

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

Samvittighetsfriheten: Bedre sameksistens eller uunngåelig konflikt?

HANS MORTEN HAUGEN

*Dr.jur., dr.philos (statsvitenskap), og professor ved Fakultet for teologi, diakoni og ledelse,
VID vitenskapelige høyskole
hans.morten.haugen@vid.no*

SAMMENDRAG Høyesterett har i spiralnektdommen fra 2018 pekt på noen viktige prinsipper for samvittighetsfriheten. I rettssystemet har samvittighetsfrihet knyttet til helse og reproduksjon, ut fra teologisk overbevisning, fått mest oppmerksomhet. En rekke konfliktsituasjoner der samvittighetsfriheten kan påberopes, er imidlertid ikke behandlet i rettssystemet. Artikkelen argumenterer for at hensynet til andre, konkret det å unngå å påføre andre skade, bør vektlegges mer enn hensynet til eget ubehag ved en konkret handling. Artikkelen bygger på en inkluderende forståelse av hva et livssyn er, og argumenterer for at et helhetlig menneskesyn kan romme en sterk overbevisning om hva som kan være skadelig å utsette barn for. Også lærere må derfor kunne påberope seg samvittighetsfrihet.

NØKKELOD Eweida-dommen, FNs menneskerettighetskomité, forum internum, lov om rituell omskjæring av gutter, Lærerprofesjonens etiske råd, unntakshjemler i nødssituasjoner

ABSTRACT In the 2018 judgment concerning a physician rejecting to assist women in inserting a contraceptive spiral, the Norwegian Supreme Court identified some important principles for freedom of conscience. Freedom of conscience related to health and reproduction, based on theological convictions, has received the most attention. However, a number of conflict situations where freedom of conscience can be invoked have not been dealt with in the judicial system. The article argues that the concern for others, specifically the avoidance of inflicting harm on others, should be emphasized more than the consideration for one's own discomfort in a specific action. The article is based on an inclusive understanding

of what constitutes a worldview and argues that a holistic view of human beings can contain a strong conviction in what can constitute harm for children. Teachers may therefore also be permitted to invoke freedom of conscience.

KEYWORDS Eweida judgment, exceptions in emergency situations, forum internum, Act on ritual circumcision of boys, The Teaching Profession's Ethical Council, United Nation's Human Rights Committee

1. Innledning

Samvittighetsfrihet er – kort fortalt – friheten til ikke å pålegges å handle i strid med sin dyptfølte overbevisning. Høyesterett fant i 2018 at en lege som ikke kunne bidra til å sette inn spiral, som følge av hennes samvittighet, var blitt usaklig oppsagt av Sauherad kommune, og identifiserte to avgjørende krav for samvittighetsfriheten: i) overbevisningens alvor, sammenheng og viktighet, og ii) utøvelsen av overbevisningen må være nær knyttet til det aktuelle livssynet.¹

På norsk er det publisert en NOU,² en drøfting i rammen av en bokanmeldelse,³ samt artikler om legers reservasjonsrett,⁴ og flere studentavhandlinger.⁵ Likevel er det skrevet lite om samvittighetsfrihet på norsk. Vibeke Blaker Strands publikasjoner om forholdet mellom diskrimineringsvern og religionsfrihet berører samvittighetsfrihet, men hun bruker i liten grad begrepet – med noen unntak.⁶

-
1. Høyesterett, Sak HR-2018-1958-A, Sauherad kommune mot Katarzyna Jachimowicz; Katarzyna Jachimowicz mot Sauherad kommune, 2018, avsnitt 78 (utdrag). Viktige grunner til at legen fikk medhold, var den uklare rettsstilstanden fram til den nye forskriften 29. august 2012 om fastlegeordning i kommunene trådte i kraft, og legens tydelige kommunikasjon ved ansettelsen om at hun verken ville henvisse til abort eller sette inn spiral.
 2. NOU 2016: 13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet.
 3. Thom Arne Hellerslia, «Bokanmeldelse av Leonard M. Hammer, *The International Human Right to Freedom of Conscience: Some suggestions for its development and application*, utgitt av Ashgate Dartmouth 2001», *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 22(2), 2004, s. 229–232.
 4. Morten Magelssen og Torbjørn Folstad, «Bør leger ha reservasjonsrett ved assistert befruktning?», *Etikk i praksis*, 5(2), 2011, s. 7–22; Anne Mari Røsting Strand, «Samvittighetsfrihet i omsorgsprofesjoner – spenningen mellom etikk og politikk i den offentlige diskursen om reservasjonsrett for leger», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 35(3–4), 2018, s. 289–300.
 5. Yngvil Groth Farsund, *Religion, reservasjon og reproduksjon. Fastlegers samvittighetskvaler ved eggdonasjon og andre former for assistert befruktning*. Masteroppgave i juss. Universitetet i Bergen, 2020; Linn Christine Flø, *Samvittighetsfrihet etter EMK artikkel 9 som skranke for arbeidsgivers styringsrett. I hvor stor utstrekning innebærer arbeidstakers samvittighetsfrihet en begrensning i arbeidsgivers styringsrett?* Masteroppgave i juss. Universitetet i Bergen, 2017; Linda Tengesdal, *Samvittighetsfrihet i arbeidslivet. Reservasjonsrett eller urettmessig ordrenekt?* Masteroppgave i juss. Universitetet i Oslo, 2016.
 6. Vibeke Blaker Strand, «Nødvendig omkamp om spiralnekt», *Lov og Rett*, 57(6), 2018, s. 325–341; se også Vibeke Blaker Strand, «Nødvendige avklaringer i spiralnektssaken», *Advokatbladet*, 22. august

Denne artikkelen går i dialog med internasjonale kilder, men vil bruke eksempler fra Norge. Fordi samvittighetsfrihet er lett å påberope seg, er det viktig å finne gode kriterier for å avgjøre hva som faller innenfor og utenfor samvittighetsfriheten. Generelt bør det være en høyere terskel for å sette begrensninger på utøvelse av samvittighetsfriheten enn eksempelvis religionsfriheten, men anerkjennelse av samvittighetsfrihet kan skape både spenninger og konflikter.

Del to forklarer samvittighetsfriheten mer inngående – gjennom seks presiseringer. Del tre viser norske lovbestemmelser om samvittighetsfrihet. Del fire gjør rede for forsøket på å få samvittighetsfriheten inn i Grunnloven, og hvorfor dette ikke lyktes. Del fem drøfter hva som ikke kan falle innenfor samvittighetsfriheten, fordi utøvelsen av samvittighetsfriheten i disse tilfellene er unødvendig byrdefull for andre. Del seks tar for seg et problemfelt som ikke har vært prøvd for retten, nemlig om det å nekte å ta i bruk vurderingssystemer som oppleves som skadelige for barn, kan falle inn under samvittighetsfriheten. Del sju viser hvordan samvittigheten er anerkjent i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Dette skjer gjennom først å peke på *sammenfallet* i de ulike konvensjonene, ved at samvittighetsfriheten koples til tankefrihet og religionsfrihet. Deretter peker jeg i del åtte på *forskjellene* i forståelse av unntak fra utøvelse av samvittighetsfriheten mellom Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og FNs menneskerettighetssystem. Del ni drøfter innholdet i *generelle* unntaksbestemmelser, og hvorvidt disse kan begrunne det å begrense samvittighetsfriheten i gitte situasjoner. Del ti presenterer norske unntakshjemler. Del elleve drøfter hvordan sameksistens kan fremmes og konflikt reduseres. Del tolv oppsummerer.

Det finnes iallfall to områder som berører samvittighetsspørsmål og som denne artikkelen ikke drøfter: For det første, ulike måter å bistå personer uten lovlig opphold, enten med *arbeid* – forbudt etter utlendingsloven § 108 tredje ledd, bokstav

2018. I hennes øvrige publikasjoner omtales samvittighetsfrihet kun når Strand siterer andre; hun bruker begrepet «frihet til å tro på hva de vil ...», som skilles fra «å handle etter sitt [...] syn»; se Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal Akademisk 2012, s. 207; se også Vibeke Blaker Strand, «Menneskerettigheter som rammeverk i det nye mangfoldssamfunnet», i Andreas Føllesdal, Morten Ruud & Geir Ulfstein (red.), *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Universitetsforlaget 2017, s. 276–297; s. 289; formuleringen brukes også i en kronikk; se Vibeke Blaker Strand, «Jussen tillater full likestilling», *Vårt Land*, 30. september 2020. For avveiningen mellom trosbaserte arbeidsgiveres forventninger til sine ansatte og den enkelte ansattes rett til å ikke bli diskriminert, se Vibeke Blaker Strand, «Forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn ved ansettelser i tros- og livssynssamfunn», i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt & Dag Michalsen (red.), *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Cappelen Damm Akademisk 2009, s. 567–584.

a)⁷ – *helsehjelp* utover det som hjemles av forskriften,⁸ eller hjelp til å *unndra seg vedtak om utsending* ved ikke å nekte kirkeasyl.⁹ For det andre, de mange formene for helsehjelp som endringene av bioteknologiloven hjemler, inkludert assistert befruktning for enslige og eggdonasjon dersom man er befruktningsudyktig eller bærer av en arvelig sykdom.¹⁰ Helsepersonell er pliktige til å beslutte slike tjenester og ikke unndra seg det å yte slike tjenester.¹¹ Artikkelen bygger på at samvittighetskonflikter både kan oppstå i et arbeidsforhold og i situasjoner som ikke handler om utøvelse av et gitt yrke. Det er særlig hva som skal til for å kalles et livssyn, som gjøres til gjenstand for en mer inngående drøfting, siden dette er så tydelig spesifisert som krav av Høyesterett.

Artikkelen søker å besvare spørsmålet: Hvordan anerkjennes samvittighetsfriheten, og vil anerkjennelse av samvittighetsfriheten fremme bedre sameksistens eller snarere medføre uunngåelige konflikter? Konflikt forstås som motstridende ønsker i mellommenneskelige relasjoner, der ønskene er gjensidig utelukkende.

En viss etymologi er relevant. Det engelske ordet «conscience» består av to ledd, som begge stammer fra latin: «con» som betyr med, og «science» som betyr kunnskap. Det nynorske ordet «samvit» og det greske ordet «syneidesis» viser begge til «conscience», som handler om å utvikle tenkning og kunnskap sammen med andre, slik at man selv kan stå for sine valg. Det er også et annet lignende ord som brukes på engelsk, nemlig «conscious(ness)». På nynorsk vil dette ordet oversettes til «medvit», som handler om grad av bevissthet når man gjorde valg.

2. Seks innledende presiseringer om samvittighetsfriheten

For det første: Vi så innledningsvis at Høyesterett brukte begrepet livssyn, som er det mest overordnede begrepet for det som Store norske leksikon (snl.no) også omtaler som «livsanskuelse».¹² Det er ikke avgjørende om dette livssynet har en transcendent dimensjon eller ikke, og er teistisk eller ikke. Kravet er imidlertid at

7. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

8. Forskrift 19. desember 2011 nr. 1255 om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket, som endret gjennom forskrift 2. oktober 2015 nr. 1146.

9. For innblikk i hvordan kirkeasyl ble vurdert av daværende justisminister Grete Faremo, som å undergrave demokratiet og åpne for ytterliggående krefter, se Hans Morten Haugen, «Den norske kirke og de flerkulturelle utfordringer», *Tidsskrift for Teologi og Kirke*, 81(3), 2010, s. 208–220 (216–217).

10. Lov 19. juni 2020 nr. 78 om endringer i bioteknologiloven mv.

11. Se Groth Farsund (2020), kontra Magelssen og Folstad (2011).

12. Knut Erik Tranøy, «Livssyn», *Store norske leksikon* – <https://snl.no/livssyn>, 2020.

livssynet er konsistent, slik at den aktuelle overbevisningen kan knyttes til det aktuelle livssynet. Samvittighetsfriheten er altså ikke sterkere knyttet til religiøse livssyn enn til andre livssyn,¹³ men et omforent livssyn må ligge til grunn.

For det andre: Mens samvittighetsfriheten ofte presenteres med vekt på den indre dimensjon (*forum internum*), vil jeg snarere argumentere for en samvittighetsfrihet forankret i den ytre dimensjon (*forum externum*). Reell samvittighetsfrihet handler ut fra en slik forståelse ikke primært om å unngå «ubehageligheter» for seg selv, men om å respektere menneskers ønske om å unngå å påføre andre skade med sine handlinger. I forlengelsen av dette: Samvittighetsfriheten kan ikke påberopes ved enhver påstått krenkelse, og er altså ingen frihet fra retten til ikke å bli krenket.

For det tredje: Det å vise til samvittighet innebærer *ikke* at man anser seg selv som et moralsk bedre menneske enn andre, men at man har klare oppfatninger om hva som er rett og galt for seg selv. Den tidligere legen Gro Nylander, spesialist i fødselshjelp, kvinnesykdommer og medisinsk genetik, uttalte i debatt med en annen lege, som reserverer seg mot å henvise til abort, Gunhild Felde: «Vi har faktisk en samvittighet vi andre også. En ganske god samvittighet.»¹⁴ Nylander valgte en offensiv strategi, men ordet «også» viser at mange opplever det krevende å møte motparter som argumenterer ut fra samvittighetsfrihet.

For det fjerde: Begrepene «god» og «dårlig» brukt om samvittighet har gjort samvittighetsfriheten en bjørnetjeneste, ved at det kan gis inntrykk av at samvittighetsfriheten handler om å tillates å ha riktige emosjoner. Selv om dette er for upresist, kan det være forbindelser mellom emosjonene – der god samvittighet handler om at man er overbevist om at man har gjort gode valg – og den menneskerettslige samvittighetsfriheten. Det er sunt å ha dårlig samvittighet når man har gjort noe man innser at var feil, og like sunt å ha god samvittighet for å ha gjort noe man selv mener er rett, selv om sosiale konvensjoner kan tilsi noe annet.

For det femte: Det å stå for sin samvittighet innebærer ikke nødvendigvis en holdning om at selve loven – som gir lovhjemmel til den aktuelle handlingen man ikke ønsker å ta del i – er illegitim eller feil. Dette kom til uttrykk i debatten om abortloven. Felde, som ikke selv vil utføre abort, uttalte at hun «respekterer abort-

13. Likevel er jeg enig i denne forbindelsen mellom samvittighetsfrihet og trosfrihet, som uttrykt av FNs høykommissær for menneskerettigheter: «freedom of conscience [...] makes diversity part of faith»; se <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomReligion/faith4rights-toolkit/Pages/Module12.aspx>.

14. NRK, «Debatten: Reservasjonsmulighet», 24. oktober 2013 – <https://tv.nrk.no/serie/debatten/201310/NNFA51102413/avspiller>, 51:48–51:52.

loven i Norge. Jeg har ikke noe ønske om å hindre noen kvinne i å ta abort».¹⁵ Hun bare ønsker ikke selv – i sin praksis som allmennlege i Bergen – å måtte henvise kvinner til abort. Nylander bestrider imidlertid at en person som ikke bidrar til oppfyllelse av loven, kan sies å respektere denne loven.¹⁶

For det sjette: Samvittighetsfrihet framstilles gjerne som størst mulig valgfrihet, men dette er en upresis forståelse. Snarere handler samvittighetsfrihet om å leve strengt i samsvar med sin fritt valgte overbevisning, noe som kan representere en intens erfaring av frihet.¹⁷

3. Norske lover

Innledningsvis er det relevant at både FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (FN-konvensjonen) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon anerkjenner samvittighetsfrihet, og ved at disse er inn tatt i menneskerettsloven, regnes disse som norsk lov. En oversikt over spesifikke norske lover er likevel på sin plass.

Det er bare en norsk lovbestemmelse som bruker begrepet samvittighetsgrunner, nemlig lov om rituell omskjæring av gutter,¹⁸ som i § 4 gir anledning til å be om fritak fra å utføre eller assistere ved slik omskjæring.

To andre lover beskriver essensen i samvittighetsfriheten. Forsvarsloven omhandler i § 35 fritak for tjeneste i Forsvaret.¹⁹ Pasient- og brukerrettighetsloven hjemler i § 4-9 retten til å nekte blodoverføring.²⁰ Begge sier at kravet er «alvorlig overbevisning», og forsvarsloven bruker også formuleringen «verdier som er av fundamental betydning for dem». Pasient- og brukerrettighetsloven krever også at vedkommende er myndig.

Vi ser at det er krav om alvorlig overbevisning og verdier av fundamental betydning. Begrepet verdier er ikke nærmere avklart verken av regjeringen eller av Stortinget i forkant av at forsvarsloven ble vedtatt. Snl.no skriver at verdi kan tillegges både personer, objekter, handlinger og tilstander, og omhandler graden av viktighet når vi gjør våre vurderinger og treffer beslutninger.²¹ En annen måte å si det på er at verdier handler om det vi orienterer livene og valgene våre etter.

15. Ibid., 02:16–02:23.

16. Ibid., 05:35–05:39.

17. Heiner Bielefeldt og Michael Wiener, *Religious Freedom Under Scrutiny*, University of Pennsylvania Press 2020, s. 52.

18. Lov 20. juni 2014 nr. 40 om rituell omskjæring av gutter.

19. Lov 12. august 2016 nr. 77 om verneplikt og tjeneste i Forsvaret.

20. Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

21. Mathias Sagdahl, «Verdi», *Store norske leksikon* – <https://snl.no/verdi>, 2019.

Videre er samvittighetsfriheten implisitt anerkjent i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 om foreldres samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år, knyttet til det å nekte deltakelse i vaksineprogrammet: Det er i denne sammenhengen relevant at Norge ikke praktiserer et vaksinepåbud.

Hva så med abort? Fritak fra å utføre og bistå ved abort er anerkjent i abortforskriften,²² og er også omtalt i selve abortloven.²³

Det er altså få lover som direkte hjemler samvittighetsfrihet, og bare én lovbestemmelse som rommer selve ordet «samvittighet». Det er derfor ikke vanskelig å forstå at også fagjurister sjelden bruker begrepet, men snarere bruker «overbevisning».²⁴ Når Strand skiller mellom «å tro på hva de vil ...» og «handle»,²⁵ opererer hun implisitt med et skille mellom *forum internum*, der myndigheter skal være forsiktige med å gripe inn, og *forum externum*, der det er mer legitimt for myndighetene å gripe inn, som vi skal se når vi drøfter internasjonale menneskerettighetsbestemmelser. Først er det relevant å vise hva som ble utfallet av forsøket på å skrive samvittighetsfriheten inn i Grunnloven.

4. Grunnlovsrevisjonen i 2014

Menneskerettighetsutvalget, ledet av Inge Lønning, avga sin utredning til Stortingets presidentskap,²⁶ etter at presidentskapet hadde bestemt seg for å bruke 200-årsfeiringen av Grunnloven til å etablere et eget menneskerettighetskapittel i Grunnloven. På dette tidspunktet var flere rettigheter allerede tatt inn i Grunnloven, som ytringsfrihet, eiendomsrett, retten til arbeid og retten til et miljø som sikrer helsen og naturens produksjonsevne. Målet var «å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang».²⁷

I rapporten kom forslag om en ny § 99, som ble foreslått å lyde i første setning: «Enhver har Frihed for Tanke, Samvittighed, Religion og Livsanskuelse.» I den neste setningen, som konkretiserte hva denne friheten handler om, ble formuleringen «Religion eller Livssyn» brukt. Det kan derfor være grunn til å anta at livssyn ble forstått som en samlebetegnelse for tanke, samvittighet og livsanskuelse.

22. Forskrift 15. juni 2001 nr. 635 om svangerskapsavbrudd, § 15.

23. Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd, § 14.

24. Jan-Erik Sverre, gjengitt i *Vårt Land*, «Preses har loven på sin side», 28. september 2020.

25. Strand (2012), s. 207; se også Strand (2017), s. 289

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

27. *Ibid.*, s. 10.

Utvalget drøfter generelle unntaksmuligheter, og skriver:

Det er ingen tvil om at utøvelse av livssyn må respektere andres menneskerettigheter, og heller ikke utgjøre en trussel mot rikets sikkerhet. Det kan derfor gjøres alminnelige begrensninger i retten til å *utøve eller praktisere* tanke-, samvittighets- og religionsfriheten, gjennom en generell begrensningshjemmel.²⁸

Som vi skal se nedenfor, er dette en forståelse som samsvarer med Den europeiske menneskerettighetsdomstolens, men ikke nødvendigvis med forståelsen til FNs menneskerettighetskomité – organet som overvåker etterlevelsen av FN-konvensjonen. Norske domstoler viser langt oftere til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og praksis hos Den europeiske menneskerettighetsdomstol enn til FN-konvensjonen og FNs menneskerettighetskomité.

Da rapporten kom til behandling i kontroll- og konstitusjonskomiteen, endte det med at hele forslaget til ny § 99 møtte motbør fra flertallet – Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti – med den begrunnelse at det året før hadde blitt gjort endringer i § 16. Denne bestemmelsen handlet tidligere om Kongens anordningsmyndighet for gudstjenestelivet i Den norske kirke, men innledes nå med: «Alle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse.» Det ble vurdert at denne var tilstrekkelig for å sikre religionsfriheten i Grunnloven, og to overlappende bestemmelser ble sett på som uheldig. Utfallet ble altså ingen egen beskyttelse for samvittighetsfriheten i Grunnloven. Et mindretall bestående av Senterpartiet, Venstre, Sosialistisk Venstreparti og Miljøpartiet De Grønne ville oppheve første setning i § 16 og ta inn i § 99 den formuleringen som Menneskerettighetsutvalget foreslo,²⁹ og dette fikk i 2018 støtte fra FNs menneskerettighetskomité.³⁰

Det er imidlertid tett forbindelse mellom samvittighetsfrihet og religionsfrihet, og det kan være at § 16 kan påberopes ved en sak som framstilles som en samvittighetskonflikt. I tillegg er det to bestemmelser i Grunnloven som også kan komme i betraktning for å vurdere saker der samvittighetsfriheten står på spill. Paragraf 98 oppstiller et generelt forbud mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, og § 110 pålegger staten å legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. En oppsigelse som

28. Ibid., s. 98, utheving i original.

29. Stortinget, Innst. 186 S (2013–2014) *Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter*, 2014, s. 26.

30. FNs menneskerettighetskomité, CCPR/C/NOR/CO/7, *Concluding observations on the seventh periodic report of Norway*, 2018, avsnitt 19.

følge av en ansatts praktisering av sin samvittighetsfrihet kan medføre at § 110 i det minste kan bli påberopt. En viss tilrettelegging kan også praktiseres av arbeidsgivere.

5. Kan dyp overbevisning likevel ikke medføre samvittighetsfrihet?

Rettspraksis i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen viser økende forståelse for at personer som har en dyp og ektefølt samvittighetsoverbevisning, ikke skal måtte bytte arbeid for å kunne praktisere i tråd med denne, som vi snart skal se. Imidlertid er det nettopp i arbeidssituasjoner at det kan være legitimt å legge begrensninger på utøvelsen av samvittighetsfriheten. Et offentlig utvalg spesifiserer tre krav for legitim utøvelse av samvittighetsfriheten i arbeidslivet: (i) dyp overbevisning, (ii) ikke for inngripende for tredjepart, og (iii) gjennomførbart i praksis uten for store ulemper for arbeidsgiver og kollegaer.³¹

Tre situasjoner fra arbeidslivet der overbevisningen kan være dyptfølt, men hvor hensynet til tredjepart og kollegaer likevel ikke medfører at samvittighetsfriheten bør få gjennomslag, vil nå bli drøftet. Jeg legger til grunn tre premisser. Premiss én er at ønsket om ikke å påføre andre skade er en integrert del av samvittighetsfriheten, og å unngå å påføre andre skade må ha forrang framfor det å kunne utøve sin samvittighetsfrihet. Premiss to er at menneskelig verdighet kjennetegner både den som utøver sin samvittighetsfrihet, og den som vil påvirkes av denne utøvelsen. Premiss tre er at *alle* har *samme* verdighet.

Den første situasjonen handler om å måtte servere alkohol eller svinekjøtt. Håndtering av svinekjøtt for ansatte i butikker eller ved sykehjem er ett eksempel. Videre er det et forbud i Koranen mot å drikke saften av gjærede druer. Slike forbud mot selv å spise og drikke synes ikke rimelige å skulle praktisere slik at man ikke kan servere andre, gitt at man er i et ansettelsesforhold, og ved behandling av mat vil mange uansett bruke hansker. Denne situasjonen handler verken om direkte skade eller oppførsel som utfordrer menneskers likeverdighet, men at den aktuelle belastningen for utøveren ikke er tilstrekkelig stor til å forsvare at samvittighetsfriheten kan påberopes.

For det andre: å måtte samarbeide med kvinnelige prester i gudstjenester. Mange store kirker som Den katolske kirke tillater ikke kvinnelige prester, og i Den norske kirke finnes noen prester med en embedsteologi som ikke aksepterer kvinnelige prester. I tillegg til Paulus sine brev legger disse stor vekt på at Jesus valgte seg ut 12

31. NOU 2016: 13 *Samvittighetsfrihet i arbeidslivet*, s. 12.

menn, som fikk rollen som apostler. Ved å forventes å delta sammen med en kvinnelig prest vil personer som ikke aksepterer kvinnelige *prester* – altså ikke kvinner som sådanne – oppleve at de støtter opp under en praksis som de mener er teologisk feil. Å nekte å samarbeide må antas å ha store konsekvenser for fellesskapet i en menighetsstab, men noen ser det annerledes.³² Å skape en situasjon der en prest opplever seg mindreverdige som prest – selv om de konservative prestene ikke vurderer dem annerledes som mennesker – er såpass alvorlig at det er vanskelig å se at samvittighetsfriheten her bør ha forrang. I denne situasjonen er både skade og spørsmål om verdighet relevante – selv om de som nekter å samarbeide med kvinnelige prester, vektlegger skillet mellom sitt syn på kvinner og sitt syn på kvinnelige prester. Presteforeningens «kjøreregler» for kvinneprestmotstandere har vært brukt siden 1970-tallet,³³ men den ledende biskopen i Den norske kirke, Olav Fykse Tveit, understreker at ingen biskoper godtar at en «kvinne skal vike plass ...»,³⁴ noe Bispemøtet bekrefter.³⁵

Ingen skal hindres i å ha en teologisk overbevisning, gitt at denne ikke utfordrer alles likeverd eller uttrykkes gjennom klart trakasserende eller hatefulle utsagn. Det er mulig for trossamfunn å forskjellsbehandle i ansettelsessaker, gitt at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, ikke er ikke er uforholdsmessig inngripende, og at grunnlaget for forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrket, i tråd med arbeidsmiljøloven § 13-3(1)³⁶ og likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første ledd og § 30 andre ledd.³⁷ For ansatte i en stilling som medfører å praktisere det de anser som «rett lære», må begrensninger i samvittighetsfriheten være basert på vurderinger av hva som er forholdsmessig og nødvendig. Dersom utøvelsen av samvittighetsfriheten i et arbeidsforhold rammer andre, er det uansett sterke argumenter for at arbeidsgivers styringsrett må ha forrang, og styringsretten *kan* handle om former for tilrettelegging.

32. Et støtteskriv til presten Mikael Bruun understreker: «Men uenighet i teologiske spørsmål og dårlig arbeidsmiljø kan det ikke settes likhetstegn ved»; se 45 prester, «Vi slår ring om Mikael Bruun!», *Vårt Land*, 14. september 2020. Bruun inngikk en avtale i oktober 2021 med Bjørgvin om å gå av som sogneprest. En annen prest som har reservert seg mot å samarbeide med kvinnelige prester, ble i oktober 2021 tatt ut av tjeneste, se Malin Kjellstadli Korsnes og Synnøve Hole, «Vikarprest i Ørskog tatt ut av teneste etter bråk om kvinnelege prestar», *NRK*, 5. oktober 2021.

33. Disse kjørereglene ble fra 2004 ikke lenger regnet som del av Presteforeningens fagpolitiske profil – Bispemøtet formulerer at de «ble opphevet» (Sak BM 59/20 Tilsyn, ledelse og arbeidsgiversaker, punkt 5) – og leder i Presteforeningen uttrykker at organisasjonen «forventer at de som sammen bærer tjenesten [...] aksepterer hverandre, kan gjøre tjeneste ved samme alter, og la seg betjene av hverandre»; se Martin Enstad, «PFs ansvar for arbeidsmiljøet», *Vårt Land*, 5. oktober 2020.

34. Bjørnar Vatnar Olsen, «Strides om ordinasjonsnekt», *Vårt Land*, 28. august 2020.

35. Bispemøtet (2020) punkt 3.

36. Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

37. Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

For det tredje: å pålegges å følge skolebarn til julegudstjeneste i skoletiden og ha tilsyn under selve gudstjenesten. Det er ingen tvil om julegudstjenesten ikke skal forstås som en del av KRLE-faget, men som en del skolens bredere formål i tråd med opplæringslova § 1-1.³⁸ Opplæringslova § 2-3a hjemler at barn, der foreldrene ber om dette, får fritak fra å delta på julegudstjenester. Spørsmålet som har vært vurdert politisk, er om *lærere* som ikke har en kristen tilhørighet, kan be om fritak fra å følge fra og til og overvære selve samlingen i kirken.

Den tidligere kunnskapsministeren understreker at saken

«dreier seg om hva det er saklig at en arbeidsgiver kan kreve av den enkelte ansatte. Saklighetsvurderingen vil variere ut fra hva som er den ansattes arbeidsoppgaver til vanlig. Skolegudstjenester som skjer i skoletiden er en del av elevenes opplæring og de ansattes arbeidsdag i skolen. En lærer må derfor forvente at det kan være en del av arbeidsoppgavene å følge elevene til gudstjeneste og ha tilsyn med dem der.»³⁹

Det handler altså om hva en skole med en gitt formålsparagraf skal kunne forvente av disse ansatte. Denne situasjonen passerer heller ikke terskelen for at samvittighetsfriheten legitimt kan påberopes.

I disse situasjonene, og andre situasjoner som primært handler om renhetspåbud, mener jeg at det er vanskelig å se at overbevisningen er av en slik art at andre – inklusive kollegaer – bør forventes å respektere denne. Hensynet til tredjepart og til kollegaer bør veie tyngre; særlig relevant er dette for et arbeidsmiljø der en i staben ikke ønsker å samarbeide med andre som følge av deres kjønn. Spørsmålet blant kvinneprestmotstandere er om disse reelt sett ikke har noe annet alternativ enn å bytte både kirkesamfunn og jobb, eller om arbeidsgiver faktisk kan tilrettelegge slik at de som ikke kan samarbeide med kvinnelige prester, faktisk slipper å gjøre dette – og uten at dette går ut over andre.

Før vi ser hvilken veiledning Den europeiske menneskerettighetsdomstolen kan gi, er det ytterligere en situasjon i arbeidslivet som stadig hyppigere skaper kon-

38. Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregående opplæringa. Skolegudstjenester, som altså kan forstås å være forankret i formålsparagrafen i opplæringslova, og som *kirken*s gudstjeneste, er ikke tematisert i høringsnotatet om forslag til ny opplæringslov; for gjeldende Veileder, se: <https://www.udir.no/regelverk-og-tilsyn/skole-og-opplaring/saksbehandling/skolegudstjenester>. Forklaringen til forslaget til ny § 14-5 som forbyr forkynning i undervisningen, sier at det er «viktig at det vises særlig varsomhet ved undervisning i emner som omhandler religiøs praksis som bønn, gudstjeneste og andre former for religionsutøvelse»; se Kunnskapsdepartementet, *Høringsnotat – Forslag til ny opplæringslov og endringer i friskolelova*, 26. august 2021, s. 721.

39. Kunnskapsministeren, Svar på Dokument nr. 15:287 (2015–2016), besvart 9. desember 2015 – <https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=64111>; for en annen konklusjon, se NOU 2016: 13, s. 106.

flikt mellom arbeidsgivers pålegg og ansattes manglende ønske om å innordne seg. Denne situasjonen handler om ikke å ville utsette elevene for ulike standardiserte vurderingssystemer fordi disse oppleves som skadelige for elevene, ut fra en forståelse av barn utvikling.

6. Vurderingsordninger og hensynet til elevene

Først er det relevant å minne om at artikkel 13(1) i FNs konvensjon om sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter lister opp seks formål for utdanning: (i) helhetlig utvikling, (ii) verdighetsforståelse, (iii) menneskerettighetsrespekt, (iv) samfunnsdeltakelse, (v) økt toleranse og vennskap, og (vi) fremme fredsbestrebelse. Artikkel 29 i FNs Barnekonvensjon bekrefter disse, og supplerer med ytterligere fem formål, som handler om mangfold, tilhørighet, miljø og likestilling.⁴⁰ Det er på denne bakgrunn – og på bakgrunn av formålene i den norske opplæringslova – at vi må forstå den kritikken som har kommet fra lærere mot kommuners vurderings- og måleinstrumenter.

Formålet med standardiserte prøver for elevvurdering har *aldri* vært å rangere skoler, men å vite hvilke elever som trenger særlige tiltak. Antakelig vet de aktuelle lærerne allerede hvem disse elevene er. Forberedelse til nasjonale prøver ved den enkelte skole oppleves ikke å være «dominerende i tid»,⁴¹ men det er betydelig variasjon mellom skolene. I Oslo varslet fylkesmannen ekstra tilsyn etter at det ble avslørt at Oslo-skoler brukte nasjonale prøver feil, blant annet ved å øve og avholde dem på et lavere klassetrinn.⁴² Det er også et problem at skolene praktiserer fritaksreglene for deltakelse i nasjonale prøver feil, og dette omtales som «lovbrudd».⁴³ En avhandling som tok for seg standardiserte nasjonale leseprøver, fant at lærerne i prinsippet ikke var negative til disse. Samtidig er de forsiktige med å fastslå hvor mye disse kan måle den enkelte elevs ferdigheter.⁴⁴ De uintenderte, negative konsekvensene handler om hvordan resultatene av prøvene formidles av skoleeierne.⁴⁵ Denne spenningen mellom lærere på den ene siden og skoleeierne på den andre

40. For en utdyping, se Hadi Strømmen Lile, *International Law on the Aims of Education: The Convention on the Rights of the Child as a Legal Framework for School Curriculums*, Routledge 2020.

41. Ola Rydje, *Kan skolens kvalitet måles? Om prøver i skolen og hva de kan brukes til. Agenda Perspektivnotat*. 2016, s. 5.

42. Karen Fladberg, «Driller elevene i nasjonale prøver», *Dagsavisen*, 9. desember 2015.

43. *Utdanningsnytt*, «Tilsyn omkring nasjonale prøver avdekker flere lovbrudd», 11. april 2013.

44. Marte Monsen, *Store forventninger? Læreroppfatninger om eksterne leseprøver*, ph.d.-avhandling, Universitetet i Oslo, 2013, s. 137.

45. *Ibid.*, s. 298.

siden handler om lærernes profesjonsforståelse, praksisforståelse og forståelse av ansvarlighet («professional accountability»)⁴⁶

Det har vært konflikter mellom lærere og skoleeiere i en rekke kommuner. To lærere i Sandefjord nektet å bruke et vurderingsopplegg som de mente var skadelig for barn. Sandefjord kommune vurderte det som arbeidsnekt ikke å bruke skjemaet, og mente det å pålegge bruk av skjemaet lå innenfor arbeidsgivers styringsrett.⁴⁷ Lærerne ønsket oppmerksomhet på mestring, læring og utvikling, ikke prestasjon.⁴⁸ Saken fikk som utfall at kommunen avvirket vurderingssystemet, og lærerne fikk pris for utvisning av sivilt mot.

To vurderingssystemer for psykososiale forhold har også skapt reaksjoner. Det såkalte sure- og smilefjes-systemet, lansert og promotert av Senter for praksisrettet utdanningsforskning ved Høgskolen Innlandet, har som målsetting å kartlegge trivsel, og har møtt omfattende kritikk.⁴⁹ Jeg vil ikke behandle verken de metodiske, vitenskapsteoretiske eller vitenskapspolitiske innvendingene, men peke på at kollegaer ved samme høgskole framholder at sure- og smilefjes-systemet innebærer «strukturell mobbing og barnemishandling».⁵⁰ Disse underkjenner ikke på noen måte behovet for å høre det enkelte barn, men understreker at reell innsikt om barns trivsel ikke framkommer gjennom et system med sure- og smilefjes. I mobbekartleggingene utviklet ved Læringsmiljøsentret ved Universitetet i Stavanger er det mest kritikkverdige at elevene oppfordres til å navngi enkeltpersoner, både hvem som «bestemmer mest», og hvem som er mobberne.⁵¹ Datatilsynet ba Arendal kommune om å stoppe å bruke et av disse kartleggingsverktøyene, samt å slette alle innsamlede data. Kommunen klaget til Personvernemnda, som ga kommunen medhold, men ba Arendal kommune etablere internkontroll.⁵² Både tillitsvalgte i Utdanningsforbundet og Lærerprofesjonens etiske råd har kritisert smilefjesundersøkelsen, der «lærerne [...] ønsket å reservere seg fra å gjennomføre den», siden den kan «utvikle barns selvfølelse i negativ retning».⁵³ Dette handler altså både om læringssyn og menneskesyn.

46. Ibid., s. 80, et begrep hentet fra Jennifer O'Day.

47. Flø (2017).

48. NOU 2016: 13, s 108.

49. Ragnhild Vartdal, «Skoleforsker på ny i hardt vær. Smilefjes-metode får krass kritikk», *Khrono*, 23. januar 2020.

50. 17 ansatte ved Høgskolen Innlandet (2020). «Sure- og smilefjeskartleggingen: Profesjonell uro», *Dagsavisen*, 4. februar 2020.

51. Karen Fladberg, «Må rangere hverandre etter popularitet og peke ut mobbere i klassen», *Dagsavisen*, 14. desember 2020, gjengir Gunn Imsen, professor emerita ved NTNU.

52. Personvernemnda, PVN-2020-13, Arendal kommunes behandling av personopplysninger i kartleggingsverktøyet Spekter, vedtak 9. november 2020.

53. Karen Fladberg, «Her sa lærerne stopp til smilefjeskartlegging», *Dagsavisen*, 19. januar 2020.

Er det et uttrykk for samvittighetsfrihet å reservere seg mot å bruke faglige eller psykososiale vurderingssystemer som oppleves som skadelige for barn? I denne vurderingen er det også relevant at i Sandefjord-saken, der konflikten ble satt mest på spissen, var begge lærerne forberedt på å miste jobben. Tilsvarende har foreløpig ikke skjedd for reservasjon mot de psykososiale vurderingssystemene. Særlig ett kriterium må antas å være krevende å oppfylle i en vurdering av hvorvidt slik reservasjon utgjør en legitim utøvelse av samvittighetsfriheten som andre bør forventes å respektere: om reservasjonen er basert på et helhetlig læringssyn og menneskesyn som er så konsistent at det kan kalles et livssyn. Innledningsvis så vi at Høyesterett var bevisst på at overbevisningen måtte være tilstrekkelig dyp og forankres i et livssyn.

Praksis fra internasjonale menneskerettighetsorganer, i første rekke Den europeiske menneskerettighetsdomstol, gir mer innsikt.

7. Samvittighetsfriheten i internasjonal rett; hva sier rettigheten?

FN-konvensjonen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon har nær sagt identiske formuleringer i innledningen til henholdsvis artikkel 18(1) og artikkel 9(1), og de avviker bare i bruken av verbet: «skal ha» eller «har»; rettighetene omhandler frihet for tanke, samvittighet og religion. Religion omtales i dag oftest med benevnningen «tro og livssyn».

Den viktigste forskjellen er at FN-konvensjonen ikke *eksplisitt* anerkjenner retten til å skifte religion eller livssyn, men en slik rett kan leses ut fra formuleringene «anta en religion eller tro etter eget valg», som finnes i både artikkel 18(1) og 18(2), og som understreket i en rekke rapporter og resolusjoner.⁵⁴

En annen viktig forskjell er selve artikkel 18(2). Denne utgjør en kjerne i religionsfriheten, som det ikke kan gjøres inngrep i, og lyder i norsk oversettelse: «Ingen må utsettes for tvang som vil kunne innskrenke hans frihet til å bekjenne seg til eller å anta en religion eller tro etter eget valg.» En individklage til FNs menneskerettighetskomité endte med at Usbekistans forbud mot hijab ble fun-

54. For rapporter, se FNs høykommissær for menneskerettigheter; for resolusjoner, se Hans Morten Haugen, «A decade of revitalizing UN work concerning freedom of religion or belief since 2010-2020: Lessons learned and the way forward», til vurdering i *Nordic Journal of Human Rights*. Den første gangen retten til å skifte religion kom inn i en FN-resolusjon om religionsfrihet, var i 2007 (FNs generalforsamling, A/RES/62/157, *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 2007 (publisert 2008), og er gjentatt av Generalforsamlingen hvert år siden; tilsvarende ordlyd finnes i årlige resolusjoner fra FNs menneskerettighetsråd.

net å være konvensjonsstridig, og konkret var det artikkel 18(2) som var krenket.⁵⁵

Det er uansett Den europeiske menneskerettighetsdomstolen som legger de klarste føringer for norske domstoler, illustrert i domspremissene i abortdommen, omtalt innledningsvis, der det blant annet kreves en «viss grad av overbevisning, alvor, sammenheng og viktighet».⁵⁶

Jeg mener at uttrykket «viss grad» kan kritiseres for å være for svakt; et begrep som «særlig grad» ville ha vært i tråd med de påfølgende ordene (overbevisning, alvor, sammenheng og viktighet). Begrepet «a certain degree» er imidlertid hentet fra rettspraksis i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.⁵⁷ Det var også sentralt for Høyesterett at overbevisningen må utøves, altså en ytre dimensjon (*forum externum*).

Selv om livssyn er det begrepet Høyesterett velger å bruke – og begrepet livssyn ble også brukt av Stortingets menneskerettighetsutvalg – er det ingen norske oversettelser av den internasjonale menneskerettighetskonvensjonen som bruker begrepet livssyn. Livssyn er normalt forstått som å omfatte både religiøse og ikke-religiøse overbevisninger, og er den vanligste oversettelsen av det engelske ordet «belief».

Som uttrykt av utvalget som vurderte samvittighetsfriheten i arbeidslivet: «Antakelig må samvittighetsfriheten i EMK artikkel 9 forstås slik at den gir en rett til å ha en samvittighet, men ikke en ubegrenset rett til å utøve den.»⁵⁸ Vi skal nå se på begrensninger i utøvelsen av samvittighetsfriheten.

8. Samvittighetsfriheten i internasjonal rett – hva sier den spesielle unntaksbestemmelsen?

Statene kan begrense visse handlinger, gitt at dette er nødvendig for å beskytte den offentlige sikkerhet, orden, helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter. Det interessante i den norske oversettelsen av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon er at ordet «belief(s)» er oversatt ulikt i de to unntaksbestemmelsene for tanke-, sam-

55. Hudoyberganova v. Uzbekistan, CCPR/C/82/D/931/2000, 2004. Strand (2012), s. 275, slutter av dommen at artikkel 18(2) «kan gis en selvstendig betydning der det fra statens side ikke er gitt noe begrunnelse for [...] begrensninger».

56. Høyesterett, Sak HR-2018-1958-A, 2018, avsnitt 78 (utdrag).

57. Sak 7511/76; 7743/76, *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 1982, avsnitt 36.

58. NOU 2016: 13, s. 52.

vittighets- og religionsfriheten. I FN-konvensjonen artikkel 18(3) er begrepet brukt i entall og oversatt med «tro», mens i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 9(2) er begrepet brukt i flertall og oversatt med «overbevisning». Det er opplagt at tro ligger tettere på religion, mens overbevisning også kan ha ikke-religiøs forankring. Den franske offisielle teksten sier «convictions», altså flertall, i både FN-konvensjonen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

Har denne begrepsforskjellen noe å si? Det er tross alt ikke slik at den norske oversettelsen er en offisiell oversettelse. De ulike norske oversettelsene reflekterer imidlertid den ulike forståelsen av hva som er omfattet av unntaksbestemmelsen i de to konvensjonene.

FNs menneskerettighetskomité legger til grunn at samvittighetsfriheten ikke er omfattet av unntaksbestemmelsen i artikkel 18(3), og det samme gjør FNs høykommissær for menneskerettigheter.⁵⁹ Denne klargjør hva som må være oppfylt for at en begrensning i utøvelsen av *religion eller tro* skal være tillatt: lovhjemmel og tungtveiende hensyn til allmenne interesser («nødvendig for å beskytte den offentlige sikkerhet, orden, helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter»). Det at ikke samvittighetsfriheten er omfattet av denne begrensningsbestemmelsen, innebærer at det *ikke* er tillatt å begrense samvittighetsfriheten, slik vi så i gjennomgangen av den indre dimensjon (*forum internum*) i del 2.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har lagt til grunn at begrensning av *religion eller overbevisning* må oppfylle tre vilkår for at inngrepet skal være tillatt: (i) legitimt formål, (ii) hjemlet i lov, og (iii) nødvendig i et demokratisk samfunn. «Nødvendig» innebærer at av to like effektive tiltak velges det minst inngripende. Disse tre vilkårene blir vist til av Stortinget.⁶⁰ Rett etterpå understrekes det at «vilkårene kan utlede nye krav til inngrepet».⁶¹ Høyesterett forstår at vilkåret om «nødvendig i et demokratisk samfunn» innebærer en forholdsmessighetsvurdering: «Statene gis et visst skjønsmessig spillerom («margin of appreciation»), men inngrepet må være rimelig og forholdsmessig, hensett til de formål som skal ivaretas.»⁶² Forholdsmessighet – en selvstendig vurdering av om fordelen ved inngrepet for samfunnet oppveier ulempen for de(n) som opplever inngrepet – inn-

59. FNs høykommissær for menneskerettigheter skriver: «[F]reedom of conscience is an absolute freedom without any limitation whatsoever»; se <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomReligion/faith4rights-toolkit/Pages/Module9.aspx>.

60. Stortinget, Innst. 208 L (2019–2020). *Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om tros- og livssynssamfunnsloven*, 2020, s. 6.

61. *Ibid.*

62. Høyesterett, Sak HR-2018-1958-A, 2018, avsnitt 82 (utdrag); Høyesterett viser til Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Sak 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, *Eweida and others v. The United Kingdom*, 2013 (heretter «Eweida»), avsnitt 84.

går altså i hva som er «nødvendig» for at et unntak fra den anerkjente rettigheten er rettmessig.⁶³ Det som omtales som et proporsjonalitetsprinsipp for å avgjøre nødvendighet, består av tre elementer: (i) er tiltaket egnet for å nå et legitimt formål, eksempelvis samfunnsmessig integrering, (ii) er tiltaket nødvendig, altså det minst restriktive generelt sett, og (iii) er tiltaket forholdsmessig, altså om fordelene ved inngrepet for samfunnet oppveier ulempen for de(n) som opplever inngrepet.

Når Høyesterett bruker begrepet «skjønsmessig spillerom», oppsummerer dette en dom i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen,⁶⁴ som omtales som å ha «endret rettstilstanden for religions- og samvittighetsfrihet i arbeidslivet».⁶⁵ Mens det i tidligere dommer var lagt vekt på at den enkelte arbeidstaker kunne unngå å gå på akkord med sin samvittighet ved å si opp, legges det i de *fire* sakene som ble behandlet i én dom, opp til at en slik måte å sikre samvittighetsfriheten på er utilstrekkelig. Kort fortalt gis offentlige sykehjem en vid skjønsmargin til å begrense religiøse symboler – konkret: kristent kors i halskjede – av hensyn til å ivareta beboerne og hygienehensyn.⁶⁶ Bedrifter, i dette tilfellet British Airways, gis ikke samme skjønsmargin, særlig fordi smykket var diskret, andre religiøse symboler var blitt akseptert, og selskapet hadde endret reglene etter at den aktuelle saken oppsto.⁶⁷

I de to andre klagenes i samme dom fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen ble *ikke* religiøst forankret motstand mot å registrere samkjønnede ekteskap og gi samlivsrådgeving til samkjønnede par akseptert som gyldig uttrykk for samvittighetsoverbevisning. I den ene saken ble lovverket *endret* under ansettelsesperioden. I denne saken mente et mindretall på to at vedkommende burde ha vært beskyttet av artikkel 9 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, og slippe å registrere samkjønnede par.⁶⁸

FNs menneskerettighetskomité opererer ikke med tilsvarende forståelse av statters skjønsmargin i saker som omhandler samvittighetsoverbevisninger, noe som

63. Strand (2012), s. 133; se også Strand (2019), s. 574, og Basic Law Bulletin, The principle of proportionality and the concept of margin of appreciation in human rights law, https://www.doj.gov.hk/eng/public/basiclaw/basic15_2.pdf.2013.

64. Eweida.

65. Tengesdal (2016), s. 18; se også NOU 2016: 13, s. 53. For en kritikk av premissene i en av klagenes som ikke fikk medhold innenfor den fellesdommen som ble avsagt under «Eweida», nemlig «Ladele», se Christopher McCrudden, «Marriage Registrars, Same-Sex Relationships, and Religious Discrimination in the European Court of Human Rights», i Susanna Mancini og Michel Rosenfeld (red.), *The Conscience Wars Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*, Cambridge 2018, s. 414–462.

66. Eweida, avsnitt 98–99.

67. Ibid., avsnitt 94.

68. Ibid., avsnitt 102–110.

vises i enkeltsaker reist av franske borgere som har protestert mot forbud mot å dekke til ansiktet og å skjule ørene.⁶⁹ I begge sakene tapte Frankrike.

Kors-saken i NRK kom aldri opp for noen domstol. Etter at Likestillings- og diskrimineringsombudet mente at NRK hadde handlet i strid med diskrimineringsloven da NRK påla en ansatt i NRK Sørlandet å ikke bruke kors i halskjede som nyhetsoppleser,⁷⁰ kom Likestillings- og diskrimineringsnemnda til motsatt konklusjon.⁷¹ Det ble ikke gjort inngående vurderinger av forholdsmessigheten eller de to andre elementene i proporsjonalitetsprinsippet (egnet og nødvendig) ved inngrepet til NRK. Den NRK-ansatte uttalte selv i 2014 at hun hadde sluttet å bruke kors.

Den europeiske menneskerettsdomstolen understreker at inngrep må oppfylle de tre kriteriene legitimt formål, lovhjemmel og nødvendig i et demokratisk samfunn. Det siste handler altså om å gjøre en konkret vurdering for å identifisere det minst restriktive tiltaket som er egnet til å nå et legitimt formål, og som ikke er unødig byrdefullt for de(n) som tiltaket retter seg mot, sett i forhold til den samfunnsinteressen man søker å ivareta ved tiltaket.

Som vi så i innledningen til del 5 ovenfor, løfter samvittighetsfrihetsutvalget fram to forholdsmessighetshensyn: (i) ikke for inngripende for tredjepart, og (ii) gjennomførbart i praksis uten for store ulemper for arbeidsgiver og kollegaer.⁷² Disse hensynene krever konkrete vurderinger i det enkelte tilfelle.

9. Samvittighetsfriheten i internasjonal rett – hva sier den generelle unntaksbestemmelsen?

FN-konvensjonen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon avviker også på et annet punkt, nemlig om tanke-, samvittighets- og religionsfriheten kan fravikes i krig eller annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv.

69. FNs menneskerettighetskomité, *Sonia Yaker v. France*, Communication no 2747/2016, 2018); FNs menneskerettighetskomité, *Shingara Mann Singh v. France*, Communication no 1928/2010 (2013). Forskjellene er også merkbare for militærnekting. FNs menneskerettighetskomité anerkjenner militærnekting betingelsesløst som del av samvittighetsfriheten. Den europeiske menneskerettsdomstolen trekker inn de tre vilkårene (inngrepets formål, lovhjemmel og nødvendighet) for å vurdere om militærnekting faller innenfor samvittighetsfriheten; Bielefeldt og Wiener (2020), s. 162–163.

70. Likestillings- og diskrimineringsombudet, Sak 46/2014, NRK mot Likestillings- og diskrimineringsombudet. 2014.

71. Likestillings- og diskrimineringsnemnda, NRK brøt diskrimineringsloven. Saksnummer 13/2025, 2015 (nå er navnet Diskrimineringsnemnda).

72. NOU 2016: 13. Samvittighetsfrihet i arbeidslivet, s. 12.

I FN-konvensjonen heter det i artikkel 4(1) at i slike tilfeller kan noen rettigheter fravikes dersom slike forholdsregler (i) er strengt nødvendig på grunn av forholdene, (ii) ikke er i strid med statens øvrige forpliktelser etter folkeretten, og (iii) ikke innebærer noen form for forskjellsbehandling. Artikkel 4(2) fastslår imidlertid at det er forbudt å fravike artikkel 18, altså tanke-, samvittighets- og religionsfrihet.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon sier i artikkel 15(1) at «tiltak som fraviker dens plikter» bare skal oppfylle kravene om nødvendighet og ikke motstrid med øvrige folkerettslige plikter, altså sammenfall med punktene (i) og (ii) i FN-konvensjonen. Det er altså ikke noe krav om at fravikelsen ikke skal innebære forskjellsbehandling, altså punkt (iii) i FN-konvensjonen. Dernest nevnes i artikkel 15(2) *ikke* tanke-, samvittighets- og religionsfrihet som rettigheter som det er forbudt å fravike.

Begge bestemmelsene pålegger statene å holde henholdsvis FNs og Europarådets generalsekretær informert om grunnen til at unntaksloven er vedtatt, alle forholdsregler som treffes, samt når forholdsreglene er brakt til opphør.

Implikasjonen er altså at det er færre betingelser for å fravike tanke-, samvittighets- og religionsfriheten under Den europeiske menneskerettighetskonvensjon enn under FN-konvensjonen.

10. Norske unntakshjemler

Norge har tre eksisterende lover som hjemler generelle unntak fra lover: (i) smittevernloven, (ii) grenseloven – se særlig §§ 5 og 12 – som ennå ikke har trådt i kraft⁷³ – og (iii) beredskapsloven – som ikke har vært aktuelt å bruke.⁷⁴ Kun smittevernloven er relevant å drøfte.

Allerede 12. mars ble tiltak innført i forskrifts form med hjemmel i ulike bestemmelser i smittevernloven.⁷⁵ Mange har opplevd å få sterke begrensninger på sin frihet som ledd i tiltakene for smittereduksjon. Med tanke på at samvittighetsfrihet handler om ikke å bli pålagt å handle i strid med sin dyptfølte overbevisning, og der det å unngå å påføre andre skade også er sentralt, er det likevel vanskelig å se for seg situasjoner der disse frihetsbegrensningene reelt sett innebærer krenkelser av samvittighetsfriheten.

73. Lov 20. april 2018 nr. 8 om grensetilsyn og grensekontroll av personer.

74. Lov 15. desember 1950 nr. 7 om særlige rådgjelder under krig, krigsfare og liknende forhold.

75. Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer; for de første forskriftene, se Graver (2020), s. 109; for en kritikk av det som i juni 2020 ble tatt inn som et midlertidig tillegg til smittevernloven gjennom § 4-3a (skal oppheves 1. juli 2021; se Stortingets lovvedtak 154 (2019–2020)), se Graver (2020), 132–135.

Professor Hans Petter Graver, som var blant de mest kritiske til det første lovforslaget til koronaloven – se nedenfor, og som også kritiserte forskrifter gitt i medhold av smittevernloven § 7-12 – vurderte opprinnelig de samlede lovgivningstiltakene som at «den norske rettsstaten har bestått prøven som pandemien utsatte den for».⁷⁶ Senere skrev han en kronikk der budskapet var at «rettsstaten er underordnet smittevernstaten».⁷⁷

En *foreslått* ny lov er krisefullmaktsloven, foreslått av et offentlig utvalg.⁷⁸ Forslaget har en relativt vid definisjon av hva som skal forstås som «ekstraordinær krise» og såkalte «sektorovergripende forskriftshjemler»,⁷⁹ som potensielt kan være problematiske, også for samvittighetsfriheten. I lovforslaget til en krisefullmaktslov er naturkatastrofer, terrorhandlinger, pandemier og såkalte hybride hendelser omtalt.⁸⁰ Utfallet av dette lovforslaget er uvisst, men generelt er det i Norge stor skepsis mot å innføre for inngripende unntakslover.

Et eksempel som viser dette, er skjebnen til forslaget fremmet av regjeringen i januar 2021 som foreslo hjemmelsgrunnlag for portforbud som smitteverntiltak.⁸¹ Regjeringen trakk forslaget i februar 2021, etter betydelig motstand hos høringsinstansene. De relativt vide fullmaktene i smittevernloven ble brukt som argument for at det ikke er nødvendig med en særskilt lovhjemmel for å pålegge portforbud.

Den mest omtalte unntaksloven er den nå opphevede koronaloven, som gjaldt fra 27. mars til 27. mai 2020.⁸² Loven ble hastevedtatt i mars 2020 som en fullmaktslov til regjeringen med én måneds varighet, og ble fornyet én gang. Det første lovforslaget – som blant annet ikke hadde en tidsbegrensning, som gav svært

76. Graver (2020), s. 27. For en vurdering av de endringene som kom inn i den vedtatte koronaloven, se Graver (2020), 106–107.

77. Hans Petter Graver, «Hensynet til å kontrollere sykdommen styrer samfunnet», *Morgenbladet*, 23. april 2021.

78. NOU 2019: 13. Når krisen inntreffer.

79. *Ibid.*, s. 102.

80. *Ibid.*, s. 126. For en kritisk drøfting av lovforslaget, blant annet at en ny nødretts hjemmel i tillegg til konstitusjonell nødrett innføres, nemlig såkalt forvaltningsmessig nødrett, se Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand. Hva covid-19 sier om den norske rettsstaten*, Dreyer 2020, s. 136–149. Han viser på s. 142–143 til debatten i Stortinget våren 2014 om forslag til en ny § 116 i Grunnloven om nødretts hjemmel, der flertallet i komiteen uttalte at «kriteriene for de omtalte nødretts situasjoner er for vage og uklare»; se Innst. S 187 (2013–2014), s. 26.

81. Regjeringen, Høring – forslag om endringer i smittevernloven (portforbud), 2021 – <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-om-endringer-i-smittevernloven-portforbud/id2827769>.

82. Lov 27. mars 2020 nr. 17 om forskriftshjemmel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 mv. For en oversikt over de 21 forskriftene vedtatt i medhold av loven, se Graver (2020), 185–188.

vid myndighet til regjeringen, og med svake regler for saksbehandling og kontroll – fikk kritikk.⁸³ Imidlertid var professor Benedikte Moltumyr Høgberg – som ledet arbeidet som førte fram til NOU 2019: 13 – mer positiv.⁸⁴ Fullmaktene til regjeringen ble begrenset gjennom behandlingen i Stortinget, og loven ble enstemmig vedtatt.

11. Forankring av samvittighetsfriheten for å fremme sameksistens og redusere konflikt

Artikkel 9 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er ikke bare for troende, men er vurdert av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen som vel så viktig for «ateister, agnostikere, skeptikere og de ikke-religiøse. Den pluralismen som er uadskillelig fra et demokratisk samfunn, og som er tilkjempet over århundrer, er avhengig av [tanke-, samvittighets- og religionsfriheten]».⁸⁵ Jeg støtter dette synspunktet, men understreker at det er de som påberoper seg en samvittighetsoverbevisning, som må overbevise andre om hvorfor deres standpunkter fortjener respekt.

Hellerslia framholder at det synes å være et krav at det konkrete uttrykket for livssynet må ha en viss utbredelse.⁸⁶ Jeg kan til en viss grad følge dette. Likevel, bortsett fra et alminnelig krav om konsistens og alminnelig aksept for at det gjeldende standpunktet er et samvittighetsstandpunkt – der manglende muligheter til å etterleve dette utgjør en integritetskrenkelse⁸⁷ – er det vanskelig å se hvordan dette kravet om utbredelse skal konkretiseres, og hvilke terskler som i så fall skal gjelde.

Dette bringer oss over til spørsmålet om hva som kan regnes som et ikke-religiøst livssyn, også omtalt som livsanskuelse. Det er ikke grunn til å bestride at overbevisning knyttet til dyrevelferd, ressursknapphet eller samvittighetsoverbevisninger om ikke å ville bruke fly kan forstås som både dyp og konsistent overbevisning, som vil møte aksept hos en viss andel av befolkningen. Det vil derfor være liten støtte for

83. Graver (2020), s. 101. For de umiddelbare reaksjonene, se Cato Husabø Fossen, Martin H.W. Zondag og Charlotte Berrefjord Bergløff, «Regjeringen vil ha krisefullmakter: – Skal ikke utnyttes», *NRK*, 18. mars 2020; Bjørn S. Kristiansen, «Jusekspert sier justisminister Monica Mælands nye kriselov bryter med Grunnloven», *Klassekampen*, 20. mars 2020; Henrik Pryser Libell, «Ekspertkommentarer til koronaloven», *Juridika Innsikt*, 20. mars 2020 (2020), s. 27.

84. Kristiansen, *ibid*.

85. Eweida, avsnitt 79. Se også Bielefeldt og Wiener (2020).

86. Hellerslia (2004), s. 231.

87. Hellerslia (2004), s. 232; Flø (2017), s. 39.

å nekte personer med denne overbevisningen å handle i samsvar med sin overbevisning. Andre livssyn, som ikke på samme måte er basert på respekt for dyr, natur og levelig klima, vil ha mindre sannsynlighet for å vinne aksept.

Hva da med lærere som ikke vil innordne seg skoleeiers pålegg? Eksemplene gitt ovenfor handler om den offentlige skolen, men det er relevant å nevne at samvittighetsspørsmål har vært tydeligere drøftet for kristent eide skoler.⁸⁸ Dersom lærerne og studenter/elever er uenige i eiernes verdibasis slik denne praktiseres, må disse bruke sin ytringsfrihet for å skape forståelse i befolkningen for sin overbevisning og samtidig arbeide for endringer innad. De som eier kristne skoler, må tilsvarende også ha ansvar for å skape forståelse for sin overbevisning. Minoritetsstandpunkter er definitivt ikke mindre legitime fordi de er minoritetsstandpunkter.

Jeg bygger på en inkluderende forståelse av hva som utgjør et livssyn, i tråd med den forståelsen som er lagt til grunn av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. Ut fra en slik vid forståelse er det å ikke ville bruke vurderingsverktøy som oppleves som skadelige for barn – basert på et konsistent menneskesyn og lærings-syn – en overbevisning som omfattes av samvittighetsfriheten. Hvorvidt denne overbevisningen skal ha forrang framfor arbeidsgivers styringsrett og nytten av omforente systemer ved den enkelte skole, vil bli gjenstand for en vurdering. I de tilfellene der denne vurderingen gjøres av domstoler, er det naturlig at de aktuelle kriteriene – formål, lovhjemmel og nødvendighet, som inkluderer vurderinger av forholdsmessighet i snever forstand – må bringes inn, i samsvar med etablert praksis ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.

Videre, med utgangspunkt i at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen så tydelig løfter fram «pluralismen som er uadskillelig fra et demokratisk samfunn»,⁸⁹ foreslår jeg seks kriterier som alle myndighetsorganer kan bygge på for å ivareta både den enkeltes samvittighetsfrihet og det minimum av fellesverdier som ethvert

88. Den klareste konflikten har oppstått ved NLA Høgskolen, eid av sju kristne organisasjoner. Det nye verdidokumentet til NLA Høgskolen, oppdatert i 2020, understreker «Bibelen som bindende norm for kristen tro, lære og liv»; se <https://www.nla.no/globalassets/pdf-dokumenter/om-nla/vedtekter-og-planer/grunnlag-og-formal--en-utdyping-av-nla-hogskolens-vedtekter.pdf>. NOKUT-komiteen (Nasjonalt organ for kvalitet i utdanningen) fant at «plikten til å fremme og verne akademisk frihet innebærer en avgrensning av den retten høgskolen har til å utforme sitt eget verdigrunnlag»; se NOKUT, Innstilling fra sakkyndig komité. NLA Høgskolen. Revidering av akkreditering som høgskole, 2021, s. 25; <https://www.nokut.no/nyheter/sakkyndig-komite-nla-hogskolen-oppfyller-ikke-alle-kravene-til-akkreditering-som-hoyskole>. NOKUT-styret fant ikke at plikten til å verne og fremme den akademiske friheten ved NLA Høgskolen var brutt. For pressemelding av 16. desember 2021, se <https://www.nokut.no/nyheter/nla-hogskolen-ma-rette-opp-mangler-for-a-beholde-status-som-akkreditert-hoyskole>.

89. Eweida, avsnitt 79.

samfunn trenger: 1) Søk å fremme bredest mulig realisering av alle menneskerettigheter for alle.⁹⁰ 2) Prioritétt sikring av minoriteters rettigheter. 3) Argumentér ut fra altruistiske og universalistiske prinsipper. 4) Anerkjenn mangfold, ikke ensretting. 5) Styrk likeverd, frie valg og ansvar. 6) Forstå indre tankearbeid, kontemplasjon, og politisk arbeid, aksjon, som avhengig av hverandre. Å bygge på disse kriteriene er ingen garanti mot at konflikter vil oppstå, men kan gi retning for å finne løsninger på konflikter.

Til punkt 2 om minoriteters rettigheter er det relevant å spørre om meningsminoriteter bør vernes særlig, eller om et like sterkt vern bør sikres for religiøse minoriteter som søker å praktisere religiøse påbud for påkledning. Sikker med sitt turbanpåbud skiller seg ut, og lyktes i oktober 2020 med å oppheve påbudet om å vise ørene på passbilder. Dette er et eksempel på at regjeringen lot en dyptfølt overbevisning få forrang for en nokså liten religiøs minoritet – selv om oppheving av påbudet også vil gjelde for eksempelvis muslimske kvinner som bruker hodesjal.⁹¹ Likevel er det relevant at både Likestillings- og diskrimineringsombudet⁹² og Diskrimineringsnemnda⁹³ fant at det tidligere påbudet ikke var ulovlig. Ingen av dem gjorde en forholdsmessighetsvurdering i snever forstand, altså om fordelene ved inngrepet – å kreve synlige ører – oppveier ulempen ved å få (to) færre ansikts trekk for identifisering. Her er det relevant å minne om at både iris-skanning og fingeravtrykk gir langt mer presise identifiseringer enn hva øreform gir.

12. Oppsummering

Problemstillingen for artikkelen ble formulert slik: Hvordan anerkjennes samvittighetsfriheten, og vil anerkjennelse av samvittighetsfriheten fremme sameksistens eller snarere medføre uunngåelige konflikter?

Kort fortalt har FN's menneskerettighetskomité en mer ubetinget anerkjennelse av samvittighetsfrihet enn Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, og FN's høykommissær for menneskerettigheter tydeliggjør at det ikke finnes noen unntaksmuligheter fra samvittighetsfriheten etter artikkel 18(3).⁹⁴ FN's mennes-

90. Strand (2017).

91. Njål Høstmælingen, «Turban til besvær: Menneskerettslige utfordringer ved det særnorske kravet om synlige ører på pass- og ID-fotografier», *Kritisk juss* 45(3), 2019, s. 98–128.

92. Likestillings- og diskrimineringsombudet, «Krav om synlige ører på passbildet ikke diskriminering på grunn av religion». Saksnummer: 17/623, 2017.

93. Diskrimineringsnemnda, Sak 65/2018 A representert av B mot Justis- og beredskapsdepartementet, 2018.

94. Den relevante formuleringen avsluttes med «without any limitation whatsoever», se <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomReligion/faith4rights-toolkit/Pages/Module9.aspx>.

kerettighetskomité legger videre til grunn at forbudet mot synlig uttrykk for ens religionstilhørighet strider mot artikkel 18 i FN-konvensjonen.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen praktiserer en vid skjønnsmargin for statene til å ivareta samvittighetsfriheten der religion er involvert. Interessant nok ble korsnekt for ansatte ved et offentlig sykehjem tillatt, mens korsnekt for ansatte i British Airways ble funnet å krenke artikkel 9 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. I Den europeiske menneskerettighetsdomstolen er forståelsen at både religion og overbevisninger faller inn under unntaksbestemmelsen i artikkel 9(2), slik at utøvelsen kan begrenses, gitt at vilkårene er oppfylt.

I Norge er det funnet at «rettskildebildet er fragmentert og ufullstendig».⁹⁵ Det er i denne sammenhengen relevant å minne om at selv om Høyesterett i den såkalte spiralnekt-dommen dømte til fordel for legen i Sauherad som ikke ville sette inn spiral, var dommen likevel taus på om den nye fastlegeforskriften som trådte i kraft fra 2013, og som begrenser legenes reservasjonsrett, er i tråd med menneskerettighetene.

I tillegg til seks presiseringer av samvittighetsfrihet viser artikkelen seks kriterier for å balansere samvittighetsfrihet og fellesverdier. Videre viser artikkelen at ønsket om ikke å handle på måter som kan skade andre, må være det sentrale for å innholdsbestemme legitime uttrykk for samvittighetsfrihet. En slik dyptfølt overbevisning – forankret i et konsistent livssyn – må regnes som et mer konkret uttrykk for samvittighetsfrihet enn å unnlate å gjøre noe fordi det oppleves som ubehagelig for en selv. I profesjonelle sammenhenger er den enkelte ansattes samvittighetsfrihet ikke absolutt, og arbeidsgivers styringsrett, hensyn til kollegaer og hensynet til tredjepart må tas i betraktning, men arbeidsgiver må også være villig til en rimelig tilrettelegging.

95. Tengesdal (2016), s. 42.