

Retten til vern mot diskriminering og religion - rettighetsavveininger i Norge

Stipendiat Vibeke Blaker Strand

Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

Vi lever i et mangfoldig samfunn der problemstillinger knyttet utøvelse av religion stadig er oppe til debatt. Aktuelle problemstillinger er knyttet til forskjellsbehandling av kvinner eller av homofile i trossamfunn, læremidlers utforming i religiøse private skoler, bruk av religiøse plagg (særlig hijab) hos ansatte i ulike statlige institusjoner (slik som politi eller domstoler), eller til innholdet i religionsundervisningen – og den kristne kulturarvens plass – i offentlige grunnskoler. Dette er bare noen av mange problemstillinger som har vært – og som stadig er – oppe til diskusjon. Det som er fellesnevneren for problemstillingene er at de alle – på ulike måter – handler om utøvelse av religion. Det som også er felles for problemstillingene er at de alle vedrører situasjoner der det foreligger interessekonflikter, der ulike individer har ulike oppfatninger om hvor langt friheten til å utøve en religion bør rekke.

I samfunnsdebatten rettes det gjerne fokus mot de ulike problemstillingene en og en. Denne avhandlingen søker å skape en analytisk overbygning som problemstillinger knyttet til religionens plass i samfunnet kan forstås og analyseres innenfor. Ved å skape noen felles referansepunkter for tematikken – en overbygning – blir det mulig å trekke linjer mellom norske myndigheters håndtering av enkeltspørsmålene.

Avhandlingen tar utgangspunkt i de to verdiene likhet og frihet. Spørsmål om religionens plass i samfunnet handler grunnleggende sett om hvordan likhet og frihet skal balanseres. Likhet handler om at alle mennesker skal behandles likt og ha de samme muligheter – formelt og reelt – uavhengig av faktorer som kjønn, etnisitet, seksuell orientering, religion, livssyn m.m. Frihet handler om friheten til å være fri fra begrensninger, om den enkeltes mulighet til å ta egne valg og til å leve det livet man selv ønsker.¹ De to verdienes forhold til hverandre kan kort forstås på følgende måte: Et samfunn der det ikke settes noen grenser – som gir alle ubegrenset frihet – er et samfunn der den sterkeste rett lett vil råde grunnen. For de svakeste vil konsekvensene kunne være forskjellsbehandling, stigmatisering og undertrykking, en posisjon som nettopp *ikke* gir disse menneskene frihet til å leve det livet de selv ønsker. Samtidig: et samfunn innrettet på å skape full likhet mellom mennesker vil begrense individenes livsutfoldelse på en slik måte at alle individuelle forskjeller elimineres. Individene vil ikke ha frihet til å leve sitt liv som de selv ønsker og hensynet til likhet fungerer som en stengsel.² Dette tydeliggjør at det verken er ønskelig med full frihet eller full likhet. Det er nødvendig å finne et balansepunkt mellom de to verdiene, og spørsmålet blir hvordan de to verdiene – likhet og frihet – skal avveies mot hverandre i praksis.

¹ Det er her snakk om *negativ* frihet, frihet fra hindringer, i motsetning til *positiv* frihet, den enkeltes frihet til å gjøre noe og til å oppnå de målene man setter seg.

² Dette er situasjonen i totalitære stater.

Både likheten og friheten kan benyttes som argument for å begrense spillerommet for individer til å utøve en religion, men de samme to verdier kan også benyttes for å beskytte religionens stilling: Å kunne utøve en religion som man selv vil handler på den ene side om frihet til å leve det livet man selv ønsker. På den annen side handler frihet også om de mennesker som ønsker frihet *fra* religion. Likhet kan på den ene side brukes for å begrunne krav om at alle mennesker skal behandles likt, også innen religionene. På den annen side kan likhet også handle om at det kan være nødvendig å legge vekt på relevante forskjeller mellom mennesker (for eksempel religion) for å sikre likhet i praksis. I slike tilfeller bidrar likheten til å verne individer som tilhører religiøse og livssynsmessige grupper mot å bli utsatt for diskriminering.

Den rettslige normen *retten til vern mot diskriminering* kan forstås som en operasjonaliserbar norm som befinner seg i forlengelsen av denne grunnleggende spenningen mellom likhet og frihet. Diskrimineringsvernet transformerer verdien likhet – og likhetens avveining opp mot friheten – inn i rettslige former. Innebygget i diskrimineringsvernet ligger det en norm for å avveie likhet mot frihet. Avveiningsnormen kommer konkret til uttrykk ved at diskrimineringsvernet ikke har ubegrenset rekkevidde, men kan begrenses dersom en innskrenkning bygger på en saklig begrunnelse, som er egnet og forholdsmessig. Dersom vilkårene for å innskrenke diskrimineringsvernet anses for å være til stede, er det friheten som gis gjennomslag på bekostning av likheten. Dersom vilkårene for å innskrenke diskrimineringsvernet ikke anses for å være til stede er det likheten som får gjennomslag.

Diskrimineringsvernet er strukturert slik at det retter seg mot tre ulike typer avveiningssituasjoner:

- 1) Forbud mot indirekte diskriminering: I forbudet mot indirekte diskriminering oppstilles det begrensninger i adgangen til å opprettholde nøytralt utformede bestemmelser som i *praksis* virker slik at personer kommer i en dårligere posisjon enn andre på grunn av sitt kjønn, sin etniske bakgrunn, sin religion og livssyn m.v.

Problemstillinger knyttet til retten til religionsutøvelse for personer tilhørende religiøse og livssynsmessige minoritetsgrupper i møte med storsamfunnet, kan forstås slik at de handler om rekkevidden av forbudet mot indirekte diskriminering. Når er for eksempel et forbud mot bruk av religiøse hodeplagg indirekte diskriminerende i forhold til muslimske kvinner som bærer hijab? Når er et religionsfag i den offentlige grunnskole indirekte diskriminerende overfor elever med humanetisk tro eller muslimske elever?

- 2) Forbud mot direkte diskriminering: I forbudet mot direkte diskriminering oppstilles det begrensninger i adgangen til å begrunne forskjellsbehandling direkte i faktorer som kjønn, seksuell orientering, etnisitet, religion m.v.

Problemstillinger knyttet til individers diskrimineringsvern i møte med tros- og livssynssamfunns frihet til å utøve sin virksomhet som de selv vil, handler om rekkevidden av forbudet mot direkte diskriminering. Når er det for eksempel i strid

med forbudet mot direkte diskriminering å nekte å ansette en kvinne eller en homofil? Når er det i strid med forbudet mot direkte diskriminering å benytte læremidler i en religiøs privat skole som bryter med grunnleggende utgangspunkter om at kvinner og menn har like stor verdi?

- 3) Plikt til aktive tiltak: Diskrimineringsvernet kan gi plikt eller mulighet for staten til å iverksette aktive tiltak som skal bidra til en endring i strukturelle forhold, som er bakenforliggende årsak til at det finner sted forskjellsbehandling.

Problemstillinger som handler om hvilke virkemidler staten kan og skal ta i bruk for å legge press på tros- og livssynssamfunn, religiøse organisasjoner og religiøse skoler, kommer inn her. Hva slags konsekvenser skal det ha dersom trossamfunn, religiøse organisasjoner eller skoler bryter med normer om vern mot diskriminering? Har staten mulighet til eller en eventuell plikt til å trekke tilbake statstilskudd? Kan staten sette krav knyttet til styresammensetningen i de ulike organisasjonene?

Avhandlingen tilnærmer seg de materielle rettsspørsmål gjennom en totrinns-prosess. For hvert enkeltspørsmål drøftes først hvilke plikter staten har etter de internasjonale menneskerettskonvensjoner.³ Deretter belyses innholdet i den nasjonale regulering og hvordan den nasjonale regulering forholder seg til den menneskerettslige normen. Tilnæringsmåten må forstås på bakgrunn av at de internasjonale menneskerettskonvensjonene oppstiller minimumsforpliktelser og gir statene et handlingsrom for hvordan forpliktelsene gjennomføres nasjonalt. Det er ikke bare én måte en menneskerettslig forpliktelse kan gjennomføres på. Resultatet av tolkingen av de menneskerettslige normer kan forstås som å inneholde et rammeverk som den nasjonale regulering må befinne seg innenfor. Resultatet av tolkingen av nasjonalt utformede normer sier noe om hvordan offentlige myndigheter har plassert seg innenfor rammeverket. Denne tilnærmingen gjør det mulig å si noe om det nærmere forholdet mellom de nasjonalt utformede normene og menneskerettighetenes normer for *alle* rettsspørsmål som belyses. (Ofte rettes det bare fokus på forholdet mellom normene i tilfeller der det diskuteres om det foreligger konflikt mellom normene.) Konvensjonene trekker opp de overordnede rammene for hvordan frihet og likhet kan eller skal avveies mot hverandre. Offentlige myndigheters nasjonale regelutforming kan forstås som konkrete verdiavveininger – harmoniseringer – mellom verdiene likhet og frihet. Rettsteoretiske posisjoner kan bidra til å kaste lys over hvordan de konkrete avveiningene kan forstås (for eksempel Anna Christensen, Kaarlo Tuori

³ Hele fem av de seks menneskerettskonvensjonene som er inkorporert i norsk rett inneholder bestemmelser som kan være relevante for avhandlingens tematikk. Dette er de fem konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2: Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs barnekonvensjon og FNs kvinnekonvensjon. Det tas utgangspunkt i at alle konvensjonene står på like fot med hensyn til å pålegge staten materielle forpliktelser. Hvilken konvensjon som anvendes og mer konkret hvilke bestemmelser som belyses, vil variere med hvilket rettsspørsmål som drøftes. Det sentrale er å finne frem til og tolke den/de menneskerettslige normen/normer som rekker lengst i forhold til det rettsspørsmålet som til enhver tid drøftes.

og Ronald Dworkin) og hvordan en avveiningsprosess kan forstås (særlig Martha Nussbaum og Robert Alexy).

I Norge pågår det en diskusjon om det nærmere forholdet mellom lovgivningsmakt og domstolsmakt, der tilslutningen til internasjonale menneskerettskonvensjoner anses for å svekke lovgivningsmakten. Ved å fokusere på menneskerettighetene som et rammeverk for offentlige myndigheters regelutforming blir det mulig å konkretisere denne debatten. Det blir mulig å se på *i hvilken grad* lovgivningsmakten kan sies å være svekket i forhold til det konkrete problemkomplekset som belyses, nemlig religionens plass i samfunnet.