domstolens praksis, se Hotvedt (2016) s. 202.

¹³⁹ Lignende Strand (2012) s. 112, McCrea (2018) s. 115 og Haugseth (2009) s. 45.

religionsfrihet skal være reell, er det derfor sentralt at individer sikres lik tilgang til arbeidslivet uavhengig av religiøs tilhørighet. På denne måten kan man se at det er nær sammenheng mellom verdene frihet og likhet. Diskrimineringsvernets likhetsideal bidrar til å supplere og styrke individets religionsfrihet. Fordi rettighetene er tett forbundet, er det nettopp nyttig å se disse i sammenheng, slik jeg gjør i kapittel 5 og 6 nedenfor.¹⁴⁰

4.3. Det menneskerettslige vernet av religionsfriheten

4.3.1. EMK artikkel 9

EMK artikkel 9 lyder slik:

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.
2. Freedom to manifest one's religion or beliefs 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.

Etter ordlyden favner artikkel 9 nr. 1 vidt. Dette følger også av EMDs praksis hvor bestemmelsen er ansett å omfatte både retten til å tro, skifte tro og ikke tro.¹⁴¹ Disse indre formene for tanker om tro, kalles gjerne *forum internum*.¹⁴² Retten til *forum internum* er absolutt, noe som følger av både ordlyden og EMDs praksis.¹⁴³ Retten til å «manifest one's religion» innebærer en rett til religionsutøvelse, og omtales gjerne som *forum externum*.¹⁴⁴ Ikke alle former for religionsutøvelse er vernet av artikkel 9 nr. 1. Med henvisning til EMDs praksis, har Høyesterett oppstilt to krav for at religionsutøvelse skal ha vern:

«Det må foreligge en viss grad av overbevisning, alvor, sammenheng og viktighet, og utøvelsen av overbevisningen må være nært knyttet til det aktuelle livssynet».¹⁴⁵

¹⁴⁰ Vickers (2016) s. 151 argumenterer nettopp for det er nødvendig å se reglene i sammenheng for å kunne utvikle et tilfredsstillende rettighetsvern.

¹⁴¹ Se for eksempel *Kokkinakis mot Hellas* [J] 1993 no. 14307/88 avsnitt 31.

¹⁴² Se NOU 2016: 13 s. 51. Se også Wigum (2018) s. 103–105 om skillet mellom indre og ytre tro.

¹⁴³ Se for eksempel *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 80.

¹⁴⁴ Se NOU 2016: 13 s. 52.

¹⁴⁵ HR-2018-1958 (Spiral) avsnitt 78.

Slik jeg tolker uttalelsen, er religiøse plagg og symboler omfattet dersom plaggene brukes av religiøse grunner. Kulturelle og estetiske grunner vil følgelig falle utenfor.¹⁴⁶ EMD har også lagt vekt på individets subjektive oppfatning av plaggets religiøse begrunnelse. Et eksempel er *S.A.S. mot Frankrike* hvor klagerens uttalelser hadde vekt når det gjaldt spørsmålet om bruk av heldekkende plagg (nikab) var omfattet av bestemmelsen.¹⁴⁷ At også subjektive vurderinger har relevans, tilsier etter min mening at det skal svært lite til før bruk av religiøse plagg og symboler omfattes av rettighetsvernet. I EMDs praksis er det videre presisert at vernet ikke er begrenset til religionsuttrykk som er generelt anerkjent eller påbudt i tros læren.¹⁴⁸

Begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen, er følgelig å anse som et inngrep i individets artikkel 9-rettigheter. Av artikkel 9 nr. 2 følger tre grunnleggende vilkår for inngrep: inngrepet må være hjemlet i lov, oppfylle et av de angitte formålene og være nødvendig i et demokratisk samfunn. Lovkravet faller utenfor oppgavens rammer, og vil derfor ikke behandles nærmere.¹⁴⁹

De opplistede formålene i artikkel 9 nr. 2, må etter sin ordlyd anses som vidtrekkende. EMD har lagt til grunn at begrensninger i bruk av religiøse plagg kan skje både av hensyn til «public safety», «public order», «health» og «the rights and freedoms of others».¹⁵⁰ Sistnevnte formål er i juridisk teori ansett å kunne omfatte arbeidsgiverrettigheter i kontrakt.¹⁵¹ Praksis fra EMD viser imidlertid at kontraktsforpliktelsen i seg selv må fremme ett av de opplistede formålene. Formålet «the rights and freedoms of others» er i praksis tolket slik at det omfatter arbeidsgivers rett til å ha en bestemt bedriftsprofil og statens rett til å ha et sekulært prinsipp innen offentlig sektor.¹⁵² Formålet er derfor tolket svært vidt.

¹⁴⁶ Tilsvarende Justisdepartementets lovavdeling, tolkningsuttalelse 1. desember 2009.

¹⁴⁷ *S.A.S. mot Frankrike* [GC] 2014 no. 43835/11 avsnitt 108. For en nærmere analyse av dette vurderingsmomentet, se Wigum (2018) s. 100.

¹⁴⁸ Se *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 82.

¹⁴⁹ Det kan imidlertid nevnes at EMD har ansett arbeidsgivers styringsrett i svensk rett for å tilfredsstillende lovkravet, se *Wretlund mot Sverige* [A] 2004 no. 46210/99 s. 5–6 og *Grimmark mot Sverige* [A] 2020 no. 43726/17 avsnitt 25.

¹⁵⁰ Se for eksempel *Dahlab mot Sveits* [A] 2001 no. 42393/98 s. 13 om «public safety» og «public order», *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 98 om «health» og *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015 no. 64846/11 avsnitt 53 om «the rights and freedoms of others».

¹⁵¹ Se Eidsvaag (2020) s. 196 og Vickers (2016) s. 111.

¹⁵² Se *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 94 og *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015 no. 64846/11 avsnitt 53, og nærmere kapittel 5 nedenfor.

Kravet om at inngrepet må være «necessary in a democratic society», innebærer et krav om forholdsmessighet. Dette følger av både Høyesteretts og EMDs praksis.¹⁵³ EMD har tilkjent statene et visst skjønnsrom i denne vurderingen – en skjønnsmargin.¹⁵⁴ Høyesterett har imidlertid uttalt at inngrepet uansett må være rimelig og forholdsmessig hensett til det formål som skal ivaretas.¹⁵⁵ I EMDs praksis er vurderingstemaet formulert som at «[a] fair balance [...] has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole».¹⁵⁶

Nærmere veiledning for hvordan denne vurderingen skal foretas, må søkes i EMDs avgjørelser om artikkel 9 i arbeidsforhold. Som nevnt i punkt 2.2.2, har domstolen i stor grad godtatt begrensninger i offentlig ansattes adgang til å bruke religiøse plagg og symboler, under henvisning til den enkelte stats praktisering av sekulære prinsipper. Den nasjonale konteksten står dermed sentralt som utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen. Avgjørelsen *Eweida mfl. mot Storbritannia* fra 2013 er videre egnet til å eksemplifisere hvordan den mer konkrete vurderingen må gjøres.¹⁵⁷ Saken omhandlet fire klager som på ulike måter mente at deres artikkel 9-rettigheter var krenket. Saken om den første klageren, Eweida, omhandlet en resepsjonist i British Airways som ikke fikk bruke et kristent kors rundt halsen sammen med uniformen. De motstridende interessene i saken var arbeidsgivers ønske om å ivareta virksomhetens profil utad, sett opp mot Eweidas individuelle religionsfrihet. I den konkrete vurderingen tok EMD utgangspunkt i forholdene på den enkelte arbeidsplassen, og vurderte blant annet om formålet kunne oppnås til tross for at Eweida fikk bruke kors – altså en nødvendighetsvurdering. Diskriminerende elementer ved arbeidsgivers gjennomføring sto også sentralt i den mer konkrete interesseavveiningen.¹⁵⁸ Slik jeg tolker EMDs avgjørelser, må det foretas en konkret interesseavveining av om det aktuelle inngrepet er nødvendig og forholdsmessig i lys av formålet og konsekvensene for individet. Utgangspunktet for vurderingen må tas i den nasjonale konteksten, og i forholdene på den enkelte arbeidsplassen.

¹⁵³ HR-2018-1958-A (Spiral) avsnitt 82 med henvisning til EMDs praksis, og HR-2021-526-A avsnitt 64 (om artikkel 10).

¹⁵⁴ Se punkt 2.2.2 ovenfor.

¹⁵⁵ HR-2018-1958-A (Spiral) avsnitt 82 med henvisning til EMDs praksis.

¹⁵⁶ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 84. Kravet er avgjørende for både private og offentlige arbeidsgivere, se Kjølbro (2017) s. 954.

¹⁵⁷ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10.

¹⁵⁸ Se dommens avsnitt 93–94.

4.3.2. SP artikkel 18

SP artikkel 18 nr. 1 og nr. 3 lyder:

1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. [...]

3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.¹⁵⁹

Ordlyden i første ledd er i all hovedsak sammenfallende med EMK artikkel 9, og synes følgelig å omfatte religion i vid forstand, samt en rekke former for utøvelse. Høyesterett har ikke vurdert denne bestemmelsen i relasjon til religiøse plagg og symboler, og det er derfor naturlig å hente holdepunkter for forståelsen i Menneskerettighetskomitéens generelle kommentarer og praksis i individklagesaker.¹⁶⁰

Det følger av Menneskerettighetskomitéens generelle kommentarer fra 1993 at artikkel 18 beskytter «theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief».¹⁶¹ Dette innebærer i likhet med EMK artikkel 9 at både *forum internum* og *forum externum* er vernet. I relasjon til religiøse plagg og symboler følger det at:

«The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as [...] the wearing of distinctive clothing or head coverings».¹⁶²

I 2018 behandlet Menneskerettighetskomitéen individklagesaken *F.A. mot Frankrike*.¹⁶³ Saken gjaldt en barnehagelærer som ble oppsagt fordi hun brukte hijab i strid med den private barnehagens interne reglement. I vurderingen av artikkel 18 nr. 1 ble det lagt vekt på at hijab er en normal form for religionsutøvelse for muslimske kvinner, og en «integral part of the expression of their religious beliefs».¹⁶⁴ Tilsvarende er lagt til grunn i relasjon til nikab i to

¹⁵⁹ SP artikkel 18 nr. 2 forbyr religiøs tvang, og gjengis ikke fordi den er av mindre betydning for oppgavens problemstilling.

¹⁶⁰ Se tilsvarende tilnærming i HR-2017-2428-A avsnitt 57, selv om det forelå tidligere høyesterettspraksis på området.

¹⁶¹ FNs menneskerettighetskomité *General Comment no. 22* (1993) punkt 2.

¹⁶² FNs menneskerettighetskomité *General Comment no. 22* (1993) punkt 4.

¹⁶³ FNs menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) no. 2662/2015.

¹⁶⁴ Se avgjørelsens punkt 8.4.

individklagesaker om Frankrikes forbud mot heldekkende plagg i det offentlige rom.¹⁶⁵ I motsetning til EMD, har ikke komitéen oppstilt konkrete retningslinjer for vurderingen av om et plagg eller symbol er vernet av SP artikkel 18.¹⁶⁶ Menneskerettighetskomitéen har for eksempel ikke tatt stilling til om smykker og hårlengder er vernetede former for religionsuttrykk. Sett i lys av komitéens ovennevnte uttalelser, må det imidlertid antas at også kors, hårlengder og andre typiske religionsuttrykk vil nyte vern av artikkel 18.¹⁶⁷

Unntaksadgangen følger av artikkel 18 nr. 3, og krever at et inngrep er hjemlet i lov, og er nødvendige for å beskytte nærmere opplistede formål. Unntaksadgangen bygger på en vurdering med tilsvarende struktur som EMK artikkel 9 nr. 2, men har en noe annen ordlyd. Menneskerettighetskomitéen har angitt at unntaksadgangen skal tolkes «strictly», hvilket tilsier en innskrenkende fortolkning av de opplistede formålene og en streng fortolkning av nødvendighetsvilkåret.¹⁶⁸

Når det gjelder formålskravet, følger det av Menneskerettighetskomitéen generelle kommentarer at formålsangivelsen i artikkel 18 nr. 3 er uttømmende.¹⁶⁹ Formålene nevnt i artikkel 18 nr. 3 er tilsvarende som EMK, bortsett fra formålet «the *fundamental* rights and freedoms of others». Denne ordlyden er snevrere enn EMKs «the rights and freedom of others». Forskjellen mellom EMK og SP på dette punktet kan ha betydning for hvilke formål arbeidsgiver kan påberope seg som begrunnelse for å forby religiøse plagg og symboler.¹⁷⁰ Komitéen har videre oppstilt et krav om konkretisering og spesifisering av begrunnelsen.¹⁷¹ I *F.A. mot Frankrike* uttalte komitéen at formålskravet fordrer at statene har gitt en «sufficient justification».¹⁷² Jeg tolker Menneskerettighetskomitéen slik at det ikke er tilstrekkelig at staten viser til at en begrensning i religiøse plagg fremmer et av de opplistede formålene, men at det må begrunnes på hvilken måte dette er tilfelle.

Når det gjelder kravet om at inngrepet må være «necessary», følger det av komitéens generelle kommentarer at begrensningen må være direkte relatert til, og forholdsmessig i lys av, det anførte formålet.¹⁷³ Det gis ingen nærmere retningslinjer for hvordan denne

¹⁶⁵ FNs menneskerettighetskomité *Sonia Yaker mot Frankrike* (2018) no. 2747/2016 punkt 8.3 og *Miriana Hebbadj mot Frankrike* (2018) no. 2807/2016 punkt 7.3.

¹⁶⁶ Sammenlign Høyesteretts uttalelse i HR-2018-1958-A (Spiral) avsnitt 78, gjengitt i punkt 4.3.1 ovenfor.

¹⁶⁷ Lignende Wigum (2018) s. 190.

¹⁶⁸ FNs menneskerettighetskomité *General Comment no. 22* (1993) punkt 8.

¹⁶⁹ FNs menneskerettighetskomité *General Comment no. 22* (1993) punkt 8.

¹⁷⁰ Se nærmere kapittel 5 nedenfor.

¹⁷¹ Lignende Wigum (2018) s. 201 flg. og Strand (2012) s. 314.

¹⁷² FNs menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) punkt 8.8.

¹⁷³ FNs menneskerettighetskomité *General Comment no. 22* (1993) punkt 8.

forholdsmessighetsvurderingen skal gjøres. Vurderingskriteriene må dermed søkes i praksis fra komitéens individklagesaker. I *F.A. mot Frankrike* ble forholdsmessighetskravet vurdert både i relasjon til det aktuelle forbudet i seg selv, og i relasjon til oppsigelsen av barnehagelæreren. Komitéen la videre vekt på både økonomiske og sosiale konsekvenser for individet, henholdsvis at barnehagelæreren ikke fikk sluttvederlag og at oppsigelsen var stigmatiserende. Videre konkluderte komitéen med at det ikke forelå forhold i saken som tilsa at et forbud mot religiøse plagg var nødvendig.¹⁷⁴ Menneskerettighetskomitéen gir dermed, i likhet med EMD, anvisning på en konkret nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering. Komitéen synes imidlertid å stille strengere krav til begrunnelse, og vektlegge konsekvensene for individet i større grad enn EMD.

Det må også nevnes at komitéen i samme sak konstaterte brudd på diskrimineringsforbudet i SP artikkel 26.¹⁷⁵ Drøftelsene av formåls- og forholdsmessighetskravet er i all hovedsak sammenfallende. I juridisk teori er det lagt til grunn at komitéens anvendelse av artikkel 26 i tillegg til artikkel 18, er «largely supplementary».¹⁷⁶ Jeg vil ikke gå nærmere inn på komitéens anvendelse av artikkel 26.

4.4. Vernet mot diskriminering på grunn av religion

4.4.1. Forbudet mot diskriminering på grunn av religion i likestillings- og diskrimineringsloven

Det følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 6 at diskriminering på grunn av religion er forbudt. I fjerde ledd er det angitt at diskriminering er direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke oppfyller lovens krav om legitimering. Hva som menes med direkte og indirekte forskjellsbehandling er nærmere angitt i §§ 7 og 8. Paragraf 7 lyder:

Med direkte forskjellsbehandling menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.

Av § 8 følger det at:

¹⁷⁴ FNs menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) punkt 8.9.

¹⁷⁵ Se avgjørelsens punkt 8.13.

¹⁷⁶ Shany (2021) s. 311.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.

Felles for begge bestemmelser er at det må foreligge en «forskjellsbehandling» som skjer «på grunn av» et diskrimineringsgrunnlag. Det følger av rettspraksis og forarbeider at sistnevnte stiller krav om årsakssammenheng mellom den dårligere behandlingen og diskrimineringsgrunnlaget.¹⁷⁷ Grensdragningen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av religion, behandles nedenfor i punkt 4.4.3.

Religionsbegrepet er ikke nærmere definert, men det fremgår av forarbeidene at dette skal tolkes i tråd med EMK artikkel 9 og EMDs praksis.¹⁷⁸ Jeg forstår dette som en henvisning til at EMDs tolkning av artikkel 9 er styrende for rekkevidden av diskrimineringsgrunnlaget. Av forarbeidene til den tidligere diskrimineringsloven er bruk av hijab og turban nevnt som eksempler på forhold som kan falle innenfor.¹⁷⁹

Direkte og indirekte forskjellsbehandling er bare tillatt dersom forskjellsbehandlingen er i tråd med lovens vilkår. Den generelle unntaksadgangen framgår av § 9 første ledd hvor det følger at forskjellsbehandling er lovlig dersom den har et «saklig formål», er «nødvendig for å oppnå formålet» og «ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles». Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er en rettslig standard som kan tilpasses endrede forhold i samfunnet.¹⁸⁰ Samme sted er det fremholdt at vurderingene på arbeidslivets område må ta utgangspunkt formålet med virksomheten og karakteren av den stilling arbeidstaker innehar.¹⁸¹

Kravet om «saklig formål» avgrenser i henhold til ordlyden mot formål som i sin natur er usaklige. Dette kan for eksempel være forestillinger som bygger på fordommer eller rasisme. I forarbeidene er vurderingstemaet angitt som at det må foreligge en beskyttelsesverdige interesse som tilsier at prinsippet om ikke-diskriminering bør vike.¹⁸² Sikkerhet, helse og

¹⁷⁷ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 55 og Prop. 81 L (2016–2017) s. 104.

¹⁷⁸ Prop. 81 L (2016–2017) s. 84.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 103 om lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 101.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 102.

¹⁸² Prop. 81 L (2016–2017) s. 315.

hygiene nevnes som eksempler på formål som kan være relevante ved begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg.¹⁸³

Nødvendighetskravet gir etter sin ordlyd anvisning på at det må foreligge et behov for tiltaket. I forarbeidene er det imidlertid fremholdt at det ikke kreves at tiltaket er absolutt nødvendig, men at det er avgjørende om formålet kan oppnås på andre mindre inngripende måter.¹⁸⁴

Videre fremheves det at et sentralt element i denne vurderingen er eksistensen av ikke-diskriminerende handlingsalternativ.¹⁸⁵ Slik jeg tolker forarbeidene, er det relevant å se hen til om arbeidsgiver har mulighet til å foreta tilretteleggende tiltak. Dette behandler jeg nærmere i kapittel 6 nedenfor.¹⁸⁶ I tillegg følger det av forarbeidene at det må innfortolkes et krav om at forskjellsbehandlingen må være egnet til å oppnå det aktuelle formålet.¹⁸⁷

Kravet om at forskjellsbehandlingen ikke må være «uforholdsmessig inngripende» gir anvisning på en bred interesseavveining, hvor konsekvensene for individene som rammes tas i betraktning. Ifølge forarbeidene må denne vurderingen skje konkret, og vurderes i lys av at adgangen til å forskjellsbehandle i arbeidslivet er snever.¹⁸⁸ Jeg tolker forarbeidene slik at det skal mye til før en begrensning i adgangen til å bruke religiøse plagg er i tråd med diskrimineringsvernet. Tolkningen understøttes av at tilgang til arbeid er et grunnleggende gode for individet, se punkt 3.3 ovenfor.

I § 9 andre ledd oppstilles det en særlig høy terskel ved direkte forskjellsbehandling:

I arbeidsforhold [...] er direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bare tillatt hvis denne egenskapen har avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket, og vilkårene i første ledd er oppfylt.

Slik jeg ser det, viser ordlyden «denne egenskapen» tilbake til diskrimineringsgrunnlaget. Det er dermed religion, eller en egenskap som er nært knyttet religion, som må ha avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket.¹⁸⁹ Etter ordlyden er det uklart hvordan

¹⁸³ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 103 og Prop. 81 L (2016–2017) s. 128. Stålnett-utvalget har også fremhevet at det hovedsakelig bør være praktiske forhold som begrunnelser restriksjoner på bruk av religiøse plagg og symboler, se NOU 2013: 1 s. 158.

¹⁸⁴ Prop. 81 L (2016–2017) s. 119.

¹⁸⁵ Prop. 81 L (2016–2017) s. 119.

¹⁸⁶ Se punkt 6.2.3 og 6.2.4.

¹⁸⁷ Prop. 81 L (2016–2017) s. 119. Ordlyden i likestillingsloven 1978 (lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene) inneholdt også et slikt krav, se § 3 fjerde ledd.

¹⁸⁸ Prop. 81 L (2016–2017) s. 87.

¹⁸⁹ Tilsvarende Ballangrud og Søbstad (2021) s. 207.

bestemmelsen skal tolkes ved forskjellsbehandling som skjer på grunn av arbeidstakers bruk av religiøse plagg. Forarbeidene har ikke tatt direkte stilling til spørsmålet, men det nevnes generelt at unntaksadgangen kan være aktuell for modeller eller skuespillere som må ha et bestemt utseende.¹⁹⁰ Bestemmelsen innebærer uansett en vesentlig innskrenkning i adgangen til å forskjellsbehandle, noe som gjør at grensedragningen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling har stor betydning for arbeidsgivers handlingsrom.¹⁹¹ Bestemmelsen er utformet for å være i tråd med EU-retten. Det finnes relevant praksis fra EU-domstolen som gir veiledning for tolkningen av bestemmelsen. EU-retten behandles i det følgende.

4.4.2. Betydningen av EUs rammedirektiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet

Høyesterett har uttalt at norske domstoler må tolke og anvende EUs rammedirektiv ut fra «de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen».¹⁹² Jeg forstår dette slik at direktivets ordlyd, formål og EU-domstolens praksis står sentralt.¹⁹³ Direktivet har som formål å bekjempe «discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation».¹⁹⁴ Artikkel 2 nr. 1 fastslår at både direkte og indirekte diskriminering på grunn av religion er forbudt. Begrepene er nærmere definert i artikkel 2 nr. 2.¹⁹⁵ Fra hovedregelen om forbud gjøres det unntak i artikkel 2 nr. 2 (b) (i) og i artikkel 4 nr. 1.

Artikkel 2 nr. 2 (b) (i) angir at en bestemmelse, betingelse eller praksis som innebærer indirekte forskjellsbehandling er lovlig dersom den er «objectively justified by a legitimate aim», og midlene er «appropriate» og «necessary» for å oppnå formålet. EU-domstolen har uttalt at unntaksadgangen skal tolkes strengt.¹⁹⁶

Det nærmere innholdet i formålskravet er utpenslet i EU-domstolens praksis. Avgjørelsen *Achbita* fra 2017 omhandlet en resepsjonist i et privat sikkerhetsselskap som ble oppsagt fordi hun brukte hijab i strid med virksomhetens bekledningsreglement.¹⁹⁷ Arbeidsgiver begrunnet forbudet med at virksomheten ønsket å ha en nøytral profil overfor kunder. EU-domstolen

¹⁹⁰ Prop. 81 L (2016–2017) s. 316.

¹⁹¹ Se nærmere punkt 4.4.3 nedenfor.

¹⁹² Rt. 2011 s. 609 avsnitt 72. Saken gjaldt direktivets bestemmelser om aldersdiskriminering, se nærmere nedenfor.

¹⁹³ Se nærmere om EU-rettslig metode i Fredriksen og Mathisen (2018) s. 295–324.

¹⁹⁴ Direktivets artikkel 1.

¹⁹⁵ Det må bemerkes at definisjonen av indirekte forskjellsbehandling i artikkel 2 nr. 2 (b) krever at personer vil stilles særlig ufordelaktig («at a particular disadvantage») sammenlignet med andre personer. I den norske bestemmelsen kreves det kun at noen vil stilles «dårligere». Dette virker imidlertid ikke å være av særlig betydning i relasjon til religiøse plagg og symboler.

¹⁹⁶ Se *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 61.

¹⁹⁷ *Achbita* [GC] C-157/15.

uttalte at valg av virksomhetsprofil inngår som en del av arbeidsgivers næringsfrihet i EU-pakten artikkel 16, og er derfor et legitimt formål.¹⁹⁸ Formålskravet ble nærmere presisert i *WABE* og *Müller*, som ble avsagt i en felles avgjørelse 15. juli 2021.¹⁹⁹ Begge sakene gjaldt muslimske kvinner som ble nektet å bruke hijab på arbeidsplassen. Den ene kvinnen arbeidet i en privat barnehage (*WABE*), og den andre kvinnen arbeidet som salgsmedarbeider på et apotek (*Müller*). Begge arbeidsgiverne ønsket å ha en nøytral profil overfor sine kunder og brukere. EU-domstolen uttalte at selv om virksomhetens profil i utgangspunktet er et legitimt formål, er den ikke tilstrekkelig som begrunnelse i seg selv. For at formålet skal være «objectively justified» må arbeidsgiver kunne vise til at det foreligger «a genuine need on the part of that employer».²⁰⁰ Jeg tolker dette som at det må foreligge et faktisk behov på arbeidsgiversiden. Tolkningen understøttes av domstolens videre uttalelser. Det ble fremhevet at det har betydning om arbeidsgiver kan føre bevis for at manglende regulering kan ha negative konsekvenser for virksomheten.²⁰¹ I tillegg uttalte domstolen at det var relevant å se hen til kunders eller brukeres rettigheter og legitime ønsker.²⁰² Slik jeg ser det, innebærer avgjørelsen en viss skjerpning av formålskravet siden *Achbita* ble avsagt.

Når det gjelder kravet om egnethet («appropriate»), har EU-domstolen uttalt at vilkåret innebærer at arbeidsgivers nøytralitetspolitikk må være «genuinely pursued in a consistent and systematic manner».²⁰³ Jeg tolker dette som et krav om konsekvent og konsistent gjennomføring.²⁰⁴

Direktivets nødvendighetskrav innebærer i henhold til EU-domstolens praksis at det må skje en avveining av ulike rettigheter og interesser på arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. I *WABE* og *Müller* fremholdt EU-domstolen at nasjonale domstoler må «limit the restrictions ‘on the freedoms concerned to what is strictly necessary’».²⁰⁵ Det fremgår av dommen at «freedoms» relaterer seg til både arbeidsgivers næringsfrihet og arbeidstakers religionsfrihet. Slik jeg tolker avgjørelsen, anser dermed EU-domstolen typetilfellet som en rettighetskonflikt mellom to likeverdige rettigheter i EU-pakten (artikkel 16 og artikkel 10). Videre må interessene avveies på en slik måte at det oppnås en «fair balance» mellom dem.²⁰⁶ I saken påpekte EU-

¹⁹⁸ Dommens avsnitt 38.

¹⁹⁹ *WABE/Müller* [GC] C-804/18.

²⁰⁰ Dommens avsnitt 64.

²⁰¹ Dommens avsnitt 67.

²⁰² Dommens avsnitt 65.

²⁰³ Se for eksempel *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 40.

²⁰⁴ Se nærmere 6.2.2 nedenfor.

²⁰⁵ *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 83 [min kursivering].

²⁰⁶ Dommens avsnitt 84.

domstolen eksplisitt at den nasjonale konteksten, herunder nasjonale bestemmelser som sikrer religionsfrihet, har betydning for forholdsmessighetsvurderingen.²⁰⁷

Unntaksadgangen i artikkel 4 nr. 1, er i all hovedsak lik den i likestillings- og diskrimineringsloven § 9 andre ledd, redegjort for i punkt 4.4.1 ovenfor. Bestemmelsen var gjenstand for behandling i EU-domstolens avgjørelse *Bougnaoui* som gjaldt en muslimsk kvinne som var ansatt i et privat selskap, men ble oppsagt fordi hun nektet å følge et pålegg om å ta av seg hijaben.²⁰⁸ Begrunnelsen for pålegget var at arbeidsgiver ønsket å ta hensyn til en kunde som ikke ville motta tjenester fra en arbeidstaker med hijab. Spørsmålet for EU-domstolen var om arbeidsgivers vilje til å ta hensyn til en kundes ønske, utgjorde et «genuine and determining occupational requirement» i henhold til direktivets artikkel 4 nr. 1.

Domstolen uttalte at det kun er i «very limited circumstances that a characteristic related, in particular, to religion may constitute a genuine and determining occupational requirement».²⁰⁹ Jeg tolker uttalelsen som at direkte forskjellsbehandling på grunn av religion som hovedregel ikke kan legitimeres. Verken denne bestemmelsen eller den tilsvarende bestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven § 9 andre ledd vil derfor omtales nærmere.

Redegjørelsene ovenfor, viser at EU-domstolen gir anvisning på generelt relevante vurderingstema, og vurderingsmomenter som kan være relevante å vektlegge i en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering. Spørsmålet i det følgende er hvor stor innflytelse EU-retten skal ha for forståelsen av norsk rett.

I de tilfellene det foreligger frivillig overtakelse av EU-rett, må graden av innflytelse bero på hvilke signaler lovgiver har gitt.²¹⁰ Slik jeg ser det, har lovgiver på dette området gitt tydelige signaler om at EU-retten skal ha stor innflytelse. Lovgivers formål med å implementere direktivet i 2003, var nettopp at norsk rett *minst* skulle tilsvare EU-rettens nivå. Dette fremgår av mandatet til arbeidslivslovutvalget, som fikk i oppgave å legge frem forslag til gjennomføring av direktivet i norsk rett.²¹¹ Forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven gir videre følgende angivelse av EU-direktivets relevans:

«For direktiver som Norge har valgt å gjennomføre selv om de faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, er ikke Norge rettslig bundet av selve direktivene eller den

²⁰⁷ Dommens avsnitt 85–90. Se også direktivets artikkel 8 nr. 1 som eksplisitt stadfester at direktivet er et minimumsdirektiv.

²⁰⁸ *Bougnaoui* [GC] C-188/15.

²⁰⁹ Dommens avsnitt 38. Lignende *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 78.

²¹⁰ Se Bull (2015) s. 376–377.

²¹¹ Se NOU 2003: 2 s. 7.

tilhørende rettspraksisen fra EU-domstolen. EFTA-domstolen kan ikke behandle saker som gjelder brudd på disse direktivene. Lovgiver har imidlertid bestemt at norsk regelverk skal være minst på høyde med nivået i EUs rasediskrimineringsdirektiv (2000/43/EF) og EUs rammedirektiv (2000/78/EF)». ²¹²

Forarbeidene gir dermed et tydelig mandat til å anse direktivet og EU-domstolens praksis som retningsgivende for tolkningen av diskrimineringsbestemmelsene i norsk rett. Dette er imidlertid begrenset til de tilfellene hvor EU-retten gir et bedre vern enn de norske rettskildene tilsier. En tolkning i tråd med direktivets minstekrav, er i samsvar med både forarbeidene og lovgivers intensjon, ønske og forutsetning. ²¹³

Videre har Høyesterett lojalt fulgt opp lovgivers anvisninger. I likhet med bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven, er også bestemmelsene om aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven, tilpasset for å være i tråd med rammedirektivet. ²¹⁴ Høyesterett har i flere avgjørelser tolket aldersdiskrimineringsbestemmelsene slik at de blir forenlige med rammedirektivet og EU-domstolens praksis. ²¹⁵ Både lovgiver og Høyesterett har på denne måten slått fast at EU-retten skal tjene som et tolkningsmoment av stor vekt ved fastleggelsen av diskrimineringsvernets rekkevidde.

4.4.3. Særlig om grensen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling ved nøytralt utformede bekledningsreglement

Ovenfor har jeg vist til at adgangen til å forskjellsbehandle etter likestillings- og diskrimineringsloven er ulik, alt ettersom det er tale om direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Grensedragningen har derfor stor betydning for arbeidsgivers handlingsrom. Spørsmålet kommer særlig på spissen i relasjon til bekledningsreglement. Drøftelsen i dette punktet tar derfor sikte på å vise hvordan grensedragningen skal trekkes i slike tilfeller.

Som nevnt ovenfor, foreligger *direkte* forskjellsbehandling dersom forskjellsbehandlingen har direkte årsak i arbeidstakers religion. Det klareste eksemplet er at en arbeidstaker blir oppsagt utelukkende på grunn av at hun bruker hijab. ²¹⁶ *Indirekte* forskjellsbehandling på sin side,

²¹² Prop. 81 L (2016–2017) s. 45.

²¹³ Tilsvarende Bull (2015) s. 376 og Fredriksen (2011) s. 35–36.

²¹⁴ Se NOU 2003: 2 s. 7 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 193.

²¹⁵ Se for eksempel Rt. 2012 s. 219 avsnitt 46.

²¹⁶ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemnda i sak 26/2009 (Forbruksartikler) som gjaldt arbeidsgivers reaksjon på bruk av hijab som religiøst uttrykk.

kjennetegnes av at det isolert sett ikke er noe galt med den aktuelle betingelsen, praksisen eller handlingen. Dette fremgår også av ordlyden i likestillings- og diskrimineringsloven § 8 som angir at forbudet rammer «tilsynelatende nøytral[e]» betingelser, praksiser og handlinger. Som nevnt i punkt 4.1, søker vernet mot indirekte diskriminering å fange opp tilfeller hvor nøytrale reguleringer i praksis *virker* slik at en gruppe stilles dårligere enn andre på grunn av religion. Verken for direkte eller indirekte diskriminering er det nødvendig eller tilstrekkelig at det foreligger diskriminerende hensikt.²¹⁷

Bekleddningsreglement vil kunne være *utformet* på ulike måter, noe som vil spille inn i vurderingen av om det foreligger direkte eller indirekte forskjellsbehandling.²¹⁸ Utformingen reiser spørsmål om reglementet er tilstrekkelig «nøytralt» i en formell forstand. Dersom arbeidsgiver har vedtatt uttrykkelige forbud som bare gjelder religiøse plagg, vil dette måtte anses som direkte forskjellsbehandling.²¹⁹ Det samme gjelder dersom bare enkelte former for religiøse plagg er forbudt. Dette var tilfelle i EU-domstolens avgjørelse *Müller* hvor arbeidsgiver bare hadde forbudt «iøynefallende» symboler. Fordi et slikt forbud rettet seg mot forhold som var uløselig knyttet til én eller flere spesifikke religioner, innebar forbudet direkte forskjellsbehandling på grunn av religion.²²⁰

Vanskeligere er det å skille mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling i de tilfellene hvor reglementene generelt forbyr også andre typer plagg enn religiøse, for eksempel «politiske, filosofiske og religiøse plagg og symboler», eller slik som politiets uniformsreglement som forbyr «[s]ivile plagg og effekter».²²¹ Slike reglementer er i utgangspunktet nøytrale, men kan gi opphav til indirekte forskjellsbehandling, nettopp fordi de er egnet til å stille personer som bruker religiøse plagg dårligere enn andre.²²² Tilsvarende kan tenkes ved forbud mot smykker, krav om glattbarbering eller andre retningslinjer for hårlengder.

En *formell* vurdering basert på reglementets utforming, er tilsynelatende avgjørende for grensen mellom indirekte og direkte forskjellsbehandling i Nemndas praksis. Tilnærmingen kan eksemplifiseres med Nemndas sak om sykehjemmet Blidensol fra 2017.²²³ Saken gjaldt et

²¹⁷ Se Prop. 81 L (2016–2017) s. 100 og 102.

²¹⁸ Tilsvarende Strand (2014) s. 274.

²¹⁹ Tilsvarende Ballangrud og Søbstad (2021) s. 152, Craig (2004) s. 236 og Strand (2014) s. 274.

²²⁰ *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 73.

²²¹ Politidirektoratet, Uniformsreglement for politi- og lensmannsetaten, punkt 8.

²²² Tilsvarende Ballangrud og Søbstad (2021) s. 152 og Strand (2014) s. 275. Annerledes Haverkort-Speekenbrink (2012) s. 93 og Nielsen (2019) s. 493.

²²³ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2017 (Blidensol).

privat sykehjem som forbød de ansatte å bruke «religiøse eller politiske plagg, som for eksempel hijab eller palestinasjerf». I utgangspunktet kan reglementet anses som «nøytralt» fordi det ikke formelt sett utelukkende knytter seg til religion. Det var imidlertid kun én person på sykehjemmet som brukte hijab, og reglementet ble laget etter at driftsstyret ble kjent med at det var blitt utlevert egen uniformshijab til vedkommende. I tillegg til å vedta reglementet, hadde også driftsstyret gitt eksplisitt uttrykk for at det var bruk av hijab som var særlig problematisk. Nemnda anså likevel tilfellet for å være et spørsmål om indirekte forskjellsbehandling med følgende begrunnelse:

«Nemnda har merket seg at hijab angis som eneste eksempel på religiøse hodeplagg som forbys, i selve reglementet. Driftsstyret har dessuten gitt direkte uttrykk for at det særlig er bruk av hijab som oppleves problematisk. Det vises blant annet til frykt for at antall ansatte som bruker hijab på sykehjem, vil øke, fordi mange muslimer søker seg til omsorgsfaget og -yrket. Dette taler for at det hovedsakelig er bruk av hijab driftsstyret vil forby. Imidlertid forbyr uniformsreglementet alle religiøse plagg, og er derfor i utgangspunktet tilsynelatende 'nøytralt'». ²²⁴

Også EU-domstolen anlegger en slik formell tilnærming i tilsvarende situasjoner. I den nevnte avgjørelsen *Bougnaoui* var oppsigelsen begrunnet i at arbeidsgiver ønsket å ta hensyn til en kunde som ikke ville motta tjenester fra en person med hijab. Domstolen uttalte at hvis oppsigelsen hadde vært

«based on non-compliance with a rule in force within that undertaking, prohibiting the wearing of any visible sign of political, philosophical or religious beliefs, [...] it would have to be concluded that there was a difference of treatment indirectly based on religion». ²²⁵

Jeg tolker både Nemnda og EU-domstolen slik at et nøytralt *utformet* uniformsreglement kan være avgjørende for grensedragningen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling.

Å utelukkende vurdere grensedragningen basert på reglementets utforming, åpner imidlertid opp for misbruk. Det vil være lett for arbeidsgiver å omgå kategorien direkte forskjellsbehandling gjennom å utforme et bekledningsreglement som også omfatter andre symboler enn religiøse, selv om den reelle begrunnelsen er at man vil ramme enkeltpersoner. I den nevnte *Blidensol*-saken fra Nemnda, trekker faktum klart i retning av at formålet med

²²⁴ Se s. 16–17 [opprinnelig kursivering].

²²⁵ *Bougnaoui* [GC] C-188/15 avsnitt 32. Se også *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 52.

reglementet var å hindre den aktuelle arbeidstakeren å bruke hijab. Det kan dermed argumenteres for at forskjellsbehandlingen hadde direkte årsak i arbeidstakerens religion, og derfor burde vært ansett som et spørsmål om direkte diskriminering.

Etter min mening bør man i større grad «teste» slike typer bekledningsreglement, med sikte å avklare om det er religion som er den egentlige *begrunnelsen* for forbudet. Tilnærmingen har støtte i omgåelseshensyn. Omgåelseshensyn er ikke ukjent på arbeidsrettens område, da Høyesterett i flere saker har anvendt slike hensyn ved tolkningen av arbeidsmiljølovens bestemmelser.²²⁶ Høyesteretts praksis viser at det både er adgang til, og i visse tilfeller nødvendig, å trekke inn omgåelseshensyn på arbeidsrettens område. Dersom et bekledningsreglement reelt sett blir gitt for å ramme en enkeltperson, tilsier omgåelseshensyn at tilfellet vurderes som et spørsmål om direkte diskriminering, uavhengig av reglementets utforming. Hensynet til et effektivt vern mot diskriminering og formålsbestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven § 1 trekker i samme retning. Ved tolkningen av EUs etnisitetsdirektiv, har også EU-domstolen lagt til grunn at et tiltak som blir innført for å ramme en spesiell gruppe, skal anses som direkte forskjellsbehandling selv om tiltaket i utgangspunktet er nøytralt.²²⁷ Det er ingen grunn til at det samme ikke skal gjelde ved forskjellsbehandling på grunn av religion.

Etter min mening innebærer de ovennevnte argumenter at Nemnda i større grad bør foreta en reell overprøving av om et bekledningsreglement er «nøytralt», både i utforming og begrunnelse.

4.5. Noen refleksjoner om forholdet mellom religionsfrihet og vern mot diskriminering på grunn av religion

Drøftelsene ovenfor viser at det er nær sammenheng mellom vernet av religionsfriheten og vernet mot diskriminering på grunn av religion. Prinsipielt sett er det likevel tale om to ulike rettigheter. Det er mulig at bestemmelsene om religionsfrihet i noen situasjoner vil kunne favne videre enn diskrimineringsretten, også i spørsmål knyttet til religionsutøvelse på arbeidsplassen. Et illustrerende eksempel er EMDs *Grimmark mot Sverige* fra 2020, som gjaldt en sykepleier som ikke ville medvirke til utførelse av abort på grunn av sin religiøse

²²⁶ Se for eksempel Rt. 2005 s. 826 avsnitt 30, Rt. 2013 s. 1730 avsnitt 48 og HR-2018-2371-A avsnitt 121. I NOU 2021: 9 er det også foreslått å lovfeste en gjennomskjæringsregel i arbeidsmiljøloven, se s. 340–343.

²²⁷ Se *CHEZ* [GC] C-83/14 avsnitt 91 om tolkningen av direktiv 2000/43/EF. Definisjonen av direkte forskjellsbehandling i direktivets artikkel 2 nr. 2 (a) er tilsvarende som definisjonen i rammedirektivets artikkel 2 nr. 2 (a).

tro.²²⁸ Domstolen kom til at hennes reservasjonskrav var omfattet av EMK artikkel 9 nr. 1. Det ble imidlertid ikke ansett å foreligge forskjellsbehandling, og diskrimineringsforbudet i artikkel 14 var derfor ikke anvendelig.²²⁹ I rettsteorien er også det nærmere forholdet mellom rettighetene omdiskutert.²³⁰

Jeg har imidlertid ikke som siktemål å trekke grensene mellom religionsfriheten og diskrimineringsvernet.²³¹ Redegjørelsene ovenfor har vist at anvendelsesområdene i all hovedsak er overlappende i situasjoner hvor arbeidsgiver nekter arbeidstaker å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen.²³² At håndhevingsorganene behandler konflikter om religiøs bekledning på arbeidsplassen etter begge regelsettene, trekker i samme retning. Ulikheter i rettighetenes verdigrunnlag og formål, vil imidlertid kunne påvirke forholdsmessighetsvurderingene. Dersom jeg mener dette er tilfelle, vil det påpekes eksplisitt i de konkrete drøftelsene.²³³

4.6. Videre fremstilling

Drøftelsene i punkt 4.3 og 4.4 ovenfor viser at vurderingen av om arbeidsgiver kan nekte arbeidstaker å bruke religiøse plagg eller symboler, i stor grad beror på rekkevidden av normer om saklighet og forholdsmessighet. Dette gjelder både i relasjon til de menneskerettslige bestemmelsene, EU-retten og det nasjonale diskrimineringsvernet. De overordnede vurderingstemaene har sterke fellestrekk.

I de følgende kapitlene 5 og 6 vil jeg sammenstille ulike hensyn og vurderingsmomenter som vektlegges i saklighets- og forholdsmessighetsvurderingene, både etter de menneskerettslige bestemmelsene, EU-retten og den nasjonale diskrimineringsretten. Utgangspunktet tas i praksis fra de respektive håndhevingsorganene. Kapitlene tar sikte på å foreta en form for harmonisering av det nasjonale og det internasjonale materialet. Fremgangsmåten er, som nevnt, valgt fordi bestemmelsene til vern av religionsfriheten og bestemmelsene til vern mot diskriminering hovedsakelig er overlappende i de typetilfeller oppgaven behandler. En slik sammenstilling vil derfor være hensiktsmessig for å kunne klarlegge arbeidsgivers reguleringsadgang.

²²⁸ *Grimmark mot Sverige* [A] 2020 no. 43726/17.

²²⁹ Se dommens avsnitt 25.

²³⁰ Se for eksempel McCrea (2018) s. 149–171 og Khaitan og Norton (2019) s. 1125–1145. For en oversikt, se Vickers (2017) s. 234–237.

²³¹ Se punkt 1.1 ovenfor.

²³² Lignende Vickers (2017) s. 236.

²³³ Se for eksempel punkt 6.3.5 nedenfor.

Jeg har videre valgt å dele analysene av saklighets- og forholdsmessighetsvurderingene inn i to kapitler. I kapittel 5 drøfter jeg ulike arbeidsgiverinteresser med sikte på å avklare om disse interessene kan tjene som saklig begrunnelse for å begrense bruken av religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen. Interessene utledes hovedsakelig på bakgrunn av saksforhold som har vært til behandling i håndhevingspraksis. I kapittel 6 analyserer jeg, på bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet, innholdet i ulike retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingene. Analysene skjer med utgangspunkt i vurderingsmomenter som er vektlagt i håndhevingspraksis. Siktemålet er å utpensle argumentasjonslinjer for vurderingene av om et forbud mot religiøse plagg og symboler er forholdsmessig.

5. Hvilke arbeidsgiverinteresser kan begrunne begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler?

5.1. Innledning

I dette kapitlet analyserer jeg ulike arbeidsgiverinteresser med sikte på å avklare om disse kan tjene som saklig begrunnelse ved begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen. Jeg skal også skissere hvilken egenvekt interessene typisk vil ha i forholdsmessighetsvurderingen. Analysene bygger på de rettslige utgangspunktene redegjort for i kapittel 4. Bestemmelsene sett i sammenheng stiller krav om at det må foreligge en tilstrekkelig beskyttelsesverdig interesse på arbeidsgivers side, og at arbeidsgiver til en viss grad må spesifisere og konkretisere grunnlaget for begrensningene. I tillegg må det foreligge et reelt behov på arbeidsgivers side. Det er dermed ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver utelukkende viser til styringsretten som begrunnelse. Interessene må være av en slik karakter at de *kan* begrunne unntak fra utgangspunktet om religionsfrihet og likebehandling.

Interessene som behandles i det følgende har noe ulikt opphav og noe ulik karakter. Jeg behandler først hensynet til kommunikasjon, som er relevant ved bruk av ansiktsdekkende plagg som nikab og burka (punkt 5.2). Hensynet er til dels underliggende, og kan følge indirekte av ulike regelverk. Hensynet er relevant for arbeidsplasser mer generelt, men vekten vil kunne variere. Videre behandles hensynene hygiene og sikkerhet, som er mer spesielle hensyn som kan være aktuelle for enkelte typer arbeidsplasser med særlige hygiene- eller sikkerhetsbehov (punkt 5.3 og 5.4). Disse hensynene kan blant annet utledes direkte av lover og forskrifter som stiller krav til arbeidsplassen. Til slutt behandles ulike hensyn som har til felles at det overordnede formålet fra arbeidsgivers side er at arbeidstaker skal ha en nøytral fremtoning utad (punkt 5.5). I denne delen av kapitlet undersøker jeg hvilke interesser og hensyn som er rettslig relevante som ledd i å oppnå et slikt formål.

Systematikken tar ikke sikte på å presentere en uttømmende opplisting av potensielle saklige formål.²³⁴ Utvalget er gjort for å illustrere et bredt spekter av interesser, med ulik rettskildemessig og verdimesig forankring. Enkelte av drøftelsene tar utgangspunkt i argumentasjonslinjer fra internasjonal håndhevingspraksis. For å vurdere om argumentasjonslinjene har overføringsverdi, må den norske konteksten tas i betraktning,

²³⁴ For andre lignende systematiseringer, se Strand (2012) s. 328 flg. og Wigum (2018) s. 253 flg.

herunder verdier som ligger til grunn for vår lovgivning og våre tradisjoner.²³⁵ Dette er særlig aktuelt i punkt 5.5.2 som omhandler spørsmålet om religiøs nøytralitet er en saklig interesse som kan begrunne et forbud mot religiøse plagg og symboler innenfor utdanningssektoren i norsk rett.

Til slutt må det nevnes at kapittelet hovedsakelig dreier seg om å vurdere *sakligheten* av ulike interesser og hensyn. Selv om et formål isolert sett anses saklig, må forbud mot religiøse plagg og symboler som nevnt også være forholdsmessig. I den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, vil imidlertid arbeidsgiverinteressens verdimesse og rettskildemessige forankring ha betydning.²³⁶

5.2. Kommunikasjon utad og innad

Nikab og burka skiller seg fra andre religiøse plagg ved at de helt eller delvis dekker ansiktet. Spørsmålet i det følgende er om hensynet til kommunikasjon kan være en saklig begrunnelse for å forby disse plaggene på arbeidsplassen.

Jeg har tidligere vist til at Stortinget i 2018 vedtok et nasjonalt forbud mot ansiktsdekkende plagg i undervisningssituasjoner.²³⁷ Forbudet gjelder både ansatte, elever og studenter. Begrunnelsen for at forbudet skulle gjelde ansatte er i forarbeidene angitt slik:

«Plagg som heilt eller delvis dekkjer ansiktet, kan vere til hinder for god kommunikasjon, noko som er avgjerande for læring og trivsel. Læring og trivsel er kjerneelement i verksemda til barnehagar og utdanningsinstitusjonar.»²³⁸

Gjennom vedtakelsen av forbudet kan lovgiver sies å ha anerkjent at sammenhengen mellom god kommunikasjon og det å se den andres ansikt, står sterkt i norsk offentlighet.²³⁹ Etter min mening er det også sentralt at forarbeidene fremhever at kommunikasjon er avgjørende for barnehager og utdanningsinstitusjoners *virksomhet*. Jeg tolker dette som at hensynet er særlig relevant i de tilfellene hvor kommunikasjon er nødvendig for å fylle en bestemt funksjon i virksomheten.

²³⁵ Se punkt 2.2 ovenfor. Se lignende Harbo (2012) s. 281 og Aall (2018) s. 266–267.

²³⁶ Se punkt 6.2.1 nedenfor.

²³⁷ Se punkt 1.1 ovenfor. Forbudet gjelder i grunnskolen, videregående opplæring, folkehøyskoler, høyere yrkesfaglig utdanning, voksenopplæring, friskoler, universiteter, høyskoler og barnehager, se lovvedtak 71 (2017–2018).

²³⁸ Prop. 51 L (2017–2018) s. 16.

²³⁹ Tilsvarende Skyberg (2020) s. 159.

EMD har lagt til grunn at ansiktsdekkende plagg kan ha stor betydning for den sosiale interaksjonen mellom mennesker. I storkammerdommen *S.A.S. mot Frankrike* fra 2014 vurderte EMD om Frankrikes forbud mot heldekkende plagg i det offentlige rom var i tråd med EMK. Statens anførte formål var blant annet hensynet til samfunnsmedlemmenes behov for å kunne identifisere hverandre, formulert som «living together». Staten fremholdt at

«the face plays a significant role in human interaction: more so than any other part of the body, the face expresses the existence of the individual as a unique person, and reflects one's shared humanity with the interlocutor, at the same time as one's otherness».²⁴⁰

EMD ga staten medhold i at dette synspunktet var omfattet av «the rights and freedoms of others» i EMK artikkel 9 nr. 2, og kan dermed sies å ha anerkjent ansiktets betydning for kommunikasjonen mellom mennesker.²⁴¹

Menneskerettighetskomitéen vurderte det samme forbudet i *Sonia Yaker mot Frankrike* og *Miriana Hebbadj mot Frankrike* som begge ble avsagt i 2018.²⁴² Sakene gjaldt to muslimske kvinner som hadde blitt ilagt straffebøter som følge av overtredelser av forbudet.

Menneskerettighetskomitéen anså ikke statens henvisning til hensynet «living together» for å være et saklig formål. Begrunnelsen var blant annet at retten til å «interact with any individual *in public* and the right not to be disturbed by other people wearing the full-face veil» ikke var omfattet av formålet «the fundamental rights and freedoms of others» i artikkel 18 nr. 3.²⁴³

Jeg tolker uttalelsen slik at det var avgjørende at statens begrunnelse knyttet seg til en udefinert krets av personers påståtte «rettigheter». Det var med andre ord ikke en fundamental rettighet at alle samfunnsborgerne skulle kunne se hverandres ansikt i det offentlige. Etter min mening stenger ikke Menneskerettighetskomitéens avgjørelser for at hensynet til kommunikasjon og samhandling kan være saklig i mer avgrensede deler av offentligheten, som for eksempel på en arbeidsplass. Dette synspunktet understøttes også av at sakene ikke omhandlet situasjoner hvor man må kommunisere for å fylle en bestemt funksjon.

²⁴⁰ *S.A.S. mot Frankrike* [GC] 2014 no. 43835/11 avsnitt 82.

²⁴¹ Se dommens avsnitt 112 hvor EMD uttalte at: «The Court is [...] able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier». Avgjørelsen er sterkt kritisert i juridisk teori, se for eksempel Brems (2014).

²⁴² FN's menneskerettighetskomité *Sonia Yaker mot Frankrike* (2018) og *Miriana Hebbadj mot Frankrike* (2018).

²⁴³ Avgjørelsens punkt 8.10 og 7.10 [min kursivering].

Både norsk rett og EMD anerkjenner at hensynet til kommunikasjon og samhandling mellom mennesker kan være en saklig interesse. Slik jeg tolker EMD, blir muligheten for sosial interaksjon ansett for å være såpass viktig at andre menneskers rettigheter og friheter blir berørt. En arbeidsgiver, uavhengig av type arbeidsplass, kan ha en legitim interesse i at ansatte som har kontakt med publikum ikke dekker ansiktet, fordi dette kan skape utrygghet, usikkerhet og hindre kommunikasjon som ledd i utførelsen av arbeidsoppgavene.²⁴⁴ Rent psykologisk er det også påvist at manglende tilgang til ansiktsmimikk gjør det vanskelig å lese humør og reaksjoner hos andre mennesker.²⁴⁵ Det er nylig gjort studier som konkluderer med at bruk av munnbind har negativ innvirkning på kommunikasjon.²⁴⁶ Dette kan tilsi at kommunikasjonen først og fremst påvirkes av at ansiktet tildekkes, heller enn at nikab og burka i seg selv er fremmedgjørende. Nettopp fordi tildekking av ansiktet kan være til hinder for å kunne gjennomføre arbeidsoppgavene på en tilstrekkelig måte, må hensynet til kommunikasjon anses for å være et hensyn av stor vekt.²⁴⁷ I tillegg er det mulig å hevde at arbeidsgivers omdømme og fortjeneste vil kunne svekkes dersom de ansatte dekker til ansiktet.²⁴⁸ For arbeidsplasser hvor kundekontakt eller lignende inngår som en del av jobben, vil dermed hensynet til kommunikasjon være et særlig tungtveiende formål.

Spørsmålet i det følgende er om det stiller seg annerledes dersom de ansatte ikke har kontakt med publikum, men først og fremst med hverandre. I slike tilfeller kommer ikke hensynet til arbeidsgivers omdømme og arbeidstakers tilfredsstillende gjennomføring av arbeidsoppgavene på spissen på samme måte.

Rettskildenes anerkjennelse av ansiktets betydning for kommunikasjon og samhandling, vil kunne være relevant også innad på arbeidsplassen. I henhold til arbeidsmiljøloven § 4-3 har arbeidsgiver ansvar for det psykososiale arbeidsmiljøet. Av bestemmelsens andre ledd fremgår det at arbeidet skal søkes utformet slik at det gir mulighet for «kontakt og kommunikasjon med andre arbeidstakere». Hensynet til kommunikasjon mellom kollegaer anses dermed som en sentral del av arbeidsmiljøet. I forarbeidene til trossamfunnsloven legges det også til grunn at å se ansiktet til den man snakker med, er en viktig del av norsk

²⁴⁴ Se også Wigum (2012) s. 98.

²⁴⁵ Se for eksempel Kret, Maitner og Ficher (2021).

²⁴⁶ Se for eksempel Carbon (2020).

²⁴⁷ Det er også lagt til grunn i juridisk teori at hensynet til god samhandling og kommunikasjon er et saklig formål, se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 185 og Stridbeck (2019) s. 583–584.

²⁴⁸ Et eksempel kan være debatten rundt Islamsk råds ansettelse av kvinnelig kommunikasjonsrådgiver med nikab, se Schjetne, «Sterke reaksjoner mot nikabledd rådgiver i Islamsk Råd», nyhetsartikkel i VG, 28. mars 2017: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/qolQ0/sterke-reaksjoner-mot-nikabledd-raadgiver-i-islamsk-raad> (hentet 16. juni 2021).

arbeidslivskultur.²⁴⁹ Også likestillings- og diskrimineringsombudet har lagt til grunn at hensynet til kommunikasjon mellom kollegaer kan være en saklig begrunnelse ved forbud mot nikab for ansatte på et callsenter.²⁵⁰

Etter min mening gir rettskildene holdepunkter for at hensynet til kommunikasjon og samhandling som en del av arbeidsmiljøet er et saklig formål ved forbud mot nikab og burka. Fordi kommunikasjon innad mellom kolleger ikke nødvendigvis vil hindre utføringen av arbeidsoppgavene, må det antas at hensynet til kommunikasjon som ledd i å sikre et godt arbeidsmiljø vil være av noe mindre vekt enn hensynet til kommunikasjon utad.

5.3. Hygiene

For enkelte arbeidsplasser gjelder det visse hygienekrav, blant annet oppstilt i lov og forskrift. Generelt krever aml. § 4-1 (1) at arbeidsmiljøet skal være «fullt forsvarlig». Ifølge forarbeidene innebærer bestemmelsen at arbeidstakerne skal sikres mot skader på liv og helse så langt dette rent praktisk lar seg gjennomføre.²⁵¹ Det finnes også forskrifter for bestemte arbeidsplasser som skal sikre både arbeidstaker og andre personer mot risiko. For eksempel følger det av forskrift om smittevern i helse- og omsorgstjenesten § 2-2 bokstav a at helse- og omsorgsinstitusjoner plikter å ha retningslinjer for generelle smittevernstiltak, herunder bruk av arbeidstøy.²⁵² Høyesterett har også uttalt at arbeidsgiver i medhold av styringsretten kan etablere et sikkerhetsnivå som anses nødvendig og formålstjenlig for virksomheten.²⁵³ Arbeidsgiver trenger derfor ikke å holde seg til det lovfestede minstenivået hva gjelder hygienetiltak.

Hensynet til hygiene er eksplisitt nevnt i forarbeidene til den tidligere diskrimineringsloven som et hensyn som kan begrunne restriksjoner i religiøs bekledning.²⁵⁴ I tillegg har både EMD og Nemnda godtatt restriksjoner i religiøs bekledning og symbolbruk av hensyn til hygiene i virksomheten. Fra EMDs praksis er saken mot Chaplin (andre klager) i *Eweida mfl. mot Storbritannia* et eksempel.²⁵⁵ Saken omhandlet en sykepleier som ble nektet å bære et kors sammen med uniformen på geriatrisk avdeling på sykehuset. Begrunnelsen for forbudet var

²⁴⁹ Prop. 130 L (2018–2019) s. 102 om lov 24. april 2020 nr. 31 om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven).

²⁵⁰ Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 15/2365 (Callsenter).

²⁵¹ Ot.prp. nr. 3 (1975–1976) s. 26 om arbeidsmiljøloven 1977 (lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø). Arbeidsmiljøloven 2005 § 4-1 nr. 1 er en videreføring av gjeldende rett, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 307.

²⁵² Forskrift 17. juni 2005 nr. 610 om smittevern i helse- og omsorgstjenesten.

²⁵³ Se Rt. 2005 s. 518 avsnitt 48.

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 103. Se mer generelt Prop. 81 L (2016–2017) s. 118.

²⁵⁵ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10.

risikoen for at pasienter ville gripe tak i kjedet eller at korset kunne komme i kontakt med et åpent sår, noe som ble ansett som et saklig formål av EMD.²⁵⁶ I 2021 behandlet Nemnda en sak om en muslimsk kvinne som hevdet at hun ble diskriminert fordi hennes arbeidsgiver, Compass Group, krevde at hun brukte bukser istedenfor skjørt i jobben som renholder på et pasienthotell.²⁵⁷ Bakgrunnen for kravet var at skjørt representerte en større risiko når det gjaldt smittevern, samt at det kunne være til hinder for at kvinnen kunne gjennomføre eventuelle beredskapsoppgaver fordi hun kunne snuble.

Rettskildene gir klart uttrykk for at hensynet til hygiene er et saklig formål som i visse tilfeller vil kunne begrunne en begrensning i religionsfriheten og en forskjellsbehandling på grunn av religion. Den ovennevnte praksis viser at hygienehensynet kan påberopes som begrunnelse både for å forby arbeidstaker å bruke plagg eller symboler i tillegg til uniformen, og for å forby arbeidstaker å bruke andre plagg enn de som tilhører uniformen.²⁵⁸

Om hygienehensynet er saklig for den aktuelle virksomheten i det spesifikke tilfellet, må vurderes konkret. Hygienehensynet kan ikke anses relevant med mindre det foreligger særlige hygienebehov i virksomheten, og den aktuelle arbeidstakeren har en stilling hvor vedkommende kan utsette seg selv eller andre for smitterisiko. En slik vurdering må bero på om det beviselig eller forskningsmessig er nødvendig med tiltak for å tilrettelegge for hygiene på det ønskede nivået. I tillegg må det aktuelle plagget eller symbolet representere en risiko for de hygieniske forholdene.²⁵⁹ Om dette er tilfelle, må igjen ses i lys av den enkeltes arbeidsoppgaver.

Hygienehensynet vil være et hensyn med svært tung vekt. Å beskytte mennesker mot fare på liv og helse er sentrale verdier. I tillegg har hensynet ofte sammenheng med arbeidsgivers lov- og forskriftsfestede forpliktelser. Hygienehensynet må generelt anses å ha sterkere egenvekt enn et rent kommunikasjonshensyn, sett i lys av at hensynet til kommunikasjon for eksempel viker til fordel for bruk av munnbind. Hygienehensynet har store likhetstrekk med sikkerhetshensynet, som blir behandlet i det følgende.

²⁵⁶ Se dommens avsnitt 98.

²⁵⁷ Diskrimineringsnemndas sak 20/348 (Compass).

²⁵⁸ Et illustrerende eksempel på sistnevnte er en svensk avgjørelse en tannlegestudent ikke kunne nekte å følge pålegg om å bruke kortermet uniform, selv om det stred mot hennes religiøse overbevisning å vise bare ermer, se ANM 2014/1987.

²⁵⁹ Se for eksempel Breivik, Karlsen og Larssen (2012) s. 370–377 om smitterisiko knyttet til ulike former for smykker, klær, hårlengder mv.

5.4. Sikkerhet

I likhet med hygienehensynet omtalt ovenfor, finnes det lov- og forskriftsfestede krav til sikkerhet på ulike arbeidsplasser. Foruten den generelle bestemmelsen i aml. § 4-1, følger det for eksempel av aml. § 3-2 (2) at arbeidsgiver plikter å sørge for tilfredsstillende verneutstyr, og å sikre at utstyret tas i bruk av arbeidstaker. Plikten er først og fremst aktuell for virksomheter med særlige sikkerhetsbehov.²⁶⁰ Dersom verneutstyr er påbudt, plikter arbeidstaker å ta dette i bruk, se medvirkningsplikten i aml. § 2-3 (2).²⁶¹ Som nevnt ovenfor, kan arbeidsgiver i medhold av styringsretten også etablere et ytterligere sikkerhetsnivå på arbeidsplassen.

Hensynet til sikkerhet er eksplisitt nevnt i forarbeidene til den tidligere diskrimineringsloven som et hensyn som kan begrunne restriksjoner i religiøs bekledning.²⁶² I tillegg har både EMD og Menneskerettighetskomitéen godtatt at hensynet til sikkerhet kan innskrenke individets vern etter EMK artikkel 9 og SP artikkel 18. I *X. mot Storbritannia* ble hensynet til sikkerhet ansett som en legitim begrunnelse for et påbud om motorsykelhjelm, som innebar at en sikh måtte fjerne turbanen.²⁶³ I Menneskerettighetskomitéens sak *Karnel Singh Bhinder mot Canada*, som også omhandlet en mannlig sikh som brukte turban, ble hensynet til sikkerhet godtatt som begrunnelse for et påbud om hjelm på en byggeplass.²⁶⁴

I likhet med hygienehensynet, gir rettskildene klare holdepunkter for at sikkerhetshensynet kan tjene som begrunnelse for å begrense adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler. Om sikkerhetshensynet er saklig for den enkelte arbeidsgiver i det bestemte tilfellet, må vurderes konkret. Sikkerhetshensynet har størst relevans hvor det religiøse plagget eller symbolet står i veien for å bruke påbudt verneutstyr på korrekt måte. Dette vil typisk kunne være tilfelle for ansatte som bruker store hodeplagg på arbeidsplasser hvor det er påbudt med hjelm, for eksempel innenfor bygg- og anleggsbransjen.

På bakgrunn av ovennevnte, må sikkerhetshensynet anses som en tungtveiende arbeidsgiverinteresse. Både hygiene- og sikkerhetshensyn vil i de fleste tilfeller være tilstrekkelige til å overstyre individets interesser. Dette kan også illustreres av Forsvarets

²⁶⁰ Se også § 3-2 (2) om at plikten til å stille med personlig verneutstyr gjelder dersom det ikke på «annen måte kan tas forholdsregler for å oppnå tilstrekkelig vern om liv eller helse».

²⁶¹ Denne plikten gjelder selv om manglende bruk av utstyret bare innebærer en risiko for arbeidstaker selv, se Rt. 1984 s. 1003 på s. 1004.

²⁶² Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 103.

²⁶³ *X. mot Storbritannia* [K] 1978 no. 7992/77. Tilfellet var ikke knyttet til arbeidsplassen.

²⁶⁴ FN's menneskerettighetskomité *Karnel Singh Bhinder mot Canada* (1983) no. 208/1986.

uniformsreglement, hvor utgangspunktet er at religiøse symboler er tillatt med mindre det kan komme i konflikt med «krav til helse, sikkerhet eller operativ evne eller effekt».²⁶⁵ I de tilfellene hvor det er mulig å tilrettelegge for at religiøse symboler kan brukes på en slik måte at hygiene- og sikkerhetshensyn ivaretas, vil imidlertid interessenes gjennomslag kunne svekkes, se punkt 6.2.3 nedenfor.

5.5. Hensynet til en nøytral fremtoning utad

5.5.1. Nærmere om «nøytralitet»

At arbeidstaker skal ha en «nøytral» fremtoning utad, er hyppig brukt som begrunnelse for forbud mot religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen, både i nasjonal og internasjonal praksis. Tendensen er at det i økende grad aksepteres at arbeidsgiver stiller krav om en slik fremtoning. I 2014 uttalte Nemnda at:

«Samfunns- og rettsutviklingen internasjonalt anerkjenner i dag både samfunnets behov for å nedtone det personlige uttrykket i det offentlige rom og retten til ikke å bære religiøse symboler.»²⁶⁶

Arbeidsgivers interesse i at arbeidstaker skal ha en «nøytral» fremtoning, knyttes ofte til begrunnelsen «verdinøytralitet». I juridisk teori ser begrepet ut til å ha fått fotfeste. Ballangrud og Søbstad skriver for eksempel at «[e]t ønske om verdinøytralitet, for eksempel hos en arbeidsgiver, er i utgangspunktet et saklig hensyn».²⁶⁷ Begrepet «verdinøytralitet» har imidlertid ikke et klart og entydig innhold. Slik jeg ser det handler «verdinøytralitet» om at arbeidsgiver ønsker å unngå at det gis inntrykk av at arbeidstaker har bindinger i en politisk eller religiøs retning. Hvilke interesser som ligger til grunn for et ønske om verdinøytralitet, kan variere. Det kan for eksempel være tale om overordnede samfunnsinteresser, som å sikre at befolkningen har tillit til at statens maktapparat er upartisk og uavhengig, eller mer spesifikke arbeidsgiverinteresser knyttet til at virksomheten skal ha en verdinøytral fremtoning utad. Et ønske om at arbeidstaker skal ha en «nøytral» fremtoning favner imidlertid videre, til å også omfatte en mer generell interesse i at de ansatte skal fremstå med en tydelig virksomhetsprofil (se særlig punkt 5.5.5 nedenfor). I de følgende punkt tar jeg sikte på å identifisere og analysere ulike former hensyn og interesser som kan ligge til grunn for krav om en nøytral fremtoning, samt å vurdere interessenes saklighet og vekt.

²⁶⁵ Sjøf forsvarsstaben, Uniformsbestemmelsen, punkt 2.6.1.

²⁶⁶ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 46/2014 (NRK) s. 20.

²⁶⁷ Ballangrud og Søbstad (2021) s. 188.

5.5.2. Befolkningens tillit til statens maktapparat

Et viktig formål med offentlig forvaltning og myndighetsutøvelse er å sikre befolkningens tillit til institusjonene og myndighetene generelt.²⁶⁸ Politiets og domstolenes virksomhet står her i en særstilling, fordi instansene gjennom deres virksomhet utøver legitim makt mot befolkningen. Politiet har vide fullmakter til å utøve *fysisk* makt, på alle samfunnsområder.²⁶⁹ Domstolene har kompetanse til å avsi avgjørelser med endelig og bindende virkning for rettstvister, og utøver dermed *domsmakt* på vegne av samfunnet. Andre myndighets- og kontrollorganer har mer avgrensede oppgaver og ansvarsområder.²⁷⁰ For politiet og domstolene gjør det seg derfor gjeldende særlig sterke interesser knyttet til å sikre befolkningens tillit til institusjonenes virksomhet. I det følgende vil jeg drøfte om hensynet til befolkningens tillit til statens maktapparat er en saklig interesse ved forbud mot religiøse plagg og symboler i politiet og domstoler.²⁷¹

Spørsmålet om bruk av religiøse plagg og symboler i politiet og domstolene har vært gjenstand for omfattende politisk debatt. For politiet er det, som tidligere nevnt, forbudt å bruke religiøse plagg og symboler. Uniformsreglementet angir at «[s]ivile plagg og effekter» ikke skal benyttes synlig sammen med uniformseffekter.²⁷² Den politiske debatten startet for alvor i 2009 i forbindelse med at Stoltenberg II-regjeringen gikk inn for å tillate bruk av hijab sammen med politiuniformen. Etter massiv kritikk, ble det besluttet å ikke gå videre med forslaget.²⁷³ I 2010 behandlet Nemnda politiets uniformsreglement, og konkluderte med at dette var i strid med diskrimineringsforbudet fordi det ikke var nødvendig.²⁷⁴ Justisdepartementet besluttet imidlertid at uniformsreglementet skulle opprettholdes uendret.²⁷⁵ Dagens forbud gjelder ikke for politiadvokater i de tilfellene hvor de prosederer uten uniform. I 2019 uttalte daværende justisminister at det «kan være grunn til å se nærmere

²⁶⁸ Se for eksempel NOU 2019: 5 s. 141–142.

²⁶⁹ Se lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven –politil.) § 6 fjerde ledd.

²⁷⁰ Se også NOU 2013: 1 s. 158. Tollvesenet og Forsvaret kunne vært behandlet, men er utelatt fordi institusjonene har et mer avgrenset mandat til å foreta makt overfor befolkningen. For videre lesning, se Strand (2012) s. 259 flg.

²⁷¹ Fremstillingen retter seg mot fagdommere. Lekdommere holdes utenfor, fordi de ikke er arbeidstakere.

²⁷² Politidirektoratet, Uniformsreglement for politi- og lensmannsetaten, punkt 8.

²⁷³ Se nærmere Innst. S. nr. 174 (2008–2009).

²⁷⁴ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2010 (Politiet).

²⁷⁵ Se nærmere om debatten i Strand (2014) s. 263–264.

på adgangen for representanter for politiet og påtalemyndigheten til å benytte religiøse plagg når de opptrer i domstolene».²⁷⁶

For dommere følger det av domstolloven § 142 at Domstoladministrasjonen (DA) kan gi nærmere regler om bruk av kapper og annet antrekk under rettsmøter.²⁷⁷ I henhold til den såkalte «kappeforskriften» er dommere pålagt å bruke rettskappe.²⁷⁸ I 2009 sendte DA ut et høringsforslag angående endring av kappeforskriften som innebar at fagdommere ikke skulle kunne bruke religiøse og politiske symboler i retten.²⁷⁹ Forslaget utløste stor politisk debatt. DA kom til at det ikke var nødvendig med et uttalt forbud mot slike symboler, og konkluderte med at:

«Spørsmål knyttet til religiøst og politisk betingende plagg og symboler må løses ved holdningsarbeid og eventuelt etter inhabilitetsbestemmelsene hvis noen parter har innvendinger mot bruk av slike plagg eller symboler i domstolene.»²⁸⁰

Senere representantforslag om å lovfeste forbud mot religiøse plagg og symboler i domstolene har ikke fått tilslutning fra stortingsflertallet.²⁸¹ Per i dag foreligger det dermed ikke noe formelt forbud mot bruk av religiøse plagg for dommere. I praksis har imidlertid dommere avstått fra å bruke religiøse plagg.²⁸²

Til tross for ulik regulering av religiøse plagg og symboler i politiet og domstolene, krever begge regelverkene at de ansatte bruker en form for uniform. Av politiets uniformsreglement følger det at uniformen skal være «politi- og lensmannsetatens ansikt utad».²⁸³ Uniformen skal synliggjøre at de ansatte er i en rolle som skal respekteres og som gir grunnlag for maktutøvelse. I tillegg skal uniformen etablere et skille mellom når vedkommende er i tjeneste, og når vedkommende er utenfor. Uniformen skal videre sikre at institusjonens virksomhet settes i fokus, og at individets personlige oppfatninger og holdninger nedtones. Dommeres bruk av rettskappe har tilsvarende funksjon.

²⁷⁶ Se Dokument 15:145 (2019–2020). Politidirektoratet er i tildelingsbrev for 2020 bedt om, i samråd med Riksadvokatembetet, å vurdere om det bør gis retningslinjer for politi- og påtalemyndighetens adgang til å benytte religiøse plagg når de opptrer i domstolene i straffesaker, se Dokument 15:2063 (2019–2020).

²⁷⁷ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven – dl.).

²⁷⁸ Forskrift 23. juni 1995 nr. 577 om bruk av rettskapper m.v. i domstolen [kappeforskriften].

²⁷⁹ Domstoladministrasjonen, høringsnotat 20. august 2009.

²⁸⁰ Domstoladministrasjonen, «Ikke behov for forbud mot politisk betingede plagg og symboler i domstolene», 2010: <https://www.domstol.no/nyheter/nyhetsarkiv/2010/ikke-behov-for-forbud-mot-politisk-betingede-plagg-og-symboler-i-domstolene/> (hentet 4. juli 2021).

²⁸¹ Se Dokument 8:42 S (2010–2011) og Innst. 236 S (2010–2011).

²⁸² Se Prop. 130 L (2018–2019) s. 76.

²⁸³ Politidirektoratet, Uniformsreglement for politi- og lensmannsetaten, punkt 3.

Det finnes ingen internasjonal praksis som direkte gjelder religiøse plagg og symboler i politiet og domstolene. Fra EMDs praksis finnes det flere avgjørelser som gjelder offentlig tjenesteyting, hvor statens sekulære prinsipp har stått sentralt som begrunnelse. Et eksempel er *Ebrahimian mot Frankrike* fra 2015.²⁸⁴ Saken omhandlet en sosialarbeider på en psykiatrisk avdeling som ikke fikk bruke hijab. EMD anså hensynet til å sikre nøytralitet i offentlig tjenesteyting som et saklig formål, blant annet med følgende begrunnelse:

«[T]he neutrality of the public hospital service may be regarded as linked to the attitude of its staff, and requires that patients cannot harbour any doubts as to the impartiality of those treating them».²⁸⁵

På grunn av at Frankrike har et nøytralitetsprinsipp innen all offentlig forvaltning, gjør dette hensynet seg gjeldende generelt for ansatte i den franske offentlige sektoren. Jeg tolker imidlertid EMDs uttalelse som en generell anerkjennelse av at en arbeidstakers bruk av religiøse symboler kan påvirke publikums oppfatning av om den enkelte er upartisk i yrkesutøvelsen. Styrken av hensynet må antas å bero på den nasjonale konteksten og den aktuelle stillingskategori.

At befolkningen har tillit til at politibetjenter og dommere utøver yrket uavhengig av eventuelle egne holdninger til religiøse og politiske spørsmål, må anses å være en sentral verdi i norsk sammenheng. Institusjonenes særlige rolle og posisjon i fellesskapet, forsterker interessens vekt. For politiet er det tillit i forbindelse med den fysiske maktutøvelsen som er det sentrale. For domstolenes del er uavhengighet og upartiskhet grunnleggende prinsipp, som blant annet følger av Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Begrepene uavhengighet og upartiskhet er tett forbundet, men har prinsipielt sett noe forskjellig meningsinnhold. Uavhengighet er tradisjonelt knyttet til domstolenes forhold til de øvrige statsmakter, mens upartiskhet som regel knyttes til dommerens forhold til sakens parter.²⁸⁶ Forholdet mellom dommeren og dens personlige interesser og engasjement, kan berøre både dommerens uavhengighet og upartiskhet.²⁸⁷ Det følger av dl. § 55 tredje ledd at en dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt. Dette krever både at dommeren faktisk er upartisk, men også at dommeren fremstår på en måte som skaper

²⁸⁴ *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015 no. 64846/11.

²⁸⁵ Dommens avsnitt 64. Lignende i *Dahlab mot Sveits* [A] 2001 no. 42393/98 s. 13 hvor EMD la vekt på at arbeidstakeren (en førskolelærer) var en «representative of the State».

²⁸⁶ For en nærmere begrepsavklaring, se Aall (2012) s. 55.

²⁸⁷ Se for eksempel Schei (2012) s. 37 som knytter personlige interesser og engasjement til uavhengighet.

tillit hos alle parter.²⁸⁸ Dommerens autoritet og tillit står sentralt for at dommeren skal kunne utføre sin funksjon. I et multikulturelt samfunn, er det videre viktig at dommere har kunnskap, innsikt og forståelse for fremmede kulturer for at dommeren skal oppleves som uavhengig og nøytral.²⁸⁹ Synlige uttrykk for mangfold og rekruttering av minoritetsgrupper kan fungere som en bekreftelse på at dommerne respekterer og jobber for alle i samfunnet, uavhengig av religiøs eller kulturell bakgrunn.²⁹⁰ På denne måten kan adgang til å bruke religiøse plagg sikre at alle deler av befolkningen har tillit til domstolenes uavhengighet og upartiskhet. I motsatt vektskål ligger hensynet til å unngå mistanker om at dommeren har bindinger eller holdninger som kan påvirke avgjørelsen. At dommere skal unngå å gi inntrykk av at de har holdninger som *kan* påvirke avgjørelsen, kommer også til uttrykk i habilitetsbestemmelsen i dl. § 108. De siste årene har det skjedd en betydelig skjerping av habilitetskravene til dommerne. Økt bruk av inhabilitetsbestemmelsene, er nettopp utslag av bevissthet rundt at dommerne, både overfor parter, men også overfor allmennheten, skal fremstå som fullstendig uavhengig i den saken de er satt til å løse.²⁹¹ I Rt. 2010 s. 321 uttalte Høyesterett i relasjon til et spørsmål om inhabilitet som følge av medlemskap i Naturvernforbundet at «[e]t medlemskap i en ideell organisasjon er uttrykk for en holdning til et bestemt samfunnsspørsmål».²⁹² Bruk av religiøse symboler vil ikke på samme måte som et medlemskap i en organisasjon nødvendigvis være uttrykk for en holdning til samfunnsspørsmål, men noen paralleller kan etter min mening likevel trekkes. Fordi religion ofte forbindes med bestemte holdninger til politiske og samfunnsmessige spørsmål, *kan* bruk av religiøse symboler innebære at publikum assosierer den enkelte representant med slike holdninger. Dette kan igjen ha konsekvenser for befolkningens tillit til upartiskheten.²⁹³

Interessene som ligger til grunn for et krav om en «nøytral» fremtoning hos politiet og domstolene er dermed sterke. Kombinasjonen av uniformens betydning, og politiets og domstolenes særlige rolle i samfunnet, utgjør etter min mening et saklig formål. Slik jeg ser

²⁸⁸ Tilsvarende Fredriksen (2012) s. 483.

²⁸⁹ Se nærmere Fredriksen (2012) s. 483–516.

²⁹⁰ Lignende NOU 2013: 1 s. 121–122.

²⁹¹ Se Schei (2012) s. 37–38.

²⁹² Dommens avsnitt 8.

²⁹³ I nyere nemndspraksis er det lagt vekt på at bruk av religiøse plagg og symboler «kan» føre til konsekvenser, for eksempel svekket troverdighet eller konflikteskalering, se Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 16 og sak 46/2014 (NRK) s. 20. I sak 8/2010 (Politiet) opererte Nemnda med en annen terskel. Nemnda uttalte at det var vanskelig å se det slik at «tilliten i betydelig grad *skulle* svekkes ved at religiøse hodeplagg tillates» [min kursivering], se s. 10. Wigum er uenig, og mener at vurderingstemaet er om bruk av religiøse symboler eller klesplagg «kan tenkes» å svekke tilliten til politiet eller domstolene, se Wigum (2018) s. 296.

det, gjør verken det nasjonale eller det internasjonale rettskildematerialet motstand mot denne konklusjonen.²⁹⁴

Ovenfor har jeg nevnt at det også foregår en diskusjon knyttet til bruk av religiøse plagg for politiadvokater som prosederer uten uniform. Etter min mening er det mer uklart om hensynet til befolkningens tillit er saklig i disse tilfellene. Når politiadvokater opptrer uten uniform, er det vanskeligere å skille mellom når de er i og utenfor tjeneste. Selv om påtalemyndigheten har en plikt til å *opptre* objektivt, representerer ikke påtalemyndigheten statens fysiske maktapparat på samme måte som politibetjenter.²⁹⁵ I retten er også påtalemyndighetens rolle vesensforskjellig fra dommerens. I relasjon til spørsmål om inhabilitet, har Høyesterett uttalt at påtalemyndighetens og domstolenes roller i rettspleien er ulike, og at det ikke stilles like strenge krav for en aktor når det gjelder uavhengighet i forholdet til berørte interesser.²⁹⁶

Videre stilles det ulike institusjonelle krav til domstolenes og påtalemyndighetens uavhengighet. Påtalemyndigheten er for eksempel ikke helt uavhengig fra politiske myndigheter, fordi dens virksomhet er en del av kriminalpolitikken.²⁹⁷ Ulikheter knyttet til virksomhetenes karakter og de ansattes rolle og uniformsbruk, gjør derfor at interessen står svakere i relasjon til representanter for påtalemyndigheten som opptrer uten uniform.

For politiet og domstolene, må det antas at hensynet til befolkningens tillit i utgangspunktet har stor vekt. Samtidig vil det foreligge tungtveiende argumenter *mot* at hensynet får gjennomslag. Staten er direkte forpliktet etter EMK artikkel 9, og et forbud innenfor disse yrkesgruppene vil dermed innebære et spørsmål om statens negative forpliktelser. Generelt er staten underlagt en strengere norm når det er spørsmål om den negative forpliktelsen, sammenlignet med spørsmålet om statens sikring av rettigheten har vært tilstrekkelig.²⁹⁸ Staten har også monopol på å tilby ansettelse som politi og dommer. Forbud mot religiøse plagg og symboler i politiet og domstolene, vil derfor innebære at en større gruppe personer ikke får tilgang til disse profesjonene.²⁹⁹

²⁹⁴ Det synes også å være enighet i juridisk teori om at en nøytral og upartisk fremtoning er et saklig formål ved forbud mot religiøse plagg for politiet og dommere, se for eksempel Strand (2012) s. 358–359, Strand (2014) s. 288, Wigum (2018) s. 294 og Aall (2018) s. 262.

²⁹⁵ Objektivitetsplikten følger av lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.) § 55 a fjerde ledd.

²⁹⁶ HR-2019-34-S avsnitt 22.

²⁹⁷ Se nærmere Kallerud (2012) s. 417.

²⁹⁸ Se Aall (2018) s. 161–162.

²⁹⁹ Se også nærmere punkt 6.3.4 nedenfor.

5.5.3. Religiøs nøytralitet innenfor norske utdanningsinstitusjoner?

I det følgende vil jeg drøfte om hensynet til religiøs nøytralitet innenfor norske utdanningsinstitusjoner kan tjene som en saklig begrunnelse for forbud mot religiøse plagg for ansatte. For førskolelærere, grunnskolelærere og universitetsansatte er utgangspunktet at man kan kle seg som man vil, herunder bruke religiøse plagg og symboler. Et unntak er det nevnte forbudet mot ansiktsdekkende plagg i undervisningssituasjoner, som bare rammer de religiøse plaggene nikab og burka.³⁰⁰ Drøftelsene i det følgende knytter seg hovedsakelig til plagg og symboler som ikke dekker ansiktet. På grunn av at fremstillingen er avgrenset mot virksomheter som drives av tros- og livssynssamfunn, er det den offentlige utdanningssektoren som hovedsakelig står i fokus her.³⁰¹

Drøftelsene tar utgangspunkt i praksis fra de internasjonale menneskerettighetsorganene, særlig praksis fra EMD. Som det vil fremgå nedenfor, går EMDs argumentasjon på utdanningsområdet hovedsakelig langs to akser. Den ene akse knytter seg til konvensjonsstatenes rettslige prinsipper om nøytralitet, generelt eller innenfor utdanningssektoren. Den andre akse knytter seg til religiøse symbolers eventuelle påvirkningskraft på elevene. Jeg vil vurdere om disse argumentasjonslinjene kan overføres til en norsk kontekst.

EMD har behandlet flere saker om bruk av religiøse plagg innenfor utdanningssektoren. Praksis knytter seg både til universitetsprofessorer, førskolelærere, studenter og elever. Avvisningsavgjørelsen *Dahlab mot Sveits* fra 2001 gjaldt en førskolelærer som ikke fikk bruke hijab på jobb.³⁰² I sveitsisk lovgivning sto hensynet til et religionsnøytralt utdanningssystem og et skille mellom stat og religion sentralt. Statens anførte formål var «the principle of denominational neutrality in schools and, more broadly, on that of religious harmony». Formålet ble godtatt av EMD.³⁰³ I vurderingen vektla EMD hensynet til «neutrality in the State primary-education system» og det faktum at førskolelæreren var en «representative of the State».³⁰⁴ Jeg tolker EMDs avgjørelse slik at hensynet til nøytralitet innenfor utdanningssektoren er saklig dersom den enkelte konvensjonsstat opererer med et lovforankret prinsipp om sekularisme innenfor hele eller deler av den offentlige sektor.

³⁰⁰ Se punkt 5.2 ovenfor.

³⁰¹ Se punkt 1.2 ovenfor.

³⁰² *Dahlab mot Sveits* [A] 2001 no. 42393/98.

³⁰³ Dommens s. 9. EMD anså formålet for å være omfattet av «the rights and freedoms of others», «public safety» og «public order», se s. 12.

³⁰⁴ Se dommens s. 13.

Tilsvarende er lagt til grunn av EMD i to saker mot Tyrkia. Den første, storkammeravgjørelsen *Leyla Şahin mot Tyrkia* fra 2005, gjaldt forbud mot hijab for studenter på et universitet.³⁰⁵ I saken ble Tyrkias sekulære statsform ansett som et saklig formål.³⁰⁶ Hensynet til nøytralitet innenfor utdanningssektoren, ble ikke fremhevet særskilt. Året etter avsa EMD avvisningsavgjørelsen *Kurtulmuş mot Tyrkia*.³⁰⁷ Saken gjaldt forbud mot hijab for en professor på et universitet i Istanbul. EMD anså «the principle of neutrality in the public service and, in particular in the State education system, and [...] the principle of secularism» for å være saklig.³⁰⁸ I likhet med i *Dahlab mot Sveits*, fremheves nøytralitet i utdanningssektoren som et saklig hensyn mer generelt.

Felles for disse tre avgjørelsene, er at konvensjonsstatene har en sekulær statsform og lovfestede prinsipp om sekularitet på utdanningsområdet. Sekulære verdier har dermed bred rettskildemessig og verdimessig forankring i de aktuelle statene. EMD ser ut til å ha godtatt at sekularisme i seg selv er en tilstrekkelig begrunnelse i slike tilfeller.³⁰⁹

Videre har EMD ansett forbud mot religiøse plagg i skolen som saklig av hensyn til å beskytte elevene mot religiøse symbolers påvirkningskraft. I *Dahlab mot Sveits* uttalte EMD at:

«[I]t is very difficult to assess *the impact that a powerful external symbol* such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it *cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect*, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which [...] is *hard to square with the principle of gender equality*».³¹⁰

Slik jeg ser det, knyttes den påståtte påvirkningskraften til at det religiøse symbolet (hijab) kan påvirke elevenes religionsfrihet i form av at det utøves en form for religiøst press. I tillegg

³⁰⁵ *Leyla Şahin mot Tyrkia* [GC] 2005 no. 44774/98.

³⁰⁶ Se dommens avsnitt 113. Fulgt opp i *Köse mfl. mot Tyrkia* [A] 2006 no. 26625/02. Det må imidlertid bemerkes at forholdene i Tyrkia har endret seg siden den gang. I dag er det åpnet opp for bruk av religiøse hodeplagg i offentlige institusjoner i Tyrkia, se note 60 i Strand (2017) s. 289.

³⁰⁷ *Kurtulmuş mot Tyrkia* [A] 2006 no. 65500/01.

³⁰⁸ Dommens s. 7.

³⁰⁹ Tilsvarende Wigum (2018) s. 284–287 og Strand (2017) s. 289.

³¹⁰ *Dahlab mot Sveits* [A] 2001 no. 42393/98 s. 13 [min kursivering]. Uttalelsen er vist til i *Leyla Şahin mot Tyrkia* [GC] 2005 no. 44774/98 avsnitt 111. EMDs uttalelse er sterkt kritisert i juridisk teori, se for eksempel Rainey, Wicks og Ovey (2017) s. 462.

fremheves det at hijaben symboliserer stereotype oppfatninger av kjønnetenes roller, og dermed kan påvirke elevenes holdning til kjønnslikestilling.

Etter min mening er det viktig å merke seg at EMD eksplisitt fremhever barnas alder. Dette kan tilsi at en eventuell påvirkningskraft først og fremst er relevant overfor små barn.

Tolkningen understøttes av at det ikke ble vurdert om professorens bruk av hijab kunne ha påvirkning på studentene i *Kurtulmuş mot Tyrkia*. At bruk av hijab kan ha en «proselytising effect» på andre mennesker, ble imidlertid fremhevet i *Leyla Şahin mot Tyrkia*, men da klart avgrenset til de særlige forholdene i Tyrkia på den tiden.³¹¹ I den nevnte *Ebrahimian mot Frankrike*, som gjaldt en sosialarbeider med hijab, ble religiøse symbolers påvirkningskraft overfor «sårbare pasienter», trukket frem. Jeg tolker EMDs praksis slik at religiøse symbolers påvirkningskraft kun i visse tilfeller kan være relevant, dersom den ansatte har kontakt med spesielle grupper personer.

EMDs ovennevnte uttalelser om at hijab er et «powerful external symbol», står i en viss kontrast til domstolens uttalelse i *Lautsi mot Italia* fra 2011.³¹² I saken var spørsmålet om et påbud om å ha krusifikser på veggen i klasserom i italienske offentlige skoler var i strid med EMK artikkel 9 og EMK protokoll 1 artikkel 2 (rett til utdanning).³¹³ EMD mente at krusifikset ikke kunne påvirke elevene fordi krusifiks var et «passive symbol».³¹⁴ Uttalelsen kan tyde på at EMD mener at det kan skilles mellom ulike religiøse symbolers påvirkningskraft.³¹⁵ Det er vanskelig å se hvorfor EMD skulle mene at et krusifiks ikke kan ha noen påvirkningskraft på elevene, mens det motsatte gjelder dersom en lærer bærer hijab. Gitt at religiøse symboler eller plagg er egnet til å påvirke andre mennesker, vil det etter min mening ikke ha særlig betydning om symbolet bæres av en person som representerer institusjonen, eller om det er opphengt på veggen. Tvert imot vil et krusifiks på veggen i større grad kunne sies å representere institusjonen.

Religiøse symbolers påvirkningskraft har også blitt vurdert av Menneskerettighetskomitéen i 2018. I *F.A. mot Frankrike* uttalte komitéen på generelt grunnlag at «the wearing of a

³¹¹ Storkammeret sluttet seg til kammerets uttalelse om at: «when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, it must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it», se avsnitt 115. Se også Høstmølingen (2006) s. 246 om at uttalelsen har mindre relevans i en norsk sammenheng.

³¹² *Lautsi mfl. mot Italia* [GC] 2011 no. 30814/06.

³¹³ Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 20. mars 1952 (Protokoll 1 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter).

³¹⁴ Dommens avsnitt 72.

³¹⁵ Wigum er kritisk til EMDs tilnærming, se Wigum (2018) s. 274. Annerledes Harbo (2012) s. 283.

headscarf, in and of itself, cannot be regarded as constituting an act of proselytism».³¹⁶ De internasjonale håndhevingsorganene synes dermed å være sprikende i synet på religiøse symbolers påvirkningskraft.

At rettskildene ikke er samstemte på dette punktet, har betydning når det i det følgende skal vurderes om hensynet til nøytralitet er en saklig begrunnelse for å forby religiøse plagg og symboler i den norske utdanningssektoren. Jeg vil først ta stilling til om religionsnøytralitet mer generelt er saklig. Deretter ser jeg på om hensynet til religiøse symbolers påvirkningskraft har overføringsverdi til en norsk kontekst.

Det norske utdanningssystemet bygger ikke på tilsvarende sekulære prinsipp som utdanningssystemet i Sveits og Tyrkia. Verdigrunnlaget for opplæringen i grunnskoler og videregående skoler følger av opplæringsloven § 1-1 andre ledd, som lyder:

«Opplæringa skal byggje på grunnleggjande verdiar i kristen og humanistisk arv og tradisjon, slik som respekt for menneskeverdet og naturen, på åndsfridom, nestekjærleik, tilgjeving, likeverd og solidaritet, verdiar som òg kjem til uttrykk i ulike religionar og livssyn og som er forankra i menneskerettane».³¹⁷

Opplæringens verdigrunnlag er dermed sammensatt av både kristne og humanistiske verdier, og bygger på respekt for alle religioner. Den sentrale verdien som skal formidles kan sies å være livssynspluralisme, som på mange måter er det motsatte av livssynsnøytralitet. At kristendommen er satt i en særstilling, tilsier også at religiøs nøytralitet innenfor utdanningssektoren ikke er et ønske fra lovgivers side.

Læreren skal formidle de verdier opplæringsloven bygger på. Av oppl. § 1-1 fjerde ledd følger det at opplæringen skal gi innsikt i kulturelt mangfold og vise respekt for den enkeltes overbevisning. At lærere har adgang til å bruke religiøse plagg og symboler, kan etter mitt syn bidra til å fremme disse verdiene. Dersom elevene i skolesammenheng eksponeres for mennesker som bruker religiøse plagg og symboler, kan dette føre til at elevene utvikler aksept og toleranse for religiøse uttrykk, i tråd med opplæringslovens formål.³¹⁸ Læreren rolle i samfunnet skiller seg videre vesentlig fra rollene til representanter for politiet og

³¹⁶ FNs menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) punkt 8.9.

³¹⁷ Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova – oppl.). Tilsvarende følger av lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven – bhl.) § 1 første ledd.

³¹⁸ Noe tilsvarende er poengtert av FNs barnekomité i en statsrapport fra Tyskland: «[B]anning schoolteachers from wearing headscarves in public schools [...] does not contribute to the child's understanding of the right to freedom of religion and to the development of an attitude of tolerance», se FNs barnekomité *Concluding Observations: Germany* (2004) punkt 30.

domstolene. Mens politibetjenters og dommeres ytre fremtoning utelukkende skal representere institusjonene gjennom bruk av uniform, har tradisjonen i Norge, som nevnt, vært at læreren i utgangspunktet kan kle seg etter eget ønske. Videre vil lærerens tillit først og fremst utvikles gjennom personlige relasjoner med elevene, og er dermed i mindre grad avhengig av ytre fremtoning. Et unntak er imidlertid ansiktsdekkende plagg, fordi slike plagg kan stå i veien for lærerens undervisning og kommunikasjon med elevene.³¹⁹ Nettopp fordi ansiktskontakt kan etablere trygghet, tillit og personlig relasjon, vil heldekkende plagg kunne hindre utøvelsen av sentrale funksjoner og verdier i lærerens yrkesrolle. Det samme kan ikke sies å være tilfelle for andre typer religiøse plagg.

Fordi nøytralitet verken kan knyttes til overordnede verdier innen den norske utdanningssektoren, eller til lærerens funksjon, mener jeg hensynet til nøytralitet i liten grad vil være saklig ved forbud mot religiøse plagg og symboler som ikke dekker ansiktet. Det er mulig at dette kunne stilt seg annerledes dersom opplæringslovens formålsbestemmelse hadde vært utformet på en annen måte.³²⁰

Det vil kunne være mer åpent om det er saklig å forby religiøse plagg og symboler som ikke dekker ansiktet hos ansatte på universiteter og høyskoler. I motsetning til opplæringslovens formålsbestemmelse, utgjør ikke formålsbestemmelsen i universitets- og høyskoleloven et argument *mot* at man kan begrense religiøse uttrykk.³²¹ Heller ikke innenfor universiteter og høyskoler er det tradisjon for at de ansattes religiøse bekledning reguleres. Sett i lys av at religiøse plagg som ikke dekker ansiktet neppe vil påvirke funksjonen og yrkesutøvelsen til universitets- og høyskoleansatte, vil det uansett ikke være tale om noen tungtveiende interesse.

Videre vil jeg drøfte om hensynet til religiøse symbolers påvirkningskraft er et saklig hensyn. Som nevnt knytter EMDs argumentasjon seg til at elevene kan utsettes for press, samt at hijaben har en symbolverdi som kan påvirke elevenes holdning til kjønnslikestilling.

Lærere er som nevnt rollemodeller, og må antas å ha en viss autoritet og myndighet overfor elevene, som også er pålagt å gå på skolen. Lærerens rolle kan dermed tilsi at elever kan la seg inspirere og påvirke av hvordan læreren kler seg. Samtidig er det å operere med en

³¹⁹ Se punkt 5.2 ovenfor.

³²⁰ Lignende Høstmælingen (2006) s. 246 som mener at den kristne formålsparagrafen gjør at det stilles strenge krav til myndighetenes argumentasjon dersom islamsk praksis blir innskrenket. Se også Köhler-Olsen (2010) s. 422, Harbo (2012) s. 283 og Wigum (2018) s. 265.

³²¹ Se lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven – uhl.) § 1-1.

presumsjon om at individer ikke selv kan ta «frie valg» dersom de eksponeres for religiøse plagg og symboler i undervisningssammenheng, ikke forenlig med det generelle utgangspunktet om individets personlige autonomi. Vernet av religionsfriheten bygger nettopp på at mennesker skal ha frihet til å bestemme *om* de vil ha en religion og *om* de vil utøve den. Dette utgangspunktet må også gjelde for aktører innenfor utdanningssektoren. Menneskerettighetskomitéens uttalelse i *F.A. mot Frankrike* kan også sies å tale mot at religiøse symbolers påvirkningskraft kan brukes som bærende begrunnelse for forbud mot religiøse plagg.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om hensynet til å unngå religiøst press kan være en saklig begrunnelse for mer lokale forbud. Strand mener at det i tilfeller av religiøst press på den enkelte skole, må diskuteres hvordan man skal forholde seg til læreres bruk av hijab.³²² Hun har imidlertid ingen anbefalinger knyttet til hvilke prinsipper man skal gå etter i slike situasjoner. En konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle vil kunne være fornuftig, men samtidig kan det være problematisk dersom lokale beslutninger resulterer i manglende konsekvens hva gjelder hvilket regelverk en lærer må forholde seg til. Dette kan være en motinteresse som kan redusere hensynets gjennomslag. I NOU 2017: 2 fremhevet også Brockmann-utvalget at det kan være vanskelig for lokale myndigheter å ta beslutninger knyttet til hvilken praksis den enkelte skole skal ha overfor religiøse påbud og forbud.³²³ Utvalget fremhevet at nasjonale retningslinjer generelt er å foretrekke.

EMDs argumentasjon knyttet til *kjønnslikestilling*, bygger på at hijab som religiøst plagg er kvinnediskriminerende og symboliserer stereotypiske oppfatninger av kjønnes roller, noe som ikke bør formidles til elevene.³²⁴ Kvinner som bruker hijab har ulike begrunnelser for dette, og de fleste vil nok mene at de bruker plagget frivillig. Jeg mener at utgangspunktet må være at det generelt legges til grunn at plagget brukes frivillig, med mindre andre omstendigheter tilsier noe annet.³²⁵ Å bruke hensynet til kjønnslikestilling som begrunnelse for å forskjellsbehandle eller gripe inn i religionsfriheten, har etter mitt syn preg av paternalisme. Individets religionsfrihet bør i liten grad kunne innskrenkes fordi majoriteten

³²² Strand (2012) s. 331.

³²³ Se NOU 2017: 2 s. 184.

³²⁴ Slike syn har en side til diskrimineringsvernets strukturelle sider, se nærmere Strand (2012) s. 142–145. Se også lignende resonnement hos flertallet i Diskrimineringsnemndas sak 48/2018 (Håndhilse I) s. 12.

³²⁵ Köhler-Olsen (2010) s. 414 gir uttrykk for at hun «ikke kan forstå at en kvinne frivillig ville velge å ta i bruk hijab». Slik jeg forstår, er hun imidlertid enig i at kjønnslikestillingshensynet ikke kan brukes som en generell begrunnelse i disse situasjonene.

mener at det aktuelle plagget eller symbolet er kjønnsdiskriminerende.³²⁶ Tvert imot er *forbud* mot hijab nettopp blitt stemplet som kvinnediskriminerende.³²⁷

Etter min mening vil det neppe være saklig å begrense læreres adgang til å bruke religiøse plagg av hensyn til nøytralitet i skolen eller på grunn av religiøse symbolers påvirkningskraft. De tradisjonelle norske rettskildene gjør motstand mot å overføre EMDs argumentasjon til norske forhold på dette området.

5.5.4. Virksomhetens «verdinøytrale» profil

Arbeidsgiver kan i medhold av styringsretten bestemme at virksomheten skal ha en bestemt profil utad.³²⁸ Denne retten bygger på et utgangspunkt om autonomi, handlingsfrihet og næringsfrihet.³²⁹ I tillegg kan arbeidsgivers kompetanse til å bestemme virksomhetens profil ha en side til religionsfriheten, samt yringsfriheten som er forankret i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.³³⁰ Spørsmålet i det følgende er om og når en verdinøytral profil kan tjene som saklig begrunnelse for begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler.

Både EMD og EU-domstolen har anerkjent at hensynet til virksomhetens profil kan utgjøre et saklig formål. I *Eweida mfl. mot Storbritannia* uttalte EMD at «the employer's wish to project a certain corporate image [...] was undoubtedly legitimate».³³¹ Tilsvarende følger av EU-domstolens avgjørelse *Achbita*, hvor domstolen uttalte at «a policy of political, philosophical or religious neutrality must be considered legitimate».³³² Som nevnt i punkt 4.4.2 fremholdt imidlertid EU-domstolen i *WABE* at arbeidsgiver i tillegg må kunne vise til at det foreligger et reelt behov for å forby religiøse plagg.

Nemnda har ikke ansett arbeidsgivers virksomhetsprofil for å være saklig i seg selv, men krevd en nærmere begrunnelse av *på hvilken måte* et forbud mot religiøse plagg bidrar til å tjene virksomhetens profil. I *Blidensol*-saken, hadde det private sykehjemmet anført «nøytralitet» som begrunnelse for forbudet mot religiøse plagg. Nemnda uttalte:

«[B]ehovet for 'nøytral' uniform [må] begrunnes i noe mer enn et ønske om at ansatte skal fremstå som sekulære overfor andre. Dersom enhver virksomhet som har et

³²⁶ Tilsvarende Haugseth (2009) s. 49 og lignende Köhler-Olsen (2010) s. 414.

³²⁷ Se for eksempel Klagenemnda for likestilling sak 8/2001 (Oslo Plaza).

³²⁸ Se også punkt 3.1 ovenfor.

³²⁹ Se *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 38 og *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 63.

³³⁰ Jeg har imidlertid avgrenset mot tros- og livssynssamfunn og virksomheter som drives av slike, se punkt 1.2 ovenfor.

³³¹ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 94.

³³² *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 37.

uniformsreglement, kan forby bruk av religiøse plagg, vil diskrimineringsvernet fremstå som illusorisk».³³³

Et krav om en nøytral fremtoning som ledd i å ivareta virksomhetens nøytrale profil, må etter Nemndas syn knyttes opp mot en nærmere bestemt funksjon. Det er denne funksjonen som må utgjøre en saklig begrunnelse for forbudet. Tilnærmingen sikrer bedre individvern enn EMDs aksept av virksomhetens profil som et saklig formål i seg selv. Slik jeg ser det, er Nemndas tilnærming i tråd med Menneskerettighetskomitéens spesifikasjonskrav, se punkt 4.3.1 ovenfor. Dersom det kan vises til at et forbud mot religiøse plagg har en bestemt funksjon, vil dette antageligvis også oppfylle EU-domstolens krav om «genuine need».³³⁴ Etter min mening må det derfor kreves at arbeidsgiver viser *hvorfor* en begrensning i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler er saklig i lys av virksomhetens profil.³³⁵

NRK-saken som ble behandlet av Nemnda i 2014, er et eksempel på et tilfelle hvor jeg mener begrunnelsen for en nøytral framtoning kunne knyttes opp mot en nærmere bestemt funksjon i virksomheten.³³⁶ Saken gjaldt NRKs absolutte forbud mot at nyhetsprogramledere fikk bære religiøse plagg og symboler under TV-sending. Kravet om en nøytral fremtoning ble av Nemnda ansett å ha sammenheng med pressens troverdighet som uavhengig nyhetsformidler. I den forbindelse sto den enkelte nyhetsprogramleder, som formidlet politiske, religiøse og kulturelle temaer, sentralt for å sikre nyhetsformidlingens troverdighet. Forbudet var dermed begrunnet både i hva som skulle formidles, og i rollen til den som skulle formidle.

En nøytral fremtoning vil også kunne være saklig i de tilfellene der den nærmere begrunnelsen knytter seg til arbeidstakers rolle overfor bestemte grupper som arbeidstaker skal betjene. Her er NOKAS I-saken fra Nemnda illustrerende.³³⁷ Spørsmålet i saken var om NOKAS' forbud mot religiøse plagg for ansatte i sikkerhetskontrollen på Oslo Lufthavn var diskriminerende. I vurderingen av om formålet var saklig, la Nemnda vekt på de «ansattes rolle og myndighet i kraft av deres uniform».³³⁸ Den nærmere begrunnelsen var at

³³³ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2017 (Blidensol) s. 19 [opprinnelig kursivering]. Det må bemerkes at flertallet og mindretallet i Nemnda var uenige om hva som var den egentlige begrunnelsen for reglementet. Flertallet mente at driftsstyrets begrunnelse var hensynet til beboernes velvære, mens mindretallet mente at det var politisk og religiøs nøytralitet til det beste for pasientene som var driftsstyrets begrunnelse, se sakens s. 21 flg.

³³⁴ Se punkt 4.4.2 ovenfor.

³³⁵ Vurderingen har paralleller til den som må gjøres i relasjon til tros- og livssynssamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av religion. Utgangspunktet etter forarbeidene er at forskjellsbehandlingen kan være saklig dersom den knytter seg til stillinger som har en «religiøs funksjon», se Prop. 81 L (2016–2017) s. 121.

³³⁶ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 46/2014 (NRK).

³³⁷ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I).

³³⁸ Se s. 15.

sikkerhetskontrollørene daglig var i fysisk kontakt med svært mange reisende fra hele verden. Dersom sikkerhetskontrollørene bar religiøse symboler, kunne dette derfor skape konfrontasjoner eller føre til konflikteskalering. I likhet med NRK-saken, kunne kravet om en nøytral fremtoning knyttes til noe mer enn virksomhetens verdinøytrale profil.

I den etterfølgende NOKAS II-saken mener jeg imidlertid det er mer usikkert om det forelå et saklig formål. Spørsmålet i NOKAS II-saken var om NOKAS' uniformsreglement som forbød skjegg av en viss lengde, var diskriminerende overfor muslimske menn som hadde langt skjegg av religiøse grunner.³³⁹ NOKAS' begrunnelse var «nøytralitet» og «behovet for at det skapes respekt og ro». Nemnda godtok uten noe nærmere forklaring at forbud mot religiøse symboler, deriblant skjegg, var saklig på bakgrunn av ovennevnte begrunnelse. Etter min mening er det tvilsomt om virksomhetens nøytrale profil kan brukes for å begrense religiøse symboler som ikke nødvendigvis *utad* gir uttrykk for en religiøs tilhørighet. Fordi både religiøse og ikke-religiøse menn kan ha skjegg, mener jeg nøytralitetsbegrunnelsen i saken står svakt.³⁴⁰

Et annet tilfelle hvor konklusjonen er mer åpen, er hvor arbeidstaker skal betjene særlig *sårbare* mennesker, for eksempel på helseinstitusjoner. Arbeidsgivers verdinøytrale profil kan blant annet være begrunnet i et ønske om å ta hensyn til psykiatriske pasienter som blir særlig opprørte av å se helsepersonell med religiøse plagg. En slik interesse kan knyttes til arbeidstakers rolle og gjennomføring av arbeidsoppgavene, noe som kan trekke i retning av at interessen er saklig. Samtidig kan det i slike situasjoner være snakk om å ta hensyn til fordommer fra enkeltpersoners side. Dette reduserer argumentets vekt betraktelig. I slike tilfeller vil nok arbeidsgiver også kunne organisere arbeidet slik at den aktuelle arbeidstakeren ikke har kontakt med bestemte pasienter, heller enn å nedlegge forbud mot religiøse plagg, se nærmere punkt 6.2.3 nedenfor. Interessen vil dermed stå svakt i møte med arbeidstakers religionsfrihet.

Et siste eksempel er hvor virksomhetens profil utelukkende knytter seg til salgs- og forretningsmessige interesser. I slike tilfeller er det eventuelt virksomhetens omdømme og hensynet til kunder som den nøytrale profilen skal tjene. Eksempler på virksomheter hvor dette kan være aktuelt er advokatfirmaer eller finansielle foretak. I slike virksomheter foreligger det ofte bransjepraksis knyttet til bekledning. I *WABE* uttalte EU-domstolen at

³³⁹ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 35/2014 (NOKAS II).

³⁴⁰ Se også punkt 6.2.2 nedenfor om sammenhengen mellom arbeidsgivers påberopte formål og innholdet i et reglement.

hensynet til kunder kan være et saklig formål, dersom virksomhetsprofilen søker å ivareta legitime ønsker fra kundenes side.³⁴¹ I saken hadde kundegruppens ønsker sammenheng med rettigheter i EU-pakten, nærmere bestemt foreldrenes rett til sikre at barna ble undervist i overensstemmelse med deres religiøse tro (artikkel 14). I *Bouagnaoui* godtok ikke EU-domstolen arbeidsgivers begrunnelse. Som nevnt ville arbeidsgiveren i saken ta hensyn til en enkeltkunde som ikke ønsket å motta tjenester fra en person med hijab.³⁴² Etter min mening tilsier EU-domstolens praksis at det må foreligge spesielle omstendigheter før hensynet til kunder, spesielt enkeltpersoner, kan utgjøre en saklig grunn ved forbud mot religiøse plagg. I slike tilfeller vil en nøytral fremtoning stort sett ikke kunne knyttes til mer konkrete funksjoner, utover ivaretagelse av virksomhetens profil i seg selv. På bakgrunn av de rettskildemessige utgangspunktene oppstilt ovenfor, er det usikkert om det i norsk rett er tilstrekkelig at arbeidsgiver viser til sine salgs- og forretningsinteresser. Det bør her kreves at arbeidsgiver, i tråd med Menneskerettighetskomitéens og Nemndas praksis, kan vise til at en nøytral fremtoning faktisk vil ha en funksjon ved utøvelsen av arbeidet. Uansett må arbeidsgivers salgs- og forretningsinteresser ha liten vekt i møte med religionsfriheten.

Drøftelsen har vist at innskrenkninger i adgangen til å bruke religiøse plagg på bakgrunn av virksomhetens verdinøytrale profil krever en særskilt begrunnelse. Begrunnelsen må hovedsakelig knyttes til arbeidstakers rolle eller andre viktige interesser på arbeidsgivers side. Selv om arbeidsgivers frihet til å bestemme virksomhetens profil er utslag av overordnede prinsipper som autonomi, næringsfrihet og yringsfrihet, vil ikke disse interessene nødvendigvis være mer tungtveiende enn religionsfriheten. Vekten av arbeidsgivers interesser i slike tilfeller vil måtte bero på hvilken funksjon en nøytral fremtoning hos den ansatte skal tjene, samt hvor stort behov virksomheten kan vise til. Hensynet til virksomhetens salgs- og forretningsmessige interesser vil generelt ha mindre vekt enn hensynet til en nøytral fremtoning for politiet og domstolene. Politiet og domstolene skiller seg fra andre institusjoner fordi det her gjør seg gjeldende tungtveiende institusjonelle og samfunnsmessige hensyn.

5.5.5. Virksomhetens visuelle profil

Det vil kunne være glidende overgang fra en virksomhetsprofil om «nøytralitet» til en ren visuell profil hvor arbeidsgiver utelukkende ønsker at de ansatte skal ha et felles visuelt

³⁴¹ *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 65.

³⁴² *Bouagnaoui* [GC] C-188/15 avsnitt 40.

uttrykk. Slike mer estetiske interesser vil kunne være aktuelle i virksomheter hvor de ansatte bruker uniform for å fremme virksomhetens merkevare. En svensk mediasak kan illustrere problemet. En muslimsk kvinne i Sverige fikk beskjed på jobbintervju med flyselskapet SAS om at de ikke tillot de ansatte å bære hijab på jobb. I et intervju uttalte pressesjefen i SAS Sverige:

«Vi tillater ikke noen andre plagg eller religiøse, politiske eller ideologiske symboler. Det handler egentlig bare om at vi vil ha en lik, visuell uniform der vi ikke behandler noen annerledes enn andre».³⁴³

Spørsmålet i det følgende er om rettskildene åpner for at en slik interesse fra arbeidsgivers side kan være en saklig begrunnelse ved forbud mot religiøse plagg og symboler.

I likhet med virksomhetens «verdinøytrale» profil, har ivaretagelse av en bestemt estetisk profil sammenheng med arbeidsgivers autonomi. Som nevnt aksepterte EMD i *Eweida mfl. mot Storbritannia* at virksomhetens «corporate image» var et saklig formål. Saken trekker i retning av at en virksomhetsprofil generelt er et saklig formål i EMDs praksis, også dersom det er snakk om å ivareta en ren visuell profil. Avvisningsavgjørelse *Kara mot Storbritannia* trekker også i samme retning.³⁴⁴ Saken omhandlet en mannlig arbeidstaker som brukte «feminine» klær på jobb. Arbeidsplassens reglement påla arbeidstakerne å kle seg «appropriately» etter deres kjønn, noe klageren mente utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8. EMD anså arbeidsgivers interesse i å «protecting its own proper functioning» som et saklig formål. Arbeidsgivers frihet til å bestemme over de ansattes utseende kan dermed til en viss grad sies å være akseptert i EMDs praksis.

Fra Nemndas praksis er Oslo Plaza-saken fra 2001 relevant.³⁴⁵ I saken hadde et hotell nedlagt forbud mot hodeplagg av hensyn til profilering og markedsføring. Nemnda uttalte at uniformsreglementet i utgangspunktet var saklig og velbegrunnet, men konstaterte diskriminering på grunn av uforholdsmessighet.³⁴⁶ At rene estetiske hensyn kan aksepteres som et saklig hensyn, har dermed en viss støtte i nemndspraksis. I juridisk teori er det også lagt til grunn at hensynet til «identifikasjon», som handler om at de ansatte gjennom sin

³⁴³ Fuglset, «Ble nektet SAS-jobb på grunn av hijab», nyhetsartikkel i Nettavisen, 26. april 2017: <https://www.nettavisen.no/na24/ble-nektet-sas-jobb-pa-grunn-av-hijab/s/12-95-3423335488> (hentet 10. juni 2021).

³⁴⁴ *Kara mot Storbritannia* [K] 1998 no. 36528/97.

³⁴⁵ Klagenemnda for likestilling sak 1/2008 (Oslo Plaza).

³⁴⁶ Uforholdsmessighet ble hovedsakelig konstatert på bakgrunn av at arbeidsgiver hadde mulighet til å tilrettelegge for religiøs bekledning, se nærmere punkt 6.2.3 nedenfor.

uniform skal være enkle å identifisere, i utgangspunktet er saklig.³⁴⁷ Identifikasjon kan også ha en sikkerhetsdimensjon. For eksempel kan flykapteinenes uniform ha en særlig funksjon dersom det oppstår sikkerhetsmessige behov under flyvninger som nødvendiggjør bruk av kommandoer og maktbruk. Det samme kan sies å være relevant for cabinpersonalet generelt, fordi de av sikkerhetshensyn må være lett gjenkjennelige og likt kledd.

Rettskildene gir imidlertid ikke klare svar på om rene estetiske hensyn kan utgjøre en saklig begrunnelse. Konklusjonen er derfor noe åpen. Etter min mening bør man, i den grad man aksepterer virksomhetens «verdinøytrale» profil som saklig interesse, også akseptere at arbeidsgiver kan ha et legitimt behov for en bestemt visuell profil. En ren visuell profil vil i de fleste tilfeller hovedsakelig knytte seg til arbeidsgivers salgs- og forretningsmessige interesser. Som nevnt, vil disse interessene generelt stå svakt i møte med religionsfriheten. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller også stå svakere enn hvor det kan vises til at en verdinøytral fremtoning fyller en bestemt funksjon eller tjener et konkret behov. Dersom arbeidsgiver kan vise til at en visuell profil i tillegg har sammenheng med mer praktisk rettede interesser, for eksempel sikkerhet, vil imidlertid arbeidsgiver stå sterkere. På denne måten kan man se at kombinasjonen av ulike begrunnelser og funksjoner, kan styrke vekten av interessene på arbeidsgivers hånd.

5.6. Oppsummerende betraktninger

Drøftelsene ovenfor har vist at typen religiøst plagg har stor betydning for hvilke begrunnelser arbeidsgiver kan påberope seg. På grunn av at ansiktet er sentralt for kommunikasjonen mellom mennesker, står ansiktsdekkende plagg i en særstilling. Jeg har vist at kommunikasjonshensynet er et gjennomgripende hensyn, som kan anføres i de fleste tilfeller, uavhengig av, eller i tillegg til, de andre hensynene. Drøftelsene har videre vist at typen virksomhet, samt arbeidstakers arbeidsoppgaver og funksjon i virksomheten, er avgjørende for hvilke interesser arbeidsgiver kan påberope seg. Hygiene- og sikkerhetshensyn vil for eksempel bare være aktuelt for bestemte typer virksomheter. Dersom disse er relevante, vil de som utgangspunkt ha stor vekt. For de interesser som ligger til grunn for et krav om en nøytral fremtoning, kan imidlertid konklusjonen være mer åpen. De underliggende verdiene varierer i både relevans og gjennomslagskraft. Det varierer også om arbeidstakers arbeidsoppgaver og funksjon tilsier at det foreligger et behov for en nøytral fremtoning. Videre har analysene vist

³⁴⁷ Se Strand (2012) s. 345–347.

at hensynet til tilliten til statens maktapparat generelt står sterkere enn en virksomhets drift- og forretningsmessige interesser.

Om arbeidsgivers påberopte formål har klar rettskildemessig forankring, eller om det godtas under tvil, har betydning for om den konkrete begrensningen er forholdsmessig. Det foreligger her en dynamikk – desto sterkere forankring formålet har, desto mer skal til før en begrensning i religiøs bekledning er uforholdsmessig. Forholdsmessighetsvurderingene er temaet i det følgende.

6. Retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen – hvordan avveie arbeidsgivers og arbeidstakers interesser?

6.1. Innledning

Siktemålet med kapittelet er å klarlegge innholdet i forholdsmessighetsvurderingene som bestemmelsene til vern av religionsfrihet og diskrimineringsvern består av.³⁴⁸ De rettslige utgangspunktene er gjennomgått i kapittel 4 ovenfor. På et overordnet nivå innebærer forholdsmessighetsnormene at det må foretas en vurdering av om arbeidsgivers interesser er tilstrekkelige til å overstyre individets. Forholdsmessighetsvurderingen er på mange måter avgjørende for om arbeidsgivers begrensning er rettmessig, og derfor samtidig også avgjørende for styringsrettens rekkevidde på dette området. Forholdsmessighetsvurderingen må ta utgangspunkt i hvilket samfunnsområde man befinner seg på, hvilken type arbeidsplass det er tale om og de konkrete forholdene på den enkelte arbeidsplassen.³⁴⁹ I tillegg må vurderingen hensynta maktubalansen mellom partene i et arbeidsforhold.³⁵⁰ Terskelen for forholdsmessighet er i utgangspunktet høy på arbeidslivets område.³⁵¹

På et mer konkret nivå består en forholdsmessighetsvurdering av en kjerne av nærmere bestemte komponenter.³⁵² I tillegg til et krav om saklig formål, er det tre komponenter som gjennomgående fremheves: egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand (proporsjonalitet *stricto sensu*).³⁵³ Kravet om egnethet innebærer at tiltaket som er iverksatt må være egnet til å oppnå formålet. Et bestemt tiltak kan være mer eller mindre egnet. Graden av egnethet har betydning for gjennomslagskraften av de underliggende arbeidsgiverinteressene i en konkret avveining mot motstridende hensyn.³⁵⁴

Nødvendighetskravet innebærer at tiltaket må være nødvendig for å oppnå formålet. Til en viss grad ligger det her innbakt et krav om interesseovervekt.³⁵⁵ Videre står det sentralt om formålet kan oppnås med andre mindre inngripende tiltak. Kravet om forholdsmessighet i snever forstand, innebærer i større grad en ren interesseavveining av arbeidsgivers interesser

³⁴⁸ I tråd med Monsen (2012) s. 124.

³⁴⁹ Se for eksempel *Ahmet Arslan mfl. mot Tyrkia* [J] 2010 no. 41135/98 avsnitt 45 og Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 12.

³⁵⁰ Se punkt 3.3 ovenfor.

³⁵¹ Se punkt 4.4.1 ovenfor.

³⁵² Se for eksempel Billis, Knust og Rui (2021) s. 24 med videre henvisninger og Aall (2018) s. 153 om EMK.

³⁵³ Se for eksempel Billis, Knust og Rui (2021) s. 25, Graver (2019) s. 137–138 og Moen (2019) s. 95. Inndelingen er i tråd med det som er vanlig i europeisk rett, se Bernt (2015) s. 37 og Rui (2018) s. 130.

³⁵⁴ Lignende Moen (2019) s. 459 som omtaler egnethetsvurderingen som et «gradsmål».

³⁵⁵ Se for eksempel Moen (2019) s. 467.

sett opp mot individets. For at kravet skal være oppfylt må vekten av interessene på arbeidsgivers hånd, veie tyngre enn individets.³⁵⁶ De tre ovennevnte komponenter innebærer at ulike hensyn må avveies i en bestemt normativ argumentasjonsstruktur.³⁵⁷

Forholdsmessighetsvurderinger er kjent på flere rettsfelt, og preges av forskjellige rettslige kontekster. I kapittel 4 ovenfor har jeg vist at det varierer om de relevante regelsettene formulerer absolutte vilkår om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet, eller om disse først og fremst er retningslinjer i en større helhetsvurdering.³⁵⁸ Elementer av egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet kan uansett gjenfinnes i alle regelsettene, men med ulik tydelighet.

I det følgende vil jeg drøfte utvalgte vurderingsmomenter som kan ha betydning når forholdsmessigheten (i vid forstand) vurderes. Disse kan være relevante for å fastslå rekkevidden av bestemmelsene om både religionsfrihet og diskrimineringsvern. Analysene tar sikte på å klargjøre hvilke situasjoner momentene kan være relevante, og hvilken vekt de har i forholdsmessighetsvurderingen. Analysene kan anses som en videreføring av drøftelsene i kapittel 5 ovenfor. De aktuelle arbeidsgiverinteressenes egenvekt og gjennomslagskraft inngår som ett av flere momenter i forholdsmessighetsvurderingen, se særlig punkt 6.2.1 nedenfor. Videre tar analysene sikte på å vise om momentene inngår i en vurdering av egnethet, nødvendighet eller forholdsmessighet (interesseavveining). I praksis kan det være glidende overganger mellom vurderingene. Jeg vil likevel forsøke å peke på hvilke komponenter momentene hovedsakelig knytter seg til. Vurderingen av forholdsmessigheten må gjøres konkret, og det kan dermed ikke presenteres noen uttømmende liste over relevante momenter. Momentene som blir trukket fram i det følgende, er valgt med utgangspunkt i argumentasjonsmønstre som kan utledes fra håndhevingspraksis.

Valget av systematikk i det følgende bygger i noen grad på de tre ovennevnte komponenter om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet (interesseavveining). Jeg vil først behandle momenter som har betydning for hvor sterke interesser som gjør seg gjeldende på arbeidsgiversiden (punkt 6.2). I de konkrete drøftelsene vil jeg peke på om vurderingsmomentene hovedsakelig dreier seg om å vurdere egnethet, nødvendighet eller om momentene først og fremst har betydning i interesseavveiningen. Deretter vil jeg drøfte

³⁵⁶ Se for eksempel Graver (2019) s. 138.

³⁵⁷ Se også Rui (2018) s. 130 om at kriteriene gjør det mulig å foreta en strukturert og systematisk tilnærming til forholdsmessighet.

³⁵⁸ Tilsvarende Aall (2018) s. 150 og Moen (2019) s. 445.

vurderingsmomenter på arbeidstakersiden (punkt 6.3). Disse momentene har hovedsakelig betydning for å kunne fastslå den relative vekten av individets interesser i en konkret interesseavveining. Utgangspunktet er at jo sterkere interesser som gjør seg gjeldende, desto mer skal til før en begrensning er forholdsmessig.

Avslutningsvis må det nevnes at saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen, er tett forbundet. I praksis kan vurderingene derfor ha glidende overganger.³⁵⁹ I så måte kunne fremstillingen tatt kasuistisk stilling til rekkevidden av hvert formål.³⁶⁰ Jeg har imidlertid ansett det hensiktsmessig å dele disse vurderingene inn i to deler. Etter min mening er den valgte fremstillingen egnet til å få frem flere nyanser i de konkrete vurderingene som må gjøres. Det finnes for eksempel flere vurderingsmomenter og argumentasjonslinjer som er relevante uavhengig av hvilket formål arbeidsgiver påberoper seg. Ofte foreligger det også flere formål bak et regelverk, slik at en kategorisk fremstilling av hvert formål kunne gitt et mer ufullstendig bilde av rettstilstanden.

6.2. Forhold på arbeidsgiversiden

6.2.1. Hvilken type arbeidsgiverinteresse som er påberopt

En begrensning i religiøse plagg og symboler må være egnet og nødvendig for å oppnå *formålet*. Hvilke arbeidsgiverinteresser som er anført som begrunnelse, har dermed stor betydning. I kapittel 5 drøftet jeg arbeidsgiverinteresser med ulik karakter og vekt. En overordnet observasjon er at enkelte hensyn er helt fundamentale for at arbeidet skal kunne gjennomføres på en trygg og effektiv måte. Hensynene kommunikasjon, hygiene og sikkerhet er her særlig relevante.³⁶¹ Restriksjoner vil som regel være egnede virkemidler dersom bruk av religiøse plagg kolliderer med disse interessene. I slike tilfeller vil det ofte også foreligge interesseovervekt i arbeidsgivers favør. Styrken av kommunikasjons-, hygiene- og sikkerhetshensynet kan dermed i seg selv være utslagsgivende for nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen. Det kan imidlertid stille seg annerledes dersom arbeidsgiver kan tilrettelegge på en slik måte at plagget ikke kommer i konflikt med utføringen av arbeidsoppgavene, se nærmere punkt 6.2.3 nedenfor. Dette vil være et argument mot at begrensningen er nødvendig, selv om begrunnelsen i utgangspunktet er tungtveiende.

³⁵⁹ Også påpekt av Ballangrud og Søbstad (2021) s. 197.

³⁶⁰ Slik som for eksempel Köhler-Olsen (2010) s. 411–419.

³⁶¹ Se punkt 5.2 til 5.4 ovenfor.

I punkt 5.5 behandlet jeg interesser som hovedsakelig knytter seg til et ønske om *nøytralitet*. Om en begrensning i religiøse plagg er egnet og nødvendig i slike tilfeller, kan være mer usikkert. Dersom det er tvil om den underliggende interessen i seg selv er saklig, kan dette spille inn i vurderingene. Det er her nær sammenheng mellom saklighets- og egnethetsvurderingen. Et eksempel er hensynet til nøytralitet i utdanningssektoren, med den spesifikke begrunnelsen å unngå religiøst press.³⁶² Usikkerheten knyttet til saklighetsvurderingen har nettopp sin årsak i at det er tvilsomt om restriksjoner i religiøse plagg er et egnet virkemiddel i slike tilfeller. For skoler som har problemer med religiøst press, kan det foreligge andre bedre egnede handlingsalternativer. Restriksjoner vil antageligvis heller ikke være nødvendig.

Et forbud mot religiøse plagg vil imidlertid kunne sies å være egnet for å ivareta et arbeidsgiverønske om en bestemt virksomhetsprofil. Om et forbud er nødvendig og forholdsmessig kan derimot være mer usikkert. Det underliggende hensynets vekt vil ha stor betydning i vurderingen. Vekten kan vanskelig angis eksakt, men virksomhetens profil har iallfall generelt mindre vekt enn hygiene- og sikkerhets hensyn. Dette følger av EMDs praksis.³⁶³

Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen må videre ta utgangspunkt i hvilket *samfunnsområde* man befinner seg på. Det vil gjennomgående være slik at hensynet til en nøytral fremtoning i virksomheter som forvalter makt på vegne av staten, står sterkere enn hensynet til virksomheters forretningsmessige interesser.³⁶⁴ Dersom det blir innført forbud mot religiøse plagg for juridiske dommere i domstolene, vil prinsippet om uavhengige og upartiske domstoler i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 antakelig være et argument for at begrensningen er nødvendig og forholdsmessig. Hensynet til uavhengige media, uavhengige nyhetsreportere og pressens troverdighet tilsier også at det bør utvises varsomhet med å gripe inn overfor redaktørers avgjørelser om bruk av religiøse plagg og symboler hos nyhetsreportere.³⁶⁵

Videre har virksomhetens funksjon og den enkelte arbeidstakers arbeidsoppgaver betydning. Enkelte virksomheters *funksjon* kan gi større behov for å kreve en nøytral fremtoning, noe som kan påvirke nødvendighetsvurderingen. Som påpekt i punkt 5.5, kan nøytralitet bidra til å

³⁶² Se punkt 5.5.2 ovenfor.

³⁶³ Se *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 99.

³⁶⁴ Se punkt 5.5 ovenfor.

³⁶⁵ Se *Financial Times Ltd mfl. mot Storbritannia* [J] 2009 no. 821/03 om viktigheten av pressens rolle i EMK artikkel 10. Se også Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 46/2014 (NRK).

ivareta tilliten til institusjonen, hindre konflikteskalering, eller fremme virksomhetens markedsføring eller profilering. Dersom bruk av religiøse plagg ikke påvirker virksomhetens funksjon, trekker dette i retning av at en begrensning ikke er nødvendig. Et eksempel er *Eweida mfl. mot Storbritannia*, hvor EMD la vekt på at: «Ms Eweida's cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance».³⁶⁶ Resepsjonistens bruk av kors hadde derfor liten påvirkning på British Airways' virksomhetsprofil.

Dersom manglende regulering av religiøse plagg og symboler påvirker en funksjonell utføring av *arbeidsoppgavene*, vil dette trekke i retning av at en begrensning kan være nødvendig. Et eksempel er NOKAS I-saken fra Nemnda, hvor det ble lagt avgjørende vekt på at å tillate hijab kunne fremtvinge en kjønnsdelt sikkerhetskontroll.³⁶⁷ Om bruk av religiøse plagg og symboler faktisk har konsekvenser for virksomheten, enten praktiske eller i form av svekket tillit og omdømme, er et bevisspørsmål. I hvor stor grad det kan bevises at konsekvensene faktisk vil inntreffe, vil påvirke vekten av arbeidsgivers interesser, både i negativ og positiv retning. I *WABE* uttalte også EU-domstolen at konsekvensenes faktiske omfang og alvorlighetsgrad har betydning i nødvendighetsvurderingen.³⁶⁸

I tillegg til de ovennevnte momentene, vil en rekke andre forhold ha betydning for vurderingene av om arbeidsgivers tiltak er egnet, nødvendig og forholdsmessig. Temaet i det følgende er betydningen av et bekledningsreglements innhold og praktisering.

6.2.2. Bekledningsreglementets innhold og praktisering

Den nærmere sammenhengen mellom den anførte *begrunnelsen* for et bekledningsreglement, reglementets innhold og arbeidsgivers praktisering, har betydning for både egnethets- og nødvendighetsvurderingen. Som nevnt har også EU-domstolen innfortolket et slags konsistenskrav i direktivets egnethetsvilkår.³⁶⁹ Konsistenskravet relaterer seg både til innholdet i, og håndhevingen av, en aktuell begrensning. Det nærmere innholdet i en begrensning, og arbeidsgivers praktisering av denne, vil også ha betydning i vurderingen av nødvendighetskravet. Det sentrale i denne vurderingen er at verken innhold eller praktisering kan gå lenger enn den aktuelle arbeidsgiverinteressen tilsier.³⁷⁰

³⁶⁶ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 94.

³⁶⁷ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 16.

³⁶⁸ *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 70.

³⁶⁹ Se punkt 4.4.2 ovenfor. Tilsvarende krav er kjent fra andre områder i EU-retten. Se nærmere i Mathisen (2010) s. 1021–1048.

³⁷⁰ Tilsvarende Graver (2019) s. 137.

Utgangspunktet er at et reglement ikke kan legge for *omfattende* begrensninger på den enkeltes religionsutøvelse. Om et reglement er for omfattende, beror på formålets nedslagsfelt. Både reglementets personelle og materielle virkeområde må her vurderes. Når det gjelder et reglements *personelle* virkeområde, må det vurderes om begrunnelsen for reglementet er relevant for arbeidstakernes arbeidsoppgaver. For eksempel vil ikke hygienehensynet nødvendigvis kunne begrunne et forbud mot bruk av smykker for administrativt ansatte på et sykehus. Det samme gjelder dersom begrunnelsen knytter seg til virksomhetens profil overfor kunder. Ansatte uten kundekontakt vil som oftest ikke representere virksomheten utad. Å kreve at disse avstår fra å bruke religiøse plagg, vil derfor ikke være verken egnet eller nødvendig for å fremme virksomhetens profil. Dette kan også sies å følge av EU-domstolens uttalelse i *Achbita*:

«An employer's wish to project an image of neutrality towards customers [...] is, in principle, legitimate, notably where the employer involves in its pursuit of that aim only those *workers who are required to come into contact with the employer's customers.*»³⁷¹

Tilsvarende vurdering må gjøres i relasjon til et reglements *materielle* nedslagsfelt, altså hvilke plagg og symboler som kan, eventuelt må, omfattes. Også her vil begrunnelsen være styrende. I enkelte tilfeller kan formålet tilsi at det må gjøres forskjell mellom ulike plagg. For eksempel vil ikke sikkerhetshensynet nødvendigvis kreve at arbeidsgiver må forby hijab, dersom arbeidstaker kan bruke hjelm utenpå hijaben. Turban er imidlertid ikke like enkelt å forene med bruk av hjelm, og det kan derfor være nødvendig å forby bruk av turban.³⁷² På samme måte vil arbeidsgiver kunne forby nikab og burka på grunn av kommunikasjonshensyn, men den samme begrunnelsen vil ikke være relevant for hijab, se også punkt 5.2 ovenfor.

Arbeidsgiver kan dermed ikke vilkårlig bestemme hvilke religiøse plagg og symboler som skal underlegges nærmere regulering. EMD har konstatert krenkelse av artikkel 9 nettopp på bakgrunn av at arbeidsgiver hadde gjort forskjell på ulike plagg, uten at dette hadde sammenheng med formålets nedslagsfelt. I *Eweida mfl. mot Storbritannia* var det, som nevnt, virksomhetens profil som var British Airways' anførte begrunnelse. Virksomhetens uniformsreglement åpnet opp for at «accessory or clothing that the employee is required to

³⁷¹ *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 38 [min kursivering]. Fulgt opp i *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 63.

³⁷² I forsvaret er det for eksempel tillatt å bruke hijab sammen med hjelm, men ikke turban, se Sjef Forsvarsstaben, Uniformsbestemmelsen, punkt 2.6.3 og 2.6.4.

have for mandatory religious reasons», kunne brukes sammen med uniformen.³⁷³ Som følge av dette fikk arbeidstakerne adgang til å bruke hijab og turban, men ikke kors. EMD anså denne forskjellsbehandlingen for å være i strid med artikkel 9, fordi:

«There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any negative impact on British Airways' brand or image.»³⁷⁴

Jeg tolker EMDs uttalelse slik at et forbud mot kors ikke var verken egnet eller nødvendig av hensyn til virksomhetens profil. Det nevnte uniformsreglementet kan på mange måter sies å ha vært vilkårlig utformet sett hen til ønsket om en nøytral fremtoning hos de ansatte. Etter min mening illustrerer avgjørelsen i tillegg at elementer av diskriminering kan ha betydning for religionsfrihetens rekkevidde.³⁷⁵ Tilsvarende er lagt til grunn av EU-domstolen i *Müller* hvor arbeidsgiver kun hadde forbudt «iøynefallende» religiøse symboler. EU-domstolen uttalte at arbeidsgivers nøytralitetspolitikk bare kunne gjennomføres på en effektiv måte hvis alle synlige religiøse symboler var forbudt.³⁷⁶ Jeg tolker uttalelsen slik at arbeidsgivers virksomhetsprofil ikke var konsistent gjennomført i lys av det påberopte formålet.

Nemndspraksis illustrerer at det kan være vanskelig å identifisere sammenhengen mellom begrunnelsen for et reglement, og reglementets innhold. Her kan de to NOKAS-sakene tjene som eksempler. Som nevnt, var spørsmålet i den første saken om NOKAS' uniformsreglement var diskriminerende fordi det ikke var tillatt med hijab.³⁷⁷ Nemnda konkluderte med at bekledningsreglementet ikke var i strid med diskrimineringsvernet. I NOKAS II-saken var spørsmålet om det samme reglementet var diskriminerende fordi det påla arbeidstaker å ha kort og velpleid skjegg. Dette rammet blant annet muslimske menn som av religiøse grunner ønsket å ha skjegg av en viss lengde. I forholdsmessighetsvurderingen uttalte flertallet:

«I vurderingen har nemndas flertall særlig lagt vekt på konsekvensene, herunder et likestillingsperspektiv. Selv om et forbud mot lange skjegg kan innebære en begrensning ved valg av yrke for de det gjelder og griper inn i religionsfriheten, kan prinsippet om lik behandling av menn og kvinner tilsi at en slik begrensning må tåles.

³⁷³ Gjengitt i *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 10.

³⁷⁴ Dommens avsnitt 94.

³⁷⁵ Se også Aall (2018) s. 156 og lignende Wigum (2018) s. 206.

³⁷⁶ *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 77.

³⁷⁷ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I).

Dersom mannlige sikkerhetskontrollører kan kreve å ha skjegg av religiøse årsaker, må også kvinner få lov til å bære hijab.»³⁷⁸

Som sagt, er utgangspunktet at den anførte begrunnelsen er styrende for det materielle nedslagsfeltet. Sett hen til dette utgangspunktet, er Nemndas rettsanvendelse etter min mening ikke korrekt. Selv om et formål kan begrunne forbud mot et bestemt plagg, er det ikke dermed sagt at arbeidsgiver må forby et annet av kjønnslikestillingshensyn. I saken var det nøytralitet som var det anførte formålet fra NOKAS' side. Som påpekt i punkt 5.5.4, mener jeg hensynet til verdinøytralitet ikke slår inn dersom en arbeidstaker har et bestemt utseende av religiøse grunner, men som ikke nødvendigvis vil oppfattes som et religiøst symbol av publikum. Fordi både religiøse og ikke-religiøse menn kan ha skjegg av en viss lengde, mener jeg nøytralitetshensynet er mindre relevant.³⁷⁹

I tillegg til at innholdet i reglementet må være i tråd med formålet, må også *praktiseringen* av reglementet være i tråd med reglements innhold. Dette kan sies å følge direkte av EU-domstolens konsistenskrav. Også andre håndhevingsorganer har vektlagt om det kan bevises at arbeidsgiver har håndhevet reglementet konsekvent. Et eksempel fra EMDs praksis er saken om sykepleieren Chaplin (andre klager) i *Eweida mfl. mot Storbritannia*. I saken la domstolen vekt på at andre kristne sykepleiere og sikher hadde blitt bedt om å fjerne sine religiøse symboler.³⁸⁰ Både EMD og EU-domstolen legger dermed til grunn at en konsekvent praktisering kan tale *for* at en begrensning er egnet og nødvendig. En vilkårlig praktisering vil på den andre siden tale *mot* at en begrensning er egnet og nødvendig.³⁸¹ Dersom et bekledningsreglement kun blir praktisert overfor én ansatt, kan dette også være et forhold som tilsier at det er et spørsmål om direkte diskriminering. Dette kan leses ut av EU-domstolens avgjørelse *Achbita*. I vurderingen av om arbeidsgivers forbud mot religiøse, politiske og filosofiske plagg utgjorde direkte eller indirekte forskjellsbehandling, la domstolen vekt på at det ikke var holdepunkter for at bekledningsreglementet «was applied differently to Ms Achbita as compared to any other worker».³⁸²

³⁷⁸ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 35/2014 (NOKAS II) s. 11.

³⁷⁹ Se også lignende resonnement hos mindretallet i Likestillings- og diskrimineringsnemnda i samme sak, s. 12–13.

³⁸⁰ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 98. Se også Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 15, sak 46/2014 (NRK) s. 15 og Danmarks Høyesterett, UfR 2005 s. 1265 (Føtex).

³⁸¹ Høyesterett har vært inne på noe lignende i Rt. 2005 s. 518 avsnitt 49–52 i relasjon til avskjed.

³⁸² *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 31. Tilsvarende *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 54.

Nemnda har også sett hen til om arbeidsgiver har iverksatt *andre tiltak* for å gjennomføre virksomhetsprofilen. I NOKAS I-saken fra Nemnda ble det vektlagt at uniformsreglementet ikke bare forbød religiøse symboler, men også unaturlige hårfarger og synlige tatoveringer.³⁸³ Virksomhetens nøytrale profil var dermed gjennomført konsekvent på flere områder. Tilsvarende er vektlagt av Danmarks høyesterett i Føtex-saken fra 2005.³⁸⁴ Varehuskjeden Føtex hadde her forbudt en rekke individuelle uttrykk, ikke bare religiøse. Reglementet hadde også vært praktisert over lang tid. I Nemndas praksis er dommen brukt for å legitimere en vektlegging av dette vurderingsmomentet.³⁸⁵

En konsekvent gjennomføring av virksomhetsprofilen, både i innhold og praktisering, kan på denne måten tale for at en begrensning er egnet og nødvendig. Vurderingsmomentene kan også bidra til å avdekke om det foreligger diskriminerende hensikter fra arbeidsgiver side. Som nevnt i punkt 4.4.3 er det ikke noe krav om hensikt for å kunne konstatere diskriminering. Men dersom det foreligger forhold som trekker i retning av diskriminerende hensikt, må dette ha betydning for lovligheten. At arbeidsgiver har gjennomført virksomhetsprofilen konsekvent, vil nettopp være et forhold som kan tilsi at arbeidsgivers begrunnelse er sann og reell. I forlengelsen av dette har håndhevingspraksis lagt vekt på om arbeidsgiver ellers har en *inkluderende personalpolitikk*. Momentet er fremhevet i Føtex-saken.³⁸⁶ I saken hadde Føtex aktivt arbeidet med integrering av personer med en annen etnisk bakgrunn enn dansk, og virksomheten kunne vise til at en stor del av arbeidsplassens ansatte hadde minoritetsbakgrunn. Med henvisning til den danske dommen, har også Nemnda vektlagt om arbeidsgiver har en inkluderende rekrutteringspolitikk.³⁸⁷

Både hvilke andre tiltak arbeidsgiver har iverksatt for å gjennomføre virksomhetsprofilen, og arbeidsgivers generelle rekrutteringspolitikk, må antas å være momenter av liten selvstendig vekt i den konkrete interesseavveiningen. Momentene vil imidlertid kunne styrke vekten av de underliggende interesser som ligger til grunn for et krav om en nøytral fremtoning.

6.2.3. Arbeidsgivers mulighet til å tilrettelegge for religiøs bekledning

Som nevnt innledningsvis, vil tiltakets nødvendighet blant annet bero på eksistensen av ikke-diskriminerende handlingsalternativer. Eventuelle handlingsalternativer må være egnet til å

³⁸³ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 15.

³⁸⁴ Danmarks Høyesterett, UfR 2005 s. 1265 (Føtex).

³⁸⁵ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 15.

³⁸⁶ Danmarks Høyesterett, UfR 2005 s. 1265 (Føtex).

³⁸⁷ Se Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 16, sak 35/2014 (NOKAS II) s. 11 og sak 46/2014 (NRK) s. 20.

oppnå formålet, og ikke være uforholdsmessig ressurskrevende for arbeidsgiver.³⁸⁸ Sistnevnte legger opp til en vurdering av arbeidsgivers kostnader og ressursbruk, sett opp mot hvilken nytte tilretteleggingen har for arbeidstaker. Vurderingsmomentet har sentral betydning for arbeidsgivers reguleringsadgang. I det følgende ser jeg på to ulike tilretteleggingsmåter: (i) tilpasninger av uniformskrav, og (ii) organisering og arbeidsfordeling.

(i) Tilpasninger av uniformskrav

Om tilpasning av uniformskrav kan være et *egnet* handlingsalternativ, må ses i lys av hvilke arbeidsgiverinteresser som er påberopt. Nemnda har flere ganger vurdert om arbeidsgiver har mulighet til å foreta tilpasninger av uniformer. Oslo Plaza-saken er et eksempel. I saken var det hovedsakelig virksomhetens visuelle uttrykk som skulle ivaretas gjennom forbudet mot religiøse hodeplagg. I den konkrete forholdsmessighetsvurderingen uttalte Nemnda:

«I avveiningen mellom de kryssende interesser, må det [...] være av vesentlig betydning om det er mulig å utforme et hodeplagg som med hensyn til stofftype, omfang og farge kan tilpasses uniformen for øvrig på en naturlig måte. I så fall vil også de sentrale hensyn som ligger til grunn for uniformskravet, kunne oppfylles.»³⁸⁹

Nemnda mente dermed at virksomhetens visuelle uttrykk kunne ivaretas gjennom at hotellet utformet hodeplagg som var estetisk tilpasset uniformene.³⁹⁰ Et forbud mot religiøse plagg av hensyn til virksomhetens profil, vil derfor sjelden være nødvendig.

Også i relasjon til hygiene- og sikkerhetshensyn vil det ofte kunne gjøres tilpasninger. Innenfor helseinstitusjoner er det for eksempel svært vanlig at det uformes hodeplagg som erstatter bruken av personlige hodeplagg.³⁹¹ Også Forsvaret har i stor grad foretatt tilpasninger i den grad det er forenlig med hygiene- og sikkerhetshensyn. For militært ansatte er det for eksempel ikke tillatt å bruke turban sammen med hjelm, men det er tillatt å bruke patka (underturban).³⁹² I den nevnte Compass-saken konkluderte også Nemnda med at renholderen kunne bruke bukser i større størrelse enn vanlig og med et overforkle over uniformbuksen,

³⁸⁸ Se Prop. 81 L (2016–2017) s. 119 og punkt 4.4.1 ovenfor.

³⁸⁹ Klagenemnda for likestilling sak 8/2001 (Oslo Plaza). Se også Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 16 og Diskrimineringsnemndas sak 20/348 (Compass) s. 7. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudets praksis, se også sak 07/627 (Klesbutikk), 07/1698 (Bakeri), 08/363 (Norgesbuss) og 16/2433 (Tannlegesekretær).

³⁹⁰ Estetiske tilpasninger er også vanlig i flere virksomheter, se for eksempel Vy, «Her er Vys nye uniformer», 12. desember 2019: <https://www.vy.no/vygruppen/presse-og-nyheter/pressemeldinger/her-er-vys-nye-uniformer> (hentet 21. juni 2021).

³⁹¹ Se for eksempel Oslo universitetssykehus, Hijab påkledning – bruk av hijab på sykehuset, punkt 4.

³⁹² Sjef Forsvarsstaben, Uniformsbestemmelsen, punkt 2.6.4.

istedenfor skjørt.³⁹³ På denne måten ble både arbeidsplassens sikkerhet og arbeidstakerens religiøse behov til en viss grad ivaretatt. Praksis illustrerer dermed at det er vide muligheter for å gjøre tilpasninger av hensyn til hygiene og sikkerhet. Et absolutt forbud vil ikke være nødvendig i slike tilfeller.

Dersom arbeidsgiver ønsker en verdinøytral profil, foreligger det mindre muligheter for å tilpasse uniformene. Selv om arbeidstaker benytter en hijab som står i stil til uniformen, vil en tilpasset hijab like fullt være et religiøst symbol. Tilpasning av uniformer vil derfor i utgangspunktet ikke være et handlingsalternativ som er egnet til å oppnå formålet. Muligheten for å tilpasse uniformer er derfor størst i de tilfellene arbeidsgivers begrunnelse knytter seg til andre forhold enn at plagget er religiøst.

Det vil nok sjelden være *uforholdsmessig ressurskrevende* for arbeidsgiver å tilpasse uniformer. Selv om utforming av tilpassede plagg kan innebære kostnader, må det antas at disse vil være av et beskjedent omfang. Videre følger det av likestillings- og diskrimineringsloven § 26 første ledd at arbeidsgivere plikter å arbeide med «tilrettelegging» for alle diskrimineringsgrunnlag. Denne aktivitetsplikten tilsier etter min mening at det skal mye til før slike kostnader er uforholdsmessige, selv for virksomheter av mindre størrelse.³⁹⁴

Arbeidsgivers tilretteleggingstiltak vil også ha betydning i den konkrete interesseavveiningen. Dette følger av EMDs praksis. I *Osmanoğlu og Kocabaş mot Sveits*, som omhandlet obligatorisk svømmeundervisning i barneskolen, la EMD vekt på at skolen hadde forsøkt å tilrettelegge for at de aktuelle barna kunne bruke burkini.³⁹⁵ Dersom tilretteleggingstiltak innebærer en form for mellomløsning, vil ofte omfanget av inngrepet i religionsfriheten være mindre. Motinteressene på arbeidstakersiden vil dermed kunne stå svakere.

(ii) Organisering og arbeidsfordeling

Organisering og arbeidsfordeling kan være egnede handlingsalternativ dersom bruk av religiøse plagg kommer i konflikt med arbeidstakers rolle overfor bestemte grupper vedkommende skal betjene. Med organisering og arbeidsfordeling mener jeg generell organisering av arbeidet, uten at arbeidstakers arbeidsoppgaver endres på en slik måte at det

³⁹³ Diskrimineringsnemndas sak 20/348 (Compass) s. 7.

³⁹⁴ Lignende Vickers (2016) s. 72–73.

³⁹⁵ *Osmanoğlu og Kocabaş mot Sveits* [J] 2017 no. 29086/12 avsnitt 101. Se nærmere om dommen i Wigum (2018) s. 277.

kan karakteriseres som en omplassering.³⁹⁶ Som nevnt i punkt 5.5.4 ovenfor, vil det i visse tilfeller kunne være saklig å ta hensyn til *enkeltpersoner*, for eksempel en psykiatrisk pasient som har vrangforestillinger om muslimer. Tilsvarende kan tenkes i relasjon til en dement pasient på et sykehjem.³⁹⁷ Å begrense den enkelte arbeidstakers adgang til å bruke religiøse plagg i slike situasjoner, vil imidlertid neppe være nødvendig. Organisatoriske eller praktisk rettede tiltak kan her være et bedre egnet handlingsalternativ.

I disse situasjonene må det kreves at arbeidsgiver fortar relativt omfattende tilpasninger. I henhold til aml. § 4-3 (3) plikter arbeidsgiver å sikre at arbeidstaker ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden på arbeidsplassen. Det følger av forarbeidene at denne plikten gjelder alle som kan representere en risiko for trakassering, herunder kunder, klienter, brukere og pasienter.³⁹⁸ Dersom en pasient trakasserer en kvinnelig sykepleier med hijab, må derfor arbeidsgiver organisere arbeidet på en slik måte at kvinnen ikke trenger å betjene pasienten. Dette må gjelde selv om slik organisering krever relativt omfattende ressurser fra arbeidsgivers side. Dersom arbeidstaker møter motvilje hos kunder på grunn av sin religion, må det i enda større grad kreves at arbeidsgiver tyr til alternative løsninger. I EU-domstolens avgjørelse *Bougnaoui* ble det som nevnt ikke godtatt at arbeidsgiver begrunnet hijab-nekten med at en kunde ikke ønsket å ta imot tjenester fra en person med hijab.³⁹⁹ I en slik situasjon er uansett ikke et forbud mot religiøse plagg nødvendig. Arbeidsgiver kan her løse problemet ved å si fra seg oppdraget.⁴⁰⁰

En mer sammensatt vurdering må gjøres i de tilfellene arbeidsgiver ønsker å ta hensyn til arbeidstakers rolle overfor nærmere bestemte *grupper* personer. Et eksempel kan være dersom arbeidsgiver ønsker å forby helsepersonell som bistår ved utførelse av abort å bruke synlige kors sammen med uniformen. Her vil det være mer åpent om det det er formålstjenlig å organisere arbeidet på en annen måte. NRK-saken fra Nemnda er i den forbindelse illustrerende. I saken sto hensynet til pressens troverdighet overfor publikum ved formidling av kontroversielle temaer, sentralt. I nødvendighetsvurderingen så Nemnda hen til om det var

³⁹⁶ Tilsvarende Eidsvaag (2008) s. 388 og slik jeg forstår Fanebust (2017) s. 49–55. Slik organisering ligger innenfor det arbeidsgiver kan beslutte i medhold av styringsretten. Omplassering behandles nedenfor i punkt 6.2.4.

³⁹⁷ Spørsmålet var oppe i Blidensol-saken, men det ble konkludert med at det ikke forelå konkrete episoder hvor de demente beboerne hadde reagert på bruken av hijab i seg selv, se Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2017 (Blidensol) s. 20.

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 307.

³⁹⁹ Se punkt 4.4.2 ovenfor.

⁴⁰⁰ Se også likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 31/2009 (Eiendomsmegler) hvor en kristen kvinne ikke ønsket å ta imot verddivurdering av en eiendomsmegler hun mente var muslim. Eiendomsmeglerfirmaet avlyste oppdraget med kvinnen, noe som ikke var i strid med diskrimineringsvernet.

mulig med en «mellomløsning», som innebar at nyhetsreporterens adgang til å bære religiøse symboler under sending ble vurdert konkret ved presentasjon av lite kontroversielle temaer.⁴⁰¹ Nemnda kom til at en slik mellomløsning ikke var praktisk gjennomførbar, fordi det var lite formålstjenlig at nyhetsprogramlederne vekslet mellom å ta av og på religiøse symboler. En annen form for tilrettelegging som etter min mening kunne vært relevant, er at den aktuelle nyhetsreporteren ikke formidlet kontroversielle temaer. Slike mellomløsninger kan imidlertid bli ansett som *uforholdsmessig ressurskrevende*, fordi det kan innebære at arbeidsgiver må foreta omfattende organisatoriske og logistiske tilpasninger for å imøtekomme arbeidstakerens behov. Interessene på arbeidsgivers side vil også ha tyngre vekt dersom begrunnelsen er knyttet til arbeidstakers rolle overfor en større gruppe personer, noe som spiler inn i nødvendighetsvurderingen.

Begge drøftelsene ovenfor har vist at formålets vekt kan ha betydning i vurderingen av om arbeidsgiver har ikke-diskriminerende handlingsalternativer. Dersom en begrensning i religiøse plagg og symboler er svakt begrunnet, vil det typisk kunne foreligge andre, bedre egnede løsninger på interessekonflikten. Ved svake begrunnelser, skal det nok også mer til før det vil være uforholdsmessig ressurskrevende å kreve at arbeidsgiver benytter alternative tiltak. Dersom det ikke foreligger muligheter for tilrettelegging, vil arbeidsgiver stille sterkere i den konkrete interesseavveiningen. Det samme gjelder dersom det er gjort forsøk på å tilrettelegge i form av konkret tilbud om tiltak som ville gjort inngrepet i arbeidstakers religionsfrihet mindre.

6.2.4. Arbeidsgivers mulighet til å tilby en annen passende stilling

Dersom arbeidsgiver iverksetter arbeidsrettslige sanksjoner mot en arbeidstaker som nekter å følge arbeidsgivers pålegg eller forbud, må nødvendigheten- og forholdsmessigheten av disse sanksjonene vurderes.⁴⁰² I spørsmålet om sanksjonsvalget er nødvendig, er det igjen relevant å se hen til eksistensen av andre handlingsalternativ. I praksis reiser spørsmålet seg først og fremst dersom arbeidsgiver går til oppsigelse av en arbeidstaker på grunn av ordrenekt.⁴⁰³

Spørsmålet var oppe for EU-domstolen i *Achbita*. Ved tolkningen av vilkåret «necessary» i rammedirektivets artikkel 2 nr. 2 (b) (i) uttalte domstolen:

⁴⁰¹ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 46/2014 (NRK) s. 19.

⁴⁰² Se for eksempel FN's menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) punkt 8.9 og Eidsvaag (2019) s. 9.

⁴⁰³ Se punkt 3.3 ovenfor.

«In the present case, so far as concerns the refusal of a worker such as Ms Achbita to give up wearing an Islamic headscarf when carrying out her professional duties for G4S customers, it is for the referring court to ascertain whether, taking into account the inherent constraints to which the undertaking is subject, and without G4S being required to take on an additional burden, it would have been possible for G4S, faced with such a refusal, to offer her a post not involving any visual contact with those customers, instead of dismissing her.»⁴⁰⁴

Jeg tolker uttalelsen som at oppsigelse ikke vil være nødvendig i de tilfellene hvor arbeidsgiver har mulighet til å tilby arbeidstaker en annen stilling. En plikt for arbeidsgiver til å søke omplassering, istedenfor å gå til oppsigelse, følger også av det alminnelige arbeidsrettslige saklighetskravet i norsk rett.⁴⁰⁵ EU-retten innebærer derfor neppe noe mer enn det som allerede følger av norsk arbeidsrett på dette punkt. Forholdsmessigheten av sanksjonsvalg må vurderes konkret, blant annet i lys av konsekvensene for individet. Dette behandles nærmere i punkt 6.3.2 nedenfor.

6.2.5. Betydningen av andre arbeidstakers rett til å ikke bruke religiøse plagg

Som nevnt i punkt 4.3, verner EMK artikkel 9 og SP artikkel 18 både retten til å ha en religion og til å ikke ha en religion. Sistnevnte omtales ofte som en negativ rett til religionsfrihet.⁴⁰⁶ Et individ har som følge av dette frihet til å *unnlate* å gi uttrykk for en religion.⁴⁰⁷ I det følgende vil jeg drøfte om de negative sidene av religionsfriheten er relevant for vurderingen av om en begrensning er nødvendig og forholdsmessig. Mer konkret er spørsmålet om hensynet til andre arbeidstakers rett til religionsfrihet kan bidra til å styrke interessene på arbeidsgivers hånd. Etter min mening er hensynet ikke relevant som selvstendig begrunnelse for restriksjoner i religiøs bekledning. Derfor har jeg ikke behandlet hensynet i kapittel 5 ovenfor. Den følgende drøftelsen fokuserer på hvilken relevans og vekt hensynet har som støtteargument i tillegg til det anførte formålet.

Nemnda har vektlagt de negative sidene av religionsfriheten i saker hvor arbeidsgiver forbyr religiøse plagg av hensyn til virksomhetens profil. I NOKAS I-saken uttalte Nemnda:

⁴⁰⁴ *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 43.

⁴⁰⁵ Se Fanebust (2017) s. 107.

⁴⁰⁶ Se for eksempel *Stavropoulos mfl. mot Hellas* [J] 2020 no. 52484/18 avsnitt 44 hvor EMD uttalte: «Article 9 enshrines negative rights, for example freedom [...] not to practise a religion». Tilsvarende begrepsbruk anvendes i Strand og Larsen (2021) s. 185.

⁴⁰⁷ Vickers omtaler dette aspektet av religionsfriheten som «The Double-sided nature of the protection», se Vickers (2016) s. 68.

«Nemnda har i sin vurdering også sett hen til at de som jobber i B Sikkerhetselskap også har en rett til å ikke bruke religiøse hodeplagg. EMK artikkel 9 fastslår både rett til å uttrykke sin religiøsitet, og en rett til ikke å være religiøs. Bruken av religiøse hodeplagg er nært knyttet til identitet. I tillegg kan det i et religiøst og sosialt fellesskap foreligge sterke forventninger om at man skal bruke religiøse hodeplagg. B Sikkerhetselskap har vist til at flere ansatte har uttrykt seg positivt til forbudet mot religiøse hodeplagg på grunn av press fra sine respektive sosiale miljøer. Et verdinøytralt uniformsreglement er med på å ivareta disse enkeltpersonenes rettigheter.»⁴⁰⁸

Nemnda synes å bygge på en oppfatning om at manglende forbud mot religiøse plagg, kan føre til at muslimske kvinner føler seg presset å bruke hodeplagg. Etter min mening er argumentet noe unyansert sett i lys av EMDs og Menneskerettighetskomitéens praksis.

Som nevnt i punkt 5.5.2 ovenfor, har EMD godtatt at staten begrenser arbeidstakeres adgang til å bruke religiøse plagg, av hensyn til å unngå religiøs påvirkning på andre individer. I den forbindelse viste jeg til *Dahlab mot Sveits* som gjaldt en barneskolelærer, og *Ebrahimian mot Frankrike* som gjaldt en sosialarbeider på en psykiatrisk avdeling.⁴⁰⁹ I begge disse sakene mente EMD at bruk av hijab kunne påvirke sårbare grupper som arbeidstakeren har ansvar for å ivareta. Etter min mening er det lite naturlig å overføre denne argumentasjonen til forholdet mellom arbeidstakere i en likestilt arbeidssituasjon. Det er derfor uklart om hensynet til andre arbeidstakeres religionsfrihet er et relevant vurderingsmoment. Som nevnt har også Menneskerettighetskomitéen avvist at bruk av hijab kan ses på som en «misjonerende» aktivitet.⁴¹⁰ I *F.A. mot Frankrike* mente derfor komitéen at barnehagens forbud mot hijab ikke var nødvendig av hensyn til barnas religionsfrihet.⁴¹¹ På bakgrunn av den internasjonale praksisen mener jeg det vanskelig kan sluttes at hensynet til andre arbeidstakeres religionsfrihet er et relevant vurderingsmoment.

Dersom en arbeidstaker faktisk presser andre arbeidstakere til å bruke hijab, kan imidlertid situasjonen stille seg annerledes. I slike tilfeller er det arbeidsmiljøet som vil være det overordnede hensynet. Som tidligere nevnt, har arbeidsgiver i henhold til aml. § 4-3 (3) ansvar for det psykososiale arbeidsmiljøet, og en plikt til å sikre at de ansatte ikke utsettes for

⁴⁰⁸ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) s. 16–17. Tilsvarende i sak 35/2014 (NOKAS II) hvor Nemnda uttalte at retten til å ikke være religiøs «ivaretas best ved et nøytralitetskrav», se s. 11.

⁴⁰⁹ *Dahlab mot Sveits* [A] 2001 no. 42393/98 og *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015 no. 64846/11.

⁴¹⁰ FN's menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) punkt 8.9, omtalt i punkt 5.5.2 ovenfor.

⁴¹¹ Se avgjørelsens punkt 8.8.

utilbørlig opptreden fra andre ansatte.⁴¹² Dersom en arbeidstaker utøver press på andre arbeidstakere, vil arbeidsgiver ha plikt til å iverksette tiltak for å sikre arbeidsmiljøet. I *Müller* uttalte også EU-domstolen at hensynet til å unngå sosiale konflikter om religion på arbeidsplassen, kan være et relevant hensyn på arbeidsgiversiden.⁴¹³ Etter min mening vil imidlertid et forbud mot religiøse plagg være et lite egnet virkemiddel for å løse slike konflikter. Sosiale eller organisatoriske tiltak kan her både være bedre egnet og mindre inngripende.⁴¹⁴ Dersom arbeidsgiver iverksetter tiltak for å skape et godt arbeidsmiljø, har en arbeidstaker også en medvirkningsplikt i henhold til aml. § 2-3 (1). Etter min mening er det derfor tvilsomt om hensynet til andre arbeidstakere kan bidra til å styrke arbeidsgivers posisjon den konkrete interesseavveiningen.

I NOKAS-I saken tok Nemnda hovedsakelig hensyn til risikoen for press fra sosiale miljøer utenfor arbeidsplassen. Slike forhold vil ikke arbeidsgiver ha noe generelt ansvar for.⁴¹⁵ Disse er derfor mindre relevant i en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Det kan muligens være rom for at øvrige sosiale forhold unntaksvis kan få betydning, dersom de har en viss sammenheng med arbeidssituasjonen. Imidlertid vil nok problemet også her kunne løses med andre tiltak.

6.3. Forhold på arbeidstakersiden

6.3.1. Den individuelle religionsfrihet

Som nevnt, må arbeidsgivers og arbeidstakers interesser avveies mot hverandre i forholdsmessighetsvurderingen. Dersom arbeidsgivers tiltak både er egnet og nødvendig, må det foretas en konkret interesseavveining av om arbeidsgivers interesser er tilstrekkelige til å overstyre individets. I de følgende punktene rettes fokuset mot hvordan de samlede konsekvensene på arbeidstakersiden kan fastslås. Inngrepets art og grad vil ha betydning for om det kan konstateres brudd på bestemmelsene om religionsfrihet og diskrimineringsvern. Drøftelsen under fokuserer på hvordan konsekvensene for individets religionsfrihet skal vurderes.

⁴¹² Se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 307 og punkt 6.2.3 ovenfor.

⁴¹³ *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 76.

⁴¹⁴ Se også punkt 6.2.3 ovenfor. I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 307–308 nevnes eksplisitt organisatoriske tiltak som aktuelle virkemidler.

⁴¹⁵ Arbeidsmiljøloven § 4-3 (3) gjelder kun overfor risikofaktorer på arbeidsplassen. Se til sammenligning likestillings- og diskrimineringsloven § 2 som har et videre virkeområde.

Begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler er et inngrep i en sentral menneskerettighet. EMD har omtalt religionsfriheten som «one of the foundations of a ‘democratic society’». ⁴¹⁶ Domstolen har videre uttalt at individets frihet til å bruke religiøse plagg og symboler har stor verdi, både for samfunnet og for enkeltmennesket:

«Ms Eweida’s desire to manifest her religious belief [...] is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others». ⁴¹⁷

Disse utgangspunktene tilsier at det skal mye til før et forbud mot bruk av religiøse plagg og symboler er forholdsmessig etter EMK artikkel 9. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Som tidligere nevnt, har EMD i stor grad godtatt at det gjøres begrensninger i individets frihet til å kle seg religiøst, særlig sett hen til statenes skjønnsmargin. ⁴¹⁸ Ved inngrep i andre former for religionsutøvelse, for eksempel tilbedelse, har EMD anlagt en strengere tilnærming. ⁴¹⁹ Wigum har konkludert med at EMDs prøvingsintensitet varierer alt ettersom hvilken form for religionsutøvelse det er tale om. ⁴²⁰ Han mener EMDs vide skjønnsmargin ved inngrep i adgangen religiøs bekledding, kan forklares med at denne formen for utøvelse ikke ligger i kjernen av hva religionsfriheten skal beskytte. ⁴²¹

Også Nemnda synes å legge til grunn at terskelen for å konstatere diskriminering er høyere ved religionsutøvelse, sammenlignet med andre diskrimineringsgrunnlag. I Håndhilsen II-saken, som gjaldt en arbeidssøker som ble avvist på intervju fordi at han nektet å håndhilsen på kvinner, vekta Nemnda at

«det [er] her snakk om en type diskrimineringsgrunnlag – religionsutøvelse – som det tross alt er mulig for klager å begrense til utenom de timene han er i arbeid for arbeidsgiver. Dette i motsetning til andre diskrimineringsgrunnlag som for eksempel etnisitet, seksuell orientering eller kjønn, som det er fysisk umulig å «legge fra seg» i arbeidstiden». ⁴²²

⁴¹⁶ Se for eksempel *Kokkinakis mot Hellas* [J] 1993 no. 14307/88 avsnitt 31.

⁴¹⁷ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 94.

⁴¹⁸ Se punkt 2.2 ovenfor.

⁴¹⁹ Se for eksempel *Manoussakis mfl. mot Hellas* [J] 1996 no. 18748/91 avsnitt 43–44 som gjaldt inngrep i retten til tilbedelse.

⁴²⁰ Wigum (2018) s. 151–152.

⁴²¹ Wigum (2018) s. 152.

⁴²² Diskrimineringsnemndas sak 18/325 (Håndhilsen II) s. 12. Se også sak 48/2018 (Håndhilsen I) s. 12 hvor det ble vektlagt at et krav om å håndhilsen ikke krenker religionens fundament, men kun et avgrenset utslag.

Selv om uttalelsen knytter seg til et tilfelle av religiøs praksis (håndhilsenekt), speiler denne oppfatningen også rettstilstanden for religiøse plagg og symboler.

Etter min mening tar ikke håndhevingsorganene tilstrekkelig hensyn til at enkelte religiøse grupper vanskelig kan skille mellom arbeidsliv og fritid ved utøvelse av religion.⁴²³ Et eksempel er muslimske kvinner som opplever det som en religiøs plikt å dekke håret i offentligheten. Arbeidsplassen er ikke et privat rom, og er derfor *nettopp* en arena hvor individet kan være forpliktet til å overholde religiøse bekledningskrav.⁴²⁴ Som nevnt i punkt 3.3, er religiøse plagg ofte såpass viktig for individet at det heller slutter i jobben enn å ta av seg plagget. Etter min mening bør utgangspunktet for vurderingen skje i lys av dette.

I praksis vil det likevel kunne foreligge individuelle forskjeller. Innenfor noen religioner står bruk av religiøse plagg og symboler mer sentralt enn andre. I tillegg foreligger det individuelle forskjeller knyttet til tolkningen av religiøse påbud. Spørsmålet i det følgende er om slike individuelle forskjeller er relevant å ta i betraktning i interesseavveiningen.

I håndhevingspraksis finnes det eksempler på at det er sett hen til om individet bruker plagget for å overholde en religiøs plikt. I Politi-saken la Nemnda vekt på at et forbud mot religiøse plagg kunne oppfattes som «meget inngripende overfor kvinner som opplever det som en religiøs plikt å bruke hijab».⁴²⁵ Også Menneskerettighetskomitéen har lagt vekt på at turban er en obligatorisk religiøs utrustning for mannlige sikker.⁴²⁶ Disse sakene tilsier at det er relevant å ta i betraktning hvor sterkt religiøst behov som foreligger. Dersom man i lys av dette skulle gi rom for individuelle vurderinger, vil for eksempel individer som bruker turban eller hijab, som regel få et sterkere vern enn kristne som ønsker å bære kors.

Vernet i EMK artikkel 9 er imidlertid ikke begrenset til religionsuttrykk som er generelt anerkjent eller påbudt i tros læren.⁴²⁷ Dette kan tilsi at alle vernede former for plagg og symboler som utgangspunkt bør stå like sterkt. Som nevnt i punkt 6.2.2 ovenfor, vil det også kunne foreligge brudd på EMK artikkel 9 dersom arbeidsgiver tillater «påkrevde plagg», men forbyr andre. I tillegg er det en vanskelig øvelse å fastslå hvor sterkt religiøst behov som foreligger i det enkelte tilfelle. Det er uklart hvilke retningslinjer som eventuelt skal være

⁴²³ Lignende Vickers (2016) s. 55.

⁴²⁴ EMD har også uttalt i relasjon til kontrolltiltak på arbeidsplassen (artikkel 8) at: «it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not», se *Niemietz mot Tyskland* [J] 1992 no. 13710/88 avsnitt 29.

⁴²⁵ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2010 (Politiet) s. 11.

⁴²⁶ FNs menneskerettighetskomité *Bikramjit Singh mot Frankrike* (2012) no. 1852/2008 punkt 8.7.

⁴²⁷ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 82 og punkt 4.3.1 ovenfor.

førende for en slik vurdering. Individets subjektive oppfatning vil for eksempel kunne avvike fra majoritetens. Det kan også være vanskelig å fastslå hva som er majoritetens oppfatning, all den tid det er uenighet om det teologiske grunnlaget for enkelte religiøse påbud.⁴²⁸

På denne bakgrunn mener jeg individuelle forskjeller knyttet til det religiøse behovet bør være av mindre betydning i interesseavveiningen. I interesseavveiningen bør det først og fremst vektlegges at restriksjoner i religiøse plagg og symboler er et alvorlig inngrep.

Noe annet er at majoritetsoppfatningen innenfor den enkelte religion kan ha betydning for om et forbud mot religiøse plagg i større grad rammer et bestemt kjønn.⁴²⁹ For eksempel vil mange muslimske kvinner mene at det foreligger en religiøs plikt til å bruke hijab. Fordi denne oppfatningen er såpass utbredt, vil forbud mot hijab kunne innebære indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Dersom kjønnsdimensjonen berøres, vil dette kunne ha betydning for lovligheten. Det følger av forarbeidene at dersom flere diskrimineringsgrunnlag berøres på samme tid, må lovligheten vurderes for hvert enkelt diskrimineringsgrunnlag.⁴³⁰ Dersom det foreligger sammensatt diskriminering kan dette også vektlegges ved utmåling av eventuell oppreisningserstatning.⁴³¹ Det faller imidlertid utenfor oppgavens problemstilling å gå nærmere inn på rettsvirkningene av brudd på diskrimineringsvernet.

6.3.2. Konsekvensene for arbeidstakers arbeidssituasjon

I tillegg til å vurdere omfanget av inngrepet i arbeidstakers religionsfrihet, må det også vurderes om forbudet får andre konsekvenser for arbeidstaker, herunder konsekvenser for arbeidssituasjonen. Dette vil ha betydning i interesseavveiningen, nettopp fordi eventuelle arbeidsrettslige tiltak må være nødvendige og forholdsmessige i lys av konsekvensene for individet.⁴³²

Det ligger i vurderingens natur at det er relevant å se hen til hvilke arbeidsrettslige tiltak arbeidsgiver eventuelt har benyttet seg av. Det kan for eksempel være tale om manglende ansettelse, sanksjoner i form av advarsler, manglende fornyelse av engasjement,

⁴²⁸ Dette kan blant annet sies å være tilfelle for hijab, se for eksempel Vogt (2007) s. 80. Håndhevingsorganene har uansett fastholdt at de ikke kan ta stilling til innholdet i religiøse normer, se for eksempel *WABE/Müller* [GC] C-804/18 avsnitt 46 og *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 81.

⁴²⁹ Se punkt 1.2 ovenfor.

⁴³⁰ Prop. 81 L (2016–2017) s. 117.

⁴³¹ Se likestillings- og diskrimineringsloven § 38, Prop. 88 L (2012–2013) s. 94 og Prop. 81 L (2016–2017) s. 117.

⁴³² Se punkt 6.2.4 ovenfor.

omplussing, oppsigelse eller avskjed. Oppsigelse og avskjed forutsetter at vilkårene i aml. §§ 15-7 og 15-14 er oppfylt. Den arbeidsrettslige reguleringen vil imidlertid ikke behandles på selvstendig grunnlag her.⁴³³

Menneskerettighetskomitéen har vektlagt at en oppsigelse, utelukkende begrunnet i manglende overholdelse av et forbud mot hijab, var *stigmatiserende* overfor den religiøse gruppen klageren tilhørte. I *F.A. mot Frankrike* sluttet komitéen seg til klagerens syn om at

«the restriction imposed on her was not proportionate since it gave rise, for no other reason than her refusal to remove her scarf, to her being dismissed for ‘serious misconduct’, a particularly stigmatizing description which precludes her from receiving any severance payment».⁴³⁴

Det er dermed relevant å vektlegge om den aktuelle arbeidsrettslige sanksjonen er stigmatiserende. Det må også sies å følge av uttalelsen at det er relevant å se hen til hvilken type sanksjon arbeidsgiver velger, og at valget av en så streng form som avskjed på bakgrunn av «serious misconduct», krever bedre grunner for å gå klar av SP artikkel 18. Særlig gjelder dette fordi avskjeden umiddelbart fikk negative økonomiske konsekvenser.

I EMDs avgjørelser om religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen, synes ikke domstolen å skille mellom ulike typer arbeidsrettslige tiltak og sanksjoner. *Ebrahimian mot Frankrike* gjaldt for eksempel manglende fornyelse, mens *Kurtulmuş mot Tyrkia* gjaldt oppsigelse, uten at disse forskjellene ble tillagt vekt.⁴³⁵ *Gawlik mot Liechtenstein* gjaldt en arbeidstaker som ble avskjediget på grunn av sine ytringer (artikkel 10).⁴³⁶ I saken la EMD til grunn at alvorlighetsgraden av sanksjonen som pålegges arbeidstaker var et sentralt moment i forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 10 nr. 2.⁴³⁷ Det må dermed antas at typen sanksjoner som velges også kan ha betydning i forforholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 9.

I nemndspraksis er det også ansett relevant å vektlegge om reaksjonen griper inn i et *etablert* ansettelsesforhold. Dersom det ikke foreligger et etablert arbeidsforhold, har Nemnda vektlagt

⁴³³ Se for øvrig punkt 3.2 ovenfor om forholdet til den arbeidsrettslige reguleringen.

⁴³⁴ FN's menneskerettighetskomité *F.A. mot Frankrike* (2018) punkt 8.9.

⁴³⁵ *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015 no. 64846/11 og *Kurtulmuş mot Tyrkia* [A] 2006 no. 65500/01. I førstnevnte avgjørelse ble også det forhold at arbeidsgiver har gitt arbeidstakeren en advarsel, ansett for å trekke i retning av at arbeidstakeren hadde akseptert en begrensning i religionsutøvelsen, se avsnitt 70 og nedenfor punkt 6.3.5.

⁴³⁶ *Gawlik mot Liechtenstein* [J] 2021 no. 23922/19.

⁴³⁷ Dommens avsnitt 72.

dette som et moment som taler *mot* at forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig. Eksempler fra praksis er hvor arbeidstaker ikke fikk tilbud om fornyelse av kontrakt eller ikke fikk møte til samtale om mulig jobb.⁴³⁸

Å vektlegge at det ikke foreligger et etablert ansettelsesforhold, kan imidlertid kritiseres. Hensynet til inkludering og likebehandling i arbeidslivet i aml. § 1-1, rommer også hensynet til de som står utenfor arbeidslivet.⁴³⁹ Dette tilsier at arbeidssøkere og midlertidig ansatte ikke i større grad enn faste ansatte bør kunne nektes å bruke religiøse plagg. Om det foreligger et etablert ansettelsesforhold eller ikke bør derfor, etter min mening, ikke tillegges særlig vekt.

Tilsvarende må gjelde ved *omplassering*. Som tidligere nevnt, har EU-domstolen fremhevet at arbeidsgiver må vurdere muligheten for omplassering før eventuell oppsigelse.⁴⁴⁰ Selv om omplassering er mindre inngripende enn oppsigelse, er det like fullt tale om et inngripende tiltak. I tillegg vil omplassering kunne være stigmatiserende. Som nevnt uttalte EU-domstolen i *Achbita* at det måtte vurderes om kvinnen kunne omplasseres til en stilling uten kundekontakt.⁴⁴¹ På denne måten ville ikke kvinnens bruk av hijab påvirke virksomhetens verdinøytrale profil. Å flytte arbeidstakere med hijab til stillinger «på bakrommet», er etter min en svært stigmatiserende handling. I tillegg vil kundekontakt kunne være viktig for den enkeltes oppfatning av en meningsfull arbeidshverdag. Omplassering kan videre innebære endringer i arbeidsoppgaver. Slike endringer vil i visse tilfeller kunne ligge innenfor styringsretten.⁴⁴² Det bør uansett være høy terskel for å at slike endringer lovlig skal kunne foretas for å unngå andres kontakt med religiøse plagg. Etter min mening bør derfor ikke en arbeidstaker stilles dårligere ved omplassering, sammenlignet med oppsigelse.

Et beslektet moment er vektlagt i EMDs praksis. I den nevnte avvisningsavgjørelsen *Grimmark mot Sverige*, som gjaldt manglende ansettelse på grunn av religiøse reservasjoner, la EMD vekt på at:

⁴³⁸ Se Diskrimineringsnemndas sak 48/2018 (Håndhilsen I) hvor det ble vektlagt at det ikke var snakk om oppsigelse, men manglende tilbud om forlengelse av ansettelsesforholdet. I sak 18/325 (Håndhilsen II) ble det vektlagt at forskjellsbehandlingen ble utført på et tidlig stadium i en mulig ansettelsesprosess, og at en oppsigelse i et bestående ansettelsesforhold kunne stilt seg annerledes.

⁴³⁹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 71, og nærmere Hotvedt (2016) s. 250.

⁴⁴⁰ Se punkt 6.2.4 ovenfor.

⁴⁴¹ Se *Achbita* [GC] C-157/15 avsnitt 43.

⁴⁴² Dersom endringene er for omfattende vil det være tale om en endringsoppsigelse, se for eksempel Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609–1610 og Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 41. Se nærmere Fanebust (2017) s. 56–57 og Storeng mfl. (2020) s. 486–491. Ved degradering kreves det grunnlag for oppsigelse, se Fougner (2019) s. 116.

«[A]s a result of the refusals, the applicant was not left unemployed but was able to continue to work as a nurse at Högland Hospital, where she had a post and where she worked until March 2016». ⁴⁴³

Jeg tolker uttalelsen slik at det er relevant å se hen til *manglende* konsekvenser for arbeidstakers adgang til arbeidslivet. Det kan imidlertid være inngripende å ikke få en jobb man vil ha, selv om man allerede har en annen. Heller ikke dette momentet bør dermed anses å ha særlig stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Momentet har nær sammenheng med arbeidstakers mulighet til å finne annet arbeid, noe som blir behandlet i det følgende.

6.3.3. Muligheten for å finne annet arbeid

En arbeidstakers generelle mulighet til å tre ut av et kontraktsforhold, var tidligere avgjørende for rekkevidden av EMK artikkel 9 i arbeidsforhold. ⁴⁴⁴ Tilnærmingen bygget på at individet sto fritt til å avslutte arbeidsforholdet, dersom arbeidsforholdet kom i konflikt med religiøse interesser. ⁴⁴⁵ EMD har de siste årene redusert vekten av dette momentet. I *Eweida mfl. mot Storbritannia* uttalte domstolen på generelt grunnlag at:

«Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate». ⁴⁴⁶

Arbeidstakers mulighet til å bytte jobb er dermed et moment som først og fremst har betydning i den konkrete interesseavveiningen etter EMK artikkel 9 nr. 2. EMD synes å legge til grunn at vurderingsmomentet er relevant uavhengig av hvilke jobbmuligheter som faktisk finnes.

Nemnda har lagt seg på en lignende linje. I NRK-saken var det som nevnt spørsmål om NRKs absolutte forbud mot at nyhetsprogramledere bar religiøse symboler under TV-sending var diskriminerende. I den konkrete interesseavveiningen henviste Nemnda eksplisitt til EMDs

⁴⁴³ *Grimmark mot Sverige* [A] 2020 no. 43726/17 avsnitt 26.

⁴⁴⁴ Se for eksempel *Konttinen mot Finland* [K] 1996 no. 24949/94, *Stedman mot Storbritannia* [K] 1997 no. 29107/95 og *X. mot Storbritannia* [K] 1981 no. 8160/78.

⁴⁴⁵ Se nærmere Vickers (2016) s. 281.

⁴⁴⁶ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 83. Dette omtales som et brudd med «the ‘free-to-resign’ formula», se Harris mfl. (2018) s. 583. Se også Vickers (2016) s. 62 omtalt som «Contracting Out».

uttalelse i *Eweida mfl. mot Storbritannia*. Nemnda så vurderingsmomentet i sammenheng med at forbudet kun gjaldt et fåtall stillinger i NRK, og at forbudet var begrenset i tid og rom.⁴⁴⁷ Nemnda opererer slik sett med en mer nyansert vurdering enn EMD.

Etter min mening må vekten av vurderingsmomentet også nyanseres ut fra et videre samfunnsperspektiv. I et samfunn med høy arbeidsledighet, kan det være urealistisk at en arbeidstaker faktisk har mulighet til å finne annet arbeid.⁴⁴⁸ Diskrimineringsperspektivet taler mot at momentet tillegges vekt, og supplerer dermed EMDs perspektiv. I tillegg vil en stilling kunne ha forskjellig attraktivitet i ulike virksomheter, selv om det kreves noenlunde samme kompetanse. Også private hensyn kan tilsi at det å jobbe i en bestemt virksomhet eller et bestemt sted har verdi.

Omfanget av forbudet må videre ha betydning for vektspørsmålet. Muligheten for å finne annet arbeid vil variere alt ettersom forbudet har som konsekvens at arbeidstaker ikke får tilgang til en enkelt jobb, en profesjon eller hele arbeidsmarkedet. Innenfor vektterbransjen foreligger det for eksempel ikke noe generelt forbud mot å bære religiøse plagg sammen med uniformen.⁴⁴⁹ Som tidligere nevnt, er det imidlertid forbudt for ansatte i sikkerhetskontrollen ved Oslo Lufthavn.⁴⁵⁰ En vektter som søker jobb på Oslo lufthavn, blir dermed nektet én enkelt jobb. Muligheten for å finne annet tilsvarende arbeid vil imidlertid være innenfor rekkevidde. I tilfeller hvor forbud mot religiøse plagg gjelder mer generelt innenfor en sektor, kan ikke vurderingsmomentet anvendes med samme tyngde. Dette vil være situasjonen for en lærer som ønsker å bruke nikab eller burka, eller en politibetjent eller en tollere som ønsker å bruke hijab eller turban.⁴⁵¹ I slike tilfeller vil forbud mot religiøse plagg og symboler kunne innebære et yrkesforbud, og muligheten for å finne annet tilsvarende arbeid kan være illusorisk.

6.3.4. Konsekvenser i et gruppeperspektiv

Som tidligere nevnt, vil forbud mot religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen som oftest ramme individer som tilhører minoritetsreligioner, og særlig kvinner som bruker hijab. Hensynet til inkludering av minoriteter i arbeidslivet er en sentral verdi, som kommer til

⁴⁴⁷ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 46/2014 (NRK) s. 20.

⁴⁴⁸ Lignende Pearson (2013) s. 590 og Harris mfl. (2018) s. 583–584.

⁴⁴⁹ Forskrift 28. mars 2011 nr. 337 om vaktvirksomhet (vaktvirksomhetsforskriften) § 28.

⁴⁵⁰ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I) og sak 35/2014 (NOKAS II).

⁴⁵¹ I tollvesenet er det forbudt å bruke religiøse plagg og symboler, se Administrasjonsdivisjonen, Uniformsinstruksen, punkt 4.2 som forbyr sivile plagg og effekter som ikke er godkjent til bruk sammen med uniformen.

uttrykk både i aml. § 1-1 bokstav b og likestillings- og diskrimineringsloven § 1 tredje ledd. Dette hensynet tilsier at det er relevant å se hen til hvilke konsekvenser et forbud mot religiøse plagg og symboler har i et inkluderingsperspektiv – både når det gjelder dimensjonene religion, kjønn og etnisitet. Dette vil ha betydning for den konkrete interesseavveiningen.

I punkt 6.3.3 ovenfor, viste jeg til at vekten av individets mulighet til å finne en annen jobb må nyanseres, alt ettersom hvor omfattende forbud mot religiøse plagg og symboler som foreligger. Tilsvarende vurderingsmomenter har betydning når konsekvensene av et forbud vurderes i lys av konsekvensene for religiøse eller etniske grupper generelt.

Dersom det foreligger svært vidtrekkende forbud innenfor en sektor eller en yrkesgruppe, vil hensynet til minoritetsgruppers tilgang til arbeidslivet være et tungtveiende argument for at forbudet er uforholdsmessig.⁴⁵² For eksempel har staten monopol på å tilby stillinger i politiet og tollvesenet, slik at forbud i realiteten innebærer et yrkesforbud for enkelte grupper. I Politisaken vektla Nemnda nettopp dette momentet: «[F]or en del av Norges befolkning vil dette i praksis kunne innebære et yrkesforbud».⁴⁵³ Som nevnt i punkt 3.3 ovenfor, innebærer tilgang til arbeidslivet en rekke goder. Å utestenge en gruppe fra en større del av arbeidslivet bør derfor etter min mening sjelden være forholdsmessig.

6.3.5. Relevans og vekt av avkall

I tidligere EMD-praksis ble ofte arbeidstaker ansett for å ha gitt avkall på retten til religionsutøvelse i arbeidstiden gjennom å tre inn i et arbeidsforhold.⁴⁵⁴ På samme måte som arbeidstakers mulighet til å tre ut av kontraktsforholdet (punkt 6.3.3 ovenfor), har det her skjedd en utvikling i rettspraksis. I *Eweida mfl. mot Storbritannia* uttalte domstolen:

«While the Court does not consider that an individual's decision to enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knows will have an impact on his freedom to manifest his religious belief is determinative of the question whether or not there [has] been an interference with Article 9 rights, this is a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck».⁴⁵⁵

⁴⁵² Lignende Vickers (2016) s. 73.

⁴⁵³ Se Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2010 (Politiet) s. 11.

⁴⁵⁴ I litteraturen omtalt som «The Specific Situation Rule», se Vickers (2016) s. 101 og 154. Se også Aall (2018) s. 261–262.

⁴⁵⁵ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 109.

Kontraktsfriheten er dermed ikke lenger *avgjørende* for rekkevidden av arbeidstakers religionsfrihet på arbeidsplassen.⁴⁵⁶ At arbeidstaker har akseptert kontraktsvilkår som begrenser religionsfriheten, vektlegges heller som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 9 nr. 2. Å *utelukkende* legge vekt på arbeidstakers aksept, vil imidlertid være i strid med EMK.⁴⁵⁷

For at et avkall i det hele tatt skal kunne tillegges vekt, må visse minstekrav være oppfylt. Det følger av EMDs praksis at avkallet må være tilblivelsesmessig og innholdsmessig gyldig, i henhold til avtalerettslige regler.⁴⁵⁸ I dette ligger blant annet at avkallet må være frivillig, tilstrekkelig opplyst, og gitt på en utvetydig måte.⁴⁵⁹ I arbeidslivet reiser kravet om frivillighet særlige problemer, fordi styrkeforholdet mellom partene kan medføre at frivilligheten ikke er reell.⁴⁶⁰ Videre må avkallet tolkes med sikte på å finne ut om det omfatter den aktuelle begrensningen.⁴⁶¹ Dersom arbeidstaker ikke kjenner til begrensningen ved ansettelsen, eller arbeidsgiver vedtar en begrensning etter ansettelse, vil det ikke kunne sies å foreligge en aksept fra arbeidstakers side.⁴⁶²

Det finnes flere eksempler på at EMD har vektlagt at arbeidstaker var kjent med det forelå forbud mot religiøse plagg og symboler på den aktuelle arbeidsplassen. *Ebrahimian mot Frankrike* er en av dem.⁴⁶³ I *Kurtulmuş mot Tyrkia* ble det også vektlagt at arbeidstaker visste om begrensningene, selv om bekledningsrestriksjonene ble innført etter at hun hadde startet i jobben.⁴⁶⁴ Den nyere avvisningsavgjørelsen *Grimmark mot Sverige*, var spørsmålet som nevnt om artikkel 9 var krenket som følge av at en kvinne ikke fikk mulighet til å jobbe som jordmor fordi hun ikke ville bistå ved utførelse av aborter.⁴⁶⁵ I forholdsmessighetsvurderingen vektla EMD at

⁴⁵⁶ Tilsvarende Vickers (2016) s. 32. Den moderne norske arbeidsretten har også tilstrebet seg å overvinne defektene ved begrepet kontraktsfrihet, og i økende grad styrket arbeidstakers vern, se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 37–38. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvor stor EMD endring er i praksis. Tidligere var et avkall også uten betydning dersom det var i strid med «important public interests», se nærmere Aall (2011) s. 124–131.

⁴⁵⁷ Tilsvarende Vickers (2016) s. 104.

⁴⁵⁸ Se nærmere i Aall (2010) s. 322–365.

⁴⁵⁹ Se *Todorova mot Italia* [J] 2009 no. 33932/06 avsnitt 82, *Hermi mot Italia* [GC] 2006 no. 18114/02 avsnitt 73 og *Ivanova mot Bulgaria* [J] 2007 no. 52435/99 avsnitt 84.

⁴⁶⁰ Lignende Storeng mfl. (2020) s. 426 i relasjon til personopplysninger.

⁴⁶¹ Se *M.S. mot Sverige* [J] 1997 no. 20837/92 avsnitt 32.

⁴⁶² Se også *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 106.

⁴⁶³ *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015 no. 64846/11 avsnitt 70.

⁴⁶⁴ *Kurtulmuş mot Tyrkia* [A] 2006 no. 65500/01 s. 6.

⁴⁶⁵ *Grimmark mot Sverige* [A] 2020 no. 43726/17.

«the applicant had voluntarily chosen to become a midwife and apply for vacant posts while knowing that this would mean assisting also in abortion cases».⁴⁶⁶

Elementer av frivillighet og aksept har derfor fortsatt stor betydning i relasjon til rekkevidden av artikkel 9 i arbeidsforhold i EMDs praksis.

Tilsvarende tilnærming kan ikke gjenfinnes i norsk diskrimineringsrett. Tvert imot, er det gode grunner for at arbeidstakers aksept ikke vektlegges i vurderingen av diskrimineringsvernets rekkevidde.

Begrepet «forskjellsbehandling» i likestillings- og diskrimineringsloven omfatter også avtalevilkår. Dette innebærer at avtalevilkår som direkte eller indirekte er egnet til å stille noen dårligere enn andre, kan rammes av diskrimineringsvernet.⁴⁶⁷ Det er heller ikke mulig å avtale seg bort fra diskrimineringsvernet, da bestemmelsene i loven er preseptoriske.⁴⁶⁸ En arbeidstaker kan dermed ikke akseptere diskriminerende avtaleklausuler.⁴⁶⁹ Dette tilsier at en arbeidstakers eventuelle avkall derfor heller ikke kan ha betydning i interesseavveiningen.

Å vektlegge at arbeidstaker «frivillig» har satt seg i en situasjon hvor man blir diskriminert, stemmer også dårlig med øvrige utgangspunkter for diskriminering i arbeidslivet. For eksempel ved trakassering, er det ikke den som blir trakassert som eventuelt må endre oppførsel, men den som *trakasserer*. Vickers gir uttrykk for et lignende syn når hun skriver at det ikke kan forventes at individet unngår diskriminering ved å «staying out of harm's way».⁴⁷⁰ Å vektlegge avkall i relasjon til diskrimineringsgrunnlaget religion, vil etter min mening også være dårlig samsvar med andre diskrimineringsgrunnlag. Det er for eksempel unaturlig å stille spørsmål om arbeidstaker har gitt «avkall» på retten til å bli gravid, eller retten til å ikke bli diskriminert på grunn av etnisitet. I samme retning trekker diskrimineringsvernets kollektive dimensjon. Et bekledningsreglement som rammer religiøse arbeidstakere mer generelt, har potensiale til å ramme flere enn kun én arbeidstaker. En enkelt arbeidstaker kan derfor ikke gi avkall på en rettighet som kollektivt tilfaller en større gruppe.

⁴⁶⁶ Dommens avsnitt 26.

⁴⁶⁷ Se Prop. 81 L (2016–2017) s. 100 og Prop. 88 L (2012–2013) s. 16.

⁴⁶⁸ Se likestillings- og diskrimineringsloven § 4, og tilsvarende aml. § 13-9 (2).

⁴⁶⁹ Se også Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2009 (Forbruksartikler) hvor partene hadde inngått forlik.

⁴⁷⁰ Vickers (2016) s. 154.

EMD har heller ikke lagt vekt på avkall i vurderingen av EMKs diskrimineringsforbud i artikkel 14. I *Konstantin Markin mot Russland*, som gjaldt en yrkesmilitær som ikke ble tilkjent foreldrepermisjon fordi han var mann, uttalte EMD at:

«[A]s regards the Government's argument that by signing a military contract the applicant had waived his right not to be discriminated against, the Court considers that, in view of the fundamental importance of the prohibition of discrimination on grounds of sex, no waiver of the right not to be subjected to discrimination on such grounds can be accepted as it would be counter to an important public interest».⁴⁷¹

Saken gjaldt kjønnsdiskriminering, og tilnærmingen kan derfor muligens ikke overføres til spørsmål om diskriminering på grunn av religion. Dette fordrer imidlertid at det er mulig å gi avkall på noen diskrimineringsgrunnlag, men ikke andre. Det vil være for omfattende å gå inn i en slik diskusjon i sin fulle bredde.⁴⁷²

Etter min mening er det klart at en arbeidstakers eventuelle avkall på diskrimineringsvern ikke vil være relevant i forholdsmessighetsvurderingen etter likestillings- og diskrimineringsloven. *De sententia ferenda* mener jeg videre at EMD bør se bort fra eventuelle avkall når det tas stilling til rekkevidden av EMK artikkel 9 i arbeidsforhold. Som nevnt i punkt 3.3 er styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ujevnt, særlig i en eventuell forhandlingssituasjon forut for ansettelse. Dette kan igjen føre til at arbeidstakers aksept av begrensningene ved ansettelsen faktisk ikke er reell og oppriktig.⁴⁷³ Selv om en aksept også kan anses ugyldig på grunn av disse omstendighetene alene, tilsier arbeidsforholdets særegenheter at avtalerettslige synspunkter bør være av mindre betydning når rettmessigheten av et inngrep vurderes. Jeg mener disse argumentene tilsier at EMD bør endre praksis.

6.4. Oppsummerende betraktninger

Ovenfor har jeg vist at forholdsmessighetsvurderingen beror på en konkret vurdering av om arbeidsgivers begrensning er egnet, nødvendig og forholdsmessig i lys av formålet og konsekvensene for individet. Praksis fra nasjonale og internasjonale håndhevingsorganer viser at en rekke omstendigheter vil ha betydning i disse vurderingene.

⁴⁷¹ *Konstantin Markin mot Russland* [GC] 2012 no. 30078/06 avsnitt 150. Se også *D.H. mfl. mot Tsjekkia* [GC] 2007 no. 57325/00 avsnitt 204 for en tilsvarende tilnærming ved etnisk diskriminering.

⁴⁷² Se imidlertid Vickers (2016) s. 38–39 som mener det i tilknytning til avkall kan sies å eksistere et hierarki i diskrimineringsretten hva gjelder beskyttelsesnivået for kjønn og rase sammenlignet med religion. Hierarkiet bygger på det syn at religion i større grad anses som en «chosen characteristic» i motsetning til kjønn og etnisitet, se samme sted.

⁴⁷³ Se også Aall (2010) s. 342 om momenter som kan ha vekt i en slik vurdering.

Forholdsmessighetsvurderingene, både etter bestemmelsene om religionsfrihet og diskrimineringsvern, må gjøres konkret. Det er derfor vanskelig å gi klare svar på når en begrensning i religiøse plagg og symboler er forholdsmessig i det konkrete tilfellet.

Noen mer sikre konstateringer er det imidlertid mulig å komme med. Et forbud mot nikab og burka begrunnet i kommunikasjons hensyn vil som regel være både egnet og nødvendig i de tilfellene plaggene kommer i konflikt med virksomhetens funksjon.

Kommunikasjons hensynet er som regel såpass tungtveiende at det sjelden er særlig rom for en konkret interesseavveining. Det samme må hovedsakelig gjelde hensynet til hygiene og sikkerhet. En viktig forskjell er imidlertid at det kan være mulig for arbeidsgiver å foreta tilpasninger, slik at religiøse plagg og symboler kan brukes samtidig som virksomhetens krav til hygiene og sikkerhet ivaretas. Muligheten for å foreta tilretteleggende tiltak vil derfor kunne være avgjørende for nødvendighetsvurderingen, selv om hensynet til hygiene og sikkerhet i seg selv er svært tungtveiende interesser. Drøftelsene knyttet til tilrettelegging viser også at det til en viss grad innfortolkes arbeidsgiverplikter som ikke følger direkte av arbeidsmiljøloven. På denne måten blir det tydelig at arbeidstakers rettigheter, især diskrimineringsvernet, kan ha en utfyllende funksjon der reguleringen for øvrig er taus.⁴⁷⁴

Om det er forholdsmessig å begrense adgangen til å bruke religiøse plagg og symboler av hensyn til virksomhetens profil, er mer usikkert. Generelt vil hensynet til nøytralitet for politiet og dommere stå sterkt. Samtidig vil sterke motinteresser gjøre seg gjeldende når staten vedtar generelle forbud mot religiøse plagg og symboler innenfor en sektor. Dette gjelder særlig konsekvensene dette får i et gruppeperspektiv.⁴⁷⁵ En virksomhets nøytrale bedriftsprofil vil generelt stå relativt svakt i møte med religionsfriheten i norsk rett. Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen er i disse tilfellene derfor ofte mer usikre. Nødvendigheten og forholdsmessigheten beror på en sammensatt vurdering av konsekvensene for individet sett opp mot arbeidsgivers interesser. Vurderingsmomentene som jeg har redegjort for over, vil her kunne gi veiledning for hvordan vekten av de ulike interessene som gjør seg gjeldende på arbeidstaker- og arbeidsgiversiden skal fastslås og avveies mot hverandre.

En overordnet observasjon i den forbindelse, er at det ikke må anlegges en for individuell vurdering ved fastleggelsen av hvilke interesser som gjør seg gjeldende på arbeidstakersiden. Jeg har vist at gode grunner tilsier at flere av momentene jeg har fremhevet vurderes på et mer

⁴⁷⁴ Se også punkt 3.2 ovenfor.

⁴⁷⁵ Se punkt 6.3.4 ovenfor.

prinsipielt nivå. Dette gjelder særlig konsekvensene for individets religionsfrihet og arbeidssituasjon. Individuelle vurderinger vil i seg selv kunne resultere i forskjellsbehandling. For eksempel vil det å skille mellom religiøse påbud og retningslinjer kunne være uheldig. Tilsvarende gjelder i relasjon til hvilke konsekvenser arbeidsgivers reaksjoner får for midlertidige- og fulltidsansatte.

Etter min mening er det bare mer unntaksvis at begrensninger i adgangen til å bruke religiøse plagg vil være nødvendig og forholdsmessig av hensyn til virksomhetens profil. Arbeidsgiver må kunne vise til svært gode grunner for at drifts- og forretningsmessige interesser skal kunne veie opp for konsekvensene for individet. En nøytral fremtoning må i slike tilfeller ha sammenheng med en funksjonell gjennomføring av arbeidsoppgavene eller virksomhetens funksjon for øvrig. Etter mitt syn er det kun i disse tilfellene at arbeidsgivers interesser er tilstrekkelig til å overstyre individets, dersom forbudet mot å bære religiøse plagg har denne virksomhetsinteressen som begrunnelse. Ved tvil om konklusjonen er det viktig å minne om det klare utgangspunktet: det er inngrep som må begrunnes. Religionsfriheten er en grunnleggende verdi, med forankring i både Grunnloven, EMK og SP. I tvilstilfeller må derfor rettsanvenderen falle ned på den løsning som i størst grad sikrer religionsfriheten.

7. Avsluttende kommentarer

Oppgavens sentrale funn er i stor grad oppsummert i forrige punkt. Derfor vil jeg i det følgende kort komme med noen avsluttende kommentarer om rettstilstanden og veien videre. Fremstillingen har vist at ulike nasjonale og internasjonale regelsett må ses i sammenheng for å kunne besvare spørsmålet om arbeidsgiver kan nekte arbeidstaker å bruke religiøse plagg og symboler på arbeidsplassen. Den europeiske trenden går generelt i retning av at det i større grad aksepteres at lovgiver og arbeidsgivere regulerer individers religiøse praksiser. Dette gjelder både på arbeidsplassen og på andre offentlige arenaer. Den nylig avsatte avgjørelsen om *WABE og Müller* fra EU-domstolen er et eksempel på dette. I tiden framover er det ventet å komme flere avgjørelser fra både EMD og EU-domstolen.⁴⁷⁶ Tiden vil vise om de europeiske domstolene velger å opprettholde samme linje, eller om de vil endre kurs i retning av forsterket individvern. Én ting er uansett sikkert: rettfeltet er i stadig endring.

Tatt i betraktning at samfunnet i økende grad blir mer multikulturelt og religiøst mangfoldig, kan det spørres hvor langt man kan gå i denne retningen. Jo mer multikulturelt samfunnet blir, desto tydeligere blir det at begrensninger i religiøs bekledning ekskluderer visse grupper fra arbeidsmarkedet. Konsekvensene i et gruppeperspektiv, vil dermed i økende grad utgjøre et argument mot at en begrensning er forholdsmessig. Det er her sentralt å merke seg at det norske diskrimineringsvernet er en rettslig standard, som nettopp må tilpasses i lys av samfunnsutviklingen.

I denne fremstillingen har jeg sammenfattet ulike retningslinjer og momenter for hvordan avveiningene mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser skal foretas, basert på det samlede rettskildebildet. Selv om drøftelsene viser at arbeidsgiver kan ha en viss frihet til å regulere bruken av religiøse plagg, har drøftelsene også vist at det kun er i svært begrensede tilfeller at arbeidsgiver plikter å gjøre dette. En slik erkjennelse kan ha betydning for den videre utviklingen av jussen på dette feltet.

⁴⁷⁶ Se *Türkv mot Tyskland*, innlevert til EMD 18. oktober 2016 og kommunisert 12. september 2018, no. 61347/16, og Forespørsel om forhåndsuttalelse fra Tribunal du travail francophone de Bruxelles (Belgia), *L.F. mot S.C.R.L.*, C-344/20, innlevert til EU-domstolen 27. juli 2020.

Litteratur

- Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Johan Grundt Tanum Forlag 1967
- Asmyhr, Mali Gulbrandsen, «Aktivitets- og rapporteringsplikten sett i et interseksjonelt perspektiv», i *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), Gyldendal Juridisk 2014, s. 197–218
- Ballangrud, Anne Jorun Bolken og Margrethe Søbstad, *Likestillings- og diskrimineringsloven: Lovkommentar*, Universitetsforlaget 2021
- Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse: En introduksjon til rettsvitenskapen*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2002
- Bernt, Jan Fridthjof, «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren», i *Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), Fagbokforlaget 2002, s. 259–272
- Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal Norsk Forlag 2007
- Bernt, Jan Fridthjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 27–47
- Billis, Emmanouil, Nandor Knust og Jon Petter Rui, «The Typology of Proportionality», i *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Emmanouil Billis, Nandor Knust og Jon Petter Rui (red.), Hart Publishing 2021, s. 3–28
- Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2021
- Breivik, Solveig, Annie Karlsen og Tove Larssen, «Er retningslinjer for arbeidsantrekk i helsetjenesten forskningsbaserte?», *Sykepleien Forskning*, 7 (2012) nr. 4, s. 370–377
- Brems, Eva, «Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings», *Journal of Law and Policy*, 22 (2014) nr. 2, s. 517–551
- Bull, Henrik, «Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett», i *Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), Universitetsforlaget 2015, s. 358–393
- Carbon, Claus-Christian, «Wearing Face Masks Strongly Confuses Counterparts in Reading Emotions», *Frontiers in Psychology*, 11 (2020), DOI: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.566886>
- Craig, Ronald, «Hijab og etnisk diskriminering i arbeidslivet», i *Hijab i Norge: Trussel eller menneskerett?*, Njål Høstmælingen (red.), Abstrakt Forlag 2004, s. 231–245
- Dahl, Tove Stang (red.), *Kvinnerett I: Kvinners levkår og livsløp*, Universitetsforlaget 1985
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018

- Eidsvaag, Tine, *Handlaus gjæte: Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*, Det juridisk fakultet, Universitetet i Bergen, 2008 [doktorgradsavhandling]
- Eidsvaag, Tine, «Håndhilsesakene for Diskrimineringsnemnda – LDN-2018-48 og LDN-2018-108», *Nytt i privatretten*, 21 (2019) nr. 1, s. 7–9
- Eidsvaag, Tine, «Ubehaget i kulturen: Om kjønnsnøytral håndhising og kjønnsnøytrale toaletter», i *Likestilling, barn og velferd: Rettsfelt i utvikling* [festskrift til Gudrun Holgersen], Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), Gyldendal Norsk Forlag 2020, s. 57–75
- Engelsrud, Gerd, «Saklighetsprinsippet ved ansettelse – en sammenligning mellom offentlig og privat sektor», i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), Cappelen Damm Akademisk 2009, s. 149–166
- Eriksen, Christoffer C., «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 293–333
- Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2003, bind 1, s. 3–32
- Evju, Stein, «Styringsrett og restkompetanse», *Arbeidsrett*, 7 (2010) nr. 1–2, s. 49–65
- Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Fougner, Jan, «Arbeidsgivers styringsrett – skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse», i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), Cappelen Damm Akademisk 2009, s. 235–256
- Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016a
- Fougner, Jan, «Arbeidsgivers frie skjønn – arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», i *Sui generis: Festskrift til Stein Evju*, Bernard Johann Mulder, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik og Tron Løkken Sundet (red.), Universitetsforlaget 2016b, s. 211–223
- Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget 2019
- Fredriksen, Halvard H., «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens venner*, 48 (2013) nr. 6, s. 371–399
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018
- Fredriksen, Katja Jansen, «Domstolenes uavhengighet og det flerkulturelle samfunn», i *Dommernes uavhengighet: Den norske Dommerforening 100 år*, Nils Asbjørn

- Engstad, Astrid Lærdal Frøseth og Bård Tønder (red.), Fagbokforlaget 2012, s. 481–516
- Furseth, Inger (red.), *Religionens tilbakekomst i offentligheten?: Religion, politikk, medier, stat og sivilsamfunn i Norge siden 1980-tallet*, Universitetsforlaget 2015
- Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 121 (2008) nr. 2, s. 149–178
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Harbo, Tor-Inge, «Religionsfrihet i Europa etter Den Europeiske menneskerettighetsdomstols andre krusifiksdom», *Lov og Rett*, 51 (2012) nr. 5, s. 272–284
- Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates og Carla Buckley, *Harris, O’Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Oxford University Press 2018
- Haugseth, Elisabeth Lier, «Hijab – hvorfor er det problematisk å nekte kvinner å bære hijab i arbeid?», *Kritisk juss*, 35 (2009) nr. 1, s. 44–49
- Haverkort-Speekenbrink, Sarah, *European non-discrimination law: A comparison of EU law and the ECHR in the field of non-discrimination and freedom of religion in public employment with an emphasis on the Islamic headscarf issue*, Intersentia 2012
- Hellum, Anne, «Kvinnerettslige utviklingslinjer: Forståelser av kvinner, kjønn og rett – nedenfra og ovenfra», *Tidsskrift for kjønnsforskning*, 36 (2012) nr. 2, s. 131–148
- Hellum, Anne og Julia Köhler-Olsen (red.), *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Gyldendal Juridisk 2014
- Hemmingby, Anette, *Ensidig endring av økonomiske ytelser i arbeidsavtaleforhold*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2020 [disputasutgave]
- Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse: Rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforlaget 2017
- Hotvedt, Marianne Jenum, «Utvikling eller brudd?: Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2012, bind 6, s. 141–186
- Hotvedt, Marianne Jenum og Terese Smith Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett», *Arbeidsrett*, 10 (2013) nr. 1, s. 112–128
- Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsgiverbegrepet: En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, Gyldendal Juridisk 2016
- Høstmælingen, Njål, «Forbud mot niqab i Oslo, med linjer til Leyla Sahin-saken», *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 24 (2006) nr. 3, s. 240–248
- Kallerud, Knut H., «‘Ikke ... en dommers uavhengighet ...’: Noen betraktninger om påtalemyndighetens stilling sammenlignet med domstolenes», i *Dommernes uavhengighet: Den norske Dommerforening 100 år*, Nils Asbjørn Engstad, Astrid Lærdal Frøseth og Bård Tønder (red.), Fagbokforlaget 2012, s. 403–424

- Ketscher, Kirsten, «Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser», i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.), Universitetsforlaget 2008, s. 33–57
- Khaitan, Tarunabh og Jane Calderwood Norton, «The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions», *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2019) nr. 4, s. 1125–1145
- Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: For praktikere*, 4. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017
- Kjærstad, Håvard, «Forvaltningspraksis som rettskilde – belyst med praksis fra ett eller flere forvaltningsområder», *Jussens venner*, 38 (2003) nr. 3, s. 138–160
- Köhler-Olsen, Julia, «Forbud mot niqab og burka i den offentlige skolen», *Lov og rett*, 49 (2010) nr. 7, s. 407–422
- Köhler-Olsen, Julia, *Barnets rett til selvbestemmelse i forhold til religiøse normer*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2012 [doktorgradsavhandling]
- Kret, Mariska E., Angela T. Maitner og Agneta H Fischer, «Interpreting Emotions From Women With Covered Faces: A Comparison Between a Middle Eastern and Western-European Sample», *Frontiers in Psychology*, 12 (2021), DOI: <https://doi.org/10.3389%2Ffpsyg.2021.620632>
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2009
- Mathisen, Gjermund, «Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement», *Common Market Law Review*, 47 (2010) nr. 4, s. 1021–1048
- McCrea, Ronan, «Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination, and the Secular State», *Oxford Journal of Law and Religion*, 5 (2016) nr. 2, s. 183–210
- McCrea, Ronan «Squaring the Circle: Can an Egalitarian and Individualistic Conception of Freedom of Religion or Belief Co-exist with the Notion of Indirect Discrimination?», i *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hugh Collins og Tarunabh Khaitan (red.), Hart Publishing 2018
- Michalsen, Dag, «Grunnlovens nye verdiparagraf § 2», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 127 (2014) nr. 2, s. 206–234
- Moen, Olav Haugen, *Forvaltningskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal Norsk Forlag 2019
- Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk 2012
- Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 39 (2004) nr. 5–6, s. 329–342
- Mæhle, Synne Sæther, «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 128 (2015) nr. 2, s. 126–157

- Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgave, Gyldendal Juridisk 2017
- Nielsen, Ruth, *EU-arbejdsret*, 5. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004
- Pearson, Megan, «Article 9 at a Crossroads: Interference Before and After Eweida», *Human Rights Law Review*, 13 (2013) nr. 3, s. 580–602
- Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2014
- Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2018
- Rui, Jon Petter, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 57 (2018) nr. 3, s. 129–130
- Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks og Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7. utgave, Oxford University Press 2017
- Schei, Tore, «Domstolenes og dommernes uavhengighet og forholdet til de øvrige statsmakter», i *Dommernes uavhengighet: Den norske Dommerforening 100 år*, Nils Asbjørn Engstad, Astrid Lærdal Frøseth og Bård Tønder (red.), Fagbokforlaget 2012, s. 17–38
- Settem, Ola Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens Venner*, 51 (2016) nr. 3, s. 119–141
- Shany, Yuval, «The Road Taken: ICCPR and Discriminatory Restrictions on Religious Freedom», *Harvard Human Rights Journal*, 34 (2021) nr. 2, s. 305–313
- Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2017
- Skyberg, Lisbeth Fullu, «Har retten krav på et ansikt? – Bruk av niqab i retten», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 37 (2020) nr. 2, s. 149–162
- Solheim, Stig H., «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 360–385
- Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2020
- Strand, Vibeke Blaker, «Forholdet mellom den norske Grunnlovens menneskerettigheter, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og ordinær lovgivning – Særlig om religionsfrihet og vern mot diskriminering», *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 30 (2007) nr. 119, s. 1–23
- Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet*, Gyldendal Norsk Forlag 2012
- Strand, Vibeke Blaker, «Bruk av hijab i politiet: Individuelt og strukturelt diskrimineringsvern på kollisjonskurs», i *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne-*

- og innvandrerperspektiv, Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), Gyldendal Juridisk 2014, s. 261–289
- Strand, Vibeke Blaker, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i *Rettigheter i velferdsstaten: Begreper, trender, teorier*, Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), Gyldendal Juridisk 2016, s. 135–166
- Strand, Vibeke Blaker, «Menneskerettigheter som rammeverk i det nye mangfoldssamfunnet», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), Universitetsforlaget 2017, s. 276–297
- Strand, Vibeke Blaker, «FNs menneskerettskonvensjoner og FN-komiteenes håndheving av dem», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 420–451
- Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, 4. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2021
- Stridbeck, Ulf, «Nikab i rettssalen», i *Straff & frihet til vern om den liberale rettsstat: Festskrift til Tor-Aksel Busch*, Knut Erik Sæther, Ragner Torgersen, Ulf Stridbeck og Kjerstin A. Kvande (red.), Gyldendal Norsk Forlag 2019, s. 579–596
- Stålsett, Sturla, «Tros- og livssynspolitik mellom frihet og forventning: Jehovas vitner, demokratisk deltakelse og statsstøtte», *Kritisk Juss*, 46 (2020) nr. 1, s. 50–71
- Syse Aslak og Geir Helgeland, «Reglene om ‘delt bevisbyrde’ i norsk diskrimineringsrett», i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), Cappelen Damm Akademisk 2009, s. 585–604
- Syse, Aslak, Rolf Gunnar Jørstad og Morten Kjelland, *Pasientskaderett: Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Gyldendal Akademisk 2011
- Sørensen, Christian Børge, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 117 (2004) nr. 1–2, s. 134–196
- Tande, Knut Martin, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens venner*, 46 (2011) nr. 1, s. 1–36
- Thorkildsen, Tarjei og Tonje H. Drevland, «Arbeidsgivers styringsrett – en ‘restkompetanse’?», *Arbeidsrett*, 7 (2010) nr. 1–2, s. 30–48
- Vada, Ragnhild, *Satsing på kvinner som næringsutøvere: Næringsrettede økonomiske støtteordninger som likestillingsfremmende tiltak*, Fagbokforlaget 2007
- Vickers, Lucy, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, 2. utgave, Hart Publishing 2016
- Vickers, Lucy, «Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace», *European Labour Law Journal*, 8 (2017) nr. 3, s. 232–257
- Vogt, Kari, *Hva er islam*, Universitetsforlaget 2007

- Wessel-Aas, Jon, Norunn Løkken Sundet og Lasse Gommerud Våg, «Arbeidsgivers yringsfrihet og arbeidsgivers styringsrett», *Arbeidsrett*, 18 (2021) nr. 1, s. 1–27
- Wigum, Tor Aamodt, «Forbud mot burka og nikab i det offentlige rom», *Kritisk Juss*, 38 (2012) nr. 2, s. 88–107
- Wigum, Tor Aamodt, *Religionsutøvelse i det offentlige rom: Restriksjoner i religiøs bekledding og symbolbruk*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, 2018 [doktorgradsavhandling]
- Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget 2010
- Aall, Jørgen, «Waiver of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III)», *Nordic Journal of Human Rights*, 28 (2010) nr. 3–4, s. 300–370
- Aall, Jørgen, «Waiver of Human Rights: Waiver of Substantive Rights (Part II/III)», *Nordic Journal of Human Rights*, 29 (2011) nr. 1, s. 56–153
- Aall, Jørgen, «Norske og internasjonale krav til domstolenes uavhengighet», i *Dommernes uavhengighet: Den norske Dommerforening 100 år*, Nils Asbjørn Engstad, Astrid Lærdal Frøseth og Bård Tønder (red.), Fagbokforlaget 2012, s. 53–78
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2015a
- Aall, Jørgen, «Forholdsmessighet som vilkår for inngrep i EMK-rettigheter», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015b, s. 77–110
- Aall, Jørgen, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 130 (2017) nr. 5, s. 407–432
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 2 – statens plikt til effektiv og betryggende straffefølgning*, Fagbokforlaget 2021
- Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget 2000

Kilderegister

Lover mv.

Norske lover og lovvedtak

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.)
- Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven – dl.)
- Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø [arbeidsmiljøloven 1977]
- Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene [likestillingsloven 1978]
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.)
- Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven – uhl.)
- Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
- Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven – politil.)
- Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova – oppl.)
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven – mrl.)
- Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)
- Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven – bhl.)
- Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)
- Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
- Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)
- Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
- Lov 24. april 2020 nr. 31 om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)
- Lovvedtak 71 (2017–2018) om endringar i opplæringslova mv. (forbod mot bruk av ansiktsdekkjande plagg i barnehagar og undervisningssituasjonar)

Forskrifter

Forskrift 23. juni 1995 nr. 577 om bruk av rettskapper m.v. i domstolen [kappeforskriften]

Forskrift 17. juni 2005 nr. 610 om smittevern i helse- og omsorgstjenesten

Forskrift 28. mars 2011 nr. 337 om vaktvirksomhet (vaktvirksomhetsforskriften)

Internasjonale konvensjoner

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

Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 20. mars 1952 (Protokoll 1 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – ØSK)

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 19. desember 1966 (Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter)

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18. desember 1979 (Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med protokoll – KDK)

EU-lovgivning

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (Rådets direktiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv – rammedirektivet)

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (Rådets direktiv 2000/43/EF av 27. november 2000 om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet – etnisitetsdirektivet)

Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26. Oktober 2012 (EUs pakt om grunnleggende rettigheter – EU-pakten)

Forarbeider, uttalelser mv.

Utredninger og rapporter

NOU 2003: 2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet*

NOU 2013: 1 *Det livssynsåpne samfunn*

NOU 2016: 13 *Samvittighetsfrihet i arbeidslivet*

NOU 2017: 2 *Integrasjon og tillit – Langsiktige konsekvenser av høy innvandring*
(Brockmann-utvalget)

NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning*
(forvaltningsloven)

NOU 2021: 9 *Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv – Utredning om*
tilknytningsformer og virksomhetsorganisering

Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra*
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 3 (1975–1976) *Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern*
og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet,*
religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp. nr. 34 (2004–2005) *Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og*
Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*
(arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven,*
diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile
og kvinner i trossamfunn m.m.)

Prop. 88 L (2012–2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell*
orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og
tilgjengelighetsloven)

Prop. 80 L (2016–2017) *Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og*
Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Prop. 81 L (2016–2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og*
diskrimineringsloven)

Prop. 51 L (2017–2018) *Endringer i opplæringslova mv. (forbud mot bruk av*
ansiktsdekkjande plagg i barnehagar og undervisningssituasjonar)

Prop. 130 L (2018–2019) *Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)*

Stortingsmeldinger og innstillinger

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

Innst. S. nr. 174 (2008–2009) *Innstilling fra justiskomiteen om representantforslag fra stortingsrepresentantene Jan Arild Ellingsen og Per-Willy Amundsen om å forby hijab og andre religiøse eller politiske symboler som del av politiuniformen*

Innst. 236 S (2010–2011) *Innstilling fra justiskomiteen om representantforslag fra stortingsrepresentantene Per-Willy Amundsen, Hans Frode Kielland Asmyhr og Per Sandberg om å forby hijab, niqab, burka og andre religiøse eller politiske symboler som del av arbeidsantrekk for norske dommere*

Representantforslag og skriftlige spørsmål

Dokument 8:171 S (2009–2010) *Representantforslag fra stortingsrepresentantene Per Willy Amundsen, Per Sandberg og Hans Frode Kielland Asmyhr om å forby hijab, niqab, burka og andre religiøse eller politiske symboler som del av arbeidsantrekk for norske dommere*

Dokument 8:42 S (2010–2011) *Representantforslag fra stortingsrepresentantene Per-Willy Amundsen, Hans Frode Kielland Asmyhr og Per Sandberg om å forby hijab, niqab, burka og andre religiøse eller politiske symboler som del av arbeidsantrekk for norske dommere*

Dokument 8:51 S (2010–2011) *Representantforslag fra stortingsrepresentantene Tord Lien, Mette Hanekamhaug, Bente Thorsen, Per-Willy Amundsen og Solveig Horne om bruk av hijab i barneskolen*

Dokument 8:37 S (2012–2013) *Representantforslag fra stortingsrepresentanten Jan Arild Ellingsen om å forby synlige religiøse eller politiske symboler som del av Forsvarets uniformer*

Dokument 15:145 (2019–2020) *Skriftlig spørsmål fra Himanshu Gulati (FrP) til justis- og innvandringsministeren*

Dokument 15:2063 (2019–2020) *Skriftlig spørsmål fra Per-Willy Amundsen (FrP) til justis- og beredskapsministeren*

Dokumenter fra offentlige institusjoner mv.

Domstoladministrasjonen, *Bruk av religiøst og politisk betingede plagg og symboler i domstolene*, høringsnotat 20. august 2009

Justisdepartementets lovavdeling, *Artikkel 9 – Forbud mot hijab i skolen*, tolkningsuttalelse 1. desember 2009

Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Religion og livssyn på arbeidsplassen*, 2016:
<https://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/handboker/religion-og-livssyn-pa-arbeidsplassen---ldo.pdf> (hentet 24. januar 2021)

Regjeringen, *Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre, Fremskrittspartiet, Venstre og Kristelig folkeparti* (Granavolden-plattformen), 17. januar 2019:
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/politisk-plattform/id2626036/> (hentet 2. februar 2021)

Rettspraksis og forvaltningspraksis

Norges Høyesterett

Rt. 1984 s. 1003

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2001 s. 248

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt. 2005 s. 518

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 826

Rt. 2006 s. 1217

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt)

Rt. 2010 s. 321

Rt. 2011 s. 609

Rt. 2012 s. 219

Rt. 2013 s. 1730

Rt. 2014 s. 402

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

HR-2016-2554-P

HR-2016-2286-A (Rygge)

HR-2017-2428-A

HR-2018-1958-A (Spiral)

HR-2018-2371-A

HR-2019-34-S

HR-2021-526-A

Saker fra Klagenemnda for likestilling, Likestillings- og diskrimineringsnemnda og Diskrimineringsnemnda

Klagenemnda for likestilling sak 8/2001 (Oslo Plaza)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2009 (Forbruksartikler)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 31/2009 (Eiendomsmegler)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2010 (Politiet)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2014 (NOKAS I)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 35/2014 (NOKAS II)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 48/2014 (NRK)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2017 (Blidensol)

Diskrimineringsnemndas sak 48/2018 (Håndhilde I)

Diskrimineringsnemndas sak 18/325 (Håndhilde II)

Diskrimineringsnemndas sak 20/348 (Compass)

Likestillings- og diskrimineringsombudet

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 07/627 (Klesbutikk)

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 07/1698 (Bakeri)

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 08/363 (Norgebuss)

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 15/2365 (Callsenter)

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 16/2433 (Tannlegesekretær)

EU-domstolen

Dom av 16. juli 2015 [GC], *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mot Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480

Dom av 14. mars 2017 [GC], *Samira Achbita og Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203

Dom av 14. mars 2017 [GC], *Asma Bougnaoui og Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA*, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204

Dom av 15. juli 2021 [GC], *IX og MH Müller Handels GmbH mot WABE eV og MJ*, C-804/18 og C-341/19 [forente saker], ECLI:EU:C:2021:594

Forespørsel om forhåndsuttalelse fra Tribunal du travail francophone de Bruxelles (Belgia), *L.F. mot S.C.R.L.*, C-344/20, innlevert 27. juli 2020

Nordisk praksis

Dansk Høyesterett, UfR 2005 s. 1262, 21. januar 2005 (Føtex)

Stockholm tingrett, ANM 2004/1987, 16. november 2016

Den europeiske menneskerettighetskommisjonen og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Schmidt og Dahlström mot Sverige [J] 1976 no. 5589/72

X. mot Storbritannia [K] 1978 no. 7992/77

X. mot Storbritannia [K] 1981 no. 8160/78

Niemietz mot Tyskland [J] 1992 no. 13710/88

Kokkinakis mot Hellas [J] 1993 no. 14307/88

Manoussakis mfl. mot Hellas [J] 1996 no. 18748/91

Konttinen mot Finland [K] 1996 no. 24949/94

Stedman mot Storbritannia [K] 1997 no. 29107/95

M.S. mot Sverige [J] 1997 no. 20837/92

Kara mot Storbritannia [K] 1998 no. 36528/97

Dahlab mot Sveits [A] 2001 no. 42393/98

Wretlund mot Sverige [A] 2004 no. 46210/99

Leyla Şahin mot Tyrkia [GC] 2005 no. 44774/98

Köse mfl. mot Tyrkia [A] 2006 no. 26625/02

Kurtulmuş mot Tyrkia [A] 2006 no. 65500/01

Hermi mot Italia [GC] 2006 no. 18114/02

Ivanova mot Bulgaria [J] 2007 no. 52435/99

D.H. mfl. mot Tsjekkia [GC] 2007 no. 57325/00

Todorova mot Italia [J] 2009 no. 33932/06

Financial Times Ltd mfl. mot Storbritannia [J] 2009 no. 821/03

Ahmet Arslan mfl. mot Tyrkia [J] 2010 no. 41135/98

Lautsi mfl. mot Italia [GC] 2011 no. 30814/06

Konstantin Markin mot Russland [GC] 2012 no. 30078/06

Eweida mfl. mot Storbritannia [J] 2013 nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 og 36516/10

S.A.S. mot Frankrike [GC] 2014 no. 43835/11

Ebrahimian mot Frankrike [J] 2015 no. 64846/11

Osmanoğlu og Kocabaş mot Sveits [J] 2017 no. 29086/12

Grimmark mot Sverige [A] 2020 no. 43726/17

Stavropoulos mfl. mot Hellas [J] 2020 no. 52484/18

Gawlik mot Liechtenstein [J] 2021 no. 23922/19

Türkv mot Tyskland, innlevert 18. oktober 2016 og kommunisert 12. september 2018, no. 61347/16

Tolkningspraksis fra FNs menneskerettighetskomité og FNs barnekomité

FNs menneskerettighetskomité *General Comment no. 22*, 27. september 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4

FNs menneskerettighetskomité sak nr. 208/1986, *Karnel Singh Bhinder mot Canada*, 9. november 1989

FNs menneskerettighetskomité sak nr. 1852/2008, *Bikramjit Singh mot Frankrike*, 1. november 2012

FNs menneskerettighetskomité sak nr. 2662/2015, *F.A. mot Frankrike*, 16. juni 2018

FNs menneskerettighetskomité sak nr. 2747/2016, *Sonia Yaker mot Frankrike*, 17. juli 2018

FNs menneskerettighetskomité sak nr. 2807/2016, *Miriana Hebbadj mot Frankrike*, 17. juli 2018

FNs barnekomité *Concluding Observations: Germany*, 26. februar 2004, CRC/C/15/Add.226

Elektroniske kilder mv.

Uniformsreglement

Sjef Forsvarsstaben, Bestemmelse om uniformer (Uniformsbestemmelsen), 25. september 2020: <https://regelverk.forsvaret.no/fileresult?attachmentId=19384940>

Oslo universitetssykehus, Hijab påkledning – bruk av hijab på sykehuset, 11. mars 2019: <https://ehandboken.ous-hf.no/document/37712>

Politidirektoratet, Uniformsreglement for politi- og lensmannsetaten, 1. september 2018 (ikke offentlig tilgjengelig)

Administrasjonsdivisjonen, Instruks for uniform i Tolletaten (Uniformsinstruksen), 25. januar 2021 (ikke offentlig tilgjengelig)

Rapporter og foredrag

Fredriksen, Halvard Haukeland, «EU/EØS-rett i norske domstoler», Europautredningen, rapport nr. 3, 2011: <https://bora.uib.no/bora->

xmlui/bitstream/handle/1956/8056/E%c3%98S-rett%20i%20norske%20domstoler.pdf?sequence=1&isAllowed=y (hentet 14. april 2021)

Bårdsen, Arnfinn, «Religion in the public sphere – Norway», Bristol, 24. november 2017 [innlegg], publisert på Høyesteretts nettsider: <https://www.domstol.no/enkelt-domstol/hoyesterett/artikler/bardsen/religion-in-the-public-sphere---norway/> (hentet 5. mai 2021)

Nettsider

Domstoladministrasjonen, «Ikke behov for forbud mot politisk betingede plagg og symboler i domstolene», 2010: <https://www.domstol.no/nyheter/nyhetsarkiv/2010/ikke-behov-for-forbud-mot-politisk-betingede-plagg-og-symboler-i-domstolene/> (hentet 4. juli 2021)

Schjetne, Steinar, «Sterke reaksjoner mot nikabkledd rådgiver i Islamsk Råd», nyhetsartikkel i VG, 28. mars 2017: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/qolQ0/sterke-reaksjoner-mot-nikabkledd-raadgiver-i-islamsk-raad> (hentet 12. juni 2021)

Fuglset, William, «Ble nektet SAS-jobb på grunn av hijab», nyhetsartikkel på nettavisen, 26. april 2017: <https://www.nettavisen.no/na24/ble-nektet-sas-jobb-pa-grunn-av-hijab/s/12-95-3423335488> (hentet 10. juni 2021)

Vy, «Her er Vys nye uniformer», 12. desember 2019: <https://www.vy.no/vygruppen/presse-og-nyheter/pressemeldinger/her-er-vys-nye-uniformer> (hentet 21. juni 2021)