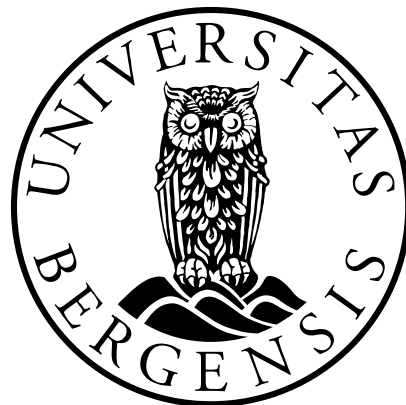


Hadde Nav-juristene rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse?

En analyse av juristers rett til å nekte å utføre arbeidsgivers instruerte lovanvendelse

Kandidatnummer: 29

Antall ord: 14 819



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Avgrensninger	5
1.3	Rettskilder	6
1.4	Fremstillingen videre.....	8
2	Arbeidsforholdet som ramme.....	9
2.1	Sentrale begrep	9
2.1.1	Arbeidsforhold	9
2.1.2	Arbeidstaker	10
2.1.3	Virksomhet	10
2.1.4	Arbeidsgiver	11
2.2	Arbeidsgivers styringsrett	11
2.2.1	Hjemmel og begrunnelse.....	11
2.2.2	Begrensninger i styringsretten.....	12
(1)	Arbeidsavtale og tariffavtale	12
(2)	Lovgivning	14
(3)	Ulovfestet saklighetskrav	14
2.2.3	Kan arbeidsgiver instruere arbeidstakers lovanvendelse ved faglig uenighet?.....	14
2.3	Arbeidstakers lojalitetsplikt.....	17
2.3.1	Hjemmel og begrunnelse.....	17
2.3.2	Innholdet i lojalitetsplikten.....	18
3	Arbeidstakers yringsfrihet og rett til å varsle	20
3.1	Arbeidstakers yringsfrihet.....	20
3.1.1	Hjemmel og begrunnelse.....	20
3.1.2	Inngrep i yringsfriheten.....	20
3.1.3	Yringsfrihet for arbeidstakere som utøver offentlig myndighet	22
3.1.4	Hadde Nav-jurister rett til å ytre seg om faglig uenighet?	24
3.2	Arbeidstakers rett til å varsle.....	25
3.2.1	Varsle om kritikkverdige forhold	25
4	Rett til å nekte arbeidsoppgaver	28
4.1	Grunnlag for å nekte arbeidsoppgaver	28
4.2	Samvittighetsfrihet	28
4.2.1	Hjemmel og begrunnelse.....	28
4.2.2	EMK artikkel 9.....	29

4.2.3	Kriterier	31
4.2.4	Er faglig overbevisninger vernet av samvittighetsfriheten?	32
4.2.5	Inngrep i samvittighetsfriheten.....	36
(1)	Eweida med flere mot Storbritannia.....	37
4.3	Juristers rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse	38
4.3.1	Var overbevisningen vernet av EMK artikkel 9?	38
4.3.2	Var det grunnlag for å gjøre inngrep i samvittighetsfriheten?	41
5	Bør jurister som utøver offentlig myndighet ha rett til å nekte instruert lovanvendelse basert på faglig uenighet?	44
5.1	Vurderingskriterier	44
5.1.1	Dyp og viktig samvittighetsgrunn	45
5.1.2	Konsekvenser for tredjeparter	46
5.1.3	Gjennomførbart i praksis.....	49
5.1.4	Andre hensyn.....	50
5.1.5	Helhetsvurdering	53
6	Avsluttende bemerkninger	54
7	Referanser og litteratur	56
7.1	Lover	56
7.2	Forarbeider	57
7.3	Norske dommer, kjennelser og avgjørelser.....	59
7.4	Etiske retningslinjer og veiledere	60
7.5	Internasjonale konvensjoner og traktater	61
7.6	Avgjørelser og uttalelser fra internasjonale organer	62
7.7	Bøker og juridiske artikler.....	63
7.8	Avisartikler, nyhetsartikler, debattinnlegg og foredrag	67
7.9	Nettsider	68

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Høsten 2019 ble det avdekket at Nav trolig har feiltolket en EU-forordning som gir rett til å ta med seg sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger til andre EØS-land.¹ Flere tusen trygdemottakere kan være uriktig dømt for trygdesvindel. Det ble oppnevnt et granskingsutvalg 8. november 2019 for å gjøre en grundig gjennomgang av praktiseringen. Utredningen skal leveres innen 1. august 2020. Utvalgets konklusjon er ikke av betydning for masteroppgavens innhold.

Nav-saken reiser flere interessante spørsmål og er utgangspunkt for masteroppgavens problemstilling. Ifølge brev sendt til kontroll- og konstitusjonskomiteen meldte jurister om feilpraktiseringen allerede i 2017, men ble ikke hørt.² Saken aktualiserer tematikken om hvilke rettigheter jurister har når vedkommende mener at arbeidsgivers instruerte lovanvendelse ikke er riktig.

I 2016 leverte Samvittighetsutvalget sin innstilling om samvittighetsfrihet i arbeidslivet. Utvalgets mandat var å utrede forhold rundt arbeidstakers samvittighetsfrihet ved utførelse av arbeidsoppgaver.³ Som eksempel på at arbeidstakere som utøver offentlig myndighet kan være faglig uenig med arbeidsgiver, vises det til instruks utsendt av Justis- og beredskapsdepartementet til Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda.⁴ Instruksen fastslo hvilken rettsanvendelse som skulle foretas ved vurdering av opphold av beskyttelsesgrunner etter lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 32. Flere ansatte i Utlendingsdirektoratet mente praksisen var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser og ønsket å reservere seg mot å ta del i behandlingen.⁵

¹ Delutredning fra utvalg oppnevnt av Kongen i statsråd 8. november 2019 for ekstern gjennomgang av praktisering og håndtering av EUs trygdeforordning, Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området.

²Gagnes (2020), Juristen.

³ NOU 2016: 13 s. 13.

⁴ Ibid. s. 112.

⁵ I.c.

Jurister kan oppleve at arbeidsgiver setter deres samvittighet under press. Hans Petter Graver publiserte i 2019 en serie om 12 jurister som valgte å følge sin samvittighet fremfor å følge autoriteten.⁶ Filosof Nina Witoszek uttalte:

«Jurister må spørre seg selv hvor grensen mellom individ og stat går, og når statens lov går for langt og lovgivningen går på tvers av grunnleggende rettigheter. Da bør de spørre seg når og hvordan de bør yte motstand.»⁷

I denne avhandlingen skal jeg å redegjøre for juristers rettsstilling ved faglig uenighet med arbeidsgiver om lovanvendelse, sett i lys av Nav-saken. Problemstillingen er som følger:

«Har jurister som utfører offentlig myndighet rett til å nekte å utføre arbeidsgivers instruerte lovanvendelse basert på faglig uenighet?»

Ønsket om å reservere seg kan grense til reglene om varslingsfrist, yringsfrihet og lojalitetsplikt. Disse reglene kan utgjøre grunnlag for arbeidstakers rettigheter ved faglig uenighet.

1.2 Avgrensninger

Problemstillingen knytter seg til arbeidstakere, herunder jurister, som utøver offentlig myndighet. Med offentlig myndighetsutøvelse menes kompetanse til å bestemme over andres rettigheter og plikter.⁸ Eksempler på offentlig myndighetsutøvelse er ensidige påbud, forbud, tillatelser og fordeling av økonomiske støttetiltak som trygd.

Det avgrenses til arbeidstakere som foretar lovanvendelse på vegne av et forvaltningsorgan. Etter lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 1 regnes «et hvert organ for stat eller kommune» for forvaltningsorgan. Forvaltningsorgan har alminnelig plikt til å påse at det ikke treffes ulovlige eller ugyldige vedtak.⁹ Det sentrale i oppgaven er imidlertid situasjoner hvor det er faglig uenighet om hva som er riktig lovanvendelse. Det er kun arbeidstakers rettigheter som drøftes.

⁶ Utgitt som bok i 2020. Se Graver, Hans Petter, *Jussens helter*, Universitetsforlaget 2020.

⁷ Libell (2020), *Juridika*.

⁸ Eckhoff og Smith (2014) s. 30.

⁹ Bernt og Rasmussen (2010) s. 48.

Avgrensningene er gjort av plasshensyn.

1.3 Rettskilder

Rettskildebildet i arbeidsretten er sammensatt. Det er vanlig å systematisere arbeidsretten i to hovedområder: den individuelle arbeidsretten og den kollektive arbeidsretten. Den individuelle arbeidsretten er rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som etableres ved arbeidsavtalen.¹⁰ Den kollektive arbeidsretten er rettsforholdet mellom arbeidstakerens organisasjoner og arbeidsgiver eller dennes arbeidsgiverorganisasjon.¹¹ Arbeidsavtalen danner grunnlaget for arbeidstakers lojalitetsplikt og arbeidsgivers styringsrett. Det er flere lover som har innvirkning på arbeidsforholdet, hvorav lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) er mest sentral.¹² Arbeidstakere som omfattes av lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven) og embetsmenn er unntatt arbeidsmiljølovens bestemmelser om midlertidig ansettelse, fortrinnsrett, oppsigelse og avskjed, jf. arbeidsmiljøloven § 1-2 tredje ledd.

I arbeidsretten er det dobbeltsporet domstolsystem. Domstolen Arbeidsretten er en særdomstol med positivt avgrenset domsmyndighet. Arbeidsretten har kompetanse til å avgjøre tvister om tariffavtalers gyldighet, forståelse og krav som grunner på tariffavtaler jf. lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) § 33 første ledd. Alminnelige domstoler tar stilling til «rettskrav», jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3. Det vil typisk være individuelle arbeidsavtaler og forståelse av lovverket.¹³ Problemstillingen knytter seg til det individuelle arbeidsforholdet og rettspraksis fra alminnelige domstoler er mest sentral. Arbeidsretten har imidlertid avgjort spørsmål etter tariffavtaler som kan være egnet til å belyse spørsmål i oppgaven.¹⁴

Det er ingen høyesterettsdommer som regulerer hovedproblemstillingen direkte. Oppgavens delproblemstillinger er i ulik grad behandlet av domstolene, og det er aktuelt å se hen til underrettsdommer. Vekten av underrettspraksis er begrenset da Høyesterett er siste instans og

¹⁰ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 21. Lilleholt (2014) s. 430.

¹¹ Hirst og Lønneid (2018) s. 15.

¹² Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 43.

¹³ Hirst og Lønneid (2018) s. 295.

¹⁴ Se 3.1.2 og 3.1.3.

ikke må ta hensyn til praksis ved underordnede domstoler.¹⁵ På områder hvor det er svært lite eller ingen Høyesterettspraksis kan underrettspraksis benyttes som rettslitteratur.¹⁶

Forarbeider er uttrykk for lovgivers mening og skal tillegges vekt.¹⁷ Det er særlig to forarbeider som er aktuelle og som presenteres kort i det følgende.

I NOU 2016: 13 utredet Samvittighetsutvalget forhold rundt arbeidstakers samvittighetsfrihet ved utførelsen av arbeidsoppgaver. Utvalget foretok en gjennomgang av samvittighetsbegrepet, samvittighetsfrihetens betydning i demokrati, lovverk og internasjonale konvensjoner og drøftet eksempler i norsk arbeidsliv. Utvalget redegjorde for hva som er gjeldende rett for å nekte å utføre arbeidsoppgaver på grunn av samvittighet for ulike arbeidsoppgaver. Det ble også vurdert når arbeidstakere bør få reservasjon fra arbeidsoppgaver og oppstilt kriterier for vurderingen. Utvalgets anbefaling er at samvittighetskonflikter kun i særlige tilfeller bør gis spesiell lovgivning.¹⁸

Kriteriene som angis er skjønnsmessige og vanskelige å overprøve i praksis. Utredningen ble heller ikke fulgt opp med lovvedtak av Stortinget. Ut fra demokratihensyn er det grunn til å legge mindre vekt på utredningen enn utredninger som er fulgt opp med lovendringer.¹⁹ Utredningen utgjør likevel en sentral rettskilde på et relativt tomt rettsområde, men vekten er begrenset.

En underproblemstilling er arbeidstakers rett til yringsfrihet. I NOU 1999: 27 foretok Ytringsfrihetskommisjonen en grunnleggende vurdering av yringsfrihetens stilling i samfunnet og fremla forslag til ny grunnlovsbestemmelse. Departementet fulgte opp i St.meld. nr. 26 (2003-2004). Kommisjonen uttrykte ønske om videre lovgivningsarbeid for ansattes yringsfrihet som ga utslag i arbeidsmiljølovens regler om varsling. Disse forarbeidene er relevante for å klarlegge rammene for arbeidstakers yringsfrihet etter lov 17. mai 1814 nr. 00 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 100 og Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 10.

¹⁵ Nygaard (2017) s. 210-211.

¹⁶ Ibid. s. 210.

¹⁷ Tande (2011) s. 25.

¹⁸ NOU 2016: 13 s. 142.

¹⁹ Boe (2012) s. 137.

For å vurdere arbeidstakers samvittighetsfrihet og yringsfrihet i arbeidslivet er det flere internasjonale konvensjoner som er relevante, særlig EMK og FN-konvensjonen om styrking av sivile og politiske rettigheter (FN-SP). Både EMK og FN-SP er inkorporert i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven) § 2. For å fastlegge innholdet i EMK skal Høyesterett anvende samme metode som den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD).²⁰ Det er et overordnet mål at norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvarer med gjeldende internasjonal tolkningspraksis.²¹

For delproblemstillinger hvor det finnes lite rettspraksis, vil juridisk teori være en viktig rettskilde. Rettsoppfatninger som bygger på grundig argumentasjon anses som en legitim rettskilde.²² Entydig teori vil kunne få sentral betydning.²³ Det kan begrunnes i hensynet til forutberegnelighet. Rt. 2006 s. 333 illustrerer at juridisk teori har betydning da Høyesterett vektlegger at en tidligere dom har vært «sterk kritisert i juridisk teori».²⁴

1.4 Fremstillingen videre

Problemstillingen forutsetter at det foreligger et arbeidsforhold. Det vil først redegjøres for sentrale begreper (kapittel 2), herunder arbeidsforhold, arbeidsgiver, arbeidstaker, virksomhet, styringsrett og lojalitetsplikt. Arbeidsforholdet danner grunnlaget for arbeidsgivers styringsrett og lojalitetsplikt. Det vil vurderes om styringsretten omfatter instruksjon av lovanvendelse. Videre drøftes forholdet mellom arbeidstakers yringsfrihet og lojalitetsplikt, og retten til å varsle (kapittel 3). Deretter behandles arbeidstakers rett til å nekte å utføre arbeidsoppgaver basert på faglige vurderinger de lege lata (kapittel 4) og videre om arbeidstaker bør ha rett til å nekte å utføre arbeidsoppgaver basert på faglige vurderinger, de lege ferenda (kapittel 5). Til sist er det avsluttende bemerkninger (kapittel 6).

²⁰ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

²¹ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) s. 6.

²² Monsen (2014) s. 41.

²³ Nygaard (2017) s. 219.

²⁴ Rt. 2006 s. 333 avsnitt 57.

2 Arbeidsforholdet som ramme

2.1 Sentrale begrep

2.1.1 Arbeidsforhold

Et arbeidsforhold kan defineres som en kontrakt der en part (arbeidstaker) stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon for en annen part (arbeidsgiver).²⁵ I arbeidsavtaler utøves arbeidskraft mot vederlag. Et grunnleggende prinsipp i arbeidsretten er «labour is not a commodity» som innebærer at arbeidskraft ikke skal betraktes som en vare.²⁶ Arbeidskraft kan ikke skilles fra besitteren og arbeidsavtalen gir arbeidsgiver rett til å råde over arbeidstakers person.²⁷ Arbeidsretten bygger derfor primært på arbeidstakers behov for vern.²⁸

Arbeid er nødvendig for å tjene til livets opphold og har selvstendig verdi for mennesker. I Grunnlovens kapittel om menneskerettigheter står det i § 110 at statens myndigheter skal «tilrettelegge for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring». Bestemmelsen innebærer ikke ubetinget rett til sysselsetting, men uttrykker at arbeid er viktig for menneskeverdet.²⁹ Kommunal- og arbeidsdepartementet fremhever arbeidsforholdets sentrale betydning gjennom uttalelsen:

«Ved siden av familien eller husholdet er arbeidsplassen det viktigste handlingsfeltet for moderne mennesker (...). Det ligger ingen overdrivelse i å si at arbeid skaper mennesker. Arbeidet har både verdi som mål og middel.»³⁰

Arbeidsgiver har rett til å bestemme hvem som skal ansettes.³¹ Det gir arbeidsgiver en sterk forhandlingsposisjon. Arbeidsrettslovgivningen skal utjevne maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Et av arbeidsmiljølovens formål er å sikre et arbeidsmiljø som

²⁵ Lilleholt (2014) s. 422.

²⁶ Philadelphia-erklæringen (1944). Inntatt som vedlegg til ILO-konvensjonen.

²⁷ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 37.

²⁸ Ibid s. 36.

²⁹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 231.

³⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 33.

³¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s.115.

grunnlag for en helsefremmede og meningsfylt arbeidssituasjon og sikre trygge ansettelsesforhold, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1. For at vernet av arbeidstaker skal være effektivt, er loven gjort ufravikelig til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9.

2.1.2 Arbeidstaker

Arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse når virksomhet sysselsetter «arbeidstaker», jf. arbeidsmiljøloven § 1-2. Paragraf 1-8 slår fast at arbeidstaker er «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste». Ordlyden indikerer et avhengighetsforhold mellom partene. Forarbeidene og rettspraksis har oppstilt sentrale momenter for å vurdere hvorvidt vedkommende anses som arbeidstaker.³² Det må foretas en konkret helhetsvurdering av om det foreligger et slikt avhengighetsforhold at vernelovgivningen bør komme til anvendelse.³³ Vesentlige momenter er hvorvidt arbeidstaker har personlig arbeidsplikt og om arbeidsgiver har styringsrett.³⁴

Jurister som utøver offentlig myndighet på vegne av organ har personlig arbeidsplikt og underlagt arbeidsgivers styringsrett, og anses som «arbeidstakere», jf. arbeidsmiljøloven § 1-8.

2.1.3 Virksomhet

Arbeidsmiljøloven gjelder for «virksomhet» som sysselsetter en eller flere arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven § 1-2. Ordlyden tilsier juridisk enhet. Av forarbeidene til arbeidervernloven av 1936 kan det utledes tre minimumskrav for at nedre grensen for «virksomhet» er oppfylt.³⁵ Det kreves at aktiviteten ikke er ubetydelig, aktiviteten har viss varighet og fast organisasjon.³⁶ Arbeidsmiljøloven skulle ikke innebære realitetsendring fra arbeidervernloven og forarbeidene er relevante.³⁷ Utgangspunktet er at «virksomhet» omfatter rettssubjektet som er arbeidsgiver. Det kreves særlig grunnlag for snevrere forståelse.³⁸

³² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 73. HR-2016-1366-A.

³³ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 50.

³⁴ Se HR-2016-1366-A avsnitt 63.

³⁵ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 7-8.

³⁶ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 56.

³⁷ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101.

³⁸ NOU 2004: 5 s. 149.

Organ som utøver offentlig myndighet vil ha betydelig aktivitet av viss varighet og fast organisasjon, og utgjør en «virksomhet» i arbeidsmiljølovens forstand. Nav utgjør en «virksomhet», jf. arbeidsmiljøloven § 1-2.

2.1.4 Arbeidsgiver

Arbeidsgiver er arbeidsforholdets sentrale pliktsubjekt og skal sørge for at arbeidsmiljøloven overholdes, jf. arbeidsmiljøloven § 2-1. Etter arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd skal arbeidsgiver forstås som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Ordlyden indikerer ansettelsesforhold mellom partene. Arbeidsgiverbegrepets kjerneinnhold er å være arbeidsavtalens sterke part og arbeidsgiver plikter å verne den svake arbeidstakeren.³⁹

For jurister som utøver offentlig myndighet, vil arbeidsgiver som hovedregel være organ for stat eller kommune.⁴⁰ Nav er et rettssubjekt som eies av både stat og kommuner. Det betyr at internt på et Nav-kontor kan arbeidstakere ha ulike arbeidsgiver, herunder staten eller den aktuelle kommunen. Uavhengig av dette, vil stat og kommune anses som «arbeidsgiver» etter arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd.

2.2 Arbeidsgivers styringsrett

2.2.1 Hjemmel og begrunnelse

Styringsretten gir arbeidsgiver ensidig rett til å treffe beslutninger som direkte eller indirekte har virkning for det individuelle arbeidsforholdet, herunder pålegge arbeidstaker å utføre bestemte arbeidsoppgaver.⁴¹ Historisk har styringsretten sin bakgrunn i arbeidsgivers eierskap til produksjonsmidlene.⁴² Styringsretten kan også begrunnes i samfunnsutvikling og at arbeidsforhold som hovedregel inngås på ubestemt tid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9. I løpet av arbeidsforholdet kan samfunnsutviklingen medføre behov for endringer for å sikre forsvarlig drift. Styringsretten er en naturlig følge av over- og underordningsforholdet som arbeidsavtalen etablerer.⁴³

³⁹ Hotvedt (2016) s. 272.

⁴⁰ NOU 2019: 5 s. 165.

⁴¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s.96.

⁴² Hirst og Lønneid (2018) s. 25.

⁴³ I.c.

Arbeidsgivers styringsrett er ikke lovregulert, men er anerkjent i både rettspraksis og tariffavtalepraksis.⁴⁴ Arbeidsgiver plikter å sørge for at krav overholdes og at virksomheten og arbeidstakers arbeid er innrettet og ordnet på en måte som sikrer forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-1 og 2-2. Et slikt ansvar forutsetter at arbeidsgiver kan styre arbeidet. Statsansatteloven § 16 fastslår at alle statsansatte har «plikt til å finne seg i omorganiseringer og endringer i arbeidsoppgaver og ansvar». Bestemmelsen kodifiserer og danner et lovbestemt utgangspunkt for arbeidsgivers styringsrett.⁴⁵

Høyesterett har i flere avgjørelser bekreftet arbeidsgivers styringsrett. I Nøkk-dommen, Rt. 2000 s. 1602, var spørsmålet om kommune med hjemmel i styringsretten kunne treffe vedtak med virkning for to maskinister på kommunens brannbåt B/S Nøkk. Brannbåten skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Høyesterett uttalte:

«Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått».⁴⁶

For at arbeidsgiver skal kunne instruere juristers lovanvendelse, kreves det at beslutningen faller innenfor styringsretten. Styringsretten er imidlertid begrenset. Begrensninger kan følge av lov, tariffavtale, arbeidsavtale og et allment saklighetskrav.⁴⁷

2.2.2 Begrensninger i styringsretten

(1) Arbeidsavtale og tariffavtale

Styringsretten begrenses av arbeidsavtalen. Arbeidsmiljøloven §§ 14-5 og 14-6 stiller krav om skriftlig arbeidsavtale og avtalens innhold. Arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om forhold av «vesentlig betydning» i arbeidsforholdet. Ordlyden forstås som essensielle og viktige forhold. I bestemmelsen er det inntatt en ikke-uttømmende oppregning av forhold som har vesentlig betydning.⁴⁸

⁴⁴ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018). s. 96. Styringsretten er uttrykkelig formulert i den første Verkstedoverenskomsten av 15. april 1907.

⁴⁵ Prop. 94 L (2016-2017) s. 209. Statens personalhåndbok (2020) punkt 2.4.2.

⁴⁶ Rt. 2000 s. 1602 s. 1609.

⁴⁷ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 100.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330.

Hva som følger av arbeidsavtalen beror på tolkning og utfylling av arbeidsavtalen etter alminnelig avtalerettslige tolkningsprinsipper. I Nøkk-dommen uttalte Høyesterett at ved tolkning og utfylling av arbeidsavtalen skal det blant annet legges vekt på «stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen».⁴⁹

Theatercafé-dommen, Rt. 2008 s. 865, illustrerer hvordan Høyesterett anvender tolkningsmomentet oppstilt i Nøkk-dommen. Spørsmålet var om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne pålegge servitørene å dele tips med andre som arbeidet i restauranten. Arbeidsavtalene regulerte ikke retten til tips. Høyesterett foretok en konkret vurdering og la vekt på historisk bakgrunn, langvarig praksis og utvikling i restaurantbransjen. Det ble konkludert at styringsretten ikke ble begrenset av arbeidsavtalen. Arbeidsgiver hadde adgang til å beslutte tipsdeling.

Spiralnekt-dommen, HR-2018-1958-A, viser hvordan omstendigheter rundt ansettelsen har betydning. En fastlege var oppsagt fra sin stilling på grunnlag av at hun nektet å sette inn spiral som prevensjonsmiddel av samvittighetsgrunner. Høyesterett vurderte om arbeidsavtalen regulerte spørsmålet. I ansettelsesprosessen hadde fastlegen informert om samvittighetsforbeholdet uten at kommunen hadde reagert. Arbeidsavtalen ble ansett for å omfatte aksept av samvittighetsforbeholdet, og Høyesterett konkluderte at kommunen ikke hadde rett til å pålegge fastlegen å utføre arbeidsoppgaven.

Begrensninger kan også følge av tariffavtale dersom arbeidsgiver er bundet av en tariffavtale.⁵⁰ Hva som følger av tariffavtalen beror også på tolkning og utfylling etter alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. Tariffavtalers særpreget får betydning for avtaletolkningen.⁵¹ Av plasshensyn drøftes ikke det nærmere.

⁴⁹ Rt. 2000 s. 1602 s. 1609.

⁵⁰ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 100.

⁵¹ For hovedpunkter i tolkningslæren se Sundet, Tron Løkken, *Tariffavtalen – utvalgte emner*, Fagbokforlaget 2014.

(2) Lovgivning

Arbeidsgiver kan ikke pålegge arbeidsoppgaver som er i strid med lov. Lovgivning som kan utgjøre grunnlag for å nekte å utføre arbeidsoppgaver er arbeidsmiljøloven, FN-SP, EMK og Grunnloven.

(3) Ulovfestet saklighetskrav

Det følger av langvarig norsk rettspraksis at arbeidsgivers beslutninger om endringer i virksomheten må være basert på saklige hensyn.⁵² Det ble presisert i Kårstø-dommen, Rt. 2001 s. 418. Spørsmålet for Høyesterett var om arbeidsgiver hadde rett til å fastsette fremmøtested for arbeidstaker i kraft av styringsretten. Verken de individuelle arbeidsavtalene eller praksis ved anlegget ga veiledning. Høyesterett uttalte:

«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».⁵³

Arbeidsgivers beslutninger og saksbehandling må være saklig. Det er uklart hvorvidt saklighetskravet åpner for en rimelighetsvurdering.⁵⁴ Det sentrale er at arbeidsgiver ikke utøver styringsretten vilkårlig.

2.2.3 Kan arbeidsgiver instruere arbeidstakers lovanvendelse ved faglig uenighet?

Et interessant spørsmål er om styringsretten begrenses av profesjonsutøvelse. Utgangspunktet må være at styringsretten gir arbeidsgiver rett til å gi instruks om lovanvendelse, i hvert fall hvor denne ikke er åpenbart feilaktig.⁵⁵

Arbeidsmiljøloven § 4-3 slår fast at arbeidet skal tilrettelegges slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas. Loven skal gi grunnlag for at arbeidstaker selv kan ivareta og utvikle

⁵² Fougner (2007) s. 167.

⁵³ Rt. 2001 s. 418 s. 427.

⁵⁴ NOU 2016: 13 s. 47.

⁵⁵ Graver (2015) s. 158.

sitt arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 1 bokstav e. Ansattes deltakelse og kompetanse er viktig for arbeidsgiver da det er avgjørende for virksomhetens produktivitet.⁵⁶ Bruk av kompetanse er egnet til å gi arbeidstaker en meningsfylt arbeidssituasjon, jf. arbeidsmiljøloven § 1 bokstav a. Det kan hevdes at loven gir uttrykk for et visst faglig selvstyre.

Jurister er gjerne ansatt og tildelt arbeidsoppgaver på grunnlag av sin profesjonsutdannelse. Garbo og Raugland uttaler at profesjonene «får ansvar for å utføre tjenester på vegne av storsamfunnet fordi de har kompetanse som gjør dem i stand til det».⁵⁷ Som eksempel på at læreres profesjonsutøvelse ikke bør styres, viser de til Sandefjordsaken hvor to lærere nektet å bruke et evalueringsskjema da de mente at skjemaet ikke hadde tilstrekkelig nytteverdi for elevene.⁵⁸

Samvittighetsutvalget viser også til Sandefjordsaken. Utvalget uttaler at arbeidsgiver var i sin «fulle rett til å pålegge arbeidstakerne å bruke dette redskapet».⁵⁹ Uttalelsen nyanseres da utvalget mener det var gode faglige grunner for nektelse. Samvittighetsutvalgets konklusjon er at den aktuelle uenigheten bør løses fagpolitisk og ikke gjennom arbeidsnekt.⁶⁰ Det kan tilsi at utvalget tar til orde for at profesjonsutøvelse kan instrueres.

En slik forståelse underbygges av at domstolskontrollen trolig er begrenset.⁶¹ Domstolene vurderer om arbeidsgivers beslutning er innenfor styringsrettens rekkevidde og om styringsretten er misbrukt. Det blir ikke foretatt en vurdering av om beslutningen er hensiktsmessig eller rimelig.⁶² Arbeidsgivers skjønn prøves ikke. Det indikerer at arbeidsgiver har faglig skjønn innenfor rekkevidden av styringsretten, og at arbeidstakers profesjonsutøvelse kan instrueres.

Jurister utøver offentlig myndighet på vegne av et organ og oppfattes som representant for organet. Den offentlige forvaltning forutsetter at arbeidstakere utøver beslutningsmyndighet i

⁵⁶ NOU 2010: 1 s. 102.

⁵⁷ Garbo og Raugland (2015) s. 39.

⁵⁸ Ibid. s. 53.

⁵⁹ NOU 2016: 13 s. 109.

⁶⁰ I.c.

⁶¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 107.

⁶² Eksempler Rt. 1977 s. 902, Rt. 2008 s. 135 og Rt. 1982 s. 1729.

overensstemmelse med signaler gitt ovenfra i systemet.⁶³ Instruksjonsretten skal ivareta hensynet til det demokratiske systems legitimitet og funksjon. Forvaltningen skal sikre borgernes rettssikkerhet gjennom forutberegnelighet og likhet ved å være produsent av samfunnsmessige fellestjenester og iverksette overordnede politiske mål.⁶⁴ En konsekvens av at styringsretten begrenses av profesjonsutøvelse vil være at lovanvendelsen blir avhengig av saksbehandler. Det kan medføre vilkårlighet, redusere likebehandling og forutberegnelighet, og skape uklare ansvarsforhold når arbeidstaker utøver skjønn på vegne av arbeidsgiver.

Til sammenligning har forvaltningen en annen funksjon enn domstolene. Domstolene er uavhengige, jf. Grunnloven § 95 og kan ikke instrueres, men foretar selvstendig vurdering av lovanvendelsen ex officio, av eget tiltak, jf. tvisteloven § 11-3. Forvaltningens funksjon trekker sterkt i retning av at arbeidsgiver kan instruere juristers lovanvendelse.

For at forvaltningen skal tjene sin funksjon er tillit avgjørende. Kommunal- og moderniseringsdepartementet uttaler at «[t]illit er en driver for effektiv forvaltning og økonomisk utvikling og ett mål på hvordan offentlig sektor lykkes».⁶⁵ Forvaltningsloven stiller derfor strenge krav til objektivitet, habilitet, uavhengighet og integritet. Eksempelvis er offentlige tjenestemenn inhabile når det foreligger forhold som er «egnet til å svekke tilliten» til hans upartiskhet, jf. forvaltningsloven § 6. Ordlyden tilsier at det er tilstrekkelig at forholdet har potensiale til å gjøre det. Høyesterett har uttalt at reglene skal «sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og beskytte beslutningstakerne mot at det sår tvil om deres troverdighet».⁶⁶ For å opprettholde tilliten er det viktig at forvaltningen tilstreber likebehandling.⁶⁷ Likebehandling sikres ved at arbeidsgiver har kompetanse til å instruere juristers lovanvendelse.

Verken lov, forarbeider eller Høyesterett har tatt stilling til forholdet mellom styringsrett og profesjonsutøvelse, og det er uenighet i juridisk teori. På bakgrunn av at offentlige organer skal opptre nøytralt og behandle innbyggere likt, er det imidlertid grunn til å hevde at styringsretten omfatter rett til å gi instruksjoner om lovanvendelse ved uenighet.

⁶³ Bernt og Rasmussen (2010) s. 86.

⁶⁴ Ibid. s. 56. Graver (2015) s. 47 og 158.

⁶⁵ <https://www.regjeringen.no/no/tema/statlig-forvaltning/forvaltningsutvikling/apenhet-og-tillit/id2612413/>

⁶⁶ Rt. 1996 s. 64.

⁶⁷ Etske retningslinjer for statsansatte punkt 1.1.

En konsekvens av styringsretten er at arbeidstaker har lydighetsplikt. Det innebærer at arbeidstaker må respektere arbeidsgivers instruksjoner og beskjeder.⁶⁸ Lydighetsplikten er imidlertid begrenset ved at arbeidstaker ikke har plikt til å gjøre noe ulovlig eller utsette liv og helse for større fare enn arbeidet vanligvis innebærer.⁶⁹ Et interessant spørsmål er om lydighetsplikten begrenser styringsretten dersom instruert lovanvendelse får store konsekvenser for tredjepart.

LG-1998-844 (Gulating) kan benyttes som illustrasjon. Saken gjaldt en vernepleier som nektet å utføre angitt tvangsbehandling av autistisk kvinne. Vernepleieren utøvet faglig skjønn i forbindelse med tiltak som var svært inngripende overfor pasienten. Lagmannsretten anså tiltakene ulovlig og konkluderte at lydighetsplikten ikke gjaldt. Det kan tilsi at dersom tiltakene var lovlig, ville arbeidsgivers instruks vært innenfor styringsretten og lydighetsplikten. Dommen kan indikere at risikoer for hvorvidt arbeidsgivers instruks er lovlig eller ikke, herunder om lydighetsplikten gjelder eller ikke, påhviler arbeidstakerne. Det kan tilsi at lydighetsplikten begrenser retten til å instruere arbeidstakers lovanvendelse dersom lovanvendelsen anses uriktig i etterkant.

I Nav-saken er et mulig utfall at vedtak er blitt fattet basert på uriktig lovanvendelse. Vedtakene var inngripende overfor trygdemottakere da de ble fratatt retten til å bevege seg fritt og enkelte ble anmeldt og dømt for trygdesvindler. Basert på drøftelsen er det ikke klart at Nav har kompetanse til å instruere arbeidstakers lovanvendelse i en slik situasjon.

2.3 Arbeidstakers lojalitetsplikt

2.3.1 Hjemmel og begrunnelse

I ethvert kontraktsforhold gjelder en alminnelig lojalitetsplikt som innebærer at partene plikter å opptre lojalt i forhold til hverandre. Arbeidstakers lojalitetsplikt er ikke lovfestet, men følger av både arbeidsforholdet og rettspraksis. Høyesterett har uttalt at det gjelder en «alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold».⁷⁰ Lojalitetsplikten er mer omfattende i ansettelsesforhold. Det kan begrunnes i arbeidsavtalens særegne karakter da den

⁶⁸ Lilleholt (2014) s. 441.

⁶⁹ I.c. Se ARD 1961 s. 90 og Rt. 1989 s. 329.

⁷⁰ Rt. 1990 s. 607.

er inngått på ubestemt tid, dynamisk og består av et gjensidig avhengighetsforhold.

Arbeidstaker er representant for arbeidsgiver og det er viktig at det er tillit mellom partene for at arbeidsforholdet skal fungere optimalt. Brudd på lojalitetsplikten kan gi grunnlag for arbeidsrettslige sanksjoner, eksempelvis oppsigelse eller avskjed.

For arbeidstakere som utøver offentlig myndighet kan lojalitetsplikten også begrunnes i hensynet til det demokratiske systems funksjon og legitimitet.⁷¹ Offentlige myndigheter har særlig behov for å fremstå samlet. I offentlige organer og etater kan politiske skifter få innvirkning på arbeidsoppgaver. Det er viktig at allmennheten har tillit til at arbeidstakere utfører arbeidsoppgaver uavhengig av politisk ståsted.

2.3.2 Innholdet i lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten har både positiv og negativ side. Den positive lojalitetsplikten innebærer at arbeidstaker skal foreta handlinger som ivaretar arbeidsgivers interesser. Den negative lojalitetsplikten innebærer at arbeidstaker skal avstå fra handlinger som er egnet til å skade arbeidsgivers interesser. Det medfører at lojalitetsplikten også kan begrense arbeidstakers handlinger, uttalelser og verv på fritiden. Kristen Andersen har skrevet følgende om lojalitets- og troskapsplikten:

«Troskapsplikten (...) er intet mindre enn arbeidstakerens faglige holdning på det etiske plan, hans lojale oppslutning om arbeidsgiverens interesser, og hans avståen fra enhver utilbørlig tilsidesettelse eller undergraving av disse interesser til fordel for egne eller andres.»⁷²

Det er ikke grunn til å tro at lojalitets- og troskapsplikten har ulikt innhold.⁷³

Graden av lojalitetsplikt vil variere etter arbeidstakers stilling og behovet for tillit. I Rt. 1997 s. 1128 behandlet Høyesterett gyldigheten av en avskjedigelse av administrerende direktør grunnet dårlig håndtering av økonomiske problemer. Det ble uttalt at:

⁷¹ NOU 1999: 27 s. 129.

⁷² Andersen, (1967) s. 136. St.meld nr. 26 (2003-2004) s. 103.

⁷³ Elvestad (2011) s. 131.

“(…) [D]et må stilles særlige krav til en leder. Det samme forhold vil altså lettere kunne anses som «grovt pliktbrudd» eller «vesentlig mislighold» når arbeidstakeren har en ledende stilling enn når det gjelder en underordnet, jf. blant annet Rt. 1993 s. 300. Dette har sammenheng både med det særlige behovet for tillit til en leder, og med den signaleffekt en leders handlemåte har overfor andre ansatte.”⁷⁴

Lojalitetspliktens rekkevidde må vurderes konkret. Et sentralt spørsmål er i hvilken grad arbeidstaker kan gi uttrykk for meninger som er i strid med arbeidsgivers interesser. I det følgende drøftes arbeidstakers yringsfrihet og rett til å varsle.

⁷⁴ Rt. 1997 s. 1128 s. 1133.

3 Arbeidstakers ytringsfrihet og rett til å varsle

3.1 Arbeidstakers ytringsfrihet

3.1.1 Hjemmel og begrunnelse

Det følger av Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og FN-SP artikkel 19 at «enhver» har ytringsfrihet. EMK og FN-SP gjelder som norsk rett og praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) og FNs Human Rights Committee er relevant ved tolkning av norske regler, jf. menneskerettsloven § 2.

Ordlyden «enhver» omfatter arbeidstakere. Ytringsfrihet er retten til å ytre seg fritt og er nødvendig for å opprettholde et fungerende demokrati.⁷⁵ Retten bidrar til at sannhet oppnås gjennom meningsutveksling og til at mennesker utvikler seg.⁷⁶ Utgangspunktet etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 er at alle ytringer er vernet, herunder ytringer om faglig uenighet. Ytringsfriheten er imidlertid ikke absolutt og det kan gjøres inngrep på bestemte vilkår. Det interessante spørsmålet er når det er berettiget å gjøre inngrep i arbeidstakers ytringsfrihet.

3.1.2 Inngrep i ytringsfriheten

Etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 kan det gjøres inngrep i ytringsfriheten dersom inngrepet er lovhjemlet, formålsbestemt og forholdsmessig.⁷⁷ Basert på ytringsfrihetens grunnleggende betydning er inngrepsterskelen høy. EMD har uttalt:

“Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. (...) Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. This means (...) that every “formality”, “condition”,

⁷⁵ St.meld. nr. 26 s. 19.

⁷⁶ NOU 1999: 27 s. 25.

⁷⁷ Aall (2015a) s. 278.

“restriction” or “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.”⁷⁸

Lovskravet innebærer at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal rett.⁷⁹ Av hensyn til forutberegnelighet må rettsgrunnlaget være tilgjengelig og tilstrekkelig presist.⁸⁰ Lojalitetsplikten kan utgjøre rettsgrunnlag for inngrep.⁸¹ Grensedragningen mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt er ikke lovfestet og det finnes relativt lite rettspraksis.⁸² Ytringsfrihet er en menneskerettighet, mens lojalitetsplikten er et ulovfestet prinsipp. Det er inngrep i ytringsfriheten som må begrunnes.

Departementet tar til orde for at arbeidstaker kan være berettiget til å fremme andre interesser enn arbeidsgivers dersom arbeidstakers interesser er tilstrekkelig tungtveiende eller vesentlige samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende.⁸³ Det må foretas en konkret vurdering og forarbeidene angir momenter som kan vektlegges, herunder ytringens innhold, ytringens form, identifikasjonsfaren, den ansattes funksjon, valg av mottakerkrets for ytringen, bruk av interne kanaler og formålet med ytringen.⁸⁴

AR-2019-28 er egnet til å illustrere grensedragningen. Spørsmålet var om advarsel tildelt tillitsvalgt var tariffstridig etter § 5-10 i Hovedavtalen mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Yrkesorganisasjonens Sentralforbund. Det var publisert et debattinnlegg i Stavanger Aftenblad med kritikk av partssamarbeidet og betydningen for sikkerheten på norsk sokkel. Advarselen lovlighet berodde på avveining av ytringsfriheten og lojalitetsplikten. Arbeidsretten foretok en konkret vurdering av ytringen og konkluderte at den var vernet av ytringsfriheten. Avgjørelsen bekrefter utgangspunktet og terskelen som departementet legger til grunn. Det er bare ytringer som «påviselig unødige skader arbeidsgiveren, som arbeidsgiver, kan anses som illojale».⁸⁵

⁷⁸ Handyside mot Storbritannia avsnitt 49.

⁷⁹ Aall (2015a) s. 199.

⁸⁰ Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 49.

⁸¹ St.meld. nr. 26 s. 100 og 108. Guja mot Moldova avsnitt 70.

⁸² St.meld nr. 26 s. 102.

⁸³ Ibid. s. 103.

⁸⁴ Ibid. s. 103-105.

⁸⁵ Ibid. s. 100.

Avgjørelsen stadfester terskel i dom avsagt av Hålogaland lagmannsrett, LH-2011-81291. Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelse. Revisor i interkommunalt kommunerevisjonsselskap ble oppsagt grunnet illojale ytringer. Ytringene var basert på hans faglige kunnskap og oppdragets innhold og art og fremsatt som faglig kritikk. Lagmannsretten konkluderte at ytringene var vernet av ytringsfriheten og uttalte at det generelt sett skal mer til før «meningsytringer og vurderinger anses illojale, i alle fall så lenge ytringen er fremmet i en tilbørlig form».

Et interessant spørsmål er om terskelen er lavere for arbeidstakere som utøver offentlig myndighet av hensyn til demokratisk legitimitet og samfunnets funksjon. Spørsmålet ble drøftet av departementet i forbindelse med Grunnloven § 100 og har vært diskutert i juridisk teori.⁸⁶

3.1.3 Ytringsfrihet for arbeidstakere som utøver offentlig myndighet

I 2000 vedtok Europarådet en anbefaling om retningslinjer for offentlig ansatte.⁸⁷ Etter artikkel 16 bør offentlig ansatte utvise aktsomhet slik at politiske aktiviteter eller deltakelse i offentlig debatt ikke svekker allmennhetenes og arbeidsgivernes tillit til at arbeidstakeren vil utføre sitt arbeid upartisk og lojalt. Hensynet til tillit er viktig i norsk rett. Det kommer blant annet til uttrykk i forvaltningslovens regler om habilitet og innsyn.⁸⁸

Det kan skilles mellom offentlige ansatte som arbeider i en form for politisk sekretariat og ansatte som har rent faglige oppgaver.⁸⁹ Jo større tilknytning til politisk ledelse, desto større grad av forsiktighet kreves. Grunnloven § 62 slår fast at tjenestemenn som er ansatt ved statsrådets kontor, statssekretærer og politiske rådgivere ikke kan velges til representanter. Befolkningen må ha tillit til at arbeidstakere utfører arbeidsoppgavene som pålegges dem lojalt.

Departementet fremla anbefaling om at offentlige ansatte skal ha «stor ytringsfrihet når ytringen gir kunnskap til allmennheten om et spørsmål som det er naturlig at allmennheten tar

⁸⁶ St.meld. nr. 26 s. 100. Eckhoff og Smith (2014) s. 131-136.

⁸⁷ Recommendation (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Codes of Conduct for Public Officials.

⁸⁸ Se punkt 2.2.1.

⁸⁹ St.meld.nr. 26 s. 100.

stilling til, og denne kunnskapen ikke fremkommer på annen måte».⁹⁰ Åpenhet og kritikk utgjør grunnlaget for debatt og er nødvendig for demokratiet, jf. demokratiprinsippet.⁹¹ I Rt. 2011 s. 1011 behandlet Høyesteretts ankeutvalg avskjedigelse av universitetsprofessor på grunnlag av krenkende uttalelser. Anken ble ikke fremmet og professoren ble avskjediget, men ankeutvalget uttalte likevel at «ytringsfriheten (...) gir svært vide rammer for hva en vitenskapelig ansatt kan si om faglige og administrative spørsmål, selv om dette innebærer å tale ledelsen eller andre midt i mot».⁹² Uttalelsen trekker i retning av at terskelen for å begrense offentlige arbeidstakeres ytringsfrihet er høy.

Det underbygges av Arbeidsrettens uttalelse i sak om tillitsvalgts kritikk i Stavanger Aftenblad:

«Arbeidstakere har i utgangspunktet samme ytringsfrihetsvern som alle andre borgere. Hensynet til en opplyst offentlig samtale tilsier at de som gjennom sitt arbeidsforhold har konkret innsikt i aktuelle saker, deltar i samfunnsdebatter».⁹³

Arbeidstakere som utøver offentlig myndighet har ofte kunnskap som ikke fremkommer på annen måte og som kan utdype den offentlige debatten.⁹⁴ Faglig kunnskap kan føre til bedre forståelse av virkeligheten og resultatet blir bedre om mange mennesker gir innspill til demokratiet. Videre kan flere synspunkter gi større tillit til rådene som kommer. Begrensning vil medføre at et stort antall arbeidstakere ikke kan delta i den offentlige debatten, og det vil innebære begrensning i borgernes ytringsfrihet.⁹⁵

Det kan hevdes at allmennhetens tillit til offentlige myndigheter svekkes dersom indre faglig uenighet avdekkes. Eckhoff tar imidlertid til orde for at den faren ikke er stor og viser til at tilliten til Stortinget og Høyesterett ikke svekkes av meningsforskjeller eller dissenser.⁹⁶

Hensynet til god og opplyst samfunnsdebatt tilsier at arbeidstakere som utøver faglig offentlig myndighet ikke skal tåle ytterligere begrensninger i ytringsfriheten. Hvorvidt lojalitetsplikten

⁹⁰ Ibid. s. 110.

⁹¹ NOU 1999: 27 s. 22.

⁹² Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

⁹³ AR-2019-28.

⁹⁴ Jakhelln (2004) s. 61.

⁹⁵ I.c.

⁹⁶ Eckhoff (1975) s. 108.

begrenser arbeidstakers ytringsfrihet beror på konkret vurdering av hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver, samt hvilken verdi ytringen vil ha for den offentlige debatt og allmennhetens interesse.⁹⁷

3.1.4 Hadde Nav-jurister rett til å ytre seg om faglig uenighet?

I Nav-saken var det intern faglig uenighet om lovanvendelsen. Nav foretar utdeling av samfunnets felles goder. Trygd er et samfunnsområde med stor allmenn interesse som det er naturlig at allmennheten tar stilling til.⁹⁸ Hensynet til offentlig debatt gjelder særlig for arbeidstakere i sektorer av «stor samfunnsmessig betydning».⁹⁹ Kunnskap om intern faglig uenighet kan vanskelig fremkomme på annen måte enn at ansatte sier ifra og juristenes kompetanse kan bidra til opplyst debatt.

Et motargument er at tilliten til Nav kan svekkes dersom intern uenighet blir offentliggjort, særlig dersom uenigheten medfører store konsekvenser for tredjepersoner. Samtidig kan det fremstå tillitsvekkende at jurister foretar selvstendige faglige vurderinger og tar til orde ved uenighet. Uenighet kan fremstille etaten som en «levende kritisk og dynamisk organisme» og det vil være egnet til å styrke etatens troverdighet.¹⁰⁰

Det er viktig å bemerke at måten arbeidstaker velger å fremsette ytringen, ytringens formål, arbeidstakers funksjon og identifikasjonsfaren vil vektlegges i helhetsvurderingen. Ved å ytre seg som Nav-jurist er identifikasjonsfaren stor og lojalitetsplikten kan enklere begrense ytringsfriheten. Arbeidsgiver må kunne bestemme hvem som skal uttale seg på vegne av virksomheten i kraft av styringsretten.¹⁰¹ Ytringer signert som fagperson er egnet til å få økt troverdighet og det skjerper kravene til ytringens holdbarhet. Fagkyndige må være bevisst på ansvaret som utdannelsen medfører og fremsette påstander som har forsvarlig grunnlag. Påstander uten et forsvarlig grunnlag er mindre beskyttelsesverdige.¹⁰²

⁹⁷ St.meld. nr. 26 s. 110.

⁹⁸ Skivenes og Trygstad (2012) s. 96.

⁹⁹ AR-2019-28.

¹⁰⁰ St.meld.nr. 26 s. 108.

¹⁰¹ Ibid. s. 103.

¹⁰² Ibid. s. 109.

Forutsatt at Nav-jurister fremsatte ytringer som var faglig begrunnet som fagkyndig og ikke arbeidstaker i Nav, er det grunn til å tro at juristene hadde rett til å ytre seg om lovanvendelsen uten at det var i strid med lojalitetsplikten.

3.2 Arbeidstakers rett til å varsle

Retten til å varsle er en del av arbeidstakers alminnelige ytringsfrihet, men utgjør en særlig type ytringer om virksomhetsrelaterte forhold.¹⁰³ Ytringer som ikke faller inn under arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling vil være vernet etter Grunnloven § 100, med mindre lojalitetsplikten utgjør en lovlig begrensning. Reviderte varslingsregler trådte i kraft fra 1. januar 2020. Lovendringen innebærer noen materielle endringer og en styrking av varslervernet i tråd med gjeldende rett.¹⁰⁴

Arbeidsmiljøloven kapittel 2A gir arbeidstaker rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» i arbeidsgivers virksomhet. Slike ytringer er gitt særskilt beskyttelse ved at arbeidsgiver ikke kan gjengjelde og sikrer at arbeidstaker kan si ifra uten å risikere represalier fra arbeidsgiver. Vernet er nødvendig for et effektivt varslingsinstitutt. Arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge for varsling og sørge for at varsler blir tilstrekkelig undersøkt, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-3.

Varslingsreglene ivaretar flere hensyn. For det første er det i allmennhetens interesse å få avdekket visse kritikkverdige forhold. For det andre skal arbeidsmiljø være fullt forsvarlig, jf. arbeidsmiljøloven § 4-1 og varslingsreglene kan avdekke uforsvarlige faktorer. Videre skal arbeidstakere ha adgang til å utøve innflytelse og medbestemmelse på egen arbeidsplass.¹⁰⁵ Arbeidsmiljølovens formål er å gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstaker kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø og ha en meningsfylt arbeidssituasjon, samt ha et godt ytringsklima, jf. arbeidsmiljøloven § 1 bokstav a, c og e. For å oppnå dette er det nødvendig at arbeidstaker har mulighet til å gi beskjed om kritikkverdige forhold.

3.2.1 Varsle om kritikkverdige forhold

Arbeidstaker kan varsle om «kritikkverdige forhold», jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1. Vilkåret definerer varslingsrettens rekkevidde. Ordlyden tilsier berettiget negativ tilbakemelding eller

¹⁰³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7.

¹⁰⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 51.

¹⁰⁵ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) s. 272.

klander. Etter lovendringen fremgår det av annet ledd hva som menes med ordlyden, herunder «forhold som er i strid med rettsregler, skriftlige etiske retningslinjer i virksomheten eller etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet». Hvorvidt det foreligger et «kritikkverdig forhold» beror på en konkret vurdering i lys av at forholdene bør ha viss allmenn interesse før arbeidstaker kan gå ut med det.¹⁰⁶ Det legges til grunn i forarbeidene at ordlyden ikke omfatter forhold som arbeidstaker ut fra egen politisk eller etisk overbevisning mener er kritikkverdige.¹⁰⁷

Utgangspunktet er at faglige vurderinger ikke anses som kritikkverdige forhold.¹⁰⁸

Departementet uttaler:

«Det er likevel slik at det ofte vil være en faglig og skjønnsmessig vurdering av om det foreligger et mulig brudd på rettsregler eller ikke. En sak vil også kunne utvikle seg, slik at det som i begynnelsen oppfattes som en politisk eller faglig uenighet, i etterkant kan vise seg å dreie seg om et kritikkverdig forhold».¹⁰⁹

Uttalelsen forstås som at faglige vurderinger i særlige tilfeller kan utgjøre kritikkverdige forhold. Hvorvidt det foreligger brudd på rettsregler avgjøres ved anvendelse av juridisk metode. Det kan være faglig uenighet om tolkning og vektig av ulike rettskilder som fører til ulik konklusjon som kan ha stor betydning for tredjepersoner. Faglig uenighet om lovanvendelse som omhandler sentrale samfunnsområder har allmenn interesse. Nav-saken illustrerer hvordan intern faglig uenighet i etterkant kan utgjøre et «kritikkverdig forhold», jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1.

Det er viktig for arbeidstakere å utføre et godt faglig arbeid og deres kompetanse er viktig for offentlig sektor.¹¹⁰ Arbeidstakere kan oppleve at faglig uenighet som får stor betydning for tredjepersoner er et klanderverdig forhold. I slike tilfeller kan det hevdes at det varsles fra et brukerperspektiv.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 51.

¹⁰⁷ I.c.

¹⁰⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 27.

¹⁰⁹ I.c.

¹¹⁰ Skivenes og Trygstad (2012) s. 114 og 117.

Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet, men problemstillingen er berørt i underrettspraksis. Norwelt-dommen, LB-2009-36995 (Borgarting), gjaldt oppreising og erstatning etter ulovlig gjengjeldelse ved varsling om kritikkverdige forhold. Arbeidstakeren varslert om forhold knyttet til strålevernforskriften internt og til Arbeidstilsynet. Varselet var dels begrunnet i faglig uenighet. Lagmannsretten konkluderte at forholdet var kritikkverdig. Det tilsier at det kan foreligge et kritikkverdig forhold til tross for at varselet er begrunnet i faglige vurderinger, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1.

I Nav-saken ble det fattet vedtak trolig basert på uriktig lovanvendelse som fikk store konsekvenser for trygdemottakere. Den faglige uenigheten var avgjørende for vedtakets innhold. Sett fra et brukerperspektiv, forelå det et klanderverdig forhold av allmenn interesse. Det er derfor grunn til å tro at arbeidstakerne hadde rett til å varsle, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1.¹¹¹

¹¹¹ Eidsvaag (2019).

4 Rett til å nekte arbeidsoppgaver

4.1 Grunnlag for å nekte arbeidsoppgaver

Arbeidsgiver har i kraft av styringsretten kompetanse til å bestemme hvordan arbeidet skal utføres.¹¹² Arbeidstaker må som hovedregel rette seg lojalt etter arbeidsgivers anvisninger og instruksjoner. For at arbeidstaker skal ha rett til å nekte å utføre arbeidsoppgaver, må det påvises et rettslig grunnlag. Samvittighetsfrihet og arbeidsmiljøloven § 2-3 annet ledd kan utgjøre grunnlag. Av plasshensyn drøftes kun samvittighetsfrihet.

4.2 Samvittighetsfrihet

4.2.1 Hjemmel og begrunnelse

Grunnloven § 16 slår fast at alle «innbyggere i riket har fri religionsutøvelse». Bestemmelsen regulerer religionsfrihet. Det er uvisst om bestemmelsen kan tolkes så vidt at den også omfatter tanke- og samvittighetsfriheten.¹¹³ Etter Grunnloven § 92 skal statens myndigheter respektere og sikre menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven og konvensjoner som er bindende for Norge. Menneskerettsloven § 2 fastsetter hvilke konvensjoner og protokoller som skal gjelde som norsk lov. Ved motstrid skal bestemmelsene i konvensjoner og protokoller nevnt i § 2 gå foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3.

Samvittighetsfrihet er hjemlet i flere internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.¹¹⁴ For å vurdere samvittighetsfrihet i arbeidslivet er det FN-SP artikkel 18 og EMK artikkel 9 som er mest relevant. Begge tar utgangspunkt i FNs Verdenserklæring om menneskerettighetene fra 1948 og er i hovedsak sammenfallende.¹¹⁵ Det tas utgangspunkt i EMK artikkel 9 i det følgende.

¹¹² Dege (1995) s. 242.

¹¹³ Aall (2015a) s. 252.

¹¹⁴ Se FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966 (ØSK), Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950 (EMK) og FNs kvinnekonvensjon av 1979 (KDK), Den reviderte sosialpakt fra 1996 (ESP eller Sosialpakten) og ILO konvensjon om diskriminering fra 1958.

¹¹⁵ NOU 2016: 13 s. 50 og 51.

Alle mennesker har samme menneskeverd, menneskerettigheter og er utstyrt med fornuft og samvittighet.¹¹⁶ Religions- tanke og samvittighetsfrihet er en av grunnsteinene i et demokratisk samfunn.¹¹⁷ Det følger av EMK artikkel 9 at:

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

For å fastlegge innholdet i EMK har Høyesterett uttalt at:

«(...) [V]ed anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen.»¹¹⁸

I det følgende skal det redegjøres for hva samvittighetsfrihet er, hva som vernes av artikkel 9 og når det er adgang til å gjøre inngrep i retten.

4.2.2 EMK artikkel 9

Enhver, herunder arbeidstakere, har rett til samvittighetsfrihet. Samvittighetsfriheten kan deles inn i to rettigheter, herunder retten til å ha en samvittighet eller overbevisning, kalt *forum internum*, og retten til å utøve overbevisningen, kalt *forum externum*. Forum internum, er absolutt og kan ikke begrenses.

Samvittighet har noe å gjøre med en persons overbevisning om hva som er moralsk riktig eller galt å gjøre i en bestemt situasjon.¹¹⁹ Beslektet med samvittighet, er begreper som moralsk og faglig integritet. Med moralsk integritet menes «evnen til å handle i tråd ens dype

¹¹⁶ FNs verdenserklæring fra 1948 artikkel 1.

¹¹⁷ Kokkinakis mot Hellas avsnitt 31.

¹¹⁸ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

¹¹⁹ NOU 2016: 13 s. 24-30.

overbevisninger også når det medfører personlig belastning.»¹²⁰ Faglig integritet innebærer «evnen til å handle i tråd med normer og verdier som holdes for å være sentrale for yrkesutøvelsen.»¹²¹ En arbeidstaker kan ha en overbevisning om hva som er moralsk riktig å gjøre basert på faglige og moralske vurderinger. Samvittighetsutvalget tar til orde for at faglig uenighet ikke utelukker samvittighet.¹²²

Artikkel 9 knytter retten til utøvelse til «religion eller overbevisning». Man kan undre seg over hvilken betydning det har for samvittigheten.¹²³ Ordlyden kan forstås som at samvittighet vil være integrert i religion eller overbevisning og at bestemmelsen ikke verner utøvelse av ren samvittighet. Bestemmelsen verner utøvelse ved «tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse». Det er aktiviteter som forbindes med religion og indikerer at overbevisninger må være av lignende karakter. EMD har uttalt:

“While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to "manifest [one's] religion". Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions.”¹²⁴

Ordlyd og konvensjonspraksis trekker i retning av at utøvelse av overbevisning må bygge på religion eller tro. Kavot Zillen oppsummerer samvittighetsfrihet slik i sin doktoravhandling:

«Sammanfattningsvis kan sägas att samvetsfriheten i artikel 9 EKMR i praktiken inte tillför något särskilt skydd för en enskild att manifesteras sin samvetsgrundade värdering, då det krävs att manifestationen är grundad på religion eller tro, dvs. faller inom skyddsområdet för religionsfriheten. Samvetsfriheten kan följaktligen sägas ha en begränsad självständig betydelse och omfattar i princip endast den enskildes absoluta rätt att ha en viss samvetsgrundad uppfattning.»¹²⁵

Overbevisninger som bygger på religion og tro ligger således i kjernen av artikkel 9. Det interessante i oppgaven er imidlertid overbevisninger som bygger på faglige vurderinger.

¹²⁰ Ibid. s. 29.

¹²¹ I.c.

¹²² Ibid. s. 15.

¹²³ Ibid. s. 52.

¹²⁴ Kokkinakis mot Hellas avsnitt 31.

¹²⁵ Zillén (2016) s. 138-139.

Leonard M. Hammar tar til orde for at artikkel 9 verner utøvelse som kan sammenlignes med religion og som gir svar på vesentlige verdispørsmål.¹²⁶ EMDs praksis viser at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt en overbevisning faller inn under bestemmelsen. EMD har uttalt:

“a person’s conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9.”¹²⁷

Konvensjonspraksis oppstiller en terskel. For vid tolkning kan føre til at alminnelige arbeidsplikter forhindres eller vanskeliggjøres. Terskelen bekreftes i Eweida:

“Thus, for example, acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9. (...) [T]he existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case.”¹²⁸

Det kan utledes fra EMDs praksis at artikkel 9 verner overbevisninger med et visst alvor, viktighet, sammenheng og styrke.¹²⁹ Leonard M. Hammar argumenterer for at det foreligger en kvalifisert samvittighetsfull overbevisning der individet stoler på forhåndsbestemte prinsipper som kan sammenlignes med et religiøst direktiv.¹³⁰ Det kreves med andre ord en sterk overbevisning. Samvittighetsutvalget og juridisk teori har foreslått kriterier for å vurdere hvorvidt overbevisninger kvalifiserer til vern etter artikkel 9.

4.2.3 Kriterier

Samvittighetsutvalget oppstiller krav om at overbevisningen må være forståelig for andre borgere, ikke bygge på faktafeil eller selvmotsigelser og det må være en viss allmenn forståelse for overbevisningen.¹³¹ Overbevisninger kan vurderes etter rimelighet, dybde og

¹²⁶ Hammer (2001) s. 121.

¹²⁷ Adyan og andre mot Armenia avsnitt 53.

¹²⁸ Eweida med flere mot Storbritannia avsnitt 82.

¹²⁹ Se HR-2018-1958-A avsnitt 78.

¹³⁰ Hammer (2001) s. 139.

¹³¹ NOU 2016: 13 s. 125.

viktighet.¹³² Professor Heiner Bielefeldt, doktor Nazila Ghanea og doktor Michael Wiener foreslår fem kriterier for å vurdere om det foreligger en samvittighetsfull overbevisning som gir grunnlag for unntak fra lovlige forpliktelser.¹³³ Det kreves en alvorlig moralsk bekymring, direkte konflikt, dyp overbevisning, tilknytning mellom overbevisning og lovpålagt plikt og individets vilje til å gjøre en alternativ tjeneste.¹³⁴

Felles for kriteriene er at de er egnet til å belyse hvor dyptinngripende overbevisningen er. I saker for EMD om samvittighetsfrihet har fare for menneskeliv stått sentralt. Store deler av konvensjonspraksis er relatert til militærnekt basert på overbevisning om å ikke ta liv.¹³⁵ Terskelen for at overbevisninger anses kvalifisert samvittighetsfull er høy.

4.2.4 Er faglig overbevisninger vernet av samvittighetsfriheten?

Med faglig uenighet menes delte meninger, meningsforskjell eller uoverensstemmelse om et fagmessig, teoretisk, vitenskapelig eller profesjonelt tema. Faglige vurderinger er gjerne mindre avhengig av arbeidstakers personlige oppfatning. Jurister kan være uenig om hva som er riktig lovanvendelse. Det illustreres ved dissenser i Høyesterett og uenighet i juridisk teori. Juridisk metode gir anvisning på en argumentasjonsprosess.¹³⁶ Innenfor rettskildeprinsippene er det rom for skjønn og verdiprioriteringer. Ulike konklusjoner kan være akseptable innenfor rammen av juridisk metode.¹³⁷

Overbevisninger kan være begrunnet i både moralske og faglige vurderinger. Instruksen utsendt av Justis- og beredskapsdepartementet ga anvisning på hvilken lovanvendelse som skulle foretas. Arbeidstakere i Utlendingsdirektoratet mente at instruksen var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser og ønsket ikke å utføre arbeidsoppgaven.¹³⁸ Instruksen var dels politisk, og det er naturlig med ulike oppfatninger. Arbeidstakerens overbevisning var imidlertid knyttet til faglige vurderinger, herunder at instruksen var i strid med gjeldende rett. Det var flere arbeidstakere med tilsvarende oppfatning som ga overbevisningen en viss allmenn forståelse og rimelighet. Videre medførte lovanvendelsen at flere asylsøkere ble

¹³² Ibid. s. 127.

¹³³ Bielefeldt, Ghanea og Wiener (2016) s. 294.

¹³⁴ Ibid., s. 294-295.

¹³⁵ NOU 2016: 13 s. 126.

¹³⁶ Boe (2012) s. 82.

¹³⁷ Nygaard (2017) s. 172.

¹³⁸ NOU 2016: 13 s. 112-113.

sendt ut av landet. Instruksen hadde dermed store konsekvenser for menneskers liv. Utvalget uttaler at det vil være vesentlig for saksbehandlere å «utføre saksbehandlingen i samsvar med det en mener er riktig».¹³⁹ Det vil gjerne være involvert etiske og moralske vurderinger når arbeidsoppgaven får stor betydning for mennesker. Det kan utledes at lovanvendelsens konsekvenser har betydning i vurderingen.

Lovgiver anerkjenner samvittighetsgrunner som grunnlag for reservasjon tilknyttet arbeidsoppgaver med store konsekvenser for menneskeliv, herunder abort, rituell omskjæring av guttebarn, behandling av pasienter som nekter blodoverføring og transplantasjon av fostervev.¹⁴⁰ Det følger eksempelvis av lov av 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsbrudd (abortloven) § 14 at det ved organisering av sykehustjenesten skal tas «hensyn til helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å utføre eller assistere ved slike inngrep». At konsekvenser har betydning kommer også til uttrykk gjennom samvittighetsutvalgets drøftelser. Utvalget åpner i større grad for reservasjon når samvittighetskonflikten aktualiserer menneskers liv, helse og død. Det kan begrunnes i at det vil være mer dyptinngripende for arbeidstaker å utføre arbeidsoppgaver når det etisk står mye på spill.¹⁴¹

Jurister har kompetanse til å fatte vedtak med vidtrekkende konsekvenser for borgerne.¹⁴² Arbeidstaker kan oppleve at menneskers livssituasjon forringes ved at vedkommende utfører arbeidsoppgavene. Vedtakene vil imidlertid ikke ha tilsvarende inngripende karakter som liv-død-situasjoner, men kan få store konsekvenser for menneskers liv. Konsekvenser vil variere etter hvilket forvaltningsorgan som fatter vedtakene. Eksempelvis vil barnevernet fatte vedtak med store konsekvenser for berørte parter.

Abortloven § 14 gir adgang til å frita helsepersonell fra å utføre eller assistere ved abort.¹⁴³ Utførelse og assistanse står i direkte konflikt med samvittigheten og det gjør overbevisningen dyp og viktig. Det kan utledes at grad av medvirkning har betydning for overbevisningens dybde og viktighet. Jurister fatter vedtak på vegne av et organ og vil sjeldent ha direkte

¹³⁹ NOU 2016: 13 s. 11.

¹⁴⁰ Abortloven § 14, lov om rituell omskjæring av guttebarn § 4, pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 og bioteknologiloven § 4A-2.

¹⁴¹ NOU 2016: 13. s. 92.

¹⁴² Fliflet (2011) s. 90.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 38 (1974-1975) s. 30.

kontakt med vedtakets motpart. Videre er det gjerne overordnet som står ansvarlig på vedtaket. Juristers medvirkning kan hevdes å være av begrenset karakter.

Leger kan begrunne overbevisninger i moralske, etiske og profesjonsetiske vurderinger. Overbevisningen har et bredt grunnlag. Samvittighetsutvalget vektlegger profesjonsetikk i vurderinger av hvorvidt overbevisninger anses som dyp og viktig.¹⁴⁴ Utvalget viser til profesjonsetikk både ved drøftelse av omskjæring av guttebarn og læreres evaluering av elever, til tross for at evaluering av elever er av vesentlig mindre alvorlig karakter enn omskjæring.¹⁴⁵ Lærere nektet å bruke instruert evalueringsskjema da de mente skjemaet var skadelig for elevene.¹⁴⁶ Overbevisningen var begrunnet i både alminnelig moral og profesjonsetikk. Det var stor faglig-etisk motstand mot skjemaene. Samvittighetsutvalget legger til grunn at lærerne hadde gode grunner for sin overbevisning. Utvalgets drøftelse forstås slik at overbevisningen kan være vernet av samvittighetsfriheten, men at det ikke nødvendigvis vil være grunnlag for reservasjon.¹⁴⁷

Profesjonsetikk er normer for riktig og god yrkesutøvelse.¹⁴⁸ Normene gir uttrykk for hva ansvarlige representanter for yrket mener er forsvarlig.¹⁴⁹ Det innebærer at normene er allment kjent. Overbevisninger som bygger på profesjonsetikk vil være forståelige for andre og være rimelige. Det er nærliggende å anta at profesjonsetikk utgjør et tungt moment i vurderingen.¹⁵⁰

For å fullføre juristutdannelsen kreves det avgivelse av kandidatløfte. Kandidatløfte er ment å fungere som en profesjonsetisk retningslinje for jurister:¹⁵¹

«Aldri vitende at ville vige fra Rett og Retfærdighed, mindre raade nogen til ufor nødne Processer eller i andre Maader med sine Raad befordre nogen uretvis Sag eller Intention»¹⁵²

¹⁴⁴ NOU 2016: 13 s.100 og 128.

¹⁴⁵ Ibid. s. 100 og 108.

¹⁴⁶ Ibid. s. 109.

¹⁴⁷ I.c.

¹⁴⁸ Wilhelmsen og Woxholth (2003) s. 11.

¹⁴⁹ Nygaard (2007) s. 206.

¹⁵⁰ NOU 2016: 13 s. 128.

¹⁵¹ Halvorsen (2018) s. 541.

¹⁵² Løftet ble utgitt av Christian VI, Kongen av Danmark, i 1736.

Kandidatløftet innebærer at jurister aldri bevisst skal vike fra rett og rettferdighet. Et løfte er en ensidig erklæring som binder avsender, jf. lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringen (avtaleloven) § 7. Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal holdes. De fleste, uavhengig av yrke, vil trolig syntes det er moralsk vanskelig å bryte et avgitt løfte. Det gir kandidatløftet en moralsk dimensjon. Jurister kan ha en overbevisning om hva som er riktig lovanvendelse som er i konflikt med arbeidsgivers instruks. Arbeidstaker står da i en situasjon hvor vedkommende må velge å etterleve avgitt kandidatløftet eller arbeidsgiver. Fliflet skriver at:

«Det må følge av det løftet de avgir ved den avsluttende eksamen at disse prinsippene blir holdt i hevd, fremhevet og søkt realisert i arbeidet som saksbehandlere og beslutningstakere i forvaltningen».¹⁵³

Samtidig kan det hevdes at kandidatløftet må ses i lys av rettssystemet som helhet. Hver jurist som utøver offentlig myndighet har en avgrenset rolle i helheten. Rettssystemets oppbygning kan trekke i retning av at etterlevelse av kandidatløftet vil for forvaltningsjurister innebære lojalitet til overordnet instruks.

Det må merkes at hoveddelen av arbeidsoppgaver som jurister utfører er lovanvendelse. Til sammenligning utgjør svangerskapsbrudd en mindre del av legers arbeidsoppgaver og skiller seg fra deres vanlige arbeid.¹⁵⁴ På bakgrunn av at terskelen skal sikre at alminnelige arbeidsoppgaver ikke kan nektes, er det grunn til å hevde at lovanvendelsen må få større konsekvenser enn hva som kan forventes ved utføring av vanlige arbeidsoppgaver for at overbevisningen skal være kvalifisert samvittighetsfull.

Etter dette kan faglig uenighet være vernet av artikkel 9. Det må vurderes konkret om den faglige overbevisningen har tilstrekkelig alvor, viktighet, sammenheng og styrke.

Profesjonsetikk kan gi overbevisninger dybde og rimelighet. Sett i lys av ordlyden i artikkel 9 og terskelen som oppstilles i konvensjonspraksis, er det imidlertid grunn til å hevde at lovanvendelsen må medføre ekstraordinære konsekvenser for tredjepersoner for at faglige overbevisninger er vernet. Samvittighetsutvalget legger trolig til grunn tilsvarende forståelse

¹⁵³ Fliflet (2011) s. 91.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr.38 (1974-1975) s. 30.

da det uttales at «en begrunnelse kan være profesjonsetisk og faglig i tillegg til allmennetisk(...)».¹⁵⁵

4.2.5 Inngrep i samvittighetsfriheten

Friheten til å gi uttrykk for sin overbevisning kan begrenses på visse vilkår, jf. EMK artikkel 9 annet ledd. Bestemmelsen anerkjenner at det er flere religioner og livssyn i et demokrati. Det må være adgang til å begrense samvittighetsfriheten for å sikre at enhvers friheter blir respektert.¹⁵⁶ Arbeidstaker har ikke rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse dersom inngrep er berettiget.

For at inngrep skal være berettiget kreves det at lovskravet, formålkravet og proporsjonalitetskravet er oppfylt. Formålkravet innebærer at inngrepet må forfølge et av bestemmelsens uttømmende opplistede formål.¹⁵⁷ Det springende punkt er ofte om inngrepet er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Ordlyden oppstiller krav om forholdsmessighet mellom mål og middel.¹⁵⁸ Proporsjonalitetskravet er ikke oppfylt dersom inngrepets formål kan oppnås på mindre inngripende måte.¹⁵⁹ Hvorvidt inngrepet er proporsjonalt beror på en skjønnsmessig vurdering hvor statene har en viss skjønnsmargin.¹⁶⁰ Det avgjørende er om inngrepet er rimelig og forholdsmessig.¹⁶¹

Tidligere konvensjonspraksis ga uttrykk for at det ikke forelå inngrep i samvittighetsfriheten dersom arbeidstakeren kunne skifte arbeid.¹⁶² Synspunktet ble modifisert i Eweida-sakene da arbeidstakers mulighet for annet arbeid ble anvendt som moment i proporsjonalitetsvurderingen.¹⁶³

I det følgende vil det kort redegjøres for Eweida-sakene for å belyse hvordan EMD vurderer om inngrep i samvittighetsfriheten er berettiget.

¹⁵⁵ NOU 2016: 13 s. 128.

¹⁵⁶ Kokkinakis mot Hellas avsnitt 33.

¹⁵⁷ Aall (2015a) s. 153 og 156.

¹⁵⁸ Aall (2015b) s. 78.

¹⁵⁹ Bernt (2015) s. 37. Aall (2015a) s. 157.

¹⁶⁰ Eksempelvis Sunday Times mot Storbritannia.

¹⁶¹ Eweida og andre mot Storbritannia avsnitt 84.

¹⁶² NOU 2016: 13 s. 56.

¹⁶³ Eweida og andre mot Storbritannia avsnitt 83.

(1) Eweida med flere mot Storbritannia

I Eweida med flere mot Storbritannia hevdet fire personer, Eweida, Chaplin, Ladele og Mc. Farlene, at de var utsatt for krenkelse av artikkel 9. EMD foretar først en vurdering av hvorvidt det foreligger utøvelse av overbevisning som er vernet av bestemmelsen. Samtlige ordrenektelser var begrunnet i religiøse overbevisninger og var vernet av artikkel 9. Det avgjørende var hvorvidt arbeidsgivers inngrep var berettiget.

Eweida arbeidet med innsjekking for privat flyselskap. Arbeidsgiver instruerte henne i å fjerne korset rundt halsen da flyselskapet ønsket å fremstå nøytralt. Inngrepets formål ble ansett legitimt. EMD foretok en konkret vurdering av hvorvidt staten i tilstrekkelig grad hadde sikret Eweida sine rettigheter.¹⁶⁴ Det ble vektlagt at korset var diskret, ikke forringet hennes profesjonelle uttrykk og det var ingen holdepunkter for at bruk av religiøse plagg eller symbol hadde negativ innvirkning for selskapet. I ettertid hadde flyselskapet endret rutiner. Det tilsa at religiøse symbol ikke hadde den betydningen selskapet hadde anført.¹⁶⁵ Eweidas utøvelse medførte ikke inngrep i andres rettigheter. EMD konkluderte at Storbritannia ikke hadde sikret hennes rettigheter i tilstrekkelig grad og inngrepet var uberettiget.¹⁶⁶

Chaplin arbeidet som sykepleier. Nye uniformer gjorde at korset rundt halsen hennes ble synlig. Arbeidsgiver påla henne å fjerne korset av hensyn til helse og sikkerhet. Inngrepets formål ble ansett legitimt.¹⁶⁷ Spørsmålet var hvorvidt inngrepet var «nødvendig i et demokratisk samfunn». Chaplins rett til å utøve sin overbevisning ble avveid mot hensynet til helse og sikkerhet på sykehuset. EMD henviste til statenes skjønnsmargin og konkluderte at inngrepet var berettiget.¹⁶⁸

Ladele registrerte fødsler, dødsfall og ekteskap i et offentlig register. Hun nektet å følge arbeidsgivers instruks om å registrere likekjønnede partnerskap. Instruksjonen var begrunnet i at tjenesten skulle fremme likebehandling og ikke-diskriminering.¹⁶⁹ Formålet var legitimt. Det springende punkt var hvorvidt inngrepet var proporsjonalt. I den skjønnsmessige vurderingen ble inngrepets konsekvens for Ladele vektlagt og det faktum at instruksjonen ble gitt etter

¹⁶⁴ Ibid. avsnitt 91.

¹⁶⁵ Ibid. avsnitt 94.

¹⁶⁶ Ibid. avsnitt 95.

¹⁶⁷ Ibid. avsnitt 99.

¹⁶⁸ Ibid. avsnitt 100.

¹⁶⁹ Ibid. avsnitt 105.

ansettelse. Staten har plikt til å sikre andres rettigheter i henhold til konvensjonen og det ble ansett for å være mer tungtveiende. EMD konkluderte at inngrepet var berettiget.¹⁷⁰

Mc. Farlene arbeidet som sex- og samlivsterapeut i privat firma. Firmaets policy var å tilby like tjenester til alle par, herunder sikre likebehandling. Han nektet å forplikte seg til å gi seksuell rådgivning til likekjønnede par. EMD anså selskapets formål som legitimt og vurderte hvorvidt staten i tilstrekkelig grad hadde sikret Mc. Farlene sine menneskerettigheter. Tap av arbeid var en alvorlig konsekvens, men han hadde meldt seg frivillig til etterutdanning om seksuell rådgivning med kunnskap om firmaets policy. Avgjørende var at inngrepet var ment å sikre ikke-diskriminering.¹⁷¹ EMD konkluderte at statens skjønnsmargin ikke var overskredet. Inngrepet ble ansett berettiget.

Eweida-sakene illustrerer at det må foretas en konkret skjønsmessig vurdering av hvorvidt vilkårene i annet ledd er oppfylt. Det kan utledes at statene har relativt vid skjønnsmargin når inngrepet ivaretar andre sentrale rettigheter og friheter i konvensjonen, eksempelvis artikkel 14 om forbud mot diskriminering.¹⁷²

4.3 Juristers rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse

Med utgangspunkt i Nav-saken skal det drøftes hvorvidt jurister hadde rett til å nekte å foreta instruert rettsanvendelse på grunnlag av samvittighetsfrihet. I Nav-saken ble det gitt instruks om lovanvendelse av reglene om grenseoverskridelse av sykepenge, arbeidsavklaringspenge og pleiepenge til andre EØS-land. Det må først vurderes om arbeidstakers overbevisning var vernet av artikkel 9 og deretter om inngrep var berettiget.

4.3.1 Var overbevisningen vernet av EMK artikkel 9?

Arbeidstaker ble instruert i hvordan ordlyden «opphold» i EU-forordningen artikkel 21 skulle tolkes. Enkelte arbeidstakere i Nav mente at instruksjonen var i strid med EØS-rettslige regler.¹⁷³ Hvorvidt overbevisningen var vernet av artikkel 9 beror på en konkret vurdering av om

¹⁷⁰ Ibid. avsnitt 106.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 109.

¹⁷² Nærmere om kolliderende rettigheter i Christoffersen (2009) s. 108 flg.

¹⁷³ Støbak (2019), Dagbladet.

overbevisningen hadde et «visst alvor, viktighet, sammenheng og styrke».¹⁷⁴ Som avhandlingen viser kan faglig uenighet i særlige tilfeller utgjøre en samvittighetsgrunn.¹⁷⁵

Hva som er i strid med EØS-rettslige regler beror på faglig juridisk vurdering. Det vil være i strid med profesjonsetikken å foreta en lovanvendelse som er i strid med gjeldende rett, herunder EØS-retten. Norge er forpliktet til å gjennomføre EØS-retten, jf. EØS-avtalen art. 3. Forpliktelsen innebærer også å avstå fra lovanvendelse eller tiltak som setter avtalen i fare.¹⁷⁶ I Rt. 2005 s. 1365 Finanger II fant Høyesterett at EØS-avtalen gjennomfører erstatningsansvar.¹⁷⁷ Instruert lovanvendelse kan medføre konsekvenser for Norge som stat. I et slikt tilfelle vil det være svært viktig for jurister å utføre arbeidsoppgaven på en måte som ivaretar faglig integritet og profesjonsetikk.

Overbevisningen bygget på faglige vurderinger som ble bekreftet av Trygderetten i flere kjennelser.¹⁷⁸ Praksis fra Trygderetten er en viktig rettskildefaktor på trygderettens område.¹⁷⁹ Kjennelsene ga overbevisningen tungt faglig grunnlag og viser at det var flere som hadde tilsvarende forståelse. Det trekker i retning av at overbevisningen hadde styrke.

I tillegg kreves det at overbevisningen er viktig, herunder relatert til menneskers liv og helse.¹⁸⁰ Instruert lovanvendelse medførte at trygdemottakere fikk avslag på utbetaling av sykepengene, arbeidsavklaringspenger og pleiepenge, og begrenset sin frie bevegelse da de ikke fikk oppholde seg utenfor Norge. Folketrygdloven har som formål å gi økonomisk trygghet og bidra til at den enkelte «skal kunne forsørge seg selv og klare seg best mulig til daglig», jf. folketrygdloven § 1-1. Ordlyden indikerer at trygdeytelsene skal gi mennesker mulighet til å leve på egen hånd ved å få økonomisk kompensasjon. Det grunnleggende hovedformålet er at folketrygden skal være en sosial forsikring som skal bidra til utjevning av inntekt og levekår.¹⁸¹

¹⁷⁴ HR-2018-1958-A avsnitt 78.

¹⁷⁵ Se 4.2.4.

¹⁷⁶ Sejersted mfl. (2011) s. 195.

¹⁷⁷ Ibid. s. 210.

¹⁷⁸ Eksempelvis TRR-2017-2308, TRR-2017-3662, TRR-2018-567.

¹⁷⁹ Nygaard (2017) s. 215.

¹⁸⁰ Se 4.2.3.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 29 (1995–1996) s. 26.

Sammenlignet med Justis- og beredskapsdepartementets instruks, representerer Navs instruks vesentlig mindre risiko for menneskers liv og helse. Utbetaling av folketrygd er ikke liv-døds-situasjon. Utbetalingene har imidlertid stor betydning for menneskene det gjelder, og økonomi har innvirkning på menneskers muligheter og livskvalitet.¹⁸² Instruksen medførte konsekvenser for en stor andel mennesker og det hever alvorlighetsgraden.

Det er av betydning at lovanvendelsen begrenset trygdemottakerens rett til fri bevegelse i EØS/EU-land. Fri bevegelighet av personer er et formål og prinsipp i EU/EØS-retten, jf. EØS-avtalen art. 1 nr. 2 og gir rett til opphold i medlemsstater. Lovanvendelsen medfører inngrep i menneskers grunnleggende rettigheter etter EØS-retten. Utfallet av saksbehandlingen hadde derfor stor betydning for tredjepart. Det tilsier at det var viktig for saksbehandlere å utføre lovanvendelsen i samsvar med det en mener var riktig.

Abortloven § 14, utvalgets drøftelser og kriteriet om direkte konflikt indikerer at det er av betydning hvilken grad av medvirkning arbeidstakeren utøver.¹⁸³ Leger som utfører abort utgjør en direkte årsak og medvirker mer enn leger som assisterer, som igjen medvirker mer enn leger som henviser.¹⁸⁴ Juristene fattet vedtak som ga direkte konsekvenser for tredjepart. Vedtakene ble imidlertid fattet på vegne av et organ. Saksbehandlere fatter normalt ikke vedtak alene, men skriver et utkast som overordnet vurderer for godkjenning. Videre må eventuell klage sendes til nærmeste overordnede organ eller til det organ som Arbeids- og velferdsdirektoratet bestemmer, jf. folketrygdloven § 21-12. Graden av medvirkning var derfor begrenset.

Et moment for å vurdere om overbevisningen kan anses som dyp og viktig, er om arbeidstakeren er villig til å gjøre en annen tjeneste.¹⁸⁵ Det er naturlig å anta at juristene kun ville reservert seg mot lovanvendelse som de mente var uriktig og at vedkommende var villig til å fatte andre vedtak.

Oppsummert reagerte Nav-jurister på instruks på grunnlag av faglige vurderinger. Overbevisningen om at lovanvendelsen var i strid med EØS-retten kan begrunnes i

¹⁸² Vrålstad (2017), Statistisk sentralbyrå.

¹⁸³ Se 4.2.4.

¹⁸⁴ NOU 2016: 13 s. 95.

¹⁸⁵ Ibid. s. 127. Bielefeldt, Ghana og Wiener (2016) s. 295.

profesjonsetikk. Lovanvendelsen medførte konsekvenser for trygdemottakeres økonomi og enkelte ble tiltalt for trygdesvindel. Begrensning i grunnleggende rettigheter, herunder fri bevegelse, er alvorlig og gir overbevisningen allmennerisk karakter. Løsningen er ikke klar, men det antas at juristers overbevisning hadde et «visst alvor, viktighet, sammenheng og styrke». Det er trolig ikke av stor betydning at løsningen er uklar. Professor Aall skriver:

«Noen ganger er det (...) en smakssak om man anser forholdet konvensjonsmessig fordi det ikke representerer noen inngrep i livssynsfriheten eller fordi inngrepet er nødvendig etter annet ledd».¹⁸⁶

4.3.2 Var det grunnlag for å gjøre inngrep i samvittighetsfriheten?

Det sentrale og avgjørende spørsmålet er dermed om det kunne gjøres inngrep i Nav-juristers samvittighetsfrihet. For at inngrep anses berettiget må lovskravet, formålsskravet og proporsjonalitetskravet være oppfylt, jf. artikkel 9. Arbeidsgivers styringsrett oppfylte lovskravet.

Inngrepet må forfølge et av de vidtrekkende opplistede formål.¹⁸⁷ Arbeidsgiver, Nav, instruerte arbeidstakerens lovanvendelse for å sikre likebehandling og fremstå som en nøytral og samlet enhet. Likebehandling er en grunnleggende menneskerettighet etter EMK artikkel 14 som Norge har plikt til å sikre, jf. Grunnloven § 92. Instruksen ivaretok «andres rettigheter og friheter» og hensynet til «den offentlige orden», jf. artikkel 9. Formålsskravet var oppfylt.

Avgjørende blir om inngrepet var «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. artikkel 9. Det følger av EMDs praksis at det kreves en forholdsmessighetsvurdering hvor inngrepet må være rimelig og forholdsmessig, hensett til de formål som skal ivaretas.¹⁸⁸ Det er en avveining av individets og samfunnets interesser i den konkrete situasjonen.¹⁸⁹ Hvorvidt inngrep er forholdsmessig beror på en konkret vurdering hvor «den overordnede generelle avveining av de motstående hensyn som har ført til den regel som anvendes, vil bli tillagt stor vekt ved vurderingen av om det foreligger en krenkelse etter EMK».¹⁹⁰ I dette tilfellet må hensynet til

¹⁸⁶ Aall (2015a) s. 255.

¹⁸⁷ Ibid. s. 258.

¹⁸⁸ Eweida og andre mot Storbritannia avsnitt 84.

¹⁸⁹ Aall (2015a) s. 154.

¹⁹⁰ HR-2018-1958-A.

arbeidstakers utøvelse av overbevisning avveies mot arbeidsgivers ønske om å fremme likebehandling og fremstå nøytralt.

Det er ønskelig at arbeidstakere viser faglig integritet og ønsker å sikre faglig kvalitet på arbeidet som utføres.¹⁹¹ Høy faglig kvalitet er viktig for rettssikkerheten og arbeidstakers overbevisninger kan føre til at uriktig lovanvendelse avdekkes og justeres. Hensynet til rettssikkerhet tilsier at det er viktig at arbeidstakere kan utøve sin overbevisning.

Konsekvensen av at arbeidstakeren nekter å utføre arbeidsoppgaven får ikke direkte virkning overfor noen da arbeidsoppgaven kan fordeles til kollegaer. Det fører imidlertid til økt saksbehandlingstid som gir dårligere tilbud. Synspunktet får større vekt desto flere arbeidstakere som nekter å utføre arbeidsoppgaven. Samtidig vil det kunne bli et dårligere tilbud dersom ingen arbeidstakere sier ifra og vedtak basert på uriktig lovanvendelse fattes. Det kan imidlertid hevdes at staten har ivaretatt borgernes rettsikkerhet gjennom regler om arbeidstakers yringsfrihet og varslingsrett og mottakers rett til å klage.

Jurister er ansatt for å utføre lovanvendelse og fatte vedtak. Momentet kan trekke i begge retninger. Enten at jurister skal få utvise faglig skjønn ved utøvelse av profesjon eller at jurister må følge instruksjoner om lovanvendelse da vedkommende har søkt arbeid hos et offentlig organ med kunnskap om at hensynet til likebehandling står sentralt. I Eweida-saken vektla EMD at Mc. Farlene tok etterutdanning til tross for kunnskap om selskapets policy om likebehandling. Det ble vektlagt i retning av at inngrepet var forholdsmessig.¹⁹²

EMDs praksis viser at hensynet til likebehandling og ikke-diskriminering gis stor vekt. I Eweida ville samvittighetsnektelsen ført til at likekjønnede par fikk et dårligere tilbud. For Nav sitt tilfelle, knytter det seg imidlertid ikke til en bestemt gruppe mennesker eller diskrimineringsgrunnlag, men selve lovanvendelsen. Det kan tilsi at hensynet gis mindre vekt.

Etter konvensjonspraksis har statene et visst skjønnsmessig spillerom og det avgjørende er at inngrepet er rimelig og forholdsmessig.¹⁹³ Staten sitt formål er å sikre likebehandling og fremstå nøytralt for å sikre at ethvert menneske får samme rettmessige tilbud etter

¹⁹¹ Ertzaas (2016), VG.

¹⁹² Eweida og andre mot Storbritannia avsnitt 109.

¹⁹³ Eksempelvis Eweida avsnitt 82.

folketrygdloven. Arbeidstakers integritet kan ivaretas gjennom reglene om yringsfrihet og rett til å varsle. Det er derfor nærliggende å legge til grunn at statenes skjønnsmargin ikke var overskredet og inngrep var berettiget etter annet ledd.

Etter dette konkluderer jeg med at Nav-jurister ikke hadde rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

5 Bør jurister som utøver offentlig myndighet ha rett til å nekte instruert lovanvendelse basert på faglig uenighet?

5.1 Vurderingskriterier

De lege lata er at jurister som utøver offentlig myndighet kan nekte å utføre bestemte arbeidsoppgaver på grunnlag av samvittighetsfrihet, men ikke ren faglig uenighet.¹⁹⁴ Basert på tidligere drøftelse er det grunn til å tro at terskelen for å nekte å foreta instruert lovanvendelse av samvittighetsgrunner er svært høy. Det interessante spørsmålet her er om arbeidstaker *bør* ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse grunnet faglig uenighet.

Samvittighetsutvalget har oppstilt tre vurderingskriterier som er særlig tungtveiende for å vurdere om det bør gis adgang til å nekte bestemte arbeidsoppgaver.¹⁹⁵

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

Utvalget tar til orde for at første kriterium må være oppfylt for at det skal være aktuelt å gi adgang til å nekte. Det begrunnes i at det ikke vil være dyptinngripende for arbeidstakeren å utføre arbeidsoppgaver som ikke er i strid med dyp og viktig samvittighetsgrunn.¹⁹⁶ Hvis kriterium to og tre også er oppfylt, mener utvalget at arbeidsgiver bør tilrettelegge for reservasjon. Det kan imidlertid være situasjoner hvor alle kriteriene er oppfylt og reservasjon ikke bør innvilges på grunnlag av andre relevante moralske momenter, og situasjoner hvor et

¹⁹⁴ Se 4.2.4.

¹⁹⁵ NOU 2016: 13 s. 125.

¹⁹⁶ I.c.

eller to kriterium ikke er oppfylt og reservasjon likevel bør innvilges.¹⁹⁷ Det må med andre ord gjøres konkrete vurderinger. Utgangspunktet bør imidlertid være at dersom de tre kriteriene er oppfylt, bør reservasjon kunne finne sted med mindre tungtveiende hensyn taler imot.¹⁹⁸

I det følgende skal det tas utgangspunkt i kriteriene og drøftes hvorvidt jurister som utøver offentlig myndighet bør ha rett til å nekte når vedkommende er faglig uenig i arbeidsgivers instruerte lovanvendelse.

5.1.1 Dyp og viktig samvittighetsgrunn

Det første kriteriet er at arbeidstaker har dyp og viktig samvittighetsgrunn. Det kan skilles mellom samvittighetsgrunner som er begrunnet i profesjonsetikk og faglige vurderinger og rene samvittighetsgrunner. Samvittighetsutvalget hevder imidlertid at det er et analytisk skille som vanskelig kan opprettholdes i praksis, og at det avgjørende er oppfatningens rimelighet, dybde og viktighet.¹⁹⁹ For at en overbevisning kan anses som dyp og viktig må den være forståelig for andre borgere, ikke bygge på faktafeil eller selvmotsigelser og et visst krav om allmenn forståelse for samvittighetsgrunnen.²⁰⁰

Kravet om dyp og viktig samvittighetsgrunn innebærer at overbevisningen må kunne begrunnes allmenntisk.²⁰¹ Jurister kan oppleve at instruert lovanvendelse som er av stor inngripende karakter for menneskers liv og helse er etisk uforsvarlig.²⁰² Det vil være et sterkere moralsk behov for å nekte når lovanvendelsen har stor betydning for mennesker. I slike situasjoner er det inngripende for arbeidstaker å foreta lovanvendelse som vedkommende mener er uriktig. Hvilke konsekvenser instruert lovanvendelse medfører vil ha betydning i vurderingen av om overbevisningen er dyp og viktig.

Jurister som utøver offentlig myndighet har kompetanse til å fatte vedtak som er av inngripende karakter for tredjeparter.²⁰³ Et eksempel er jurister i Utlendingsdirektoratet.

¹⁹⁷ NOU 2016: 13 s. 125.

¹⁹⁸ I.c.

¹⁹⁹ Ibid. s. 128.

²⁰⁰ Ibid. s. 126.

²⁰¹ Se 4.2.4.

²⁰² NOU 2016: 13 s. 113.

²⁰³ Fliflet (2011) s. 90.

Instruksen fra Justis- og beredskapsdepartementet gjaldt utsendelser som kunne medføre fare for liv, jf. Grunnloven § 93 og EMK artikkel 2. Samvittighetsutvalget åpner for at faglig overbevisning om lovanvendelse i en slik situasjon kan være tilstrekkelig dyp og viktig.²⁰⁴

Grunnloven og EMK hjemler grunnleggende menneskerettigheter. Lovanvendelse som medfører inngrep i grunnleggende rettigheter er alvorlig. Jurister i barnevernet må eksempelvis fatte vedtak som innebærer begrensning i menneskers rett til familieliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 slår fast at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Hva som er barnets beste er ikke entydig og meningsinnholdet vil variere.²⁰⁵ Det må foretas avveining av kolliderende menneskerettigheter og lovanvendelsen vil ha store konsekvenser for berørte parter. En mulig løsning kan derfor være at jurister bør ha adgang til å nekte å utføre instruert lovanvendelse basert på faglige vurderinger når lovanvendelsen innebærer inngrep i grunnleggende menneskerettigheter.

Menneskerettighetene i Grunnloven og EMK har imidlertid ulik rang. Det kommer til uttrykk i inngrepshjemlene. Adgangen til å gjøre inngrep i de mest grunnleggende rettighetene er snever.²⁰⁶ Det kan derfor hevdes at hvilken menneskerettighet det gjøres inngrep i, har betydning for overbevisningens dybde og viktighet. Instruksen utsendt av Justis- og beredskapsdepartementet medførte fare for liv, jf. Grunnloven § 93 og EMK artikkel 2. Artikkel 2 har fundamental betydning og det underbygges av at den har samme anvendelse i krig og fred, jf. artikkel 15.

Juristers overbevisning kan anses å være en dyp og viktig samvittighetsgrunn i tilfeller hvor lovanvendelsen gjør inngrep i grunnleggende menneskerettigheter.

5.1.2 Konsekvenser for tredjeparter

For at det skal være adgang til å nekte å utføre arbeidsoppgaver må ikke nektelsen være inngripende for tredjepart.²⁰⁷ EMK artikkel 9 slår fast at det kan gjøres inngrep i samvittighetsfriheten dersom det er for å «beskytte andres rettigheter og friheter». Statens

²⁰⁴ NOU 2016: 13 s. 113.

²⁰⁵ Bendiksen og Haugli (2018) s. 24.

²⁰⁶ Aall (2015b) s. 85.

²⁰⁷ NOU 2016: 13 s. 128.

skjønnsmargin er vid ved avveining av kolliderende rettigheter.²⁰⁸ Hva som er inngripende vil bero på en konkret vurdering. Det vil eksempelvis være mer problematisk at leger har reservasjonsrett for abort på sykehus hvor det er få leger eller sykepleiere da det er en offentlig plikt å ha tilbud om svangerskapsavbrudd.²⁰⁹ Reservasjonsrett kan da medføre at innbyggere ikke får rettmessig tilbud. Redusert tilgang til tilbud er relevant og aktuell konsekvens dersom jurister gis adgang til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

Konsekvensene for tredjepart er avhengig av hvor mange saksbehandlere som nekter. Det er imidlertid klart at reservasjonsadgang vil få betydning for organets saksbehandlingstid og kan føre til mer bry og kostnader for berørte parter. Saksbehandlingen i offentlige organ skal være hensynsfull og rask, og ikke utsette borgere for unødige eller urimelige påkjenninger.²¹⁰ Det trekkes i retning av at nektelse vil være inngripende for tredjepart.

Reservasjonsadgang vil også få betydning for arbeidstakers kollegaer. Arbeidsoppgaven må utføres og antall søknader eller forespørsler om tjenester som organet tilbyr vil ikke påvirkes av antall saksbehandlere som kan utføre arbeidsoppgaven. Nektelse vil dermed gi økt arbeidsmengde for arbeidstakere som er faglig enig i arbeidsgivers instruks. Det kan åpne for at arbeidstakere nekter å utføre arbeidsoppgaver grunnet ønske om redusert arbeidsmengde. Det kan forklare hvorfor samvittighetsutvalget og juridisk teori har vektlagt hvorvidt arbeidstaker er villig til å gjøre en mer krevende oppgave i vurderingen av om overbevisningen anses viktig.²¹¹

Det vil også gi konsekvenser for arbeidsgiver. Rett til å nekte å utføre sentrale arbeidsoppgaver basert på faglige vurderinger kan føre til en lite forutberegnelig situasjon for arbeidsgiver. Til sammenligning kan det hevdes at overbevisninger basert på religion er mer forutsigbare. Religioner har fastlagt egne former for etikk og moral som er felles for religionen. Overbevisninger knytter seg til å utføre bestemte arbeidsoppgaver, eksempelvis abort, innsetting av spiral eller salg av alkohol. Spiralnekt-dommen kan benyttes som illustrasjon.²¹² Fastlegens overbevisning knyttet seg generelt til arbeidsoppgaven og ikke

²⁰⁸ Aall (2015a) s. 159.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 38 (1974-1975) s. 30.

²¹⁰ Bernt og Rasmussen (2010) s. 47.

²¹¹ NOU 2016: 13. s. 127. Bielefeldt, Ghanea og Wiener (2016) s. 295.

²¹² HR-2018-1958-A.

utførelse av arbeidsoppgaven. Arbeidsgiver visste at fastlegen aldri ville utføre denne bestemte arbeidsoppgaven.

Jurister er derimot ansatt for å utføre lovanvendelse og reservasjonsadgang knytter seg til utførelsen av arbeidsoppgaven. Utgangspunktet vil være at arbeidstakeren skal utføre lovanvendelse, men har rett til å nekte ved faglig uenighet. Hvorvidt og eventuelt når arbeidstaker vil påberope seg retten er uklart for arbeidsgiver. Det vil være vanskelig og lite forutberegnelig for arbeidsgiver å forholde seg til at arbeidstaker kan vurdere hver instruks konkret.

I vurderingen av konsekvenser for tredjepart, viser samvittighetsutvalget til at reservasjon kan gi negativ signal- eller symboleffekt.²¹³ Med symboleffekt menes indirekte effekt eller utilsiktet symbolsk virkning av reservasjonsadgang.²¹⁴ Det er begrunnet i at dersom det gis adgang til å nekte, vil det gi uttrykk for at oppfatningen er plausibel, dyp og viktig.²¹⁵ Betydningen av effekten er avhengig av «hva slags verdier som ligger til grunn for reservasjonsønsket, og av hvilke arbeidstakere som får innvilget reservasjonsønsket».²¹⁶ Momentet vil ha stor betydning ved spørsmål om reservasjon begrunnet i moral eller religion, eksempelvis abort, omskjæring og likekjønnede ekteskap hvor flere grunnleggende menneskerettigheter må avveies mot hverandre.

Reservasjonsadgang for jurister er ikke begrunnet i religion eller livssyn, men faglige vurderinger, herunder hva som er forsvarlig juridisk metode. Det må ikke foretas avveining av motstående grunnleggende menneskerettigheter og symboleffekten vil være begrenset. Reservasjon kan derimot gi uttrykk for at profesjonsetikk og faglige vurderinger anses som viktige verdier i samfunnet og arbeidslivet, og at utdanning respekteres. I forbindelse med instruksen utsendt av Justis- og beredskapsdepartementet uttalte professor Andenæs:

«Det er betryggende at folk som arbeider med disse spørsmålene viser faglig integritet. For folk som jobber i offentlig forvaltning må det gå grenser for hva de skal gå med på, og dette gjør de nå klar for politisk ledelse».²¹⁷

²¹³ NOU 2016: 13 s. 129.

²¹⁴ I.c.

²¹⁵ Ibid. s. 130.

²¹⁶ Ibid. s. 129.

²¹⁷ Ertaas (2016), VG.

Andenæs tar til orde for at faglig uenighet er positivt. Det er imidlertid ikke klart at han mener arbeidstakere skal ha rett til å nekte å utføre arbeidsoppgaven. Faglig integritet kan også ivaretas gjennom reglene om yringsfrihet og varsling.

Rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse kan medføre redusert tjenestetilbud, økt arbeidsmengde for kollegaer og lite forutberegnelig situasjon for arbeidsgiver.

Konsekvensene trekker i retning av at det ikke bør gis reservasjonsadgang.

5.1.3 Gjennomførbart i praksis

Hva som er gjennomførbart i praksis må ses i lys av hvor store ulemper arbeidsgiver og kollegaer skal måtte tåle.²¹⁸ Arbeidsgiver har plikt til å tilpasse arbeidet for arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 4-2 annet ledd bokstav b og § 4-3. Her vil tilrettelegging innebære å bli fritatt for arbeidsoppgaven.²¹⁹ Det vil ikke være gjennomførbart i praksis dersom reservasjonsadgang medfører at arbeidsgiver ikke kan opprettholde et ønsket tjenestetilbud.²²⁰ For forvaltningsorgan er hensynet til hurtig saksbehandling viktig, jf. forvaltningsloven § 11 bokstav a.

Lovanvendelse utgjør kjernen av juristers arbeidsoppgaver. Til sammenligning utgjør abort en liten del av legers arbeidsoppgaver og reservasjonsadgang vil ikke medføre store ulemper for arbeidsgiver.²²¹ Det vil være vanskelig å tilrettelegge for reservasjon dersom det gjelder en stor del av arbeidet da reservasjon vil kunne gi et dårligere tjenestetilbud.²²²

Styringsretten gir arbeidsgiver kompetanse til å bestemme hvordan arbeidsoppgaver skal utføres. Adgang til å nekte å utføre instruert lovanvendelse vil som nevnt gi en lite forutberegnelig situasjon for arbeidsgiver og innebære begrensning i styringsretten. Det vil være vanskelig for arbeidsgiver å tilrettelegge for at arbeidstakere kan nekte å utføre sentrale arbeidsoppgaver grunnet uenighet i utførelsen.

²¹⁸ NOU 2016: 13 s. 132.

²¹⁹ Ibid. s. 48.

²²⁰ Ibid. s. 132.

²²¹ Ot.prp. nr. 38 (1974-1975) s. 30.

²²² NOU 2016: 13 s. 132.

For å vurdere hvorvidt inngrep i EMK artikkel 9 er forholdsmessig, har EMD vektlagt at arbeidstaker kan skifte arbeid.²²³ Jurister har profesjonsutdannelse som er ønsket på mange arbeidsplasser. Det vil derfor ikke være vanskelig å få annet arbeid. Det trekkes i retning av at jurister som utøver offentlig myndighet ikke bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

Som nevnt vil rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse medføre økt arbeidsmengde for kollegaer som er enig i instruksene. Det vektlegges i retning av at det ikke er gjennomførbart i praksis.

Oppsummert kan kriteriet om dyp og viktig samvittighetsgrunn være oppfylt i tilfeller hvor det gjøres inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. Konsekvensene for tredjeparter og utfordringer med gjennomføring i praksis trekkes imidlertid i retning av at jurister ikke bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse. Hvorvidt reservasjon bør gis beror på en konkret helhetsvurdering. Det interessante spørsmålet er da om det foreligger andre hensyn som tilsier at reservasjon likevel bør innvilges.

5.1.4 Andre hensyn

Et sentralt hensyn er hva som vil gi koherens i rettssystemet og regelverket.²²⁴ Det vil ses hen til hvordan problemstillingen er løst for advokater og dommere som har tilsvarende profesjonsutdannelse.

Advokater skal utføre advokatvirksomhet i samsvar med god advokatskikk, jf. lov av 13. august 1915 om domstolene (domstolloven) § 224 første ledd. Regler for god advokatskikk inneholder regler og etiske prinsipper for hvordan advokater skal opptre og drive virksomhet. En advokats oppgave er å «fremme rett og hindre urett», jf. regler for god advokatskikk punkt 1.2. Advokater kan selv velge om vedkommende ønsker å utføre oppdrag. Muligheten til å nekte å utføre oppdrag må ses i lys av at advokater er uavhengige, jf. regler for god advokatskikk § 2.1. Kravet om uavhengighet skal redusere risikoen for at advokater ikke opptre i samsvar med rettsregler og etiske regler.²²⁵ Uavhengigheten innebærer blant annet at advokater ikke kan instrueres i faglige spørsmål, jf. domstolloven § 232. Det må ses i

²²³ Eweida og andre mot Storbritannia avsnitt 83.

²²⁴ Tande (2011) s. 13.

²²⁵ Advokatforeningen, kommentar til punkt 2.1.

sammenheng med at advokater kan bli erstatningsrettslig ansvarlig på grunnlag av strengt profesjonsansvar.²²⁶ Etter domstoloven § 222 og advokatforskriften § 2 må advokater stille sikkerhet til erstatningsansvar som advokaten kan pådra seg ved utøvelse av advokatvirksomhet.

Dommere skal utføre dommervirksomhet i tråd med etiske prinsipper for dommeratferd. Prinsippene bygger på at en «dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet», jf. domstoloven § 55 tredje ledd.²²⁷ Uavhengigheten skal sikre rettsikkerhet.²²⁸ Dommere kan ikke instrueres i lovanvendelsen, men har rett og plikt til å foreta den lovanvendelsen de mener er faglig riktig, jf. tvisteloven § 11-3.²²⁹ Arbeidsgiver kan ikke gripe inn i dommernes faglige skjønnsutøvelse, men kun fastsette rammene for arbeidet.

Oppsummert har både advokater og dommere rett til å utføre lovanvendelse i tråd med egne faglige vurderinger. Det kan utledes at grad av uavhengighet og samfunnsrolle har betydning for om arbeidstaker bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

Det er ikke nedfelt yrkesetiske regler eller prinsipper for jurister som utøver offentlig myndighet. Kommunal- og moderniseringsdepartementet har imidlertid gitt etiske retningslinjer for statstjenesten etter NOU 1993:15 forvaltningsetikk. Retningslinjene bygger på statstjenestens behov for tillit.²³⁰ Behovet for tillit gjelder tilsvarende for kommunetjenesten og prinsipper som ligger til grunn for retningslinjene kommer til uttrykk i forvaltningsloven.²³¹ Forvaltningsloven gjelder både stat og kommune, jf. forvaltningsloven § 1. Hensynene, herunder lojalitet, åpenhet, tillit og faglig uavhengighet og objektivitet, som retningslinjene bygger på vil gjelde for enhver jurist som utøver offentlig myndighet. Etter punkt 5.1 skal statsansatte «legge sine faglige kunnskaper og sitt faglige skjønn til grunn gjennom hele tjenesteutøvelsen». I kommentaren står det:

«Prinsippet om faglig uavhengighet innebærer en rett og plikt til å reise faglig begrunnede innvendinger eller motforestillinger til (...) overordnetes synspunkter og til

²²⁶ Rt. 1995 s. 1350, Rt. 2000 s. 679. Wilhelmsen og Woxholth (2003) s. 53.

²²⁷ Etiske prinsipper for dommere.

²²⁸ Heyerdahl (2017) s. 375.

²²⁹ Ibid. s. 376.

²³⁰ Etiske retningslinjer for statstjenesten (2017), forord.

²³¹ Ibid, forholdet til lov- og regelverk.

etablert praksis, der det måtte være nødvendig. (...) [Det] innebærer ikke noen rett til å ignorere standpunkter, beslutninger, praksiser mv. som (...) ledelse[n] fastholder etter at den underordnede har gitt uttrykk for sine betenkeligheter, med mindre det skulle dreie seg om ulovlige eller uetiske beslutninger mv.»²³²

Kommentaren indikerer at statsansatte ikke har rett til å nekte å utføre arbeidsoppgaver av samvittighetsgrunner som bygger på faglig uenighet. Forvaltningen skal lojalt og nøytralt utføre arbeidsoppgaver som den utøvende makt har til disposisjon etter Grunnloven § 3 og forvalte verdier på vegne av borgere og tillitsvalgte politikere.²³³ Forvaltningsjurister har ikke tilsvarende uavhengig stilling som advokater og dommere da de har en annen samfunnsfunksjon. Det vektlegges i retning av at jurister ikke bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

Det underbygges av maktfordelingsprinsippet. Maktfordelingsprinsippet innebærer at makten skal vært delt mellom tre uavhengige organer, lovgivende, dømmende og utøvende makt.²³⁴ Prinsippet skal sikre rettssikkerhet, forutberegnelighet og likhet for loven. Forvaltningens rolle er å iverksette overordnede politiske mål.²³⁵ Styringsretten er sentral for effektiv styring og ledelse av forvaltningen for å klare målene, og omfatter rett til å instruere arbeidstakers lovanvendelse.²³⁶ Motsetningsvis skal dommere og advokater være uavhengig av politisk ledelse. Systemets oppbygning trekker i retning av at jurister ikke bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

Samtidig skal offentlige organ tjene innbyggerne, jf. etiske retningslinjer for statsansatte. Vedtak skal fattes basert på riktig lovanvendelse. Faglig uenighet kan avdekke uriktig lovanvendelse, gi økt kunnskap og kvalitetssikre lovanvendelsen. Det vil ivareta hensynet til rettssikkerhet og trekker i retning av at jurister bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

Hensynet til rettsikkerhet blir også ivaretatt gjennom klagerett, jf. forvaltningsloven §§ 28 til 32. Ved klage vil overordnet organ foreta ny vurdering av lovanvendelse og faktum.

²³² Ibid. Kommentar til punkt 5.1.

²³³ Graver (2015) s. 149. NOU 1993: 15 s. 22.

²³⁴ Berg (sist oppdatert 2019) <https://snl.no/maktfordelingsprinsippet>.

²³⁵ Graver, (2015) s. 158.

²³⁶ Se 2.2.1.

Klageretten skal sikre riktige avgjørelser. Det må imidlertid nyanseres da det kun er noen som benytter seg av klageretten.²³⁷ Følgelig vil det være saker som ikke blir behandlet til tross for at vedtaket er uriktig. Reservasjonsadgang kan derfor medføre at uriktig lovanvendelse i større grad blir avdekket.

Hensynet til likhet og rettferdighet er viktig når et forvaltningsorgan skal fordele goder og onder.²³⁸ Det innebærer at lovanvendelsen som ligger til grunn for vedtak skal være uavhengig av saksbehandler. Derimot vil ikke reservasjonsadgang føre til ulik lovanvendelse, men at enkelte arbeidstakere ikke utfører aktuell lovanvendelse. Innbyggere vil behandles likt uavhengig av om jurister har rett til å nekte eller ikke. Det taler for at reservasjonsadgang bør innvilges.

5.1.5 Helhetsvurdering

Hvilken lovanvendelse som legges til grunn kan ha stor betydning for vedtakets innhold. Arbeidstakere kan ha overbevisning om at arbeidsgivers instruks ikke er etisk forsvarlig, særlig hvis saksbehandling har stor betydning for tredjepart.²³⁹ Det kan hevdes at juristers behov for å nekte å utføre instruert rettsanvendelse øker i tråd med vedtakets inngripende karakter. Det vil være vanskelig for jurister å fatte vedtak som vedkommende mener er i strid med grunnleggende menneskerettigheter.

Jurister som utøver offentlig myndighet er ansatt for å utføre lovanvendelse på vegne av organet. Reservasjonsadgang vil føre til økt saksbehandlingstid og et dårligere tjenestetilbud, økt arbeidsmengde for kollegaer og lite forutberegnelig arbeidssituasjon for arbeidsgiver som skal sikre et forsvarlig tilbud. Systemets oppbygning trekker sterkt i retning av at det ikke bør innvilges reservasjonsadgang. Det kan hevdes at borgernes rettssikkerhet er tilstrekkelig ivaretatt gjennom maktfordelingen.

Konklusjonen er at jurister som utøver offentlig myndighet ikke bør ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse.

²³⁷ NOU 2019: 5 s. 367.

²³⁸ NOU 1993: 15 s. 14.

²³⁹ NOU 2016: 13 s. 113.

6 Avsluttende bemerkninger

I denne avhandlingen har jeg drøftet hvorvidt jurister har rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse. Det er ikke et klart svar på spørsmålet, reservasjonsadgang må vurderes konkret i hvert tilfelle. Arbeidstakers overbevisning må anses vernet etter EMK artikkel 9, og inngrep i overbevisningen må være berettiget. Basert på offentlige organs funksjon, er det etter min mening kun i særlige unntakstilfeller at inngrep vil være uberettiget etter artikkel 9 annet ledd.

En utfordring med dagens rettstilstand er at samvittighetsfriheten innebærer skjønnsmessige vurderinger uten klare vilkår eller kriterier. Det er lite rettspraksis og teori på området som gjør at arbeidstakers rettstilstand er uoversiktlig og vanskelig å forutberegne. For arbeidstakere er det av stor betydning at rettstilstanden er klar da urettmessig nektelse kan gi grunnlag for oppsigelse.

Varslingsreglene ble som nevnt endret med virkning fra 1. januar 2020. Endringer ble blant annet gjort for å gjøre det «enklere å forstå hvilke forhold varslingsreglene gjelder for og hvordan man skal gå frem når man varsler».²⁴⁰ Tidligere vilkår var for uklare og skapte utrygghet.²⁴¹ Det var behov for klarere regulering for å sikre at arbeidstakers og arbeidsgivers rettigheter og plikter var tydelige og forutberegnelige. Tilsvarende gjør seg gjeldende for arbeidstakers rettigheter ved faglig uenighet.

Behovet for klarere rettstilstand betyr ikke at rett til å nekte å utføre arbeidsoppgaver basert på faglig uenighet må reguleres og kodifiseres. Som avhandlingen viser, bør jurister trolig ikke ha rett til å nekte å utføre instruert lovanvendelse. Nav-saken illustrerer imidlertid at det er behov for regler som kan sikre at faglig uenighet blir tatt på alvor.

Av hensyn til effektivitet bør det stilles krav til arbeidstakers faglige vurderinger. En mulig løsning er at arbeidsgiver har plikt til å ta stilling til faglige vurderinger som oppfyller en bestemt terskel eller fremgangsmåte. En annen løsning kan være krav om faglige møter for organ som utøver offentlig myndighet for å kvalitetssikre arbeidet som utføres. Som Andenæs uttalte i forbindelse med utlendingsinstruksen, er det positivt at arbeidstakere viser faglig

²⁴⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 5.

²⁴¹ NOU 2018: 6 s. 158.

integritet og sier ifra når de mener noe er uriktig.²⁴² Tilrettelegging for faglige vurderinger og utvikling vil gi arbeidstaker en meningsfylt arbeidssituasjon, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1.

Det kan hevdes at arbeidstaker er tilstrekkelig ivaretatt gjennom retten til å varsle og ytringsfriheten. Offentlige uttalelser om faglig uenighet kan imidlertid være egnet til å skape splid i arbeidsmiljø og mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Videre faller faglig uenighet som utgangspunkt utenfor varslingsreglene og terskelen for å varsle er trolig høy for arbeidstakere.²⁴³ Arbeidsmiljøloven har til formål å skape et trygt arbeidsmiljø, godt ytringsklima og utvikling av arbeidsmiljøet, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1. Regulering av arbeidstakers rettigheter ved faglig uenighet kan være egnet til å fremme formålet.

Videre kan regulering av håndtering av intern faglig uenighet bidra til økt rettsikkerhet for borgere, økt kvalitet på arbeidet som utføres og arbeidstakere kan ivareta sin faglige integritet på en god måte. Det vil også sikre notoritet som kan være av stor verdi i situasjoner som resulterer i større saker, eksempelvis Nav-saken.

²⁴² Ertzaas (2016), VG.

²⁴³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 27.

7 Referanser og litteratur

7.1 Lover

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
1915	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
1918	Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fullmakt og ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1975	Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsbrudd (abortloven)
1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
1997	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettighetsloven (pasientrettighetsloven)

2003	Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
2008	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
2012	Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)
2014	Lov 20. juni 2014 nr. 40 om rituell omskjæring av gutter
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

7.2 Forarbeider

NOU 1993:15	Forvaltningsetikk
NOU 1999: 27	«Ytringsfrihed bør finde Sted». Forslag til ny Grunnlov § 100
NOU 2004: 5	Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
NOU 2010: 1	Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet

NOU 2016: 13	Samvittighetsfrihet i arbeidslivet
NOU 2018: 6	Varsling – verdier og vern
NOU 2019: 5	Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)
Ot.prp. nr. 31 (1935)	Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid
Ot.prp. nr. 38 (1974-1975)	Om lov om svangerskapsbrudd
Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Ot.prp. nr. 29 (1995-1996)	Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven)
Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 84 (2004-2005)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
Prop. 94 L (2016-2017)	Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven)
Prop. 74 L (2018-2019)	Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
St.meld. nr. 26 (2003-2004)	Om endring av Grunnloven § 100
Dok. nr. 16 (2011–2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Innst. O. nr. 51 (1998-1999)	Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

7.3 Norske dommer, kjennelser og avgjørelser Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1977 s. 902

Rt. 1982 s. 1729

Rt. 1989 s. 329

Rt. 1990 s. 607 Saga Data

Rt. 1993 s. 300

Rt. 1995 s. 1350

Rt. 1996 s. 64

Rt. 1997 s. 1128

Rt. 2000 s. 679

Rt. 2000 s. 1602 Nøkk

Rt. 2001 s. 418 Kårstø

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 1365 Finanger II

Rt. 2006 s. 333

Rt. 2008 s. 135

Rt. 2008 s. 865 Theatercafé

Rt. 2011 s. 1011 Universitetsprofessor

HR-2016-1366-A Avlaster II

HR-2018-1958-A Spiralnekt

Avgjørelser fra lagmannsretten

LG-1998-844 (Gulating)

LB-2009-36995 (Borgarting)

LH-2011-81291 (Hålogaland)

Avgjørelser fra arbeidsretten

ARD 1961 s. 90

AR-2019-28

Avgjørelser fra trygderetten

TRR-2017-2308

TRR-2017-3662

TRR-2018-567

7.4 Etske retningslinjer og veiledere

Regler for god advokatskikk med kommentarer

Advokatforeningen:

<https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/kommentarutgaven> (sist lest 20. mars 2020)

Etske retningslinjer for statsansatte

Regjeringen:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/etske-retningslinjer-for-statstjenesten/id88164/> (sist lest 20. mars 2020)

Etske prinsipper for dommere

Tilsynsutvalget for dommere:

<https://www.domstol.no/tilsynsutvalget-for-dommere/etske-retningslinjer/> (sist lest 20. mars 2020)

(sist lest 20. mars 2020)

7.5 Internasjonale konvensjoner og traktater

1944	ILO declaration 10. May 1944 of Philadelphia
1948	De forente nasjoners verdenserklæring 10. desember 1948 om menneskerettigheter
1950	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)
1958	Konvensjon om diskriminering i sysselsetting og yrke (ILO nr. 111)
1966	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (FN-SP)
1966	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (FN-ØSK)
1979	De forente nasjoners konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner
1989	De forente nasjoners konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen)

1992	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen)
1996	Den reviderte europeiske sosialpakt
2000	Recommendation (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Codes of Conduct for Public Officials

7.6 Avgjørelser og uttalelser fra internasjonale organer

Handyside mot Storbritannia	Handyside mot Storbritannia [P], no. 6538/74, ECHR:1976:1207JUD000549372
Sunday Times mot Storbritannia	Sunday Times mot Storbritannia [P], no. 6538/74, ECHR:1979:0426JUD000653874
Kokkinakis mot Hellas	Kokkinakis mot Hellas [C], no. 14307/88, ECHR:1993:0525JUD001430788
Guja mot Moldova	Guja mot Moldova [GC], no. 14277/04, ECHR:2008:0212JUD001427704
Eweida og andre mot Storbritannia	Eweida og andre mot Storbritannia [J], no. 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, ECHR:2013:0115JUD004842010
Adyan og andre mot Armenia	Adyan og andre mot Armenia [J], no. 75604/1, ECHR:2017:1012JUD007560411

7.7 Bøker og juridiske artikler

- Aall (2015a) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 4. utgave*, Fagbokforlaget 2015
- Aall (2015b) Aall, Jørgen, «Forholdsmessighet som vilkår for inngrep i EMK-rettigheter», *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget 2015
- Andersen (1967) Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, 1. utgave Tanum 1967
- Bendiksen og Haugli (2018) Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Bernt (2015) Bernt, Jan Fridthjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving», *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget 2015
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2 utgave, Fagbokforlaget 2010
- Bielefeldt, Ghanea og Wiener (2016) Bielefeldt Heiner, Nazila Ghanea og Michael Wiener, *Freedom of religion or belief*, 1. utgave, Oxford University Press 2016
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2012
- Christoffersen (2009) Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: proportionality, subsidiarity and primarity*

in the European Convention on Human Rights, Nijhoff 2009

- Dege (1995) Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett: B.1: Ytre ramme vilkår og arbeidsavtalen*, 1. utgave, Dege & Co Advokatfirma 1995
- Eckhoff (1975) Eckhoff, Torstein, «Tjenestemenns lojalitetsplikt og yringsfrihet», *Lov og rett 1975*, s. 99-116
- Eckhoff og Smith (2014) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Universitetsforlaget 2014
- Elvestad (2011) Elvestad, Maren, «Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold», *Tidsskrift for arbeidsrett 2011*, s. 130-142
- Engelsrud (2011) Engelsrud, Gerd, *Styring og vern; arbeidsrett i offentlig sektor*, 6. utgave, Cappelen Damn 2017
- Fliflet (2011) Fliflet, Arne, «Juristen i forvaltningen», *Lov og rett 2011 vol. 50, 1-2*, s. 89-93
- Fougner (2007) Fougner, Jan, «Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 797-801
- Garbo og Raugland (2017) Garbo, Jens og Vidar Raugland, *Den brysomme profesjonaliteten – om skjønnsutøvelse og styring*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2017

- Graver (2015) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015
- Halvorsen (2018) Halvorsen, Marit, «Forskningsetikk for jurister», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018, s. 534-574
- Hammer (2001) Hammer, Leonard M, *The international human right to freedom of conscience: Some suggestions for its development and application*, Dartmouth Publishing Company 2001
- Heyerdahl (2017) Heyerdahl, Kristel, «Domstollederens myndighet og dommernes uavhengighet», *Lov og rett* 2017, s. 373-387
- Hirst og Lønneid (2018) Hirst, Marion Holte og Sven Ivar Lønneid, *Arbeidsrett i et nøtteskall*, 2 utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2018
- Hotvedt (2016) Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsgiverbegrepet. En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, 1. utgave, Gyldendal Juridisk 2016
- Jakhelln (2004) Jakhelln, Henning, «Ytringsfrihet i arbeidsforhold», *TemaNord* 2004:509 – *ytringsfrihet og konstitusjonelt vern*, s. 47-128
- Lilleholt (2014) Lilleholt, Kåre, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave, Universitetsforlaget 2014

- Monsen (2014) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 2. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2014
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2007
- Nygaard (2017) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011
- Skivenes og Trygstad (2012) Skivenes, Marit og Sissel C Trygstad, *Åpenhet, ytring og varsling*, 1. utgave, Gyldendal 2012
- Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2018) Skjønberg Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2018
- Tande (2011) Tande, Knut Martin, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner* 2011, s. 1–36
- Wilhelmsen og Woxholth (2003) Wilhelmsen, Jan-Fredrik og Geir Woxholth, *Juristetikk*, 1. utgave, Gyldendal 2003
- Zillén (2016) Zillén, Kavot, *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- og samvetsfrihet. En rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård*, Uppsala universitet 2016

7.8 Avisartikler, nyhetsartikler, debattinnlegg og foredrag

Eidsvaag (2019)

Eidsvaag, Tine, *NAV-saken: En skandale for både den utøvende og dømmende makt*, 6. november 2019, innlegg ved det juridiske Fakultet ved Universitetet i Bergen, https://player.vimeo.com/video/371807958?fbclid=IwAR17gcs4kK7VbYMR6rx3N_ve1i9Ltsse315J2FUWccqsQEZDCIGomPNcQgg fra 38:10 til 38:40.

Ertzaas (2016), VG

Ertzaas, Pål, «Jusprofessor om «UDI-opprøret»: – Betryggende», *Verdens Gang (VG)*, 8. januar 2016, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/B87nw/jusprofessor-om-udi-opproeret-betryggende> (sist lest 19. mars 2020)

Gagnes (2020), Juristen

Gagnes, Ole Martin, «*Juristene i NAV: – Flere viser til at de har meldt om feil-praktisering av EØS-forordningen*», *Juristen*, 19. februar 2020, https://juristen.no/nyheter/2020/02/juristene-i-nav---flere-viser-til-de-har-meldt-om-feil%C2%ADpraktisering-av-eos?_cldee=c2lsamUuc29maWVubHVuZE_BnbWFpbC5jb20%3d&recipientid=contact-a53bc98da7ace71180f63863bb34cdb0-52ecc3b9c9944f5ca5d17580ac1cbd1e&esid=8ff820fc-3659-ea11-a811-000d3a228591. (sist lest 20. februar 2020)

Libell (2020), Juridika

Libell, Henrik Pryser, «Dette er juristenes helter», *Juridika*, 28. februar 2020, <https://juridika.no/innsikt/hanspettergraver->

[jussens12helter-serie-om-etikk](#). (sist lest 19. mars 2020)

Støbakk (2019), Dagbladet

Støbakk, Torun, «Nav-ansatte reagerte på praksisen», *Dagbladet*, 6. november 2019, <https://www.dagbladet.no/nyheter/nav-ansatte-reagerte-pa-praksisen/71788433> (sist lest 20. februar 2020)

Vrålstad (2017), Statistisk sentralbyrå

Vrålstad, Signe, «Livskvalitet», *Statistisk Sentralbyrå*, 13. juni 2017, <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/livskvalitet> (sist lest 15. mars 2020)

7.9 Nettsider

Regjeringen.no (sist oppdatert 2018), *Åpenhet og tillit*. Hentet 20. mars 2020.

<https://www.regjeringen.no/no/tema/statlig-forvaltning/forvaltningsutvikling/apenhet-og-tillit/id2612413/> (sist lest 25. mars 2020)

Regjeringen.no (2020). *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*. Hentet

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/trygd-oppholdskrav-og-reiser-i-eos-området/id2692285/> (sist lest 25. mai 2020)

Berg, Ole T (sist oppdatert 2019), *maktfordelingsprinsippet* i *Store norske leksikon* på snl.no.

Sist lest 25. mai 2020 fra <https://snl.no/maktfordelingsprinsippet>