



Sak 2/2017

Sakens parter:

X sykehjem v/driftsstyret - A

Vedtak av 23. mars 2017 fra Likestillings- og diskrimineringsnemndas medlemmer:

Susann Funderud Skogvang (møteleder)

Thorkil H. Aschehoug

Gislaug Øygarden

Kirsti Coward

Anne-Lise H. Rolland

Saken gjelder

X sykehjem v/driftsstyret (heretter driftsstyret) har klaget på Likestillings- og diskrimineringsombudets (ombudet) uttalelse datert 5. desember 2016. Spørsmålet for Likestillings- og diskrimineringsnemnda (nemnda) er om X sykehjems uniformsreglement er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion.

Sakens bakgrunn

X sykehjem er et hjem for personer med demens. Sykehjemmet er et privat ideelt drevet sykehjem som har driftsavtale med Z kommune. Det er totalt 58 heldøgns plasser, hvorav åtte plasser er for yngre personer med demens og åtte plasser for forsterket skjermet enhet. Det er også 16 dagsenterplasser. Sykehjemmet er organisert i åtte mindre enheter med seks til åtte pasienter i hver.

X sykehjem eies og driftes av Y forening. Driftsstyret og administrasjonen er underlagt foreningen. Y forening har etablert et samarbeid med Z kommune gjennom en leieavtale og en driftsavtale. Foreningsstyret består av medlemmer av foreningen. I *driftsstyret* sitter foruten foreningsmedlemmer, som er i flertall, representanter for ansatte og pårørende. Foreningen er arbeidsgiver for sykehjemmets ansatte. I henhold til avtaleverket kontrollerer kommunen pasientinntaket mot å saldere driften ved å betale «*leie*».

Y forening står i et kontraktsforhold til kommunen, men kommunen har ikke instruksjonsmyndighet overfor den.

A har vært ansatt på X sykehjem fra 2010. Hun er muslim, og hun har opplyst at hun etter det første året ved sykehjemmet begynte å bruke hijab også på jobb.

Uniformsreglementet

X sykehjem hadde fram til 2. september 2016 ikke hatt et uniformsreglement. Administrasjonen hadde, i samsvar med det som sto i «*Kvalitetssystemet for X sykehjem*», utlevert hijab sammen med uniform for de ansatte som ønsket det. Da styret i Y forening ble kjent med dette, ble spørsmålet om uniformsreglement behandlet i foreningsstyremøte den 22. august 2016. Det ble besluttet at følgende forslag til vedtak skulle oversendes *driftsstyret* til behandling på møtet 2. september 2016:

«Alle ansatte ved X sykehjem (i kontakt med beboerne) skal bruke arbeidsantrekk som er utlevert fra sykehjemmet, og det er ikke tillatt å bruke religiøse eller politiske plagg, som for eksempel hijab eller palestinasjerf.»

Begrunnelsen for forslag til vedtaket var:

«Begrunnelsen for denne saken er beboernes velvære. Som kjent fungerer mennesker med demens best i velkjente og således trygge omgivelser. Bl.a. husker demente sin fortid, og er således bl.a. sterkt berørt av hvordan personer rundt dem ser ut, og bl.a. hvordan de er kledd. Dersom det brukes klesplagg som er ukjente for pasienten, som f.eks. hijab, turban eller palestinasjerf, kan dette skape forvirring og utrygghet. Fra før av, og nå i økende grad, er det ansatte med fremmed, utenlandsk utseende og med til dels dårlig norsk språk.»

I driftsstyremøtet 2. september 2016 vedtok driftsstyret uniformsreglementet slik det var foreslått fra styret i Y forening. Vedtaket var ikke enstemmig (dissens 4:3).

Driftsstyret har opplyst at uniformsreglementet foreløpig ikke er gjort gjeldende overfor nåværende ansatte som har båret ikke-reglementerte plagg. Av de fast ansatte er det kun A som bruker hijab. Uniformsreglementet har blitt gjort gjeldende for de som har blitt ansatt etter 2. september 2016.

Interne uenigheter om uniformsreglementet

Under driftsstyremøtet, før vedtak om uniformsreglement ble fattet, ble styret orientert om bruk av uniform ved sykehjemmet. Av møteprotokollen fra driftsstyremøtet fremgår det at følgende informasjon ble gitt om den daværende uniformsbruk:

«Bruk av uniform og gode retningslinjer for hygiene er en stor og viktig del av ansattes arbeidsdag. Det er et viktig område å ha fokus på for å forebygge infeksjoner og økte helseproblemer hos våre pasienter. Videre er det viktig at pårørende og pasienter lett kan identifisere de ansatte ut fra kjente uniformer.

Sykehjemmet har hatt stort fokus på dette, og retningslinjer for uniform og hygiene ligger nedfelt i vårt kvalitetssystem. Disse retningslinjene ligger tett opp mot det som følges og praktiseres i Z kommune.

[...]

De som anvender hodeplagg (hijab) på grunn av religion eller av andre grunner, skal bruke hijab fra X. Hijab skal skiftes daglig.»

Tre av sju styremedlemmer (mindretallet) stemte ikke for Y forenings forslag til uniformsreglement, men stemte for et forslag fra et av styremedlemmene. Det alternative forslaget lød som følger:

«Alle ansatte ved X Sykehjem (i kontakt med beboerne) skal bruke arbeidsantrekk som utlevert fra sykehjemmet.»

I driftsstyremøte 21. oktober 2016 ble det foreslått at uniformsreglementet vedtatt 2. september 2016 skulle oppheves og erstattes med det uniformsreglementet mindretallet hadde stemt på. Forslaget ble fremmet av ansattes representant, på vegne av oversykepleier ved sykehjemmet. I oversykepleierens begrunnelse fremgår det blant annet at:

«Undertegnede ble informert om vedtaket fra styremøtet og reagerte sterkt på dette, da jeg vurderer vedtaket som i strid med diskrimineringsloven. Videre reagerer jeg på at det anføres tilsynelatende faglige vurderinger om at pasienter ved sykehjemmet reagerer på bruk av bl.a hijab, uten at hverken jeg som oversykepleier og faglig ansvarlig eller ledergruppen som sådan har fått uttale seg i en så viktig prinsipiell sak. Problemstillingen var ukjent for både meg og ledergruppen, og jeg kan ikke se at det er forenelig med god og forsvarlig saksbehandling at styret fatter vedtak uten at det [er] gjort en grundigere utredning for hverken bakgrunn eller konsekvenser av saken.

[...]

Styrets vedtak innebærer at ledergruppen ved X nå beordres til å utføre en instruks som høyst sannsynlig er i strid med norsk lov.»

Z kommune

Som nevnt ovenfor, har X sykehjem en driftsavtale med Z kommune. Z kommune har i sakens anledning, på forespørsel fra nemnda, blant annet opplyst at religiøse hodeplagg er tillatt ved samtlige av de øvrige sykehjemmene i Z kommune. Erfaringene i kommunen og ved sykehjemmene er at demente beboere ikke reagerer negativt på bruk av hijab. Flere av

sykehjemmene har også presisert overfor kommunen at de har gode erfaringer når det gjelder relasjonene mellom beboere og ansatte med hijab, og har vist til at beboerne tilhører en generasjon hvor bruk av skaut var vanlig før i tiden. Hodeplagg er derfor velkjent for beboerne.

Z kommune har også opplyst at det er en kjent problemstilling ved flere av sykehjemmene at beboere kan reagere på ulike forhold ved ansatte, slik som språk, hudfarge og kjønn. Dersom en dement beboer reagerer på slike forhold, vil sykehjemmet tilrettelegge så godt det lar seg gjøre for å ivareta både hensynet til beboeren og den ansatte. Det pleier imidlertid som regel å gå seg til når beboeren blir kjent med, og får tillit til, pleieren. Det har ikke vært en problemstilling at demente beboere reagerer på hijab.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

A klaget X sykehjem v/driftsstyret inn til ombudet i e-post 4. november 2016.

Ombudet konkluderte i sin uttalelse datert 5. desember 2016 med at:

«Vedtaket fra driftsstyret ved X sykehjem av 2. september 2016, som forbyr bruk av religiøse plagg, er i strid med diskrimineringsloven om etnisitet § 6.»

Driftsstyret klaget på ombudets uttalelse ved brev datert 15. desember 2016. Ombudet vurderte saken på ny, men fastholdt sin konklusjon. Saken ble oversendt til nemnda ved ombudets brev datert 9. januar 2017.

Saken ble behandlet i nemndas møte tirsdag 7. mars 2017. I behandlingen deltok nemndas medlemmer Susann Funderud Skogvang (møteleder), Thorkil H. Aschehoug, Gislaug Øygarden, Kirsti Coward og Anne-Lise H. Rolland. Driftsstyret var representert på telefon ved nestleder (i tillegg er hun styreleder for Y forening). A deltok på telefon. Som observatører for ombudet møtte Monica Hox, Elsa Skjong og Iselin Huuse. Nemndas sekretariat var representert ved Else Anette Grannes, Helena Jokila, Anette Klem Funderud og Ingeborg Aas.

Sakens rettslige side

Det nasjonale diskrimineringsvernet

Statens generelle forpliktelse til å sikre menneskerettighetene og å forhindre ikke-diskriminering fremgår av Grunnloven §§ 92 og 98. Det fremgår av Grunnloven § 110 første ledd første punktum at: *«Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring»*. Det fremgår videre av Grunnloven § 16 første punktum at: *«Alle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse»*.

Diskrimineringsloven om etnisitet § 6 (lov nr. 60/2013) lyder slik:

«Diskriminering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn er forbudt. Diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk regnes også som diskriminering på grunn av etnisitet. Forbudet gjelder diskriminering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig etnisitet, religion eller livssyn. Forbudet gjelder også diskriminering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn til en person som den som diskrimineres har tilknytning til.

Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 7 eller § 8. Med direkte forskjellsbehandling menes en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person eller et foretak blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes etnisitet, religion eller livssyn. Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av etnisitet, religion eller livssyn.»

Forskjellsbehandling er likevel tillatt dersom alle unntaksvilkårene i diskrimineringsloven om etnisitet § 7 er oppfylt. Bestemmelsen lyder:

«Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 6 når:

- a) den har et saklig formål,*
- b) den er nødvendig for å oppnå formålet og*
- c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.»*

Lovforarbeidene (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) til den tidligere diskrimineringsloven (lov nr. 33/2005) er fremdeles relevante ved tolkning av gjeldende diskrimineringslov om etnisitet. Det følger av lovforarbeidene side 103 at:

«I enkelte situasjoner vil den enkeltes religiøse behov og tradisjoner kunne komme i konflikt med legitime krav som oppstilles på ulike områder i samfunnet, og som skal gjelde for alle, uansett religion eller livssyn. Et eksempel kan være at en persons ønske om å bære turban eller hijab på arbeidsplassen kommer i strid med virksomhetens krav til sikkerhet eller helse og hygiene. Det vil da måtte bero på en konkret vurdering hvorvidt en slik form for forskjellsbehandling er saklig, nødvendig og proporsjonal.»

Reglene om bevisbyrde er inntatt i diskrimineringsloven om etnisitet § 24 første ledd:

«Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

- a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, og*
- b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.»*

Forvaltningspraksis

Spørsmål om diskrimineringsvernets rekkevidde ved individers bruk av religiøse hodeplagg har ikke vært bragt inn for de ordinære domstoler i Norge. Enkeltsaker om bruk av religiøse hodeplagg har imidlertid vært gjenstand for behandling av ombudet og nemnda (også den tidligere Klagenemnda for likestilling før 2006).

Sak 8/2001 for Klagenemnda for likestilling gjaldt en muslimsk kvinne som søkte jobb som romvert på Oslo Plaza. Hun brukte hijab og ønsket ikke å ta hijaben av da hun skulle prøve hotellets uniform. På Oslo Plaza gjaldt et uniformsreglement hvor hodeplagg ikke skulle benyttes. Hotellet mente at uniformsreglementet måtte respekteres, og resultatet var at kvinnen ikke inngikk arbeidskontrakt med hotellet. Saken ble vurdert etter diskrimineringsforbudet i daværende likestillingslov § 3 (lov nr. 45/1978). Nemnda la til grunn at det nøytralt formulerte regelverket hadde virkninger som indirekte rammet kvinner hardere enn menn. Spørsmålet var dermed om de hensyn som begrunnet utformingen av uniformsreglementet, var tilstrekkelig tungtveiende til at regelverket kunne opprettholdes uten

å stride mot likestillingslovens diskrimineringsforbud. Fra hotellets side var det særlig lagt vekt på hensynene til profilering, markedsføring og sikkerhet. Nemnda slo fast at det måtte foretas en konkret vurdering som tok utgangspunkt i arbeidsoppgavene og uniformens formål. I den konkrete avveining av forholdet mellom individvernet og de hensyn som ble fremsatt som begrunnelse for uniformsreglementet, la nemnda vekt på at det ville være mulig å utforme et hodeplagg som kunne tilpasses uniformen for øvrig. Nemnda konkluderte med at det forelå brudd på likestillingsloven.

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2010 tok nemnda stilling til om forbudet mot bruk av religiøse hodeplagg i politiet var i strid med den daværende diskrimineringsloven § 4 og daværende likestillingslov § 3. Nemnda tok utgangspunkt i at et forbud mot bruk av religiøse hodeplagg var begrunnet i hensynet til at politiet skulle uttrykke nøytralitet og likhet, og at dette utgjorde et saklig formål. Nemnda kom imidlertid fram til at et forbud mot religiøse hodeplagg ikke var nødvendig for å oppnå formålet. Nemnda konkluderte med at forbudet mot bruk av religiøse hodeplagg i politiet var i strid med diskrimineringsloven § 4 og likestillingsloven § 3. Nemnda ga en ikke-bindende uttalelse i saken. Etter at nemndas uttalelse forelå, besluttet daværende justisminister Knut Storberget likevel at regjeringen ikke kom til å tillate bruk av religiøse hodeplagg i politiuniformen.

Spørsmålet i nemndas sak 2/2014 var om et sikkerhetsselskaps uniformsreglement som forbyr bruk av religiøse hodeplagg, er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion, etnisitet og/eller kjønn. Sikkerhetsselskapet har ansvar for sikkerhetsoppdraget på Oslo Lufthavn (Gardermoen). Nemnda kom i sin vurdering frem til at forbudet mot religiøse hodeplagg utgjorde et saklig formål ut fra hensynet til respekt og ro, verdinøytralitet og som et ledd i å avskaffe kjønnsstereotyp praksis. Forbudet var således nødvendig for å oppnå formålet. Nemnda kom også frem til at forskjellsbehandlingen ikke var uforholdsmessig inngripende. Det ble blant annet vist til at tillatelse til bruk av hijab kunne fremtvinge en kjønnsdelt sikkerhetskontroll og et sosialt press om å bruke hijab blant muslimske ansatte.

Spørsmålet i nemndas sak 35/2014 var om et sikkerhetsselskaps uniformsreglement, som fastslår at skjegg skal være «kort og velpleiet», var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion og/eller etnisitet. Også denne saken var knyttet til sikkerhetskontrollen på Oslo Lufthavn (Gardermoen). Nemnda uttalte:

«Bruk av religiøse symboler, deriblant skjegg, har nær sammenheng med individers rett til deltakelse i arbeidslivet, da et forbud vil kunne medføre utestengning. Retten til ikke å bli utsatt for forskjellsbehandling i forbindelse med adgang til arbeidslivet er sterkt forankret i de internasjonale menneskerettskonvensjonene. Individers adgang til bruk av religiøse symboler står på denne bakgrunn sterkt. Unntak fra dette utgangspunktet krever en tungtveiende begrunnelse som tilfredsstillende konkretiseringskrav som kan utledes av FN-konvensjonene.

Av de internasjonale menneskerettskonvensjonene og praksis knyttet til disse er det i teorien utledet åtte hensyn som kan begrunne at adgangen til bruk av religiøse hodeplagg i arbeidslivet innskrenkes (jf. Vibeke Blaker Strand, Diskrimineringsvern og religionsutøvelse (2012) side 342 flg.). Hensynene kan oppsummeres på følgende måte: sikkerhet (det vil si at hodeplagget utgjør en fysisk risiko), hygiene, identifikasjon, ivaretagelse av virksomhetenes profil generelt (verdinøytralitet), ivaretagelse av virksomhetenes profil i statlige institusjoner som forvalter makt på fellesskapets vegne (svækkelse av nøytralitet), tillit i forbindelse med konkret maktutøvelse, respekt og ro og avskaffelse av kjønnsstereotype praksiser. Disse

hensynene er utledet med utgangspunkt i forbud mot bruk av religiøse hodeplagg i statlige virksomheter, men vil etter nemndas syn også være relevante i en privat virksomhet, og når det gjelder andre religiøse symboler enn hodeplagg.

Aktuelle momenter ved vurderingen av om bestemmelsen om 'kort og velpleiet skjegg' i B sikkerhetsselskaps uniformsreglement er nødvendig for å oppnå et saklig formål, er etter nemndas syn særlig hensynet til nøytralitet når det gjelder tillit knyttet til kontroll og eventuell maktutøvelse, ivaretagelse av virksomhetens verdinøytrale profil og behovet for at det skapes respekt og ro.»

Nemndas flertall mente at lovens vilkår for lovlig forskjellsbehandling var oppfylt, og konkluderte med at uniformsreglementet ikke var i strid med diskrimineringsloven om etnisitet § 6 (dissens 4:1).

I sak 46/2015 vurderte nemnda spørsmålet om NRKs absolutte forbud mot at nyhetsprogramledere bærer religiøse symboler under TV-sending var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion. Nemnda kom til at forbudet ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion. Nemnda la til grunn at hensynet til at nyhetsprogramledere skal fremstå som nøytrale og upartiske, er et saklig formål. I vurderingen av om et forbud mot blant annet religiøse symboler var egnet til å skape nøytral nyhetsformidling, kom nemnda til at nyhetsformidlingen ikke kan være nøytral dersom nyhetsprogramledere tillates å bære religiøse symboler under sending. Nødvendigheten av forbudet ble vurdert i lys av retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10, og at NRK nyter et særlig sterkt vern som uavhengig nyhetsformidler. Nemnda la særlig vekt på hensynet til pressens troverdighet. Nemnda kom også til at forbudet var forholdsmessig overfor nyhetsprogramledere.

Annen norsk praksis

Rådet for sykepleieetikk ga i desember 2016 en uttalelse om bruk av hijab i sykepleieyrket. Rådet besluttet (mot én stemme) at hijab kan aksepteres som en del av sykepleieres arbeidsantrekk. Rådet baserte sin uttalelse på profesjonsetikk, ikke politikk og juss, og uttalte blant annet:

«Saken har flere involverte parter. Det gjelder pasienten, pårørende, sykepleieren, kolleger og arbeidsstedet. Grunnlaget for all sykepleie skal være respekten for det enkelte menneskets liv og iboende verdighet. Sykepleie skal bygge på barmhjertighet, omsorg og respekt for menneskerettighetene. Yrkesetiske retningslinjer for sykepleiere omtaler 'Sykepleieren og pasienten': 'Sykepleieren ivaretar den enkelte pasients verdighet og integritet, herunder retten til helhetlig sykepleie, retten til å være medbestemmende og retten til ikke å bli krenket.' Omsorg, respekt, barmhjertighet, integritet og verdighet er viktige verdier som må vernes om. Rådet for sykepleieetikk mener også at hensynet til pasienten alltid skal komme først.

Hvordan verne om disse verdiene og ta vare på pasientene i praksis?

Rådet for sykepleieetikk mener at dersom det oppstår situasjoner hvor pasienten er engstelig og urolig for det 'fremmede' og ikke ønsker en sykepleier med hijab, bør det tilstrebes dialog og trygging. Vi mener det er viktig å ta på alvor frykt hos pasientene med alle de dilemmaene det bringer med seg. Det sentrale vil være å trygge pasientene, slik at personale med fremmedkulturell bakgrunn kan få tillit hos pasientene. Arbeidsplassen kan også være

fleksibel og legge til rette så langt det lar seg gjøre, slik at pasientene kan oppleve seg ivaretatt og trygge.»

Det internasjonale diskrimineringsvernet

Den norske staten har en plikt til å hindre diskriminering. Det følger av menneskerettsloven § 2 (lov nr. 30/1999) at blant annet følgende internasjonale menneskerettskonvensjonene er inkorporert i norsk lov: FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Nasjonal rett skal tolkes i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser staten har påtatt seg. Dette innebærer at internasjonale konvensjoner er en rettskilde som har vekt og relevans ved fortolkning av nasjonal rett. Ved motstrid som ikke kan løses ved tolking, skal de inkorporerte menneskerettskonvensjonene gis forrang foran annen nasjonal lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Nasjonal rett antas for øvrig å være i overensstemmelse med folkerettslige forpliktelser staten har påtatt seg (presumpsjonsprinsippet). Dette innebærer at lovgivningen, så langt det er mulig, må tolkes slik at den samsvarer med folkeretten.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)

Retten til religionsfrihet følger av SP artikkel 18:

«Enhver har rett til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Denne rett omfatter frihet til å skifte religion eller tro, og frihet til enten alene eller sammen med andre, og offentlig eller privat, å gi uttrykk for sin religion eller tro gjennom undervisning, utøvelse, tilbedelse og ritualer.»

Individens religionsutøvelse kan begrenses på de vilkår som nærmere er angitt i artikkel 18 nr. 3:

«Friheten til å utøve en religion eller tro skal ikke være gjenstand for andre begrensninger enn slike som er foreskrevet i lov og som er nødvendig for å beskytte den offentlige sikkerhet, orden, helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter.»

Menneskerettskomiteen har presisert at bestemmelsen om begrensninger skal tolkes snevert (FNs menneskerettskomité General Comment No. 22 (1993) punkt 4).

Vernet mot diskriminering følger også av konvensjonens artikkel 2 nr. 1 (det aksessoriske diskrimineringsforbudet, det vil si det som er betinget av inngrep i de øvrige konvensjonsbestemmelsene) og artikkel 26 (generell bestemmelse).

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

ØSK konvensjonens diskrimineringsvern følger av diskrimineringsforbudene i konvensjonens artikkel 2 nr. 2 og artikkel 3. I artikkel 2 nr. 2 heter det at:

«[k]onvensjonspartene forplikter seg til å garantere at de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, blir utøvet uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.»

Retten til arbeid følger av konvensjonens artikkel 6. At retten til arbeid skal sikres uten diskriminering på noe grunnlag, anses for å være en del av kjerneforpliktelsen som følger av ØSK artikkel 6, se ØSK-komiteens General Comment No. 18 (2005) punkt 31.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Det følger av EMK artikkel 14 at individer har et diskrimineringsvern på grunnlag av religion.

Retten til religionsfrihet følger av EMK artikkel 9 nr. 1:

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

Adgangen til å gjøre begrensninger i friheten til å uttrykke sin religion er regulert i EMK artikkel 9 nr. 2:

«Frihet til å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning skal bare bli undergitt slike begrensninger som er foreskrevet ved lov og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Vilkår for å fastsette restriksjoner i retten til fri religionsutøvelse er at inngrepet er foreskrevet ved lov. Etter EMK artikkel 9 nr. 2 må inngrepet ta sikte på å fremme ett eller flere av de følgende formålene: *«hensyn[et] til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter»*.

I tillegg til at inngrepet i retten til religionsutøvelse må ta sikte på å følge ett eller flere av de nevnte formålene i artikkel 9 nr. 2, kreves det også at inngrepet er *«nødvendig i et demokratisk samfunn»*. I dette ligger blant annet at inngrepet må være egnet til å nå det anførte formålet, at man ikke kan ivareta formålet gjennom andre rimelige og mindre inngripende tiltak, og at det ikke må være uforholdsmessighet mellom det aktuelle virkemiddelet og det som søkes oppnådd. Nødvendighetsvurderingen må antas å kunne variere etter hvilke formål inngrepet tar sikte på å fremme.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har avsagt flere dommer om retten til å bære religiøse symboler. Det er alltid en stat som er den ene part i EMD, og spørsmålet EMD har tatt stilling til, er om nasjonale myndigheter handler i strid med statens positive forpliktelser etter artikkel 9. Nedenfor følger en oppsummering av noen av de mest sentrale dommene:

Sakene *Dahlab mot Sveits* (2001) (EMD-1998-42393) og *Kurtulmus mot Tyrkia* (2006) (EMD-2001-65500) gjaldt forbud mot religiøse hodeplagg for undervisningspersonell (henholdsvis en barneskolelærer og en professor). Begge disse sakene ble avvist av EMD som åpenbart ubegrunnede. EMD la blant annet vekt på den påvirkningskraften underviserne har i undervisningssituasjonen, behovet for religiøs nøytralitet i undervisningen og det sekulære systemet i de aktuelle statene. I Dahlab-saken gikk domstolen dessuten inn i en vurdering av signaleffekten ved å bruke hijab, som den mente kan være vanskelig å forene med prinsipper om toleranse og likestilling mellom kvinner og menn.

I Storkammerdommen *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2005) (EMD-1998-44774-2) var det en tyrkisk medisinstudent som klaget over hijabforbudet ved tyrkiske universiteter. Sahin ble

utvist fra universitetet fordi hun nektet å etterkomme et forbud mot bruk av hijab (som ble innført mens hun studerte ved universitetet). Sahin viste til at hun ved å bære hijab fulgte et religiøst påbud og på denne måten markerte sitt ønske om å oppfylle de plikter som fulgte av islam. EMD kom til at forbudet utgjorde et inngrep i Sahins rett til å gi uttrykk for sin religion, men at staten hadde oppfylt vilkårene for å gjøre inngrep etter artikkel 9 nr. 2. Det ble lagt vekt på det sekulære systemet i Tyrkia, likestillingsbetraktninger, hensynet til dem som ikke ville bære hijab, og den politiske symboleffekten bruk av hijab kan ha. EMD framhevet i denne sammenhengen at tyrkiske myndigheter, blant annet på bakgrunn av sine egne historiske erfaringer, måtte antas å ha et reelt behov for å beskytte det politiske systemet mot ekstreme, ikke-demokratiske religiøse krefter.

I saken *Lautsi og andre mot Italia* (2011) (EMD-2006-30814), var klagerne en mor og hennes to barn. I 2001-2002 gikk barna på en offentlig skole hvor det i tråd med lovens påbud hang et krusifiks i hvert klasserom. Moren mente dette var i strid med prinsippene om sekularisering og statens nøytralitet. Klagerne anførte krenkelse av EMK første tilleggsprotokoll artikkel 2 (rett til utdanning) under henvisning til at krusifiksene i klasserommene krenket barnas rett til utdanning, og foreldrenes rett til å sikre barna undervisning i samsvar med sine filosofiske overbevisninger. Det ble også anført at krusifiksene var i strid med deres tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter EMK artikkel 9. Videre ble det anført at saksforholdet innebar diskriminering av barna i strid med EMK artikkel 14 (individuell diskrimineringsvern på grunnlag av religion).

Domstolen behandlet først morens klage og presiserte innledningsvis at spørsmålet i saken var om krusifikser i klasserommene i italienske offentlige skoler var i samsvar med EMK, og at det er en positiv plikt for staten til å respektere foreldrenes rett til å sikre barna undervisning i samsvar med sin egen filosofiske overbevisning. Sekularisme var en slik overbevisning. Staten nøt i denne sammenheng en vid skjønnsmargin når det gjaldt å bestemme tiltak for å sikre samsvar med konvensjonen under hensyntagen til samfunnet og individenes behov og ressurser. Domstolen slo deretter fast at et krusifiks først og fremst er et religiøst symbol. De nasjonale myndighetene argumenterte blant annet med at krusifikset var en del av en nasjonal identitet og tradisjon som staten ønsket å bevare. Domstolen la til grunn at det falt innenfor statens skjønnsmargin hvorvidt en tradisjon skulle bevares, men påpekte at hensynet til tradisjoner ikke frigjorde staten fra å oppfylle konvensjonsforpliktelsene. Domstolen la i sin vurdering vekt på, under henvisning til prinsippet om statens nøytralitet, at krusifikset var et passivt symbol og ikke kunne sammenlignes med for eksempel misjonering eller religiøse aktiviteter. Domstolen konkluderte med at Italia ikke handlet i strid med EMK.

Saken *Eweida og andre mot Storbritannia* (2013) (EMD-2010-48420) omfattet fire forskjellige klager. Alle var kristne. Kun situasjonen for den ene klageren omtales her.

Nadia Eweida jobbet i innsjekkingsstaben til British Airways. Hun ble sendt hjem fra jobb fordi hun nektet å dekke til et kors hun hadde på seg. Dette var i strid med selskapets kleskode. Domstolen konkluderte med at det forelå et brudd på EMK artikkel 9 overfor Eweida. Domstolen la til grunn at nasjonale myndigheter har en viss skjønnsmargin ved avveiningen av forholdsmessigheten av tiltak iverksatt av private selskaper overfor sine arbeidstakere. Domstolen kom likevel til at avveiningen i den foreliggende sak ikke var balansert. På den ene siden forelå hensynet til klagerens ønske om å gi uttrykk for sin religiøse overbevisning. På den andre siden forelå hensynet til arbeidsgiverens ønske om å fremstå med et visst image. Domstolen vurderte at selv om dette formålet utvilsomt var legitimt, hadde nasjonale myndigheter tillagt det for stor vekt. Klagerens kors hadde vært

diskret og kunne ikke avlede oppmerksomheten fra hennes profesjonelle utseende. Det fantes ingen bevis på at bruk av andre, tidligere tillatte religiøse plagg, hadde hatt noen negativ effekt på British Airways sitt omdømme eller image. Domstolen konkluderte med at det ikke forelå bevis på at andres interesser var krenket, og at nasjonale myndigheter hadde mislyktes med å beskytte klagerens rett til å gi uttrykk for sin religion i tilstrekkelig grad, i strid med statens positive forpliktelser etter artikkel 9.

I saken *Ebrahimian mot Frankrike* (2015) (EMD-2011-64846) hadde klageren ikke fått fornyet sin kontrakt som sosialarbeider ved psykiatrisk avdeling på et offentlig sykehus fordi hun hadde begynt å bære hijab. EMD uttalte innledningsvis at avgjørelsen om ikke å fornye kontrakten til klageren skyldtes at hun nektet å fjerne hodeplagget sitt, som var et uttrykk for hennes muslimske tilknytning. Domstolen slo fast at dette medførte et inngrep i hennes rett til å gi uttrykk for sin religion. Domstolen konstaterte videre at inngrepet var foreskrevet ved lov som var tilgjengelig og forutsigbar på avgjørelsestidspunktet, og viste til den nasjonale grunnlovens bestemmelse om sekularisme og rettspraksis fra den øverste administrative domstolen i Frankrike. EMD mente videre at inngrepet hadde sitt grunnlag i det legitime formålet beskyttelse av andres rettigheter og friheter. Domstolen vurderte deretter om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. Domstolen viste til tidligere praksis og konstaterte at samvittighets- og religionsfrihet er et av de grunnleggende prinsippene i et demokratisk samfunn, men uttalte også at artikkel 9 ikke beskytter enhver handling motivert av religion eller overbevisning. Domstolen viste til at kravet om nøytralitet blant offentlig ansatte kunne tilsi at det var nødvendig å begrense klagerens rett til å gi uttrykk for sin religion for å sikre lik behandling av pasienter. Når det gjaldt tiltakets forholdsmessighet, bemerket domstolen at staten må finne en balanse mellom private og offentlige interesser knyttet til nøytralitet og religionsfrihet. Domstolen uttalte videre at staten må tilkjennes en vid skjønnsmargin. Domstolen mente at nasjonale myndigheter i dette tilfellet var best egnet til å vurdere forholdsmessigheten av inngrepet. Klageren hadde vært klar over kravet til nøytral klesstil som gjaldt for utøvelsen av arbeidsoppgavene, men hadde ikke overholdt dette. Domstolen mente at staten ikke hadde overskredet sin skjønnsmargin da den la avgjørende vekt på hensynet til statens nøytralitet og upartiskhet. Domstolen mente videre at inngrepet i klagerens rett til å gi uttrykk for sin religion var nødvendig i et demokratisk samfunn. Domstolen konkluderte derfor med at det ikke forelå krenkelse av artikkel 9.

EU/EØS-retten

Det legges til grunn at diskrimineringsforbudene i likestillingsloven og diskrimineringsloven anses å være i overensstemmelse med EØS/EU-retten. Dermed er også EØS/EU-retten av betydning når den nasjonale diskrimineringslovgivningen skal tolkes med hensyn til rekkevidden av arbeidstakeres rett til bruk av religiøse hodeplagg. De sentrale rådsdirektivene er 2000/43/EF (rasediskrimineringsdirektivet) om vernet mot diskriminering på grunn av etnisitet 2000/78/EF (rammedirektivet mot diskriminering) om forbud mot diskriminering i arbeidslivet. Verken rammedirektivet eller rasediskrimineringsdirektivet er formelt sett en del av EØS-avtalen, men norske myndigheter har politisk forpliktet seg til å gjennomføre direktivene nasjonalt.

Både EUs rasediskrimineringsdirektiv artikkel 2 nr. 1 og rammedirektivet artikkel 2 nr. 1 inneholder forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Disse begrepene er nærmere definert i artikkel 2 nr. 2.

Det følger av forarbeidene til diskrimineringsloven om etnisitet, Prop.88 L (2012-2013) side 177-176, at adgangen til å forskjellsbehandle må leses i lys av EUs

rasediskrimineringsdirektiv artikkel 4 og rammedirektivet artikkel 4. Det følger av disse unntaksbestemmelsene at det bare kan legges vekt på «rase», etnisk opprinnelse, religion eller tro hvis dette er «et regulært og avgjørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil».

Partenes syn på saken

X sykehjem v/driftsstyret har i hovedsak anført at:

Driftsstyrets vedtak 2. september 2016 om uniformsreglement, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion.

Begrunnelsen for at religiøse hodeplagg ikke er tillatt i henhold til uniformsreglementet, er et generelt behov for enhetlighet, miljø og beboernes vel. Det vises her til advokat Nils Thoms Svendsens innlegg på Human Rights Services nettside datert 9. februar 2017.

Bakgrunnen for uniformsreglementet

Sykehjemmet hadde fram til 2. september 2016 ikke hatt et uniformsreglement.

Administrasjonen hadde, visstnok i samsvar med vanlig praksis i helsevesenet, utlevert hijab sammen med uniform. Da styret ble kjent med dette, ble det fattet styrevedtak om en nøytral uniform. Nøytral uniform innebærer samme uniform for alle ansatte uavhengig av religion, etnisitet eller politisk tilhørighet.

Styret har registrert at den tidligere instruksjonen stort sett har vært fulgt av de ansatte, i hvert fall av de ansatte som kun har pleiende arbeidsfunksjon. Avdelingslederne, som også har administrative funksjoner, har derimot for en stor del valgt å gå i sivil, slik også pasientene gjør. Dette har ført til noen uheldige episoder, og er også et moment for den ønskede uniforme bekledning.

Styret har mottatt reaksjoner mot hijab-bruken både fra ansatte og pårørende (besøkende). Det har vært rapportert om noen episoder, blant annet en episode knyttet til et TV-program og servering av svin. Det er imidlertid ingen ansatte eller pårørende som ønsker å bekrefte dette, noe som er forståelig. Driftsstyret og foreningsstyret har blitt møtt med stor motstand i mediene. Z kommune har også involvert seg, til tross for at kommunen ikke har instruksjonsmyndighet.

A arbeidet ved X sykehjem i mange år uten å bruke hijab. Når hun begynte å bruke hijab, er usikkert. Med Helse-Norges behov for arbeidskraft og myndighetenes ønske om å sysselsette muslimske kvinner, bidrar hijab til et religionsdominert helsevesen. Det er driftsstyret imot. Driftsstyret er imidlertid ikke imot muslimer. Driftsstyret er for «Full toleranse, men Null preferanse». Det er også våre nye landsmenn og nye landskvinner i det lange løp best tjent med.

Det har også vist seg at hijab fører til konflikt på X. Det er et mindretall av de ansatte, inklusive ledelsen, som kjører hardt på at hijab skal være en del av uniformen. De mange ansatte som er enig med styret, tør ikke uttale seg og har følt det nødvendig å gi sin støtte til styret anonymt. Styret har både rett og plikt til å gripe inn, og avslutte konflikten med en nøytral og lik uniform for alle.

Ingen ansatte ved X sykehjem blir diskriminert på grunn av tro. Det er forståelse for at noen ønsker å markere sin tro, men alt med måte. Trosmarkering har klageren anledning til ved for

eksempel å feste en pin på navneskiltet som en del av uniformen. At den muligheten foreligger, bør tilsi at utgangspunktet om ubegrenset rett til trosmarkering kan fravikes. Når man velger å arbeide med demente i deres siste livsfase, bør man være villig til å legge til side litt av seg selv for pasientenes skyld. Det bør også klagerens tro tillate.

Om lovforståelsen

Det er i utgangspunktet en menneskerett å kle seg som man vil. Diskrimineringsloven om etnisitet gir imidlertid ikke religiøse plagg et særlig vern.

Nøytral uniform er ikke diskriminerende. Det vises til Store Norske Leksikon som beskriver diskriminering som: «*en usaklig eller urimelig forskjellsbehandling av individer på grunnlag av deres kjønn, religion, tilhørighet til etniske grupper, nasjonaliteter eller nedsatt funksjonsevne.*»

Likebehandling er verken diskriminerende, usaklig eller urimelig. Nemnda har ikke lovhjemmel til å nekte X sykehjem å ha en nøytral pleieuniform. Likebehandling av alle, herunder jøder, kristne, muslimer, sikher og buddhister, er per definisjon ikke diskriminering.

Det følger av diskrimineringsloven om etnisitet § 6 at det er diskriminering på grunn av «*religion*» som er forbudt. Å la diskrimineringsvernet også omfatte «*religionsutøvelse*», det vil si all adferd som begrunnes med religion, innebærer en betydelig utvidende fortolkning av lovens beskrivelse av hva som er ulovlig. Dette kan ikke aksepteres når overtredelse av diskrimineringsforbudet er sanksjonert med straff.

Forbudet mot religiøse plagg innebærer ikke en «*innskrenkning av religionsfriheten*». Religionsfrihet er ikke rett til å gjøre hva som helst, bare det begrunnes i religion. Her er det nok å vise til hva som skjer i dagens Midtøsten. Det er langt fra det som skjer i Midtøsten til hijab-saken på X, men eksempelet viser at «*religion*», som skal beskyttes, er noe annet enn «*religionsutøvelse*», som ikke nødvendigvis har krav på det samme vernet. Å likestille adferd med tro, bygger på feil lovforståelse. Det er utenkelig at lovgiver bevisst kan ha ment at religionsutøvelse generelt skal vernes som religion.

Det fremgår av forarbeidene til diskrimineringsloven (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)) side 90 at:

«I straffeloven § 349 a og i diskrimineringsforbudene i boliglovene benyttes begrepene trosbekjennelse/truvedkjennning. I loven her er det ønskelig å benytte det mer nøytrale begrepet 'religion' for dermed å synliggjøre at trosretninger som ikke benytter trosbekjennelse også omfattes. Diskrimineringsgrunnlaget religion antas likevel materielt å være sammenfallende med begrepene i de nevnte lovene.»

Ingen kan mene at «*trosvbekjennelse*» semantisk dekker all religiøst motivert adferd. Juridisk er det heller ikke grunnlag for å begrense en utvidende tolkning til bruk av «*hijab og turban*» for å lande på et presentabelt standpunkt. Hvis religiøs adferd skal vernes, må vernet være generelt, og det går selvsagt ikke. Det stilles derfor spørsmål om hvorfor det skulle være en ubegrunnet særbehandling av religiøse plagg, særlig siden det er den religionen med flest påbud som vil oppnå mest begunstigeelse. En lov som på denne måten åpner for forskjellsbehandling på religiøst grunnlag, er selv diskriminerende.

Hvis vernet skal gjelde mer enn trosbekjennelsen, står vi overfor en uendelig rekke av trosbaserte krav om å få unntak. Ikke minst innenfor helsesektoren. Det blir da uholdbart å

pålegge håndheveren av legitime krav å påvise saklighet med mer for forskjellsbehandling. Det bør tvert imot være den som krever unntak, som bør begrunne unntaket.

At det er den som krever unntak, som må begrunne den preferanse som kreves på religiøst grunnlag, forutsettes i alle EMDs avgjørelser. Det gjelder også Ebrahimian-saken. At det der påpekes at staten generelt forbyr religiøse plagg for offentlig ansatte, og derfor ikke begrunner nektelsen konkret, gir ikke nektelsen mer legitimitet enn om den kommer fra en norsk arbeidsgiver og er begrunnet. Det relevante i dommen er derimot at den sier at «*inngrepet i klagerens rett til å gi uttrykk for sin religion er nødvendig i et demokratisk samfunn*». Når det her tales om «*klagerens rett*», er det ikke en presumert religionsbasert rett til å bære hijab, men den menneskerett enhver i utgangspunktet har til å kle seg som en vil. En konsekvens av dette er at driftsstyret, som Frankrike, ikke behøver å gi noen begrunnelse for uniformsreglementet. Annerledes blir det med vern mot forskjellsbehandling på grunn av tro og trosbekjennelse. Der skal forskjellsbehandling være saklig, begrunnet osv.

Hensynet til pasientenes helse og velvære

Styret har registrert at bruken av hijab ved sykehjemmet øker som følge av at mange muslimer søker seg til omsorgsfaget/-yrket. At hele eller deler av pleiestaben vil bære hijab, er en situasjonen driftsstyret så komme, og som man ønsket å hindre. Den viktigste grunnen til at hijab ikke tillates ved sykehjemmet, er at hijab så sterkt markerer religion og religionstilhørighet. Hos eldre mennesker generelt, og hos demenspasienter spesielt, er fremmede religioner egnet til å skape forvirring, og dermed skape utrygghet og frykt.

X sykehjem behandler demente der de aller fleste ikke engang har et eget språk eller korttidshukommelse. Det er altså ikke mulig å «*tilstrebes dialog og trygghet*» slik for eksempel flertallet i Rådet for Sykepleietikk uttaler. Flertallets uttalelse inneholder heller ingen helsefaglige eller pasientrettslige vurderinger, men bærer preg av å være rent ideologisk begrunnet.

A har i hovedsak anført at:

Uniformsreglementet er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn. Uniformsreglementet er rettet mot henne, siden hun bruker hijab. Hun opplever seg diskriminert og undertrykt av arbeidsgiver på grunn av forbudet mot å bære hijab.

Det avgjørende for en beboer er hvordan helsefagarbeider utfører jobben.

I løpet av de seks årene hun har arbeidet på X sykehjem, har hun aldri fått en negativ kommentar om hodeplagget sitt. Tvert imot har hun fått positive tilbakemeldinger fra beboere og deres pårørende. Beboerne har til og med kommentert at hun er fin på håret når hun bruker hijab. Kollegaer støtter henne og er mot vedtaket.

Uniformsreglementet ble innført for å hindre uro hos pasienter, men pasienter bryr seg ikke om hva som brukes av religiøse plagg. De bryr seg om hvordan de blir behandlet. Pasienter trenger rolige omgivelser og trygghet, som de ikke lenger har etter dette vedtaket. Miljøet på arbeidsplassen er nå dårlig, og styret har skylden for det.

Uniformsreglementet ble politianmeldt den 4. november 2016 som religiøs diskriminering på arbeidsplassen, og saken er under etterforskning.

Nemndas vurdering

Nemnda har kommet til at X sykehjems uniformsreglement er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion.

Om lovforståelsen

Driftsstyret har anført at religionsutøvelse, herunder bruk av religiøse plagg, ikke omfattes av begrepet «*religion*» i diskrimineringsloven om etnisitet § 6. En samlet nemnd er av den oppfatning at diskrimineringsvernet også omfatter bæring av visse religiøse plagg og symboler, deriblant hijab.

Religions- og livssynsfrihet og ikke-diskriminering er to grunnleggende prinsipper som Norge i er rettslig forpliktet til å følge gjennom undertegnelse av en rekke internasjonale konvensjoner, og fordi det er inntatt referanser til disse konvensjonene i Grunnloven og annen norsk lov. Menneskerettsloven fastslår at hvis det er en konflikt mellom en menneskerettighetsbestemmelse og en annen bestemmelse i norsk lov, skal de inkorporerte menneskerettskonvensjonene gis forrang. Det er videre en generell presumpsjon for at norsk rett er i overensstemmelse med folkeretten.

Det følger av EMK artikkel 14 at individer har et vern mot diskriminering på grunnlag av religion. I EMK artikkel 9 nr. 1 uttrykkes det enkelte individets religionsfrihet, herunder retten til å uttrykke sine religionstilhørighet, utøve sin religion og til å skifte religion. Retten er absolutt. Det framgår av EMDs praksis (se ovenfor) at adgangen til å benytte hijab anses å falle innenfor det saklige virkeområdet til EMK artikkel 9 når hijab benyttes for å markere religiøs overbevisning. Det vises her særlig til storkammerdommen *Leyla Sahin mot Tyrkia*, avsnitt 71:

«The applicant said that, by wearing the headscarf, she was obeying a religious precept and thereby manifesting her desire to comply strictly with the duties composed by the Islamic faith. Accordingly, her decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations in issue, which places restrictions of place and manner on the right to wear the Islamic headscarf in universities, constituted an interference with the applicant's right to manifest her religion.»

Retten til å gi uttrykk for sin religion er underlagt visse begrensninger. Et forbud mot et religiøst plagg vil derfor kunne være tillatt dersom vilkårene etter artikkel 9 nr. 2 er oppfylt (begrensningen er foreskrevet lov, og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til for eksempel helse, samt forholdsmessig). Som gjennomgangen av EMDs avgjørelser ovenfor viser, finnes det flere eksempler på at EMD har godtatt både begrensede og generelle forbud mot bruk av hijab og andre religiøse hodeplagg og symboler. EMD har også kommet til det motsatte resultat.

Det fremgår av SP artikkel 18 nr. 1 at religionsfrihet omfatter retten til «å utøve sin religion eller tro gjennom gudstjeneste, iakttagelse av religiøse skikker, andaktsøvelser og undervisning». I sin generelle anbefaling om artikkel 18 (General Comment 22 (1993) punkt 4) har Menneskerettskomiteen presisert at retten til utøvelse av religion blant annet inkluderer «*the wearing of distinctive clothing or headcoverings*».

Med bakgrunn i EMK artikkel 9 nr. 1 og SP artikkel 18 nr. 1 omfatter forbudet mot diskriminering på grunn av «*religion*» i diskrimineringsloven om etnisitet § 6 også religionsutøvelse. Dette fremgår også av forarbeidene til diskrimineringsloven, som

forutsetter uten nærmere drøftelser, at det å bære for eksempel hijab eller turban, er omfattet av vernet mot diskriminering på grunn av religion. Det vises til Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 103. Også Gulating lagmannsrett i den såkalte «Frisørsaken» (LG-2016-164427), som gjaldt straffeloven § 186 første ledd bokstav b (lov nr. 28/2005), la til grunn at når diskriminering er forårsaket av bæring av hijab, så er lovens ordlyd «*religion*» oppfylt. Høyesteretts ankeutvalg tillot ikke anken fremmet for Høyesterett og uttalte i sin beslutning (HR-2017-534-U):

«Utvalget er således enig med lagmannsretten i at hijab, uansett eventuell annen symbolverdi, også må anses som et religiøst symbol. Når lagmannsretten, etter sin vurdering av bevisene, kom til at tiltalte nektet fornærmede frisørtjeneste utelukkende fordi hun bar hijab, er det korrekt rettsanvendelse at nektelsen skjer 'på grunn av personens ... religion', jf. straffeloven 2005 § 186 første ledd bokstav b. Utvalget viser til lagmannsrettens nærmere begrunnelse for dette.»

Indirekte diskriminering

Driftsstyret har anført at uniformsreglementet ved X sykehjem er nøytralt og likebehandler alle ansatte, og at likebehandling ikke kan innebære diskriminering. Etter nemndas syn er dette ikke riktig.

Nemnda viser til at begrepet «*indirekte diskriminering*» i diskrimineringsloven om etnisitet bygger på at også likebehandling av individer kan representere et brudd på diskrimineringsforbudet. Det fremgår av diskrimineringsloven om etnisitet § 6 andre ledd tredje punktum at:

«Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av etnisitet, religion eller livssyn.»

Dersom en arbeidsgiver forskjellsbehandler en kvinne med hijab i ansettelsesprosessen, kan dette representere forskjellsbehandling på grunn av religion. Dette vil være en form for direkte forskjellsbehandling. Anvendelse av et nøytralt uniformsreglement overfor alle slik at ingen religiøse plagg blir tillatt, vil virke slik at de som bruker religiøst plagg, blir stilt dårligere enn andre på grunn av sin religion. Dette vil være en form for indirekte forskjellsbehandling, hvis ikke spesielle grunner tilsier noe annet.

I utgangspunktet er adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling noe større enn adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling. Samtidig er unntaksadgangen snever i saker som gjelder arbeidslivet, som her. Dette fremgår av forarbeidene til diskrimineringsloven om etnisitet (Prop.88 L (2012-2013)) side 176-177 med videre henvisninger.

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

«nøytralt». Nemnda legger derfor til grunn at uniformsreglementet utgjør indirekte diskriminering på grunn av religion eller livssyn.

Om forskjellsbehandlingen er lovlig

Nemnda har kommet til at den enkeltes bruk av religiøse plagg er omfattet av begrepet «*religion*», og forbud mot dette innebærer indirekte forskjellsbehandling. Nemnda går dermed over til å vurdere om forskjellsbehandlingen «*har et saklig formål*», om «*den er nødvendig for å oppnå formålet*», og om «*det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere*», se diskrimineringsloven om etnisitet § 7. Hvis alle unntaksvilkårene er oppfylt, vil forskjellsbehandlingen likevel være lovlig. Det er driftsstyret som må sannsynliggjøre at uniformsreglementet er i overensstemmelse med unntaksvilkårene, se bevisbyrderregelen i diskrimineringsloven om etnisitet § 24. Beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Nemnda har her delt seg inn i et flertall og et mindretall. Nemndas flertall, bestående av medlemmene Skogvang, Øygarden, Coward og Rolland, har kommet til at uniformsreglement ikke oppfyller vilkårene. Flertallet har basert seg på følgende:

Retten til å bruke religiøse plagg og symboler i arbeidslivet må avgjøres ved en avveining mellom individets rett til religionsutøvelse og rett til å gi uttrykk for sin religion, og hvordan bruken av de religiøse kjennetegn berører andre interesser. Som utgangspunkt har arbeidsgivere stor grad av frihet til å ta beslutninger som gjelder arbeidsplassen. Dette omtales som arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er likevel underlagt de begrensninger som følger blant annet av diskrimineringslovgivningen. Når individers religiøse hodeplagg kommer i konflikt med ulike hensyn som arbeidsgiver ønsker å fremme, må det vurderes om dette utgjør en lovlig forskjellsbehandling.

Driftsstyret har anført at EMDs avgjørelse *Ebrahimian mot Frankrike* tilsier at driftsstyret kan nekte bruk av religiøse plagg ved sykehjemmet.

Etter flertallets vurdering gir ikke EMK og EMDs praksis noen klar veiledning for å løse foreliggende sak.

EMD har i flere av de ovennevnte avgjørelsene om forbud mot hijab, vist til at det er svært ulike tradisjoner og oppfatninger knyttet til regulering av forholdet mellom stat og religion blant statene som er parter i EMK. Staten gis derfor generelt en betydelig skjønnsmargin i slike spørsmål. Samtidig viser avgjørelsene at EMD, ved vurderingen av en stats konkrete inngrep i retten til religionsutøvelse, vil legge en viss vekt på den aktuelle stats generelle regulering av forholdet mellom stat og religion i samfunnet. I avgjørelsene om forbud mot hijab i Frankrike og Tyrkia har EMD framhevet betydningen av at organiseringen av disse statene er tuftet på et konstitusjonelt prinsipp om sekularisme. Det vil si et grunnleggende prinsipp om uavhengighet mellom stat og religion.

Fram til i år (2017) hadde Norge en statskirke. Det er fremdeles fastslått i den norske Grunnloven at «*vår kristne og humanistiske arv forbliver samfunnets verdigrunnlag*» (§ 2), og at «*Den norske kirke forbliver Norges folkekirke og understøttes som sådan av staten*» (§ 16 annet punktum). Norge har følgelig ikke tilsvarende lovgivning som Tyrkia, Frankrike og Sveits, og har ikke et konstitusjonelt prinsipp om sekularisme. Det vil derfor kunne være knyttet usikkerhet til hvor stor skjønnsmargin EMD vil akseptere for Norges del.

Det følger av juridisk teori (se Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse* (2012) side 313) at det går en skillelinje mellom EMK- og FN-konvensjonene når det gjelder diskrimineringsvernets rekkevidde. Mens sakene i EMK i stor grad har fokus på hvilket spillerom staten har til å gjøre innskrenkninger i individers rett til bruk av religiøse hodeplagg, er praksisen til de ulike FN-komiteene i langt større grad rettet mot enkeltindividenes stilling og muligheter til deltakelse. FN-konvensjonene gir derfor et sterkere individvern når det gjelder adgang til bruk av religiøse hodeplagg enn det som er tilfellet etter EMK. Det sterkere individvernet i FN-konvensjonene innebærer at det må oppstilles et krav til konkretisering av begrunnelsen for å begrense bruk av religiøse symboler. I en konkret vurdering skal det tas utgangspunkt i den faktiske situasjonen innen den enkelte institusjon for at en begrensning i adgangen til bruk av religiøse hodeplagg skal kunne være tillatt. Nemndas praksis er i tråd med dette, se for eksempel nemndas sak 35/2014 og 46/2014.

Driftsstyret har videre anført at begrunnelsen for at religiøse plagg ikke er tillatt i henhold til uniformsreglementet, er et generelt behov for enhetlighet, miljø og beboernes vel.

På spørsmålet om «*beboernes helse og velvære*» er å anse som et saklig formål for å forby religiøse hodeplagg, har ombudet uttalt følgende:

«I protokollen av 2. september 2016 står det følgende om forslaget til vedtak om forbud mot bruk av religiøse og politiske plagg:

'Begrunnelsen for denne saken er beboernes velvære. Som kjent fungerer mennesker med demens best i velkjente og således trygge omgivelser. Bl.a. husker demente sin fortid, og er således bl.a. sterkt berørt av hvordan personer rundt dem ser ut, og bl.a. hvordan de er kledd. Dersom det brukes klesplagg som er ukjente for pasienten, som f. eks. hijab, turban eller palestinskjerf, kan dette skape forvirring og utrygghet.'

Driftsstyret uttaler i sitt svar til ombudet at 'hijab er egnet til å skape forvirring om tilvante forestillinger, standpunkter og tro og dermed skape utrygghet og frykt'. Ombudet forstår dette slik at et vesentlig formål med reglementet er å ivareta pasientenes helse.

Driftsstyret hevder dessuten at bruken av hijab hindrer tilfredsstillende utførelse av jobben, ved at slik bruk, som nevnt over, 'skaper forvirring, utrygghet og frykt'.

Det er uttalt i forarbeidene til loven at dersom en persons ønske om å bære turban eller hijab på arbeidsplassen kommer i konflikt med virksomhetens krav til sikkerhet, helse eller hygiene, vil det kunne medføre at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), side 103. Hensynet til pasientenes helse og til jobbutførelse er altså i utgangspunktet saklige formål etter loven.

Kravet om at formålet må være saklig, innebærer at 'handlingen bygger på et korrekt faktum som fremstår som et rimelig og legitimt grunnlag for å gjøre unntak', jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), side 101.

Driftsstyret hevder, som nevnt over, at bruken av hijab er egnet til å skape forvirring om tilvante forestillinger, standpunkter og tro og dermed skape utrygghet og frykt hos eldre mennesker generelt, og hos demenspasienter spesielt. Ombudet kan imidlertid ikke se at styret har fremlagt opplysninger som underbygger denne påstanden. Ombudet har heller ikke

mottatt dokumentasjon på bruk av religiøse plagg, herunder hijab, på annen måte hindrer de ansatte i å utøve arbeidet tilfredsstillende. Ombudet er heller ikke kjent med at forbud mot bruk av hijab og andre religiøse plagg er utbredt på norske sykehjem og sykehus. Enkelte sykehjem og sykehus har imidlertid utviklet egen hijab til arbeidsantrekket. Dette gjelder for eksempel Oslo universitetssykehus.

Ombudet bemerker at dersom det skulle være slik at ansattes bruk av hijab skulle vekke ubehag eller uro hos brukerne, ville ikke det i seg selv være saklig grunn for å forby hijab. Ombudet utelukker imidlertid ikke at det i konkrete tilfeller kan være behov for å gjøre tilpasninger for å ivareta enkelte pasienter. Det må i så fall være begrunnet i hensynet til pasientens helse og sikkerhet. Negative holdninger, stereotypier eller kulturell bakgrunn kan uansett ikke anses å være saklige grunner for å forby hijab, verken generelt eller i enkelttilfeller. Reaksjoner fra ansatte og pårørende på bruk av hijab, som styret i denne saken viser til, kan dermed heller ikke begrunne et forbud mot bruk av hijab. Dette gjelder selv om bruk av hijab kan skape debatt og noen oppfatter slik bruk som kvinneundertrykkende og som en sterk markering av religionstilhørighet og religionsutøvelse.»

På spørsmålet om «nøytralitet» er å anse som et saklig formål for å forby religiøse hodeplagg, har ombudet gitt følgende vurdering:

Når det gjelder formål om nøytralitet, har Likestillings- og diskrimineringsnemnda i sak 35/2014 (uniformsreglement hos sikkerhetselskap på Gardermoen flyplass) og i sak 46/2014 (bruk av religiøse symboler for NRKs nyhetsprogramledere), slått fast at nøytralitetshensynet er relevant, men at det må vurderes konkret ut fra hva slags virksomhet og stilling det dreier seg om.

I denne saken, og i motsetning til sakene nevnt over, mener ombudet at nøytralitetshensynet, slik det omtales i redegjørelsen fra [driftsstyret], ikke kan betegnes som et formål om verdinøytralitet i seg selv, da det endelige formålet med vedtaket fra driftsstyret fremstår å være i varetakelse av pasientenes helse og velvære, ikke ivaretakelse av virksomhetens profil som sådan.

Ombudet kan for øvrig vanskelig se, i den grad man hadde dette som mål, at det ville være mulig å gjøre miljøet ved X sykehjem religiøst nøytralt. Det er naturlig å legge til grunn at ansattes bruk av hijab speiler bruk av hijab i befolkningen ellers, slik at man må regne med at også en del fremtidige pasienter og pårørende bærer hijab.»»

Nemndas flertall er i hovedsak enig med ombudets vurderinger, og tilføyer:

Etter flertallets vurdering, må behovet for «nøytral» uniform begrunnes i noe mer enn et ønske om at ansatte skal fremstå som sekulære overfor andre. Dersom enhver virksomhet som har et uniformsreglement, kan forby bruk av religiøse plagg, vil diskrimineringsvernet fremstå som illusorisk.

Det fremgår av Y forenings begrunnelse for forslaget til uniformsreglement at det først og fremst er på grunn av hensynet til beboernes velvære at ansatte ikke skal kunne bære religiøse plagg. Driftsstyret har imidlertid ikke, slik nemndas flertall ser det, klart å sannsynliggjøre at bruk av religiøse plagg må forbys på grunn av beboernes helse og velvære.

Etter flertallets syn er rollen til en ansatt ved et sykehjem blant annet å ivareta den enkelte beboers helse, verdighet og integritet, herunder retten til medbestemmelse og retten til ikke å bli krenket. Hensynet til beboerne skal alltid komme først. Det vil innebære at den enkelte ansatte etter omstendighetene i noen grad må tre tilbake med å synliggjøre egne interesser og meninger. Nemndas flertall ser imidlertid ikke at bruk av religiøse plagg ved et sykehjem i seg selv vil virke krenkende overfor beboerne. Av konkrete hendelser har driftsstyret kun vist til episoder knyttet til et TV-program og servering av svin. Hva som faktisk skjedde under disse to episodene, har nemnda ikke fått noen opplysninger om. De to episodene kan uansett etter flertallets vurdering ikke knyttes til bruk av hijab, noe driftsstyrets representant var enig i under nemndas møte.

Nemndas flertall har også merket seg at religiøse hodeplagg er tillatt ved samtlige av de øvrige sykehjemmene i Z kommune, og at erfaringen ved sykehjemmene er at demente beboere ikke reagerer negativt på bruk av hijab. Flere av sykehjemmene har også presisert overfor kommunen at de har gode erfaringer når det gjelder relasjonene mellom beboere og ansatte med hijab, og har vist til at beboerne tilhører en generasjon hvor bruk av skaut var vanlig. Hodeplagg er derfor velkjent for beboerne. Z kommune har også opplyst at det er en kjent problemstilling ved flere av sykehjemmene at beboere kan reagere på ulike forhold ved ansatte. Dette pleier særlig å gjelde språkproblemer, hudfarge og kjønn. Dersom en dement beboer reagerer på slike forhold, vil sykehjemmet tilrettelegge så godt det lar seg gjøre for å ivareta både hensynet til beboeren og den ansatte. Det pleier imidlertid som regel å gå seg til når beboeren blir kjent med, og får tillit til, pleier. Det har ikke vært en problemstilling at demente beboere reagerer på hijab.

Etter nemndas møte 7. mars 2017 ble det avsagt to dommer i EU-domstolen den 14. mars 2017 (C-188/15 og C-157/15).

I sak C-188/15 hadde Frankrike anmodet EU-domstolen om en prejudisiell avgjørelse om fortolkningen av artikkel 4 nr. 1 i rådsdirektiv 2000/78/EF (rammedirektivet). Bakgrunnen for anmodningen er en sak som skal opp for franske domstoler, der en kvinne har fått avskjed på grunn av at hun ikke tok av seg sin hijab da hun var på besøk hos arbeidsgivers kunder. Arbeidsplassen hadde ingen interne regler om forbud mot å bære synlige symboler på politiske, filosofiske eller religiøse overbevisninger, og kvinnen kunne bære hijab på arbeidsplassen. Domstolen tok stilling til om artikkel 4 nr. 1 skal fortolkes slik at «*en arbeidsgivers vilje til at ta hensyn til en kundes ønske om ikke lenger at modtage tjenesteydelser fra den pågældende arbeidsgivers medarbejder, der bærer islamisk hovedtørklæde, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav som omhandlet i denne bestemmelse.*». Domstolen konkluderte med en arbeidsgivers vilje til å ta hensyn til et slikt ønske hos en kunde, ikke kan anses for å utgjøre «*et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav*».

I sak C-157/15 hadde Belgia anmodet om en prejudisiell avgjørelse om fortolkningen av artikkel 2 nr. 2 bokstav a i rådsdirektiv 2000/78/EF (rammedirektivet). Bakgrunnen for anmodningen er en sak som skal opp for belgiske domstoler, der virksomheten G4S Secure solutions NV har et forbud for sine ansatte mot å bære synlige symboler på deres politiske, filosofiske eller religiøse overbevisning på arbeidsplassen. Domstolen tok stilling til om artikkel 2 nr. 2 bokstav a skal tolkes slik at et forbud mot å bære hijab i en privat virksomhet, som har en intern regel som generelt forbyr synlige politiske, filosofiske eller religiøse symboler på arbeidsplassen, utgjør direkte forskjellsbehandling. Domstolen konkluderte med at en slik intern regel ikke utgjorde direkte forskjellsbehandling. Domstolen mente imidlertid

at en slik regel kan representere indirekte forskjellsbehandling, hvis ikke «den pågældende regel er objektivt begrundet i et legitimt mål, såsom den af arbejdsgiveren forfulgte politik i forholdet til kunderne om politisk, filosofisk og religiøs neutralitet, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.»

Slik nemnda ser det, er det ikke motstrid mellom EU-domstolenes avgjørelser og flertallets vurdering og konklusjon i foreliggende sak.

Nemndas mindretall, bestående av medlemmet Aschehoug, har kommet til at X sykehjems uniformsreglement ikke er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion.

Mindretallet er enig med nemndas flertall i at X sykehjems forbud mot religiøse og politiske plagg må anses som en form for indirekte diskriminering på grunnlag av religion. Mindretallet mener imidlertid at et slikt forbud likevel er lovlig fordi det er nødvendig for å oppfylle et saklig formål og ikke virker uforholdsmessig inngripende overfor de ansatte som rammes, se diskrimineringsloven om etnisitet § 7.

Når det gjelder hva som er X sykehjems formål med forbudet, legger mindretallet vekt på ordlyden i vedtaket som ble foreslått fra foreningsstyret og senere ble vedtatt av driftsstyret: «Alle ansatte ved X sykehjem (i kontakt med beboerne) skal bruke arbeidsantrekk som er utlevert fra sykehjemmet, og det er ikke tillatt å bruke religiøse eller politiske plagg, som for eksempel hijab eller palestinskjerf.»

For mindretallets del er det liten tvil om at sykehjemmets formål har vært å sikre at de av de ansatte som har kontakt med beboere, skal fremstå med tilstrekkelig verdinøytralitet. Mindretallet er dermed ikke enig med flertallet i at det er sykehjemmets egentlige formål at ansatte skal fremstå som sekulære. Uttrykket «*sekulært*» står i motsetning til «*religiøst*». Sykehjemmets uniformskrav rammer imidlertid etter sin ordlyd også «*politiske plagg*», og rekker dermed lenger enn dikotomiene sekulær-religiøs. For mindretallet fremstår det derfor som klart at formålet med forbudet er å sikre at ansatte som har kontakt med beboere skal fremstå tilstrekkelig verdinøytrale når de bærer arbeidsuniform i arbeidsgivers tjeneste.

Ombudet synes i sin uttalelse å ha lagt avgjørende vekt på at sykehjemmets formål «*ikke kan betegnes som et formål om verdinøytralitet i seg selv, da det endelige formålet med vedtaket fra driftsstyret fremstår å være ivaretagelse av pasientenes helse og velvære, ikke ivaretagelse av virksomhetens profil som sådan*». Mindretallet ser dette som en feiltolkning av sykehjemmets formål. Slik mindretallet forstår sykehjemmets utdypende begrunnelse for forbudet, handler det om verdinøytralitet for å sikre pasientens interesser, herunder ivaretagelse av pasientenes helse og velvære.

Nemnda har i flere saker de siste årene anerkjent at det kan være saklig med forbud mot religiøse symboler i private virksomheter. Mindretallet viser her til hijabforbudet i den private virksomheten som forestod sikkerhetskontrollen på Oslo Lufthavn (nemndas sak 2/2014) og forbudet mot synlige kors for nyhetsprogramledere i NRK TV (nemndas sak 46/2015). Disse uttalelsene baserer seg igjen på en tolkning av Norges internasjonale forpliktelser, herunder EMK artikkel 9, og praksis fra Den internasjonale menneskerettighetsdomstolen (EMD).

EMDs avgjørelse *Eweida og andre mot Storbritannia* (2013) gjaldt som nevnt uniformskrav hos British Airways som hindret at en ansatt i innsjekkingstjenesten fikk benytte et synlig

halskjede med kors, mens hun var i arbeid. EMD uttalte i sin avveining av de kryssende hensyn at «*[o]n the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight*» (premiss 94, uthevet her). «*Corporate image*» for en privat virksomhet ble altså her ansett som et saklig formål for å forby synlige religiøse symboler. Da EMD likevel ikke aksepterte forbudet var det fordi det aktuelle symbolet (korset) «*was descreet and cannot have detracted from her proffesional appearance*», samt at virksomheten tidligere hadde akseptert blant annet hijab og turban.

EMDs avgjørelse *Ebrahimian mot Frankrike* (2015) gjaldt som nevnt forbud mot religiøse symboler som blant annet rammet en sosialarbeider ved psykiatrisk avdeling på et offentlig sykehus som ønsket å bære hijab i arbeidstiden. EMD kom her til at forbudet ikke var i strid med EMK artikkel 9. Det kan innvendes til denne avgjørelsen at dens betydning for andre saker er begrenset, fordi den gjelder Frankrike som har et konstitusjonelt forankret prinsipp om konfesjonsfrihet. Når denne saken sees i sammenheng med EMDs avgjørelse i *Eweida og andre mot Storbritannia* (2013), synes hensynet til statens konfesjonsfrihet likevel ikke å være avgjørende for EMDs aksept av forbud mot religiøse symboler i arbeidslivet.

I og med at *Ebrahimian mot Frankrike*-saken nettopp gjaldt helsesektoren er det av interesse å se at domstolen synes å anerkjenne at det innenfor denne sektoren kan gjøre seg gjeldende særlige hensyn. Mindretallet viser her til domstolens uttalelse i premiss 53: «*Med hänsyn till målets omständigheter och orsaken som har gjorts gällande för icke-förnyelse av kärandens kontrakt, dvs. kravet på religiös neutralitet i ett sammanhang med sårbara avnämare av offentliga tjänster, gör domstolen bedömningen av det bestridda intrånget på det hela taget har eftersträvat det legitima ändamålet att skydda andra rättigheter och friheter (...) Det handlade i det här fallet om att bevara respekten för alla religiösa trosåskådningar och andliga inriktningar hos patienter, avnämare av en offentlig tjänst och mottagare för kravet om neutralitet som hade ålagts käranden, genom att de säkerställdes en strikt jämlikhet. Ändamålet var även att se till att avnämarna fick motta en jämlik behandling utan åtskillnad på grund av religion*».

Mindretallet viser også til uttalelsen i premiss 63 som gjaldt forholdsmessighetsvurderingen, og hvor domstolen uttaler at «*[p]å samma sätt och vis kan domstolen under omständigheterna i fallet acceptera att staten, som har anställt käranden inom ett offentligt sjukhus där hon befinner sig i kontakt med patienter, i syfte att garantera likabehandling av patienterna bedömer det som nödvändigt att hon inte gör en sak av sina religiösa övertygelser under utövandet av sina funktioner. I denna anda kan neutraliteten för den offentliga sjukhustjänsten anses förbunden med dess anställdas attityd och kräva att patienterna inte behöver betvivla d[e]ras neutralitet*».

Slik mindretallet leser de overnevnte uttalelsene fra EMD anerkjenner domstolen at det kan gjøre seg gjeldende særlige hensyn knyttet til helsepersonell med pasientkontakt på offentlige sykehus, fordi pasienten er en sårbar tredjepart. Som domstolen viser til, gjelder dette blant annet «*kravet på religiös neutralitet i ett sammanhang med sårbara avnämare av offentliga tjänster*» samt at «*patienterna inte behöver betvivla [ansattes] neutralitet*» (uthevet her).

I den norske debatten om bruk av religiøse symboler har det fra medisinsk hold vært anført at bruken av dominerende religiøse symboler som hijab, jødiske hodeplagg, kors og turban hos helsepersonell med direkte pasientomsorg, signaliserer et religiøst engasjement som kan oppleves som problematisk av pasienter. Helsepersonell skal behandle alle pasientgrupper

uavhengig av religiøs eller politisk tilhørighet eller preferanser. Det har vært hevdet at pasienter vil kunne føle seg lite komfortable og vil kunne reagere med mindre åpenhet om for eksempel sensitive livsstilforhold hvis de blir konfrontert med helsepersonell som bærer dominerende, religiøse symboler. I verste fall kan dette føre til dårligere diagnostikk og behandling hvis pasienten holder tilbake opplysninger om sin livsstil.

På denne bakgrunn, og tatt i betraktning at EMD i *Eweida og andre mot Storbritannia* (2013) aksepterte British Airways «*corporate image*» som et saklig formål, mener mindretallet at dette i desto større grad må gjelde for en arbeidsgivers ønske om at ansatt pleiepersonell skal ha en nøytral fremtoning når det gjelder deres religiøse preferanser.

I tillegg kommer de særlige hensyn som EMD mener gjør seg gjeldende for offentlig helsepersonell, se. uttalelsen ovenfor fra *Ebrahimian mot Frankrike* (2015). I likhet med domstol og politi, står det offentlige helsevesenet for forvaltning og utøvelse av offentlig myndighet og tjenester. X sykehjem er imidlertid et privat sykehjem med kommunal driftsavtale. I dag, hvor mange offentlige tjenester settes ut til private anbudshavere, mener mindretallet at det ikke kan være avgjørende om virksomhetene er private eller offentlige, men om de i praksis forvalter tjenester på det offentliges vegne, slik tilfellet er for X sykehjem gjennom den kommunale driftsavtalen. Tilsvarende syn legger også Generaladvokaten til grunn i forslaget til avgjørelse i EU-domstolens dom av 14. mars 2017 (C-157/15), som er nevnt ovenfor i flertallets begrunnelse. Generaladvokaten uttaler her at «*[m]ed hensyn til de ansættelsesvilkår, der gælder for ansatte i den offentlige sektor (f.eks. i skoler, hos myndigheter og i retter, men også i private virksomheder, der varetager offentlige tjenesteydelser), kan visse særlige omstændigheder gøre sig gældende, ...*». Som det fremgår av Generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken for EU-domstolen, var [forslaget] ment å gi grunnlag for «*en principiell afgørelse, der ud over den konkrete tvist i hovedsagen kan være retningsvisende for arbejdsmarkedet i hele Den Europæiske Union, ...*».

Da X sykehjem anfører nøytralitetshensyn som grunnlag for forbudet mot religiøse og politiske symboler for ansatte i kontakt med beboere (pasienter), mener derfor mindretallet at dette må anses som et saklig formål, basert på uttalelsene i de nevnte EMD-avgjørelsene.

For å være lovlig må et forbud mot religiøse plagg også være *nødvendig* for å oppnå det saklige formålet. Etter mindretallets syn er det vanskelig å se at X sykehjem kan oppnå formålet om verdinøytral uniform, på annen måte enn nettopp gjennom et forbud mot [] religiøse [og politiske] plagg. Å innlemme det religiøse plagget i uniformen vil snarere undergrave formålet om nøytralitet. Mindretallet viser her til uttalelsene fra Generaladvokaten i den overnevnte sak C-157/15 for EU-domstolen: «*En arbejdstager, der bærer et islamisk hovedtørklæde, fremviser nemlig et synligt religiøst symbol, uanset om dette hovedtørklæde i farve og stil er tilpasset hendes arbejdstøj eller ikke*».

Slik mindretallet ser det har X sykehjem begrenset sitt forbud til det nødvendige ved at det kun er ment å gjelde for ansatte «*i kontakt med beboerne*». Ansatte uten beboerkontakt omfattes altså ikke av forbudet.

Til sist må et forbud som er nødvendig for å oppfylle et saklig formål, heller ikke virke *uforholdsmessig* inngripende overfor den som rammes. Dette vilkåret stiller krav om en rimelig balanse mellom de motstridende interesser hos hhv. arbeidstakeren og X sykehjem som arbeidsgiver. I den nevnte uttalelsen fra Generaladvokaten i EU, pekes det på flere momenter som mindretallet mener har relevans for vår sak.

For det første viser Generaladvokaten til at det aktuelle forbudet mot religiøst hodeplagg «ikke så meget handler om religionen som sådan, dvs. om en persons tro samt eventuelt om vedkommendes tilhørsforhold til et religiøst samfund», men «derimod alene arbeidstagerens ydre bekendelse til deres religion, der bliver synlig i beklædningen, og dermed et enkelt aspekt af deres religionsutøvelse» (uthevet her). For det andre viser Generaladvokaten til at religionsutøvelse i form av et religiøst begrunnet klesplagg er i mindre grad en uforanderlig faktor enn de øvrige diskrimineringsgrunnlag som loven verner om; kjønn, hudfarge, etnisitet, seksuell orientering, alder og funksjonshemming. Generaladvokaten påpeker at mens de nevnte diskrimineringsgrunnlagene ikke lar seg etterlate «i garderoben» lar dette seg praktisk gjennomføre med et klesplagg. Etter hans syn gjør dette at det kan «forlanges en viss tilbakeholdenhet af arbeidstageren, hva enten det drejer sig om religiøs praksis, religiøst motiveret adfærd eller – som i den foreliggende sag – om den pågjældendes beklædning». For det tredje nevner Generaladvokaten at det har betydning hvor i øyenfallende det religiøse symbolet fremstår i forhold til arbeidstakerens samlede fremtoning. Generaladvokaten viser til at «[e]t lille og diskret anbragt religiøst symbol – f.eks. i form af en ørering, en halskæde eller et badge – vil i tvilstilfælde snarere kunne accepteres end en iøjnefallende hovedbeklædning som en hat, en turban eller et tørklæde». Dette momentet ble også vektlagt av EMD i *Eweida og andre mot Storbritannia* (2013), men da i disfavør av et forbud mot religiøse symboler, i det EMD fant at det religiøse symbolet «was descreet».

I forholdsmessighetsvurderingen mener mindretallet at det også må være relevant å se hen til hvor konsekvent den ansatte har ikledd seg det religiøse plagget. Som den ansatte forklarte i nemndsmøtet benyttet hun i varierende grad hijaben i starten av ansettelsesforholdet ved X sykehjem, til tross for at det da en[nå] ikke var vedtatt et forbud. Dette momentet var også fremme i Generaladvokatens forslag til avgjørelse.

Samlet sett kommer mindretallet derfor til at X sykehjems forbud mot religiøse plagg ikke er i strid med diskrimineringsloven, da forbudet er nødvendig for å oppfylle et saklig formål, og heller ikke virker uforholdsmessig inngripende overfor A.

Nemndas konklusjon er at uniformsreglementet til X sykehjem er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion.

X sykehjem v/driftsstyret har ikke fått medhold i sin klage på ombudets uttalelse. Nemndas vedtak er avsagt under dissens (4:1).

Sak 2/2017-1

Likestillings- og diskrimineringsnemnda fattet følgende vedtak:

X sykehjems uniformsreglement er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion.

Susann Funderud Skogvang
møteleder

Thorkil H. Aschehoug

Gislaug Øygarden

Kirsti Coward

Anne-Lise H. Rolland