

Forholdet mellom den norske Grunnlovens menneskerettigheter, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og ordinær lovgivning

– Særlig om religionsfrihet og vern mot diskriminering

Av stipendiat Vibeke Blaker Strand, Universitetet i Oslo

Summary: The right to religious freedom and the right to non-discrimination are both fundamental human rights. However, the rights do not enjoy the same formal legal protection in the internal Norwegian legal system. The right to religious freedom has its own provision in article 2 of the Norwegian Constitution, whereas the right to non-discrimination is not protected in the Constitution. Both rights are however protected in several international human rights conventions, which have been incorporated into Norwegian legislation. The Constitution is traditionally seen as the highest legal source. It is a fact that conflicts between the right to religious freedom and the right to non-discrimination do occur. The article looks at what role article 2 of the Constitution plays in such cases from a legal method-perspective. What is the relationship between human rights protected in the Constitution and human rights protected in international human rights conventions? And more specific: What is the situation when two fundamental human rights have to be balanced against each other and only one of them is protected in the Constitution?

Keywords: Legal method, human rights-protection, non-discrimination, religious freedom, balancing of rights, the principle of *lex superior*, constitutional law.

1 Innledning¹

Som utgangspunkt er det opp til den enkelte stat hvordan den velger å gjennomføre menneskerettslige forpliktelser.² I Norge har det de siste 15 årene pågått et arbeid for å styrke

1 Forfatteren ønsker å takke følgende personer for å ha kommet med nyttige innspill til artikkelen: professor dr. juris Carl August Fleischer, professor dr. juris Anne Hellum, stipendiat cand. jur. Benedikte Moltumyr Høgberg, professor dr. juris Kirsten Ketscher, advokat Simen Blaker Strand, samt to anonyme fagfeller.

menneskerettighetenes stilling i den interne retten.³ Dette førte til at det i 1994 ble inn tatt en egen bestemmelse i Grunnloven, § 110c, som omhandler statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene.⁴ Hensikten med innføringen av bestemmelsen var primært å gi et signal om menneskerettighetenes betydning i norsk rett, siktemålet var ikke å innføre noen bestemmelse på Grunnlovs nivå som enkeltindivider kunne påberope seg rettigheter på grunnlag av.⁵ Den nærmere gjennomføringen av menneskerettighetskonvensjoner i norsk rett, skal skje gjennom lov, jf. Grunnloven § 110c annet ledd. I dag er seks sentrale menneskerettighetskonvensjoner gjort til en del av lovgivningen.

Menneskerettsloven trådte i kraft 21. mai 1999 og gjorde Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) til norsk lov. Fra 1. oktober 2003 ble FNs barnekonvensjon inkludert i menneskerettsloven. FNs kvinne diskrimineringskonvensjon ble 1. juli 2005 inkorporert gjennom likestillingsloven, og FNs rasediskrimineringskonvensjon ble inkorporert gjennom diskrimineringsloven, som trådte i kraft 1. januar 2006. At flere menneskerettighetskonvensjoner er gjort til en del av norsk lov, gir et signal utad om at menneskerettigheter tas på alvor i Norge. På samme tid trenger man ikke lete lenge før det blir synlig at spørsmålet om de inkorporerte konvensjonenes trinnhøyde har gitt opphav til en rekke diskusjoner.⁶ Det faktum at FNs kvinne diskrimineringskonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon er inkorporert med lovs rang, mens konvensjonene inkorporert gjennom menneskerettsloven skal gå foran annen lovgivning dersom det oppstår motstrid, jf. menneskerettsloven § 3, viser dette tydelig.⁷ I

- 2 Jf. Torkel Opsahl: «... den nasjonale gjennomføring (er) alfa og omega for de internasjonale menneskerettigheter» i «Internasjonale menneskerettigheter. En innføring» Oslo 1996 s. 85.
- 3 Menneskerettighetslovutvalget (også kjent som Møse-utvalget) ble oppnevnt 18. september 1989.
- 4 Bestemmelsen ble tilføyd ved grlbest. 15. juli 1994 nr. 675.
- 5 Om det nærmere innholdet i § 110c se NOU 1993:18 s. 156-160 og Erik Møse «Menneskerettigheter» Oslo 2002 s. 178-179.
- 6 I senere år er debattene særlig knyttet opp mot en av Makt- og demokratiutredningens hovedkonklusjoner, som slår fast at Norges inkorporering av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene i lovgivningen innebærer en svekking av folkestyret, jf. NOU 2003:19 kap. 6. To av de fem medlemmene i forskergruppen (Siri Meyer og Hege Skjeie) valgte å ikke stille seg bak utredningens hovedkonklusjoner og avga sine egne uttalelser. Spørsmål knyttet til diskrimineringsvernets trinnhøyde, spesielt i relasjon til vernet mot diskriminering på grunn av kjønn, har de senere år særlig blitt behandlet av Else Anette Grannes *Lovgivning om likestilling – bør FN konvensjonen inkorporeres i norsk rett* i *Mennesker og Rettigheter* nr. 2 1994, Vibeke Blaker «Anvendelsen av FNs kvinnekonvensjon i norsk rett. Med hovedvekt på konvensjonens innarbeidelse.» Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1 2003 og Anne Hellum *Maktutredningens påstander om rettsliggjøring settes ut i live – en knekk for demokratiet?* i *Kritisk Juss* nr. 2 2004 s. 115-117.
- 7 Carsten Smith har gitt konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven betegnelsen *semi-konstitusjonelle*, fordi de formelt sett innehar en posisjon som er trinnhøyere enn ordinære lover men trinnlavere enn Grunnloven, se bl.a. Carsten Smith *Bør menneskerettighetene styrkes i vår grunnlov?* i *Jussens Venner* nr. 4 2006 s. 235-247.

artikkelen skal jeg la *denne* trinnhøyde-diskusjonen ligge. Ved å rette blikket mot Grunnloven, blir det imidlertid klart at det også foreligger et *annet* trinnhøyde-spørsmål det kan være gode grunner for å se nærmere på. Dette henger sammen med at også Grunnloven inneholder bestemmelser som verner om menneskerettighetene, for eksempel § 100 om yringsfrihet eller § 2 om religionsfrihet. Enkelte menneskerettigheter nyter i dag et vern *både* gjennom Grunnloven og gjennom de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. De internasjonale konvensjonene har komplisert rettskildebildet og gitt opphav til problemstillinger knyttet til den nærmere sammenhengen mellom Grunnlovens menneskerettigheter og de konvensjonsvernedede menneskerettighetene. Dette gjør det interessant å belyse ulike sider ved det tradisjonelle utgangspunktet i norsk rett, der Grunnloven anses som den trinnhøyeste rettskilden (lex superior). Hvilken betydning kan dette tradisjonelle utgangspunktet sies å ha i dagens rettslige landskap? Når jeg i det følgende omtaler Norges konvensjonsforpliktelser etter menneskerettighetene, avgrensers jeg til de seks konvensjonene som er inkorporert i lovgivningen.

Sammenhengen mellom Grunnlovens menneskerettigheter og menneskerettigheter som er vernet gjennom de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, kan ikke ses løsrevet fra *hvilken* grunnlovsbestemmelse som stilles i fokus. Dette henger sammen med at rettskildesituasjonen vil variere med hvilken rettighet som søkes belyst. Det vil blant annet være store forskjeller på hvilke bidrag forarbeider kan gi når en grunnlovsbestemmelse tolkes. Grl. § 100 om yringsfrihet ble for eksempel endret med virkning fra 3. mars 2006.⁸ Det foreligger utførlige forarbeider til den endrede grunnlovsbestemmelsen. Disse vil kunne gi viktige bidrag når bestemmelsen tolkes. Blant annet antas det at Grl. § 100 på enkelte områder gir et *sterkere* vern for yringsfriheten enn det som for eksempel følger av EMK.⁹ Dette er det ingenting i veien for, all den tid de internasjonale konvensjonene etablerer såkalte minimumsrettigheter.¹⁰ I forhold til andre av Grunnlovens menneskerettigheter foreligger det kun forarbeider fra den gang Grunnloven ble vedtatt, for eksempel forarbeider knyttet til Grunnloven § 96 eller § 97. Disse forarbeidene kan i liten grad bidra i tolkningen av en grunnlovsbestemmelse i dag.¹¹ Retten til religionsfrihet ble innført som en egen bestemmelse i Grunnloven § 2 første ledd i 1964. Forarbeidene til denne bestemmelsen er verken helt gamle eller helt nye, og må sies å befinne seg i en mellomposisjon.¹²

8 Endret ved grlbest. 29 okt 2004 nr. 1402, 3 mars 2006 nr. 271.

9 Se NOU 1999:27 s. 104 og Benedikte Moltumyr Høgberg, »Nye« Grunnloven § 100 i Lov og Rett, nr. 8-9 2005 s. 463-484.

10 Særskilt vedlegg nr. 1 til NOU 1999:27 s. 176 (Utredning om »Norges internasjonale forpliktelser vedrørende yringsfrihet« av Kyrrre Eggen).

11 Om Grunnlovens forarbeider, se Arne Fliflet »Grunnloven. Kommentartutgave« Universitetsforlaget 2005 s. 19 flg.

12 Se mer om Grunnloven § 2 første ledd i punkt 4.

Problemstillinger knyttet til hvordan det er naturlig å forstå den nærmere sammenhengen mellom Grunnlovens menneskerettigheter og konvensjonsvernede menneskerettigheter, kan oppstå i to situasjoner. For det første blir problemstillingen aktuell i tilfeller der innholdet i en grunnlovsbestemmelse søkes fastlagt (og det er på det rene at bestemmelsen ikke gir et bedre vern enn det som følger av de internasjonale konvensjonene). I slike situasjoner kan det argumenteres for at rekkevidden av grunnlovsvernet må være sammenfallende med vernet som følger av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, slik at man unngår tolkningsresultater som innebærer at Grunnloven antas å gi et *svakere* vern enn det som følger av konvensjonene.¹³ For det andre blir det nødvendig å ta stilling til sammenhengen mellom grunnlovsvern og konvensjonsvern i situasjoner der to menneskerettigheter støter mot hverandre og det må avgjøres hvordan de to rettighetene nærmere skal avveies. Problemstillingen kommer særlig på spissen i tilfeller der en av rettighetene *både* er vernet i Grunnloven *og* i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, mens den andre rettigheten er vernet i konvensjonene men *ikke* i Grunnloven. Hva kan sies om Grunnlovens betydning i slike situasjoner? Den siste problemstillingen kan ses som en innfløkt versjon av den første: I tillegg til å forholde seg til sammenhengen mellom Grunnloven og de internasjonale menneskerettighetene for å fastlegge innholdet i en konkret rettighet, blir det nødvendig å ta stilling til denne rettighetens forhold til en *annen* menneskerettighet, som *ikke* nyter Grunnlovsvern. Begge problemstillingene berører det nærmere innholdet i *lex superior*-prinsippet. Hvilken betydning kan prinsippet sies å ha for fastleggelsen av innholdet i en konkret rettighet som både er vernet gjennom Grunnlov og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner? Og hvilken betydning kan prinsippet sies å ha når det i tillegg er to rettigheter som avveies mot hverandre?

I artikkelen vil de metodiske problemstillingene bli belyst av reglene om diskrimineringsvern og reglene om religionsfrihet, og den nærmere sammenhengen mellom disse. Religionsfriheten er vernet gjennom Grunnloven § 2 første ledd, mens Grunnloven ikke inneholder noen bestemmelse om vern mot diskriminering. Samtidig er både retten til religionsfrihet og retten til vern mot diskriminering slått fast i flere menneskerettighetskonvensjoner.¹⁴ Dette betyr at den skisserte problemstillingen med avveining av to menneskerettigheter kommer på spissen. Selv om artikkelen spisses inn mot forholdet mellom religionsfrihet og vern mot diskriminering, vil en god del av synspunktene jeg trekker frem være generelle. Disse vil kunne ha overføringsverdi til andre sammenliknbare situasjoner, både der det er snakk om avveining av to *andre* rettigheter som støter mot hver-

13 Lovavdelingens uttalelse av 5. juni 2000, knyttet til dokument nr. 8:34 (1999-2000) der det var fremmet forslag om å forby bønnerop over høyttaler fra moskeer, viser at dette ikke bare er et rent teoretisk spørsmål. Se nærmere punkt 5.1.

14 Religionsfriheten er vernet i EMK artikkel 9, SP artikkel 18 og FNs barnekonvensjon artikkel 14, mens retten vern mot diskriminering følger av EMK artikkel 14, SP artikkel 26, ØSK artikkel 2 nr. 2, FNs barnekonvensjon artikkel 2, FNs kvinnediskrimineringskonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon.

andre og i forhold til situasjoner der innholdet i en rettighet, som både er vernet gjennom Grunnloven og gjennom menneskerettighetskonvensjonene, søkes fastlagt. I artikkelen er det de metodiske problemstillingene som stilles i fokus. Det er nødvendig å ta stilling til metoden før man som rettsanvender kan drøfte ulike materielle spørsmål. Materielle drøftelser om det nærmere forholdet mellom diskrimineringsvern og religionsfrihet er derfor ikke tema.

2 Generelt om forholdet mellom retten til religionsfrihet og vern mot diskriminering i norsk rett

Religionsfriheten og vernet mot diskriminering kan støte mot hverandre i ulike situasjoner. Det kan for eksempel oppstå spørsmål om hvilken adgang religiøse skoler eller organisasjoner har til religiøst begrunnet forskjellsbehandling av kvinner eller homofile i forbindelse med ansettelser, omplasseringer og oppsigelser. Til illustrasjon kan det minnes om episoden vinteren 2007, der det ble mye oppmerksomhet rundt Oslo-biskop Ole Christian Kvarmes inntreden i en ansettelsessak, som omhandlet spørsmålet om hvorvidt en prest som lever i homofilt partnerskap skulle anses skikket til en vikarstilling i Den norske kirke.¹⁵ Et annet eksempel på religionsfriheten og vernet mot diskriminering som støter mot hverandre, er religiøse friskolers bruk av læremidler. Hvilke grenser gjelder for innholdet i læremidlene som benyttes? Hvor langt kan en religiøs begrunnelse forsvare bruk av læremidler som inneholder utsagn som forskjellsbehandler på grunn av kjønn, seksuell legning, etnisitet eller religion?¹⁶

I tillegg til å være vernet gjennom menneskerettighetene, finnes det flere nasjonale lover som omhandler vern mot diskriminering. Likestillingsloven¹⁷ omhandler vern mot diskriminering på grunn av kjønn, vernet mot diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn reguleres av diskrimineringsloven¹⁸, og arbeidsmiljøloven kap. 13¹⁹ omhandler vern mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjons-

15 Se bl.a. <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article1683976.ece> publisert 11. mars 2007 og <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article1698759.ece> publisert 20. mars 2007. Se for øvrig Elisabeth Vigerust *Likeverd, men ikke likerett. Om diskriminering ved tilsetninger i den norske kirke* i *Retfærd* nr. 82, 21. årgang 1998 s. 38-50.

16 Se ACE-saken, sak nr. 1 2001 fra Klagenemnda for likestilling. Se også Mette Cecilie Loe »Forholdet mellom kvinners menneskerettigheter og religionsfriheten, belyst gjennom jentebarns rett til utdanning.« *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 58, Avdeling for kvinneverett, Universitetet i Oslo, 2005.

17 Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

18 Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven). Ikraftttredelse 1. januar 2006.

19 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

hemming eller alder. I tillegg inneholder boliglovgivningen²⁰ og straffeloven²¹ enkeltbestemmelser med forbud mot diskriminering.

Både likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven inneholder bestemmelser som trekker grenser for vernet mot diskriminering i møte med religionsfriheten. I likestillingsloven § 2 første ledd er dette formulert slik at loven «... gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn». Etter arbeidsmiljøloven er det ved ansettelse i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn gitt adgang til å innhente opplysninger om søkerens homofile legning eller samlivsform og til å legge vekt på disse opplysningene, jf aml. § 13-4 annet ledd annet punktum og § 13-3 tredje ledd. Forutsetningen er at det ved utlysningen av stillingen «... er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten.»²² I diskrimineringsloven § 3 første ledd annet punktum slås det fast at visse handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livssynssamfunn og virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål, faller utenfor lovens virkeområde. Handlingene eller aktivitetene må være av betydning «... for gjennomføringen av samsfunnets eller virksomhetens religiøse eller livssynsmessige formål». Dette unntaket gjelder imidlertid bare utenfor arbeidslivets område, for eksempel i forbindelse med et trossamfunns praksis knyttet til hvem som kan være fadder ved dåp eller i forbindelse med aktiviteter som foretas i et tros- eller livssynssamfunn for å vinne tilslutning til læren.²³ Diskrimineringsloven § 7 annet ledd lovfester dessuten en rett for arbeidsgiver til å innhente opplysninger om hvordan en jobbsøker stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål i tilfeller der det er begrunnet i stillingens karakter eller i formålet for virksomheten.²⁴

20 Se lov 6. juni 2003 nr. 38 om bustadbyggjelag § 1-4, lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag § 1-5, lov 23. mai 1997 nr. 31 om eierseksjoner § 3a og lov 29. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler § 1-8.

21 Se straffeloven §§ 135a og 349a.

22 Arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd, som omhandler unntak fra forbudet mot diskriminering, gir etter ordlyden en utvidet adgang til å forskjellsbehandle på grunn av »homofil samlivsform«, mens lovens § 13-4 annet ledd annet punktum, som omhandler adgangen til å innhente opplysninger i en ansettelsessituasjon, både omfatter opplysninger om jobbsøkerens »homofile legning eller samlivsform«. Det er derfor ikke fullt samsvar mellom reglene. Marianne Jenum Hotvedt tar i Henning Jakhelln og Helga Aune, *arbeidsrett.no*, Oslo 2005 s. 588, til orde for at sammenhengen mellom reglene «... tilsier at når opplysningene kan innbentes, vil det normalt også være saklig å legge vekt på opplysningene ved ansettelsen.» Slik jeg ser det, peker imidlertid en homofil jobbsøkers rett til vern mot diskriminering i motsatt retning. Aml. § 13-3 tredje ledd bør ikke tolkes videre enn det som faktisk følger av ordlyden.

23 Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 77.

24 Kommunal- og regionaldepartementet uttaler imidlertid at «... bestemmelsen kun vil innebære en presisering av det generelle forbudet og unntaket i lovforslagets § 4 første og fjerde ledd. Bestemmelsen innebærer således ingen utvidelse eller innskrenkning av adgangen til å innbente opplysninger i forhold til det generelle diskrimineringsforbudet.». Samtidig legger departementet vekt på at høringsinstansene mente det var et behov for lovfesting på dette punkt, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 114.

Det materielle innholdet i disse bestemmelsene vil ikke bli nærmere behandlet. Jeg konstaterer kun kort at lovgiver, ved innføringen av et eget kapittel i arbeidsmiljøloven om vern mot diskriminering i 2004²⁵ og ved vedtakelsen av diskrimineringsloven i 2005, synes å ha vært like opptatt av å lovfeste grenser mellom diskrimineringsvernet og retten til religionsfrihet som lovgiver var da likestillingsloven ble vedtatt i 1978. For meg står det imidlertid sentralt å påpeke et viktig fellestrekk: I alle de tre lovene blir bestemmelsene som trekker grenser mot retten til religionsfrihet i stor grad begrunnet i at religionsfriheten er vernet på Grunnlovs nivå.²⁶ Dette betyr at det tradisjonelle utgangspunktet med Grunnloven som den trinnhøyeste rettskilden benyttes som begrunnelse for å etablere og opprettholde disse lovbestemmelsene. I artikkelen ønsker jeg å se nærmere på hvorvidt dette rettslig sett er en holdbar begrunnelse.

Det kan tenkes flere innfallsvinkler til dette problemkomplekset. En mulighet er å se nærmere på avveiningen mellom religionsfrihet og vern mot diskriminering i et grunnrettighetsperspektiv. Grunnrettighetstankegangen, som særlig har vært debattert i Danmark de senere årene, bygger på en forutsetning om at visse rettigheter tilhører de såkalte grunnrettighetene og at deres eksistens ikke avhenger av hvorvidt og hvordan de er kodifisert.²⁷ Dersom både retten til vern mot diskriminering og retten til religionsfrihet anses for å høre til grunnrettighetene, blir det overflødig å diskutere betydningen av forskjeller i

-
- 25 Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven 2005 er en videreføring av kapittel XA i arbeidsmiljøloven 1977. Kapittel XA ble tilføyd ved lov 26. mars 2004 nr. 15 og trådte i kraft 1. mai 2004 iflg. res. 26. mars 2004 nr. 574.
- 26 I forarbeidene til likestillingsloven sies det uttrykkelig: *»Departementet finner at det stemmer best med Grunnlovens § 2 om forhold omkring selve religionsutøvelsen i trossamfunn, holdes utenfor lovens virkeområde.*«, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 24. I forarbeidene til diskrimineringsloven trekkes i tillegg Norges menneskerettslige forpliktelser inn: *»Grunnloven § 2, sammen med flere internasjonale konvensjoner Norge er bundet av, oppstiller et prinsipp om religionsfrihet... Når religion og livssyn nå foreslås tatt inn i loven som selvstendige diskrimineringsgrunnlag..., ser departementet at det oppstår særskilte avgrensningsspørsmål i forbindelse med nettopp disse grunnlagene.*«, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 76 flg. En arbeidsgivers rett til å innhente opplysninger om hvordan en arbeidstaker stiller seg til nærmere definerte spørsmål, ble tidligere regulert i den nå opphevede arbeidsmiljøloven av 1977 § 55A. I Ot.prp. nr. 30 (1981-82) ble det fremsatt forslag til endring av § 55A. I proposisjonen sluttet Kommunal- og arbeidsdepartementet seg blant annet til følgende uttalelse fra kommunal- og miljøvernkomiteens mindretallsinnstilling i Innst. O. nr. 59 (1979-80): *»Formålet med denne paragraf (§ 55A) var med andre ord å sikre et vern om den enkelte arbeidstakers integritet, og den grunnlovsfestede rett til tro, tanke og tale etter egen overbevisning og grunnholdning.*« I forbindelse med arbeidet med ny arbeidsmiljølov, foreslo Arbeidsmiljølovutvalget at lovens uttrykkelige bestemmelser om adgang til religiøst betinget forskjellsbehandling ble videreført gjennom den generelle unntaksbestemmelsen i forslag til § 54D. Dette forslaget ble imidlertid møtt med negative reaksjoner i høringen, både fra kristelige organisasjoner og fra Kultur- og kirke departementet, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punktene 8.4.5.4 og 8.4.5.5.
- 27 Henrik Palmer Olsen *»Noget nyt og noget gammelt*« s. 21-38 i *»Grundrettigheder*« Jurist- og økonomiforbundets forlag 2000.

formell trinnhøyde. Jeg har imidlertid valgt en mer positivrettslig tilnærming. Dette henger sammen med at forarbeidene som ligger til grunn for innføring og opprettholdelse av de aktuelle lovbestemmelsene, fremstår som lite fullstendige. Forarbeidene unnlater å behandle flere sentrale rettskildemessige aspekter knyttet til den nærmere sammenhengen mellom vernet mot diskriminering og religionsfriheten.

Det er to ulike dimensjoner jeg ønsker å se nærmere på. Først vil jeg ta et blikk bakover i tid og se på om det kan utledes noe fra forarbeidene til Grunnloven § 2 første ledd som er egnet til å belyse den nærmere sammenhengen mellom vernet mot diskriminering og religionsfriheten. Deretter vil jeg fra et mer generelt perspektiv se på den nærmere rettskildemessige sammenhengen mellom Grunnlovens menneskerettigheter og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Begge dimensjonene bidrar til å belyse det overordnede spørsmålet om hvorvidt det er holdbart å benytte vernet av religionsfriheten i Grunnloven § 2 første ledd som begrunnelse for å etablere og opprettholde de aktuelle bestemmelsene i likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven. Fremstillingen berører samtidig innholdet i lex superior-prinsippet. Jeg vil derfor først si noe overordnet om hva som ligger i dette prinsippet, særlig når det gjelder prinsippets betydning for forholdet mellom grunnlovsbestemmelser og ordinære lover.

3 Overordnet om lex superior-prinsippet. Forholdet mellom Grunnlov og lov.

I henhold til tradisjonell metodelære foreligger det i norsk rett et prinsipp som går ut på at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang; prinsippet om lex superior. Det følger av prinsippet at Grunnloven er den trinnhøyeste rettskilden. Dette betyr at Grunnloven setter grenser for hva lovgiveren kan bestemme.²⁸ Dersom en lovbestemmelse er i strid med Grunnloven, må lovbestemmelsen settes til side. I slike tilfeller anvendes Grunnloven som en rettslig skranke. For å avgjøre om det foreligger motstrid mellom en lovbestemmelse og Grunnloven, må det imidlertid først foretas en tolkning av rettskildematerialet. Også i denne tolkningsprosessen vil prinsippet om lex superior spille inn, som et av flere tolkningsmomenter. I praksis vil det ofte kunne være vanskelig å trekke noe skarpt skille mellom lex superior-prinsippet som tolkningsfaktor og lex superior-prinsippet som rettslig skranke.²⁹ Carl August Fleischer har uttalt følgende om sammenhengen mellom Grunnloven og de øvrige rettskilder: *»Grunnlovens ord inngår som et av de argumenter som må avveies mot og virker sammen med andre rettskilder når dommeren skal finne det rettslige resultat. Prinsippet om at Grunnloven er lex superior inngår også som et av argumentene i totalvurderingen, og gjør at*

28 Jeg avgrenser her mot spørsmål knyttet til om Grunnloven har ulik betydning som den høyeste rettskilde henholdsvis i *forkant* av eller i *etterkant* av at det vedtas en lovbestemmelse.

29 Se Torkel Opsahl *Kløfta-saken, dommerkunsten og dens tolkning* i Lov og Rett 1976 s. 49.

Grunnloven kan komme til å veie tyngre enn de andre momentene som inngår i denne. Men dette behøver ikke bli resultatet, idet det også kan tenkes at de andre argumenter spiller større rolle i den konkrete situasjon.»³⁰ Det er dermed ingen automatikk i at en bestemmelse på Grunnlovs nivå går foran ordinær lovgivning, både det konkrete rettsspørsmålet som skal avgjøres og rettskildet bildet for øvrig spiller inn. Ofte vil rettsanvenderen kunne tolke seg bort fra en motstridssituasjon. Uttrykt med Carl August Fleischers ord: *»Vi ser at denne trinnhøyde ikke er så absolutt som man kunne få inntrykk av ved første øyekast.*»³¹ Dette synet er det også støtte for i praksis fra Høyesterett.³²

Hvordan vernet mot diskriminering og retten til religionsfrihet mer nøyaktig skal avveies mot hverandre, vil blant annet henge sammen med hvilket konkrete rettsspørsmål som skal avgjøres. Jeg lar de konkrete problemstillingene ligge og retter fokus mot hva som mer generelt kan utledes fra forarbeidene til Grunnloven § 2 første ledd. Kan tilblivelseshistorien til Grunnloven § 2 første ledd bidra til å øke forståelsen av religionsfrihetens forhold til andre grunnleggende rettigheter? Hva kan utledes om den nærmere sammenhengen mellom religionsfriheten og vernet mot diskriminering? Kan en gjennomgang av bestemmelsens tilblivelse gi argumenter som bygger opp under en forståelse om at religionsfrihetens trinnhøyde ikke er avgjørende i situasjoner der denne rettigheten skal avveies mot retten til vern mot diskriminering?

4 Grunnloven § 2 første ledd³³

4.1 Bestemmelsens tilblivelse og begrunnelse

I arbeidet med utformingen av Grunnloven i 1814, ble det fremsatt flere forslag som innbar en grunnlovsfesting av religionsfrihet for borgerne. Da Grunnloven § 2 ble vedtatt 4. mai 1814, inneholdt bestemmelsen blant annet følgende formulering: *»Alle christelige Reli-*

30 Carl August Fleicher »Grunnlovens grenser« Oslo 1968 s. 56.

31 Carl August Fleicher »Grunnlovens grenser« Oslo 1968 s. 31.

32 I Rt. 1976 s. 1 (Kløftadommen) slo Høyesterett fast at domstolenes prøvelsesrett av en lovs grunnlovsmessighet i noen grad vil *»...avhenge av hvilken grunnlovsbestemmelse det er tale om.*« Det ble oppstilt en tredeling, der bestemmelser til vern om enkeltmenneskers personlige frihet og sikkerhet ble ansett for å være den gruppe der Grunnlovens gjennomslagskraft ville være størst. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter ble ansett som en mellomgruppe, mens det ble antatt at domstolene i vid utstrekning måtte respektere Stortingets eget syn for grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse. Høyesterett har siden støttet opp om dette synet i Rt. 1996 s. 1415 (Borthendommen) og i Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus-kjennelsen).

33 Informasjon om Grunnloven § 2 er først og fremst hentet fra kapittel VI i Dissenterlovkomiteens innstilling offentliggjort 4. juni 1962 om lov om trossamfunn.

gionssekter tilstedes fri Religionsøvelse«. Dette var en bestemmelse som etablerte religionsfrihet for kristelige religiøse samfunn, ikke *andre* religiøse samfunn. Da Riksforsamlingens redaksjonskomité foretok den endelige redigeringen av samtlige vedtatte grunnlovsbestemmelser, falt imidlertid formuleringen om de kristelige religionssekter helt ut av Grunnloven § 2. I ettertid har det vært uklart hvorvidt dette skyldtes en tilfældighet eller om det skyldtes et bevisst valg av redaksjonskomiteen. Den endelige versjonen av Grunnloven § 2 som ble opplest og undertegnet av samtlige eidsvollsmenn 17. mai 1814 hadde følgende ordlyd: »Den evangelisk-Lutherske religion forbliver Statens offentlige Religion. De Indvaanere, der bekjende sig til den, ere forpligtede til at opdrage deres Børn i samme. Jesuiter og Munkeordener måå ikke taales. Jøder ere fremdeles udelukkede fra Adgang til Riget.« I stedet for å fastslå prinsippet om religionsfrihet, endte ordlyden i Grunnloven § 2 i stor grad opp med å fastsette *begrensninger* i religionsfriheten. Grunnloven etablerte dessuten et sterkt statskirkesystem.³⁴ Forbudsbestemmelsene rettet mot jesuitter, munkeordener og jøder, har gjennom årenes løp blitt opphevet en etter en: Forbudet mot jøder ble opphevet i 1851, forbudet mot munkeordener i 1897, mens forbudet mot jesuitter først ble opphevet i 1956.

Flere ganger etter 1814 ble det foreslått å innta en bestemmelse i Grunnloven § 2 som *positivt* fastslo retten til religionsfrihet. Dette fikk imidlertid aldri tilstrekkelig tilslutning i Stortinget. I 1957 ble det oppnevnt en egen komité som skulle vurdere behovet for en revidering av den alminnelige lovgivnings regler om medlemskap i Den norske kirke, og om personer og trossamfunn som står utenfor statskirken (dissenterlovgivningen).³⁵ Komiteen foreslo blant annet å grunnlovsfeste retten til religionsfrihet.³⁶ Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité og stortingsflertallet sluttet seg i stor grad til dissenterlovkomiteens begrunnelse for grunnlovsfesting.³⁷ Dissenterlovkomiteen fremhevet særlig tre hensyn som talte for en grunnlovsfesting av retten til religionsfrihet:³⁸

1) *Lojal oppfølging av Norges internasjonale forpliktelser.*

Norge hadde gjennom sin tilslutning til FNs verdenserklæring om menneskerettighetene av 10. desember 1948 og gjennom ratifikasjonen av EMK 15. januar 1952³⁹ utad blant

34 Ingeborg Wilberg og Mads Andenæs »Grunnloven kommentarutgave« Universitetsforlaget 1983 s. 18.

35 Komiteen ble oppnevnt ved kgl. res. 11. oktober 1957. Komiteen la frem sin innstilling til lov om trossamfunn 4. juni 1962.

36 Dissenterlovkomiteens grunnlovsforslag ble vedtatt til fremsettelse av representanter for de partier som var med i Stortingets konstitusjonskomité, jf. Stortingsdokument nr. 13 (1959-60) forslag nr. 1, og referert i Stortinget 24. mai 1960. Forslaget ble fremsatt av Dissenterlovkomiteen i *forkant* av at komiteens innstilling ble fremlagt. Dette ble gjort fordi det skulle avholdes stortingsvalg i 1961, og komiteen ønsket at Stortinget i den neste stortingsperioden skulle få anledning til å behandle grunnlovsforslaget, i tråd med prosedyren for grunnlovsendringer i Grunnloven § 112.

37 Se Innst. S. nr. 184 (1963-64) og debatten i Stortinget 4. mai 1964 i St.tid. s. 2899-2906.

38 Dissenterlovkomiteens innstilling s. 24-25.

39 Konvensjonen trådte i kraft 3. september 1953.

annet forpliktet seg til å hevde religionsfriheten. Dette talte for at prinsippet om religionsfrihet også fikk et høytidelig uttrykk i den interne retten. Komiteen var av den oppfatning at *»... en bestemmelse av denne art hører naturlig hjemme i en grunnlov«* og at det derfor ikke var tilstrekkelig med gjennomføring på lovs nivå.

2) *Oppnå balanse mellom statskirkeordningen og dissentersamfunn.*

Komiteen konstaterte at statskirkeordningen i seg selv representerte en innskrenkning i den fulle religionsfrihet og likhet. Statskirkeordningen var slått fast i flere bestemmelser på Grunnlovs nivå, blant annet gjennom § 2 første punktum: *»Den evangelisk-Lutherske religion forbliver Statens offentlige Religion.«*⁴⁰ At statskirkeordningen var fastslått i Grunnloven, talte for at også det alminnelige prinsippet om religionsfrihet ble det. Komiteen uttalte blant annet: *»Det synes da rimelig å få balanse i forholdet, for at inntrykket ikke skal bli skjevt, at man også fastslår religionsfrihet som et sideordnet prinsipp i vår forfatningsmessige rett. Ellers vil inntrykket være at en offentlig religion er det forfatningen anser for viktig å grunnlovsfeste.«*

3) *Realisering av det prinsipp om religionsfrihet som eidsvollsmennene faktisk hadde hatt til hensikt å inkludere i Grunnloven § 2 i 1814.*

Som tidligere nevnt inneholdt Grunnloven § 2, slik bestemmelsen opprinnelig ble vedtatt 4. mai 1814, en formulering som etablerte religionsfrihet for kristelige religionssektorer. Denne falt ut da Grunnloven ble redigert. Ved å innta en bestemmelse om religionsfrihet i Grunnloven § 2 ville man rette *»... en feil og bringe(r) Grunnloven i samsvar med hva eidsvollsmennene hadde tilsiktet.«*

Dissenterlovkomiteen fremsatte to alternative forslag til hvordan en Grunnlovsbestemmelse om rett til religionsfrihet kunne formuleres.⁴¹ Det ene alternativet lød: *»Alle Indvaanere af Riget have fri Religionsøvelse«*. Det andre lød: *»Alle Indvaanere af Riget have fri Religionsudøvelse inden Lovs og Ærbarheds Grændser.«* Det ble ikke ansett å ligge noen reell forskjell i disse to alternativene. Komiteen uttalte blant annet følgende: *»... Selv om det ikke er uttalt i Grunnloven, vil det være en selvfølge at religionsfriheten ikke er absolutt, at lovgivningen må kunne sette grenser for den. Forbeholdet er utvilsomt riktig, men det er på den annen side ikke nødvendig å ha med i teksten... Både garantien for religionsfrihet, og adgangen til å regulere den ved lov må en derfor anta reelt vil være den samme enten man tar ordene innen »Lovs og Ærbarheds Grændser« med eller ikke.«*⁴² Komiteen slo imidlertid fast at formuleringen *»inden Lovs og Ærbarheds Grændser«* *»...åpenbart... ikke gir adgang til ved alminnelig lov å oppheve religionsfriheten. Det er bare begrensninger det kan være tale om, og også de må være lojale overfor religionsfrihetens prin-*

40 Det er i dag syv bestemmelser i Grunnloven som direkte regulerer statskirkeordningen: §§ 2, 4, 12 annet ledd, 16, 21 første punktum, 22 første og annet punktum og 27 annet ledd, jf. NOU 2006:2 s. 39 flg.

41 Til sammen ble det fremsatt fire ulike forslag. To av disse omhandlet imidlertid kun formuleringens plassering i Grunnloven § 2. Disse to forslagene vil jeg derfor ikke behandle nærmere.

42 Dissenterlovkomiteens innstilling s. 26.

sipp.«⁴³ Komiteen siterte hele EMK artikkel 9 nr. 2 for å vise hvordan begrensninger i religionsfriheten nærmere kunne formuleres.⁴⁴

I Innst. S. nr. 184 (1963-64) foreslo Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité enstemmig at Stortinget skulle vedta et nytt første ledd i Grunnloven § 2 med følgende ordlyd: »*Alle Indvaanere af Riget have fri Religionsøvelse*«. Komiteen begrunnet ikke nærmere hvorfor denne ordlyden ble foretrukket fremfor forslaget som også inkluderte ordene »... *inden Lovs og Ærbarheds Grændser*«. Det er imidlertid ingenting i innstillingen som tyder på at komiteen ved valg av formulering gikk bort fra det syn Dissenterlovkomiteen hadde fremhevet, nemlig at det reelt sett ikke ville innebære noen forskjell om det ene eller andre alternativet ble valgt. I Stortingsdebatten ble stort sett de samme argumenter for en grunnlovsfesting av religionsfrihetsprinsippet trukket frem som Dissenterlovkomiteen hadde pekt på i sin innstilling.⁴⁵ Forslaget om å innføre et første ledd i Grunnloven § 2 som slo fast retten til religionsfrihet, ble enstemmig vedtatt av Stortinget 4. mai 1964.⁴⁶ Dette skjedde på dagen 150 år etter at riksforsamlingen på Eidsvoll hadde vedtatt sin bestemmelse om religionsfrihet. Dermed ble det prinsippet som eidsvollsmennene hadde hatt til hensikt å nedfelle i Grunnloven realisert.

4.2 Hva kan utledes?

Tilblivelseshistorien til Grunnloven § 2 første ledd gir særlig opphav til to argumenter som er av betydning for forståelsen av den nærmere sammenhengen mellom religionsfriheten og vernet mot diskriminering. Begge argumentene gir støtte for at religionsfrihetens formelle trinnhøyde ikke er avgjørende i situasjoner der religionsfriheten skal avveies mot vernet mot diskriminering.

For det første er det interessant å merke seg at lojal oppfølging av Norges internasjonale forpliktelser var en av hovedbegrunnelsene for å grunnlovsfeste retten til religionsfrihet. Særlig ble Norges forpliktelser etter EMK trukket frem. Dette er et argument som taler for at Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet bør forstås i lys av det internasjonale kildematerialet. Argumentet forsterkes av at Dissenterlovkomiteen siterte hele EMK artikkel 9 nr. 2 som et eksempel på hvordan begrensninger i retten til religionsfrihet kunne formuleres. Det samme gjør det faktum at det i odelstingsproposisjonen til lov om tros-samfunn, avgitt 15. mars 1967, uttrykkelig ble fremhevet at det ikke forelå motstrid mellom intern norsk rett og de internasjonale konvensjonsbestemmelser om religionsfrihet.⁴⁷

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Se St. tid. S. 2899-2906.

46 Samtlige 141 representanter som var til stede stemt for forslaget.

47 Ot.prp. nr. 27 (1967-68) s. 17. Det var her forholdet til EMK som ble kommentert, i og med at dette var den eneste internasjonale menneskerettighetskonvensjonen som Norge var part til på dette tidspunktet. Norge måtte ved ratifikasjonen av EMK ta forbehold til artikkel 9 på grunn av

Forholdet til Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet ble heller ikke ansett for å være problematisk da menneskerettsloven ble vedtatt i 1999. Til sammen taler dette for at Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet gir et vern som tilsvarer menneskerettighetskonvensjonenes vern, også i situasjoner der religionsfriheten skal avveies i forhold til vernet mot diskriminering.

For det andre er det verdt å merke seg at det var en forutsetning da bestemmelsen om religionsfrihet ble innført at lovgivningen skulle kunne trekke grenser for bestemmelsens rekkevidde. Dette poenget kom uttrykkelig frem i det fremsatte forslaget til ordlyd der det ble presisert at religionsfriheten skulle gjelde *»... inden Lows og Ærbarheds Grændser«*. At dette alternativet ikke ble valgt da grunnlovsendringen ble vedtatt, betyr ikke at det var uenighet knyttet til hvorvidt lover skulle kunne sette grense for rekkevidden av religionsfriheten. Dissenterlovkomiteen anså det som unødvendig å ha denne formuleringen med i teksten fordi det uansett *»... vil... være en selvfølge at religionsfriheten ikke er absolutt, at lovgivningen må kunne sette grenser for den.«*⁴⁸ Det foreligger ingen holdepunkter for at Stortingets flertallet var uenig i dette. Dette betyr at det i forarbeidene til Grunnloven § 2 første ledd ligger innbakt en forutsetning om at samfunnsutviklingen og lovgivers aktivitet på andre områder vil kunne spille inn når bestemmelsen tolkes. Sett i et slikt perspektiv vil dermed lovgivningen som er etablert på diskrimineringsområdet, som forbyr direkte og indirekte diskriminering, være relevant når innholdet i religionsfrihetsbestemmelsen tolkes. At religionsfrihetsbestemmelsens rekkevidde blant annet vil henge sammen med lovgivningen ellers, kommer også frem i lov om trossamfunn § 1, som ble vedtatt blant annet på bakgrunn av Dissenterlovkomiteens innstilling. Bestemmelsen lyder: *»Alle har rett til å driva religiøs verksemd åleine eller saman med andre, og til å skipa trudomsamfunn når rett og sømd ikkje vert krenkt«*⁴⁹. I odelstingsproposisjonen til loven, slår Justis- og politidepartementet fast at lovens § 1 dels er en gjentakelse og dels en presisering av Grunnlovens bestemmelse i § 2 første ledd om retten til religionsfrihet.⁵⁰

Rettspraksis som foreligger fra Høyesterett vedrørende Grunnloven § 2, viser at dette også er slik religionsfrihetsbestemmelsen har blitt anvendt i praksis. Rekkevidden av Grunnloven § 2 første ledd var blant annet tema i to saker som begge omhandlet medlemmer av Jehovas Vitner som var blitt fritatt for militærtjeneste av overbevisningsgrunner, og som senere nektet å avtjene sivil tjeneste grunnet sin religiøse overbevisning.⁵¹ Spørsmålet var om vilkårene i militærnekte-loven⁵² var oppfylt, slik at de to personene

bestemmelsen i Grunnloven § 2 om at jesuitter ikke må tåles. Jesuittbestemmelsen ble opphevet i 1956.

48 Dissenterlovkomiteens innstilling s. 26.

49 Min utheving.

50 Ot.prp. nr. 27 (1967-68) s. 18. Departementet fremhever dessuten: *»Selv om bestemmelsen ikke har selvstendig rettslig betydning, kan det være naturlig å innlede en lov om trossamfunn med en slik prinsippbestemmelse.«*

51 Rt. 1974 s. 688 og Rt. 1980 s. 537.

52 Lov 19. mars 1965 nr. 3 om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner.

kunne »... settes til tvangsmessig avtjening av tjenestetiden i særskilt leir eller på annen måte« i medhold av lovens § 20 første ledd første punktum. I de to sakene ble det blant annet hevdet at anvendelse av militærnekteloven § 20, ville stride mot prinsippet om retten til fri religionsutøvelse i Grunnloven § 2. Om dette uttalte Høyesterett i den første saken: *»Han kan... bare fritas for å møte til slik tjeneste dersom man må gi ham medhold i at det strider mot Grunnlovens § 2, første ledd om rett til fri religionsutøvelse å bringe lovens § 20 til anvendelse overfor ham. Grunnlovens bestemmelse om rett til fri religionsutøvelse har dog ikke vært ment å hjemle en ubegrenset religionsfrihet som skulle gi borgerne adgang til å nekte å etterkomme en samsfunnsplikt av den art det i denne sak dreier seg om.»*⁵³ I den andre saken ble det uttrykkelig henvist til denne uttalelsen. Det gis uttrykk for tilsvarende forståelse av rekkevidden av retten til religionsfrihet i Rt. 1984 s. 1359. Saken omhandlet en pastor som i en nærradiosending kom med sterkt krenkende uttalelser mot homofile. Høyesterett uttalte i sin kjennelse: *»Selv om religionsfriheten står sterkt både etter norsk lov og etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av, må det være på det rene at det ved lov kan gjøres visse begrensninger av den.»*⁵⁴

Det finnes ingen saker fra norske domstoler som konkret omhandler avveiningen mellom Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet og retten til vern mot diskriminering. Klagenemnda for likestilling sitt vedtak i den såkalte ACE-saken, avsagt 22. januar 2001, vedrørte imidlertid det nærmere forholdet mellom disse to rettighetene.⁵⁵ Saken omhandlet spørsmålet om hvorvidt læremidlene som ble benyttet i samfunnsfagsundervisningen i enkelte kristne privatskoler, var i tråd med likestillingsloven. I læremidlene ble kvinner og menn fremstilt som grunnleggende forskjellige. Blant annet ble elevene i 4. klasse invitert til å sette strek under det beste svaret på følgende oppgave: *»(Hustruer, Hunder, Katter) skal adlyde sine ektemenn«*. ACE Norge, som hadde utgitt læremidlene, mente at læremidlene ikke stred mot likestillingslovens bestemmelser slik disse *»...må forstås harmonisert med Grunnloven § 2«*. Klagenemnda delte seg i et flertall på 4 og et mindretall på 3 medlemmer, der flertallet slo fast at læremidlene var i strid med likestillingsloven. Særlig ble Norges forpliktelser etter FNs kvinnekongresskonvensjon trukket inn i tolkningen av likestillingslovens rekkevidde i møte med religionsfriheten. Tolkningsresultatet innebar en innsnevring av anvendelsesområdet til Grunnloven § 2 første ledd.⁵⁶

For ytterligere å belyse synspunktet om lovgivning som trekker grenser for innholdet i Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet, kan det være naturlig å trekke linjer til uttalelser som foreligger om forholdet mellom Grunnloven § 100 om yringsfrihet og straffeloven § 135a, som forbyr diskriminerende eller hatefulle ytringer. Grunnen er at det retts-

53 Kjennelsen s. 689.

54 Kjennelsen s. 1364.

55 Sak nr. 1/2001.

56 Mindretallet mente at benyttelsen av de aktuelle ACE-læremidlene falt innenfor de kristne privatskolenes religionsfrihet og at likestillingsloven ikke kunne begrense religionsfriheten i et tilfelle som dette.

kildemessige forholdet mellom disse to rettighetene er det samme som i forholdet mellom religionsfriheten og vernet mot diskriminering: Den ene rettigheten er vernet på grunnlovs nivå mens den andre følger av ordinær lovgivning samt av Norges menneskerettslige forpliktelser. Om denne forskjellen i trinnhøyde er det uttalt følgende av Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999:27: *»I Norge skulle fraværet av grunnlovsvern mot visse typer av diskriminering som utgangspunkt bety at retten til »frimodige ytringer«, så langt den rekker, går foran de innskrenkninger i ytringsfriheten som følger av ordinær lov. Men i praksis har Grl. § 100 på mange punkter blitt tolket innskrenkende for å gi plass til ordinær lovgivning av motsatt innhold.«*⁵⁷ At lovgivningen bidrar til å presisere det nærmere innholdet i en grunnlovsbestemmelse, gjelder dermed ikke spesielt i relasjon til religionsfrihetsbestemmelsen. Slik er det også naturlig å se forbindelsen mellom Grunnlovens bestemmelse om ytringsfrihet og ordinære lover.

5 Forholdet mellom Grunnlovens menneskerettigheter og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene

5.1 Utdyping av problemstillingen

At både Grunnloven og menneskerettighetskonvensjonene verner religionsfriheten, gir opphav til følgende problemstillinger: Hvilken betydning har menneskerettighetskonvensjonenes bestemmelser om rett til religionsfrihet for tolkingen av Grunnloven § 2 første ledd? Er det slik at innholdet i henholdsvis konvensjonene og i Grunnloven § 2 første ledd bør fastlegges hver for seg, noe som kan føre til at rettsanvenderen kommer frem til at innholdet i de to regelsettene er ulikt? Eller er det naturlig å tolke Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet i lys av det øvrige rettskildematerialet, slik at rekkevidden av Grunnloven § 2 første ledd anses for å være overensstemmende med konvensjonenes bestemmelser?

Det har vært fremsatt ulike synspunkter. Arne Fliflet tar til orde for en helhetlig tilnærming til rettskildematerialet: *»Å operere med en grunnlovsbestemmelse på det høyeste plan og konvensjonsbestemmelser på et noe trinnlavere plan, blir en kunstig, teoretisk og upraktisk form for tolkning. Gjennom vedtakelsen av Grunnloven § 110 c fikk menneskerettighetene en forankring i selve grunnloven... Det er i dag bred enighet om ... at Norge skal respektere de rettigheter som er nedfelt i de internasjonale avtaler om menneskerettighetene. Det naturlige er da å ta utgangspunkt i de aktuelle grunnlovsbestemmelsene og forstå og anvende disse i lys av de tilsvarende bestemmelsene i de konvensjoner Norge har sluttet seg til.«*⁵⁸ Henrik Zahle har uttalt seg i samme retning i forhold til dansk rett: *»Ved fortolkningen af grundlovens menneskerettigheder kan international ret*

57 NOU 1999:27 s. 78.

58 Arne Fliflet »Grunnloven. Kommentartutgave« Universitetsforlaget 2005 s. 28 og 29.

have betydning. Hvis den internationale tekst og den danske tekst er enslydende, må overvejes, om de ikke bør forstås ens, og dette vil ofte føre til en styrkelse af den danske teksts beskyttelseeffekt... I almindelighed fører dette til, at det af international ret bestemte resultat gælder med grundlovskraft.«⁵⁹

Lovavdelingen i Justis- og politidepartementet uttaler seg i mer restriktiv retning i sin utredning 5. juni 2000 vedrørende et dokument 8-forslag, som inneholdt forslag om å forby bønnerop over høytaler fra moskeer. Her ble følgende uttalt om forholdet mellom menneskerettighetene og Grunnlovens bestemmelser: »Hvilken betydning en menneskerettskonvensjon kan ha for et gitt tolkningsspørsmål, vil også naturlig bero på hvor sikre tolkninger som kan uledes av konvensjonen. Det er liten grunn til at usikre tolkninger av en menneskerettskonvensjon, uten støtte i autorativ praksis, skal oppnå grunnlovsvern via fortolkning av en bestemmelse i Grunnloven. Selv om man legger til grunn at det i utgangspunktet vil være samsvar mellom Grunnloven og menneskerettskonvensjonene når det gjelder innholdet av rettigheter som er forankret begge steder, kan det derfor være forskjell i grensetilfeller, særlig når det er begrenset grunnlag for sikre slutninger fra menneskerettskonvensjonene og det foreligger interne rettskildefaktorer som kan underbygge en noe større frihet for lovgiverne i forhold til Grunnloven.«⁶⁰. I utredningen vurderte lovavdelingen hvilken adgang som foreligger til å forby bønnerop over høytaler fra moskeer etter EMK artikkel 9 og SP artikkel 18, samt etter Grunnloven § 2 første ledd. Det var dermed rekkevidden av retten til religionsfrihet som stod i fokus. Lovavdelingen foretok isolerte vurderinger av henholdsvis de internasjonale konvensjonenes bestemmelser og Grunnloven § 2 første ledd og konkluderte med å anta at adgangen til å begrense bønnerop »... etter Grunnloven vil være noe videre enn det som EMK og SP trolig tillater.«⁶¹ Av lovavdelingens konklusjon følger at det i forhold til dette konkrete spørsmålet teoretisk sett er mulig å utforme lovgivning som er i overensstemmelse med Grunnloven § 2 første ledd, men som samtidig er i strid med både EMK og SP. Dersom norske myndigheter valgte en slik løsning, ville det innebære et bevisst brudd på Norges konvensjonsforpliktelser. Det er dermed en løsning som neppe vil bli valgt i praksis.

Etter min oppfatning legger lovavdelingen opp til en for høy terskel for at menneskerettighetene skal kunne ha betydning for tolkingen av en grunnlovsbestemmelse. Dette henger sammen med at det i praksis ofte vil kunne være vanskelig å konstatere at et bestemt resultat bygger på en sikker slutning fra konvensjonene. Det er også min oppfatning at lovavdelingen i dette tilfellet leser for mye inn i forarbeidene til Grunnloven § 2 første ledd, som begrunnelse for at grunnlovsbestemmelsen har et annet innhold enn det som følger av konvensjonene. Dette har sammenheng med at forarbeidene til Grunnloven § 2 første ledd er knappe og er utformet i generelle vendinger. De gir få holdepunkter for

59 Henrik Zahle »Dansk forfatningsret 3: Menneskerettigheter« København 2003 s. 47. Se også Henrik Palmer Olsen *Når praksis overbaler grunnloven* s. 91-103 i Stine Jørgensen m.fl. red. »Nye retlige design. Dansk ret under konkurrence« København 2003.

60 Punkt II.2 i uttalelse fra lovavdelingen om forslag om å forby bønnerop fra moskeer 5. juni 2000 til Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet, knyttet til dokument nr. 8:34 (1999-2000).

61 Utredningens punkt II.4.

hvordan konkrete rettsspørsmål skal løses. Dessuten er de over 40 år gamle. På samme tid går lovavdelingen i liten grad inn på et av hovedargumentene for at retten til religionsfrihet ble nedfelt i Grunnloven, nemlig hensynet til en lojal oppfølging av Norges internasjonale forpliktelser blant annet som følge av Norges tiltredelse til EMK.⁶² Dette er et argument som trekker i motsatt retning, som taler for at Grunnloven § 2 første ledd må tolkes i overensstemmelse med Norges konvensjonsforpliktelser.

5.2 Argumenter for et helhetlig syn på Grunnlovens og konvensjonenes vern av menneskerettighetene

I dette punktet vil jeg trekke frem argumenter som underbygger hvilken nære forbindelse som foreligger mellom menneskerettighetene i Grunnloven og i konvensjonene. Dette er argumenter som legger grunnlag for et helhetlig syn på Grunnlovens og konvensjonenes vern av menneskerettighetene.

Først vil jeg peke på at innholdet av bestemmelsene i Grunnloven ikke kan fastlegges en gang for alle.⁶³ Samfunnsutviklingen vil spille inn når innholdet i de ulike grunnlovsbestemmelsene søkes fastlagt. Dette taler for at internasjonale forpliktelser på menneskerettighetsområdet vil ha betydning når tilsvarende bestemmelser i Grunnloven tolkes.⁶⁴ Rt. 1966 s. 476 (tannlegesaken) kan ses på som et eksempel på en slik tilnærming. Høyesterett valgte å starte vurderingen av sakens rettslige side med en omfattende fortolkning av EMK »... fordi dette spørsmål etter min mening også er egnet til å kaste lys over forholdet til Grunnloven.«⁶⁵ Etter Carl August Fleischers oppfatning forelå det dermed »... en presumsjon for at denne moderne internasjonale standard for menneskerettighetene måtte antas å svare til den beskyttelse av disse rettigheter som det var naturlig å fortolke inn i vår grunnlov i dag...«⁶⁶. Selv for over 40 år siden, fantes det dermed eksempler på at Høyesterett tolket Grunnloven i lys av Norges internasjonale forpliktelser. En slik tilnærming bør gjelde desto mer i dag, sett i lys av at det er regjering og storting som *selv* har valgt å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett gjennom å vedta Grunnloven § 110c og å inkorporere flere sentrale menneskerettighetskonvensjoner i lovgivningen. Norske myndigheter legger også *utad* stor vekt på at Norge skal oppfylle sine forpliktelser etter menneskerettighetene.⁶⁷ Det er lite konse-

62 Se punkt 4.1.

63 Ingeborg Wilberg og Mads Andenæs »Grunnloven kommentarutgave« Oslo 1983 s. 15 og Arne Fliflet »Grunnloven. Kommentarutgave« Oslo 2005 s. 23.

64 Ingeborg Wilberg og Mads Andenæs »Grunnloven kommentarutgave« Oslo 1983 s. 123.

65 Dommen s. 482.

66 Carl August Fleischer *Prinsipper for grunnlovsfortolkning* i Lov og Rett 1969 s. 433-452, s. 437.

67 På hjemmesiden til Utenriksdepartementet står det for eksempel under overskriften »Norges menneskerettighetspolitikk«: »Det overordnede formålet for Norges menneskerettighetspolitikk er å bidra til økt respekt for menneskerettighetene, både nasjonalt og internasjonalt. Norge arbeider for å fremme og sikre bedre etterlevelse av statenes menneskerettighetsforpliktelser, samt fremme kunnskapen om og forståelsen for disse

kvent om man på den ene siden tar en rekke faktiske grep for å styrke menneskerettighetenes stilling, mens man samtidig velger å se Grunnloven som en »isolert« støttestøtte, som ikke påvirkes av utviklingen som har funnet sted. Utviklingen som har ført til dagens rettstilstand taler derfor for at Grunnlovens menneskerettigheter, herunder religionsfriheten, gis et vern som tilsvarer det vern som følger av de internasjonale konvensjonene.

Spørsmålet om samfunnsutviklingens betydning for tolkningen av en grunnlovsbestemmelse ble diskutert av Høyesterett i Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus-kjennelsen). Høyesteretts flertall⁶⁸ uttalte følgende om forholdet mellom Grunnloven § 100 om yringsfrihet og Norges internasjonale forpliktelser: »Grunnloven § 100 er en gammel bestemmelse. Den må i dag åpenbart vurderes på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått. At Norge har sluttet seg til internasjonale konvensjoner som beskytter grunnleggende menneskerettigheter, må også få betydning. Yringsfriheten inngår i disse, men også det vesentlige hensyn det er for et demokrati å verne minoriteter mot diskriminering.«⁶⁹ Høyesterett la gjennom sin tilnærming nettopp vekt på at samfunnsutviklingen måtte få innvirkning på tolkningen av Grunnloven.

Samtidig som samfunnsutviklingen spiller inn i tolkningen av de rettighetene som faktisk er nedfelt i Grunnloven, er det på det rene at Grunnlovens menneskerettighetsvern er fragmentert. Det var til en viss grad tilfeldig hvilke menneskerettigheter som ble inntatt i loven da den ble vedtatt i 1814.⁷⁰ En konservativ holdning i forhold til å skulle endre Grunnloven eller vedta nye grunnlovsbestemmelser (såkalt grunnlovs-konservatisme), har dessuten ført til at en rekke av hullene ikke har blitt tettet.⁷¹ Det har for eksempel vært fremsatt forslag flere ganger om å innta en bestemmelse i Grunnloven om vern mot diskriminering på grunn av kjønn.⁷² Det fragmentariske menneskerettighetsvernet i Grunnloven, sett i sammenheng med den konservative holdningen i forhold til å skulle endre Grunnloven, taler for at det i dagens kontekst ikke bør legges vesentlig vekt på om en menneskerettighet følger av Grunnloven eller ikke. Dette blir spesielt tydelig i situasjoner der to menneskerettigheter skal avveies mot hverandre og bare den ene av rettighetene er vernet gjennom Grunnloven.

Det er også andre særlige forhold som gjør seg gjeldende i situasjoner der to konvensjonsvernede rettigheter skal avveies mot hverandre, slik tilfellet vil kunne være for religionsfriheten og vernet mot diskriminering. Disse rettighetene er begge vernet både gjen-

rettighetene.« Se <http://www.odin.dep.no/ud/norsk/tema/mr/mrpolitikk/bn.html>, publisert 22. januar 2007.

68 Dissens 12-5.

69 Dommen s. 1832.

70 Ingeborg Wilberg og Mads Andenæs »Grunnloven kommentarutgave« Oslo 1983 s. 122.

71 Ingeborg Wilberg og Mads Andenæs »Grunnloven kommentarutgave« Oslo 1983 s. 14 og 15.

72 Se for eksempel Likestillingsombudets høringsuttalelse til Barne- og familiedepartementets høringsnotat fra juni 2003 om innarbeidingen av FNs kvinnekonvensjon i norsk lov. Uttalelsen er tilgjengelig på:

http://www.likestillingsombudet.no/horingsuttalelser/kvinnekonvensjonen_2003231.html.

nom EMK og SP.⁷³ I en avveiningssituasjon vil det være *særlig ubeldig* om Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet tolkes på en annen måte enn det som følger av konvensjonene, fordi det vil kunne innebære at grunnlovsbestemmelsen slår bena under den balansering av de to rettighetene som konvensjonene legger opp til.⁷⁴ Et eksempel: En konkret problemstilling oppstår, og i medhold av konvensjonene, EMK og SP, foretas det en avveining mellom vernet mot diskriminering og retten til religionsfrihet. Det konkluderes med at det, av hensyn til vernet mot diskriminering, foreligger grunnlag for å gjøre en innskrenkning i retten til religionsfrihet. Deretter tolkes Grunnloven § 2 første ledd, og det konkluderes med at bestemmelsen gir en *snevreste* adgang til å gjøre begrensninger i retten til religionsfrihet enn det som følger av konvensjonene. Hva blir løsningen i et slikt tilfelle dersom en sak skal avgjøres av domstolene? En isolert tolkning av Grunnloven § 2 første ledd taler for å velge en løsning som innebærer at det *ikke* gjøres en innskrenkning i retten til religionsfrihet, noe som vil føre til at religionsfriheten i det konkrete tilfellet går foran vernet mot diskriminering. Konvensjonene gir derimot holdepunkter for det motsatte resultatet, nemlig at det gjøres en innskrenkning i retten til religionsfrihet av hensyn til *»...andres rettigheter og friheter«*, jf. EMK artikkel 9 nr. 2 og SP artikkel 18 nr. 3. Dersom Grunnlovens løsning velges, vil resultatet kunne bli at den konkrete avveiningen som er foretatt i medhold av konvensjonene, settes til side. Diskrimineringsvernet blir dermed delvis amputert. En slik løsning vil være konvensjonsstridig, men samtidig *mulig* dersom Grunnloven § 2 første ledd tolkes isolert og anses for å ha en annen rekkevidde enn det som følger av konvensjonene.⁷⁵ Ved en helhetlig tilnærming til rettskildematerialet, der Grunnloven tolkes i overensstemmelse med tilsvarende bestemmelser i de internasjonale konvensjonene, vil derimot en slik situasjon unngås.

Rettspraksis fra Høyesterett viser at forskjeller i formell trinnhøyde i praksis ikke tillegges avgjørende vekt i tilfeller der to menneskerettigheter avveies mot hverandre. I Kjuuskjennelsen uttalte Høyesteretts flertall at det ved *»... den avveining som skal foretas i forhold til Grunnloven § 100, må... ha betydning at vern mot rasediskriminering er akseptert i det internasjonale samfunn som en grunnleggende rettighet.«*⁷⁶ Høyesteretts flertall la ikke vekt på forskjellen som foreligger i formell trinnhøyde mellom yttringsfriheten i Grunnloven § 100 og

73 Det er flere konvensjoner som verner om hver av disse rettighetene, men bare EMK og SP som verner om dem begge samtidig. Se note 14.

74 For saker fra EMD der det foretas en avveining mellom rettigheter, se blant annet Case of von Hannover v. Germany avsagt 24. juni 2004, som omhandler forholdet mellom yttringsfriheten og personvernet. Se også Case of Refah partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey, avsagt 13. februar 2003. Saken omhandler forholdet mellom foreningsfriheten og konvensjonens prinsipper om grunnleggende forutsetninger for en demokratisk rettsstat. Se også Amir Hirmotahari »EMK og mellomprivate konflikter. Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon« Oslo 2007 særlig kap. 5.

75 Jf. lovavdelingens uttalelse i saken om bønnerop.

76 Dommen s. 1832.

vernet mot rasediskriminerende ytringer, som følger av straffeloven § 135a og av Norges menneskerettslige forpliktelser. Derimot la retten opp til en avveining av de to rettighetene som tok utgangspunkt i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Denne forståelsen av sammenhengen mellom straffeloven § 135a, Grunnloven § 100 og Norges menneskerettslige forpliktelser, sluttet Høyesterett seg også til i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys-dommen). Det foreligger dessuten en rekke saker fra Høyesterett vedrørende forholdet mellom retten til ytringsfrihet og retten til personvern. Også i disse sakene kommer forholdet mellom grunnlovsvern og de internasjonale menneskerettighetene opp, fordi retten til personvern ikke følger av Grunnloven, men av ulike regelsett på lovs nivå og gjennom de internasjonale menneskerettighetene.⁷⁷ EMK og SP verner derimot både om ytringsfriheten og om personvernet.⁷⁸ I Høyesteretts dom i saken mellom Se og Hør og to tidligere deltagere i realityprogrammet Big Brother, Rt. 2007 s. 687, ble følgende uttalt om avveiningen som skulle foretas mellom ytringsfriheten på den ene siden og vernet for privatlivet på den annen: » Gjennom menneskerettslova er EMK gjort til intern norsk rett. I saka no er både artikkel 8 om respekt for privatlivet og artikkel 10 om ytringsfridommen sentrale. Det er her tale om tilsvarande avveingar som dei som må gjerast etter skadebotlova § 3-6 første ledd og straffelova § 390, og det må i denne situasjonen vere rett å tolke desse føresegnene slik at innhaldet blir i samsvar med EMK artikkelane 8 og 10.« Grunnloven § 100 ble ikke anvendt i saken og spørsmål knyttet til forskjeller i formell trinnhøyde mellom de to rettighetene ble overhodet ikke kommentert. At Grunnloven § 100 ikke ble trukket inn, er i overensstemmelse med andre saker som også omhandler avveiningen mellom ytringsfriheten og personvernet.⁷⁹ I Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) uttalte Høyesteretts flertall følgende om rettskildesituasjonen: »... det er konvensjonen og EMDs praktisering av denne som i dag er den primære rettskilde når norske domstoler skal trekke grensen for de ærekrenkende utsagn som vil kunne gjøres til gjenstand for straff eller mortifikasjon.«⁸⁰ I disse sakene er det dermed først og fremst de internasjonale konvensjonene som gir veiledning i forhold til hvor grensene mellom rettig-

77 I forbindelse med saker om ærekrenkelser, er det straffeloven §§ 246 og 247 som er aktuelle. Krenkelse av privatlivets fred reguleres av straffeloven § 390. Oppreisning kan kreves i medhold av skadeerstatningsloven § 3-6. Personvernensyn kommer også sterkt inn i forbindelse med saker som omhandler rekkevidden av straffeprosessloven § 125 om journalisters rett til å beskytte sine kilder, samt i forbindelse med rekkevidden av fotograferingsforbudet i domstoloven § 131 a.

78 Retten til ytringsfrihet følger av EMK artikkel 10 og SP artikkel 19. Retten til personvern, vern om sitt omdømme, følger av EMK artikkel 10 nr. 2 og SP artikkel 17 nr. 1.

79 Jeg har gjennomgått følgende saker: Saker om ærekrenkelse og krav om oppreisning og eventuelt mortifikasjon: Rt. 2005 s. 1677, Rt. 2004 s. 1483, Rt. 2003 s. 928, Rt. 2003 s. 1190, Rt. 2002 s. 764, Rt. 2001 s. 1720, Rt. 1999 s. 1541, Rt. 1999 s. 1742, Rt. 1999 s. 1762, Rt. 1994 s. 1574. Saker om journalisters rett til å beskytte sine kilder etter strpl. § 125: Rt. 2004 s. 1400, Rt. 2002 s. 489. Saker om rekkevidden til fotograferingsforbudet i dl. § 131 a: Rt. 2004 s. 510, Rt. 2003 s. 593.

80 Premiss 58.

hetene skal trekkes. Eventuelle synspunkter knyttet til at yttringsfriheten må nyte et spesielt sterkt vern fordi rettigheten er nedfelt i Grunnloven, slår dermed ikke gjennom.

6 Avslutning

Det overordnede spørsmålet jeg har belyst i artikkelen er hvorvidt Grunnlovens vern av religionsfriheten i § 2 første ledd rettslig sett er en holdbar begrunnelse for å etablere og opprettholde bestemmelsene i likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven, som trekker grenser for vernet mot diskriminering i møte med religionsfriheten. Kan det tradisjonelle utgangspunktet der Grunnloven anses som den trinnhøyeste rettskilden benyttes som begrunnelse for å opprettholde disse lovbestemmelsene? For å analysere problemstillingen har jeg lagt vekt på å belyse rettskildemessige aspekter som forarbeidene til de tre lovene har unnlatt å behandle. Jeg tok et blikk bakover i tid for å se om det forelå materiale i forarbeidene til Grunnloven § 2 første ledd som var egnet til å belyse den nærmere sammenhengen mellom vernet mot diskriminering og religionsfriheten. Deretter så jeg mer generelt på den nærmere rettskildemessige sammenhengen mellom Grunnlovens menneskerettigheter og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

Fremstillingen ovenfor viser at Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet ikke kan ses som en isolert størrelse, men må tolkes og anvendes i lys av den lovgivning og de menneskerettslige forpliktelsene som omgir den. Dette innebærer at innholdet i bestemmelsen ikke kan fastlegges en gang for alle, men vil kunne endres både over tid og med hvilke konkrete problemstillinger det skal tas stilling til. Spesielt kan det ikke legges til grunn noen på forhånd gitt forståelse av innholdet i religionsfrihetsprinsippet i tilfeller der det er snakk om å avveie denne rettigheten mot en annen menneskerettighet.

En slik forståelse innebærer at det rettslig sett ikke er holdbart å opprettholde de aktuelle bestemmelsene i likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven under henvisning til at religionsfriheten er vernet på Grunnlovs nivå. Fremstillingen viser tvert imot at prinsippet om Grunnloven som den trinnhøyeste rettskilde ikke er *egnet* til å bidra i situasjoner der to menneskerettigheter skal avveies mot hverandre. I en avveiningssituasjon vil det være de internasjonale konvensjonene som danner utgangspunkt for den avveiningen som skal foretas. At lovbestemmelsene trekker opp statiske rammer rundt retts spørsmål som etter menneskerettighetene skal finne sine løsninger gjennom konkrete avveininger, er dermed problematisk sett i lys av Norges menneskerettslige forpliktelser. Dagens lovregulering fører dessuten til at det i *praksis* lett oppstår misforståelser knyttet til diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsfriheten.⁸¹ Den faktiske rettskildemessige situasjonen tilsløres gjennom de statiske rammene som trekkes opp av de nasjo-

81 Dette ble blant annet påpekt i Likestillingsombudets høringsuttalelse knyttet til utformingen av diskrimineringsloven, se Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 74.

nale lovene. Etter min oppfatning bør de aktuelle lovbestemmelsene i likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven derfor oppheves.

Det er i stor grad *politiske* beslutninger som ligger bak innføringen og opprettholdelsen av de nasjonale lovbestemmelsene som trekker opp grenser for diskrimineringsvernet i møte med religionsfriheten.⁸² Dette kan forklare hvorfor forarbeidene til lovene unnlater å belyse helt sentrale aspekter knyttet til det nærmere forholdet mellom religionsfriheten og vernet mot diskriminering. Ved å begrunne disse lovbestemmelsene med at religionsfriheten er vernet på Grunnlovs nivå, blir imidlertid de politiske beslutningene ikledd en juridisk språkdrakt. Grunnloven benyttes som et middel for å oppnå et resultat som det rettslig sett ikke foreligger grunnlag for.

Mer generelt vil jeg også peke på at det er uheldig at Grunnloven benyttes som argument for å etablere et hierarki mellom ulike menneskerettigheter, der noen rettigheter anses som viktigere enn andre. Etableringen av et helhetlig menneskerettighetsvern internasjonalt, gjør at det også på det nasjonale planet blir nødvendig med en helhetlig tilnærming til spørsmål om menneskerettigheters rekkevidde. Utgangspunktet bør tas i de ulike rettighetene og rettighetenes innhold fremfor i hvilken formell plassering en rettighet er gitt i rettskildehierarkiet.⁸³

1. juni 2007 nedsatte regjeringen et lovutvalg (Diskrimineringslovutvalget) som skal legge frem forslag til en samlet og mer helhetlig diskrimineringslovgivning. Innen 1. januar 2008 skal det avgis en delinnstilling om unntakene for trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven. Etter min oppfatning bør også diskrimineringslovens bestemmelser som etablerer grenser for diskrimineringsvernet i møte med religionsfriheten, omfattes av denne delinnstillingen.

82 Se note 26 for referanser til forarbeider der det politiske elementet tydelig kommer frem.

83 Jf. Kirsten Ketscher *Mod en argumentativ ret* i Jussens Venner hefte 5-6 2000 s. 272-287.

Forfatteropplysninger: Vibeke Blaker Strand (f. 1977) ble cand. jur. i 2002. Hun er stipendiat ved Det juridiske fakultet, Institutt for offentlig rett, Avdeling for kvinnerett, ved Universitetet i Oslo. Blaker Strand arbeider med en PhD-avhandling som omhandler vernet mot diskriminering etter norsk rett og særlig spørsmålet om hvor langt diskrimineringsvernet rekker i møte med andre grunnleggende rettigheter, spesielt retten til religionsfrihet. Epost: v.b.strand@jus.uio.no.