REINHOLD FAHLBECK

BED OCH ARBETA

OM RELIGIONSFRIHET I ARBETSLIV OCH SKOLA

JURIDIK • SAMHÄLLE • PRAKTIK

ORA ET LABORA

Liber

Juridiska fakultetens bibliotek
Lund

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2023

eISBN: 9789198793376
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.217

Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f448c

REINHOLD FAHLBECK

BED OCH ARBETA

OM RELIGIONSFRIHET I ARBETSLIV OCH SKOLA

JURIDIK • SAMHÄLLE • PRAKTIK

Liber

Bed och arbeta

ISBN 978-91-47-09649-7

© 2011 Författaren och Liber AB

Förläggare: Carin Laurin
Redaktör: Anders af Drangel
Omslag och grafisk formgivning: Fredrik Elvander
Layout: Catharina Grahn, ProduGrafia

Upplaga 1:1

Tryckt på miljövänligt papper

Tryck: Sahara Printing, Egypten 2011

Juridiska fakultetens bibliotek
Lund

KOPIERINGSFÖRBUD
Detta verk är skyddat av upphovsrättslagen.
Den som bryter mot lagen om upphovsrätt kan åtalas av allmän åklagare och dömas till böter eller fängelse i upp till två år samt bli skyldig erlägga ersättning till upphovsman/rättsinnehavare.

Liber AB, 205 10 Malmö
tfn 040-25 86 00, fax 040-97 05 50
www.liber.se
Kundservice tfn 08-690 93 30, fax 08-690 93 01

Innehåll

Förord ... 7
Förkortningar ... 8
Inledning ... 9

Kapitel 1. Bakgrunder och utgångspunkter ... 13
1.1 Den nya situationen: religiös mångfald ... 13
1.2 Den nedärvda situationen: arbetslivets kristet religiösa prägling ... 15
1.3 Religionsfrihet som mänsklig rättighet. Internationella instrument ... 18
1.4 Begreppet ”religion” ... 20
1.5 Rättskällorna ... 22
1.6 Rättsbildarna ... 25
1.7 Kan ”religionsfrihet” begränsas? ... 28

Kapitel 2. Praxis rörande Europakonventionen ... 31
2.1 Europakommissionen ... 31
2.1.1 Konventionen 1/ X mot Danmark, *prästfallet* ... 31
2.1.2 Konventionen 2/ X mot Storbritannien, *turbanfallet* ... 33
2.1.3 Konventionen 3/ Arrowsmith mot Storbritannien, *flygbladsfallet* ... 34
2.1.4 Konventionen 4/ Ahmad mot Storbritannien, *fallet den muslimske läraren* ... 36
2.1.5 Konventionen 5/ C mot Storbritannien, *skattefallet* ... 40
2.1.6 Konventionen 6/ Yanasik mot Turkiet ... 41
2.1.7 Konventionen 7/ Karaduman mot Turkiet ... 43
2.1.8 Konventionen 8/ Louise Stedman mot Storbritannien, *fallet den kristna resebyråchefen* ... 46
2.2 Europadomstolen ... 48
2.2.1 Konventionen 9/ Kokkinakis mot Grekland ... 48
2.2.2 Konventionen 10/ Kalaç mot Turkiet ... 49
2.2.3 Konventionen 11/ Larissis och andra mot Grekland ... 50
2.2.4 Konventionen 12/ Buscarini och andra mot San Marino ... 51
2.2.5 Konventionen 13/ Cha'are Shalom VE Tsedek mot Frankrike ... 52

2.2.6 Konventionen 14/ Dahlab mot Schweiz, *fallet den muslimska lärarinnan* ... 54
2.2.7 Konventionen 15/ Refah Partisi och andra mot Turkiet ... 58
2.2.8 Konventionen 16/ Leyla Sahin mot Turkiet ... 60
2.2.9 Konventionen 17/ Kurtulmus mot Turkiet ... 70
2.2.10 Konventionen 18/ Kosteski mot Makedonien ... 71
2.2.11 Konventionen 19/ Dogru mot Frankrike ... 73
2.2.12 Konventionen 20/ Lautsi mot Italien, *fallet Italiens skolrums-krucifix, den pluralistiska skolan* ... 75
2.2.13 Konventionen 21/ Ahmet Arslan och andra mot Turkiet ... 80

Kapitel 3. Sverige. Europeiska utblickar ... 83
3.1 Sverige ... 83
3.1.1 Sverige 1/ NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren* ... 83
3.1.2 Sverige 2/ Arbetsdomstolen 2005 nr 21, *fallet äldreaktiveraren* ... 85
3.1.3 Sverige 3/ Stockholms tingsrätt, Diskrimineringsombudsmannen mot Arbetsförmedlingen, *handskakningsfallet* ... 88
3.2 Europeiska unionen ... 91
3.2.1 EU 1/ Vivien Prais mot Europeiska gemenskapernas råd ... 91
3.3 Tyskland ... 93
3.3.1 Skolrumskrucifix ... 94
3.3.1.1 Tyskland 1/, *fallet Bayerns skolrumskrucifix samt lagstiftning i Bayern i anledning av domen* ... 94
3.3.2 Religiöst präglad klädsel i offentlig tjänst ... 102
3.3.2.1 Tyskland 2/, *fallet Ludin, fallet den muslimska lärarinnan* ... 102
3.3.2.2 Lagstiftning i Bayern i anledning av fallet Ludin samt situationen i övrigt i Tyskland ... 109
3.3.3 Muslimsk huvudduk av anställd i privat tjänst ... 112
3.3.3.1 Tyskland 3/, *fallet den muslimska försäljerskan* ... 112
3.4 Frankrike ... 117
3.4.1 Rättslig bakgrund och fransk sekularism, "la laïcité" ... 117
3.4.2 Praxis ... 122
3.4.2.1 Frankrike 1/, *fallet Dalila Tahri* ... 122
3.5 Schweiz ... 123
3.5.1 Schweiz 1/, *fallet krucifix i schweiziska skolrum* ... 123
3.6 Danmark ... 127
3.6.1 Inledning. Lagförarbeten ... 127
3.6.2 Varuhuset Magasin, *fallet den muslimska skolpraktikanten* ... 129

3.6.3 Handels- og Kontorsfunktionaerenes Forbund i Danmark som ombud för A mot Fötex, *fallet den muslimska varuhusanställda* ... 131

Kapitel 4. Den rättsliga situationen rörande religion och religiöst motiverade manifestationer – sammanfattande översikt och analys ... 135
4.1 Religionsbegreppet. Forum internum och forum externum ... 135
4.2 Forum externum och utanförliggande religiöst motiverade manifestationer; *Arrowsmith-principen* ... 139
4.3 Frihet *till* och frihet *från* religion. Positiv och negativ religionsfrihet ... 145
4.4 Positiva förpliktelser – aktiva åtgärder ... 152
4.5 Majoritet kontra minoritet ... 158
4.6 Nationell bedömningsmarginal ... 160
4.7 Frivillig anslutning. Avtalsfrihet ... 163
4.8 Personliga åsikter om religionsintrång ... 165
4.9 Privata parter ... 168
4.10 Situationsanpassning ... 170
4.11 Religion som förmildrande omständighet ... 170
4.12 Orsakssamband ... 171
4.13 Subjektiva rekvisit ... 172
4.14 Bevisbörda ... 172
4.15 Diskriminering ... 173
4.16 Avslutande synpunkter på rättsläget ... 177
4.16.1 Visar praxis kristen slagsida? ... 177
4.16.2 Har negativ religionsfrihet alltför stort utrymme? ... 179
4.16.3 Finns utrymme för religiöst motiverat beteende i offentligt arbetsliv och offentliga skolor? ... 181
4.16.4 Finns utrymme för religiöst motiverat beteende i privat arbetsliv och privata skolor? ... 184

Kapitel 5. Skärningspunkter mellan religion och andra värden ... 185
5.1 Religionsfrihet: frihet *till* religion och frihet *från* religion ... 185
5.2 Religionsfrihet kontra demokrati ... 193
5.3 Religiös mångfald eller majoritetsstyre? Majoritet kontra minoritet. Nationell identitet ... 199
5.4 Religiös mångfald: större eller mindre utrymme för religiösa manifestationer? ... 205
5.5 Religion eller kultur? Alldagliggörande (degeneration) ... 211

5.6 Religion och genderjämlikhet. Kvinnoförtryck ... 218
5.6.1 Den rättsliga situationen ... 218
5.6.2 Synpunkter och argument. Diskussion ... 222
5.6.3 Några röster från Frankrike ... 228
5.6.4 Slutord ... 230
5.7 Integration: likformighet eller mångfald, uniformitet eller multiformitet? ... 231
5.8 Religion kontra näringsfrihet. Privata arbetsgivare och religionsfriheten ... 234

Kapitel 6. Positiva åtgärder för att främja religionsfrihet i arbetsliv och skola. Analysmodell. Praktiska vardagssituationer. ... 237
6.1 Skyldighet att bedriva aktiva åtgärder ... 237
6.2 Analysmodell ... 241
6.3 Praktiska vardagssituationer ... 244
6.3.1 Toaletter och hygienutrymmen ... 245
6.3.2 Bön och andaktsrum ... 245
6.3.3 Hälsningsformer ... 246
6.3.4 Ledighet ... 249
6.3.5 Arbetsuppgifter ... 250
6.3.6 Identitetshandlingar med foto ... 255
6.3.7 Personalmatsalar och mat ... 257
6.3.8 Kläder, klädesplagg och personlig utsmyckning ... 258
6.3.8.1 Bakgrund ... 258
6.3.8.2 Arbetsplatser och skolor, offentliga och privata ... 260
6.3.8.3 Privata arbetsplatser och skolor ... 264

Källor ... 269
Litteratur ... 275
Appendix I–VII ... 280
Appendix I Utdrag ur dokument från Europarådet, religionen i det demokratiska samhället ... 280
Appendix II *Kokkinakis-principerna*, negativ religionsfrihet ... 286
Appendix III *Arrowsmith-principen*, sambandskravet ... 287
Appendix IV Utdrag ur Leyla mot Turkiet, det sekulära, demokratiska samhället ... 288
Appendix V Utdrag ur Lautsi mot Italien, den pluralistiska skolan ... 292
Appendix VI Women and religion in Europe, resolution 2005 av Europarådet, parlamentariska församlingen ... 297
Appendix VII Analysmodell, intressenter och intressen ... 299
Sak- och personregister ... 301

Förord

Denna bok behandlar religionsfrihet i arbetsliv och skola. Uppmärksamheten är främst inriktad på omfattningen och tillåtligheten av religiösa manifestationer och manifestationer som anger sig vila på religiös grund.

Utöver en inledande avdelning har boken tre avdelningar, en juridisk, en samhällelig och en praktiskt vardaglig. Avdelningarna kan läsas var för sig. För en djupare förståelse av ämnet fordras dock att boken läses i sin helhet.

Läsare rekommenderas att läsa öppningskapitlet Inledning, särskilt avsnittet Läsanvisningar.

Rättspraxis och annat material har beaktats till mitten av november månad 2010. Det uppmärksammade beslutet av Diskrimineringsombudsmannan (DO) den 30 november 2010 rörande bärande av niqab i en offentlig skola har kunnat beaktas endast helt kort (se 6.3.8.2, slutet).

Lund december 2010

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
BrB	Brottsbalken
DO	Diskrimineringsombudsmannen
D&R	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
Ds	Departementsserien (statliga betänkanden)
ECHR	European Court of Human Rights (Europadomstolen)
ECHR Reports	Reports by European Court of Human Rights (Europadomstolens domssamling)
ECR	European Court Reports (EU-domstolens domssamling)
EG	Europeiska gemenskaperna
EU	Europeiska unionen
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
LAS	lagen (1982:80) om anställningsskydd
mfl	med flera
NJA	Nytt Juridiska Arkiv, avd. I (avgöranden av HD)
No.	Information Note on the case law of the (European) Court
para	paragraf
Prop	Proposition från regeringen till riksdagen
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol
RF	Regeringsformen
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

Inledning

Innehåll

Denna bok behandlar religion, religionsfrihet och religiöst motiverade manifestationer i arbetsliv och skola. I arbetslivet är det främst arbetstagarens situation som behandlas. I skolan behandlas främst lärare och elever. Skolan är arbetsplats för lärare och elever, låt vara i olika rättsliga relationer. Relationen mellan elever och skolan med dess anställda samt relationen eleverna sinsemellan liknar i mångt relationerna på arbetsplatserna. Detta gäller särskilt i de hänseenden som denna bok behandlar. Den situation som en elev befinner sig i skiljer sig knappast alls från en anställds i fråga om religion, religionsfrihet och religiöst motiverade manifestationer.

Frågan om grunden för religionsfrihet som en mänsklig rättighet behandlas inte särskilt.[1] I kapitel 5 diskuteras dock skärningspunkter mellan religionsfrihet och andra värden. Frågan om vilka åsikter som kan sägas utgöra en religion behandlas inte heller närmare.[2] Boken handlar om tankemönster som är allmänt accepterade som religion, främst de stora världsreligionerna men även vissa andra religiösa samfund som Jehovas vittnen och Sjundedags Adventistsamfundet.

Boken handlar i huvudsak om vilka uttryck och handlingar som omfattas av skyddet för religionsfrihet.[3] Vägran av samvetsskäl utföra vissa uppgifter som faller inom anställningens ram eller som omfattas av elevrollen behandlas också. Utanför framställningen faller situationer som avser samhällstjänst, till exempel militärtjänst.

---

1 Se härtill allmänt till exempel Ignatieff, Michael, Human Rights as Politics and Idolatry (Princeton University Press, 2001), Roth, Hans Ingvar, Vad är mänskliga rättigheter? (2007) och kort Strömberg, Håkan, Religion och mänskliga rättigheter, Juridisk Tidskrift 2001-02 s 230 ff.

2 Se dock avsnitt 1.4 och avsnitt 4.1.

3 I rättspraxis rörande Europakonventionen används den samlande engelska termen *manifestations*. Det svenska ordet "manifestation" används i texten synonymt med ord som "uttryck", "handling" eller "utövning".

Boken är uppdelad i fyra avdelningar.

Avdelning 1 omfattar det första kapitlet. Här ges kort en beskrivning av bakgrunden till den religiösa situationen i Europa. Vidare behandlas de grundläggande reglerna om religionsfrihet, den rättsliga miljö som religionsfriheten befinner sig i och rättsbildningen på religionsfrihetsområdet.

Avdelning 2 omfattar kapitlen 2 – 4. Denna avdelning är bokens teoretiska och strikt juridiska del. I kapitel 2 redovisas religionsfrihetspraxis rörande den "Europeiska konventionen 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna", *Europakonventionen*. Redovisningen är utförlig därför att denna praxis är bindande för Sverige men ändå föga känd och kommenterad i Sverige.[4] I kapitel 3 redovisas rättspraxis i Sverige och EU. Vidare redovisas några avgöranden i Tyskland, Frankrike, Schweiz och Danmark samt vissa synsätt, opinioner och ställningstaganden där. Del 2 avslutas i kapitel 4 med en sammanfattande beskrivning och analys av den rättsliga situationen.

Avdelning 3 omfattar kapitel 5. Där sätts religionen in i ett samhälleligt sammanhang ur ett antal olika perspektiv.

Avdelning 4 omfattar kapitel 6. Detta är bokens praktiska del. Här diskuteras hur religion och religiöst motiverat handlande skall behandlas i arbetsliv och skola. I kapitlet presenteras en analysmodell för att bedöma tillåtligheten av religiöst motiverat handlande. Där beaktas olika berörda grupper (intressenter), till exempel i arbetslivet arbetstagaren, arbetsgivaren, arbetskamraterna eller kunderna, och i undervisningsvärlden eleven, elevens föräldrar, skolan och medborgarna som ytterst politiskt ansvariga.

Till följd av dessa skiftande inriktningar kommer innehållet i de olika kapitlen att ha relativt olika karaktär. Den "röda tråden" är emellertid den rättsliga tillåtligheten av religion, religionsfrihet och religiöst motiverade manifestationer i arbetsliv och skola.

Framställningen i boken har en allmäneuropeisk inriktning. Europakonventionen präglar texten i dess helhet.

Skydd mot *diskriminering* på grund av religion behandlas men står inte i centrum. I centrum står religion, religionsfrihet och religiösa manifestationer. Skyddet

4 Praxis finns på Europadomstolens hemsida dhht:/hudoc.echr.coe.int.

mot diskriminering på grund av religion har religionsfriheten som sin självklara utgångspunkt. Det kan inte föreligga diskriminering på grund av religion med mindre den missgynnande särbehandlingen avser något som skyddas av religionsfriheten. Det är omfattningen av denna frihet som främst behandlas i denna bok. Inte desto mindre kommer åtskilligt att sägas som avser diskriminering. I stor utsträckning kommer sådan text att avse när det *inte* kan föreligga diskriminering av det skälet att det inte finns ett rättsligen skyddat religiöst moment med i bilden.

Ämnet för denna bok är delvis mycket omdebatterat. Det är också ofta mycket kontroversiellt. Framställningen försöker vara neutral i den meningen att den inte tar ställning för eller emot religion, religionsfrihet och religiöst motiverade manifestationer i arbetsliv och skola. Framställningen avses sålunda ha vetenskaplig karaktär i just denna värdeneutrala mening. När argument framförs *för* och *emot* olika ståndpunkter sker detta sålunda utan personliga ställningstaganden.

Få böcker är utan förhistoria. Denna bok har förhistoria i form av ett antal tidigare publicerade artiklar. Texten bygger delvis på dessa.[5] Smärre partier ur artiklarna används stundom i stort sett ordagrant. Så sker utan att detta anges i varje enskilt fall. Boken är emellertid såväl till sitt innehåll som till sin uppläggning en ny bok.

Material

Materialet till denna bok är i huvudsak avgöranden av domstolar. Avgöranden rörande Europakonventionen står i centrum. De kompletteras med ett antal avgöranden från andra länder. Detta innebär att boken i allt väsentligt är baserat på primärmaterial. Bearbetningar i litteraturen används sparsamt. Det sker mest för att understryka det som framgår av primärmaterialet och för att ge läsanvisningar.

Utförliga citat från domarna presenteras. I den löpande texten återges citaten i översättning. Alla översättningar är mina. Citaten återges även på originalspråk. Detta sker för att ge läsaren skall kunna kontrollera översättningarna och för att förmedla en känsla för hur domstolarna uttrycker sig. Citaten finns i huvudsak i fotnoter. Detta förklarar det stora antalet fotnoter i boken.

Läsanvisningar

I kapitel 2 redovisas domstolsavgöranden rörande Europakonventionen. Referaten och kommentarerna är långa. De är i huvudsak strikt juridiska. Utförligheten kan framstå som tröttande. Kapitlet vänder sig främst till läsare med viss juridisk skol-

5 Uppsatserna anges i litteraturförteckningen.

ning. Det förutsätter dock inga juridiska förkunskaper. Referaten ger läsaren en djupgående inblick i hur Europadomstolen resonerar i frågor om religionsutövning och skydd mot oönskad påverkan av andras religionsutövning. Referaten kan läsas separat var för sig.

Kapitel 3 innehåller referat av domstolsavgöranden i ett antal europeiska länder, däribland Sverige och Danmark. Viss lagstiftning i Bayern presenteras liksom debatt i Tyskland. Vissa traditioner, synsätt och opinioner i Frankrike presenteras vidare. Kapitlet har ett avsevärt lättare anslag än kapitel 2.

Det är inte nödvändigt att läsa kapitlen 2–3 för att förstå resten av boken. Korta upprepningar av framställningen i kapitlen 2–3 ges nämligen i kapitlen 4–6. Dessa upprepningar avser att möjliggöra förståelse av resonemangen i kapitlen 4–6 utan att kapitlen 2–3 lästs. Vissa väsentliga principer i praxis rörande Europakonventionen ges vidare i Appendix II–IV.

Avsnitten 1.5 och särskilt 1.6 är delvis fackmässigt juridiska. De strikt juridiska inslagen i dessa avsnitt måste inte läsas för att förstå resten av boken.

Boken innehåller ett stort antal noter. Dessa innehåller i första hand citaten från refererade domar på originalspråk. Vidare innehåller noterna ytterligare information om och hänvisningar rörande det som behandlas i texten. Noterna behöver inte läsas för att förstå framställningen i boken.

Kapitel 1

Bakgrunder och utgångspunkter

1.1 Den nya situationen: religiös mångfald

Religionsfrihet har alltid varit en känslig fråga i de europeiska samhällena. Främst har den kristna religionen i dess olika bekännelseformer stått i centrum. På senare århundraden tonades dock motsättningarna ned eftersom den religiösa kartan i Europa blev någorlunda fixerad efter reformationen under 1500-talet.[6] Det trettioåriga kriget (1618 – 1648) förstärkte fixeringen. Till exempel Frankrike upplevde dock oroligheter under hela 1600-talet som mot slutet av århundradet kulminerade i fördrivningen av protestanterna ("hugenotterna") efter upphävandet av det fördrag som gett dem viss religionsfrihet och fristad i delar av Frankrike.[7]

På senare decennier har religionsfrihet och religionsutövning emellertid blivit en mycket känslig fråga på nytt i de flesta europeiska länderna. Dagligen möter vi i Europa någon händelse som angår religiöst motiverade manifestationer i skolan eller på arbetsplatsen. Det kristna korset, den muslimska huvudduken, den judiska kippan och den sikhiska turbanen är de manifestationer som främst tilldrar sig uppmärksamheten.

Den förhärskande religiösa övertygelsen i europeiska länder har åtnjutit skydd sedan århundraden. Skyddet har dock varierat beroende på vilken form av kristendom som där praktiserats. Religiös monism har i huvudsak varit förhärskande i århundraden i de olika länderna. "I mitt land får var och en bli salig på sitt manér"

6 Religionsfreden i Augsburg, Pax Augustana, 1555, som i det dåvarande Tysk-romerska riket (dagens Tyskland och Österrike) lade fast principer för religionsbekännelse. Huvudprincipen var att landsfurstens religion bestämde religionen inom dennes område. Principen uttrycktes med orden *cujus regio, ejus religio* (religion följer fursten). Överenskommelsen kom i princip att gälla in på 1800-talet.

7 Det s.k. Ediktet i Nantes 1598 garanterade hugenotterna viss religionsfrihet i Frankrike. Det upphävdes 1685 av "solkungen" Ludvig XIV och ledde till massemigration och fördrivning av hugenotter från Frankrike.

är ett uttalande som tillskrivs Fredrik II av Preussen.[8] Religiös tolerans av detta slag har dock i hög grad varit undantaget som bekräftat regeln. Principen "Extra ecclesiam nulla salus" (Utanför Kyrkan finns ingen frälsning) är ett uttryck som bättre karakteriserar den europeiska traditionen, varvid med "kyrka" i sammanhanget avsetts den nationella kyrkan.[9] Nationalkyrka och tvångsanslutning har varit förhärskande. Så var fallet även i Sverige. Kyrkolagen 1686 stadgade att "skola alla bekänna sig endast och allena till den kristna lära och tro" som den svenska kyrkan antagit. Först genom Religionsfrihetslagen 1951 infördes religionsfrihet.[10]

Situationen förändras snabbt. Det är främst två av varandra helt oberoende faktorer som orsakar detta. Den ena är sekulariseringen i de traditionellt kristna länderna i Europa. Med denna sammanhängande är betoning av religionsfrihet som en frihet *från* religion, det som brukar kallas negativ religionsfrihet (se vidare avsnitt 4.3). Den andra faktorn är invandringen. Människor med annan övertygelse än den förhärskande i de europeiska invandrarländerna kommer i stora skaror. Religiös mångfald håller på att bli en realitet av övergripande betydelse i alla europeiska länder. I flera, kanske de flesta, västeuropeiska länder är islam nu landets andra religion räknat i antalet troende.

En ny och radikalt annorlunda situation håller på att uppstå. Den har delvis redan inträffat men vi har idag knappast mer än börjat inse vidden av denna nya situation. De europeiska samhällena har på några årtionden blivit multietniska, multikulturella och multireligiösa.

Förväntningarna idag i religiöst hänseende är att religionsfrihet skall råda inte bara principiellt utan även praktiskt. Med religionsfrihet skall förstås frihet *till* religion, religionsutövning, religiös mångfald och religiös jämställdhet, oavsett religion och uttrycksform, men också frihet *från* religion och religionsutövning. Denna

8 "In meinem Staate kann jeder nach seiner Fasson selig werden". Fredrik II "den store" av Preussen, 1712 –1786, kung från 1740.

9 Uttrycket anses stamma från biskopen Cyprianus av Karthago, död 258. Det avser den Katolska kyrkan men samma princip har varit förhärskande i länder med annan än katolsk kristenhet.

10 I 1809 års Regeringsform fanns i den berömda § 16 ett stadgande om samvetsfrihet: "Konungen bör ... ingens samvete tvinga eller tvinga låta, utan skydda hvar och en vid en fri utöfning av sin religion, så vidt han därigenom icke störer samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer". I sin bok Regeringsformen i historisk belysning (1909), som utkom till hundraårsminnet av 1809 års Regeringsform, klassificerar Pontus Fahlbeck på sidan 69 stadgandet som "väl det enda lån från utländska förebilder, som vår regeringsform känner" och hänvisar till den franska författningen 1791. Se till den franska situationen avsnitt 3.4.1 nedan. Stadgandet i § 16 innebar dock ingalunda varken samvets- eller religionsfrihet. Avfall från statskyrkans lära ansågs till exempel vara sådant som "allmän förargelse åstadkommer" och var straffbart intill 1860. Se tex Sundberg (1948) s 56 f. Se om tillkomsten av § 16 tex Reuterskiöld (1899), s 78 ff.

mångfacetterade och delvis motstridiga religionsfrihet skall genomsyra samhällena. Detta är något fullständigt nytt i länder där religiös monism och i viss mån religiöst tvång varit förhärskande i århundraden. Detta är genomgripande, omvälvande. Religiös enhetlighet, monism, skall bytas mot religiös mångfald, pluralism.

1.2 Den nedärvda situationen: arbetslivets kristet religiösa prägling

Ora et labora, bed och arbeta. Detta är en levnadsregel med gamla rötter i Europa. Den uttrycker en central tanke i kristendomen.[11] Levnadsregeln pekar på sambandet mellan arbete och religion.

Det västerländska vardagslivet är, liksom arbetslivet och skollivet, genomsyrat och präglat av den kristna religionen. Denna sätter mycket av ramarna för det dagliga livet och arbetet för oss alla. Vi tänker kanske inte ofta på det. Det självklara tänker man inte på. Några anteckningar pekar på ett antal av dessa självklarheter.

Vår tideräkning utgår från Kristi födelse. Kalenderåret är baserat på den gregorianska kalendern.[12] Veckan, en period om sju dagar, är kristen. Enligt den kristna skapelseläran skapade Gud himmel och jord på sex dagar och på den sjunde dagen vilade Han.[13] Årsindelningen och veckoindelningen präglar våra liv. Tidsramen för våra liv, privatliv liksom arbetsliv, är i denna mening kristen.

Arbetstidslagstiftningen i Sverige (liksom i de flesta länder och i EU-rätten) är starkt präglad av kristendomen. Veckan är ett viktigt begrepp i den svenska arbetstidslagen 1982. Den ordinarie arbetstiden utgår från veckan. Övertidsberäkningen bygger i flera avseenden på veckan. Arbetstidslagen har regler om veckovila (14 §).

11 Se till exempel uppslagsordet "Ora et labora" i Nationalencyklopedin. Sentensen utgör en del av meningen "Qui orat et laborat, cor levat ad Deum cum manibus" (Den som ber och arbetar, lyfter med händerna hjärtat till Gud). Levnadsregeln anförs ofta som valspråk av den äldsta av de västerländska klosterordnarna, Benediktinorden.

12 Den genomfördes av påven Gregorius XIII under 1500-talet i större delen av Europa. Den är nu världsstandard, låt vara att det i vissa länder och kulturer förekommer andra tideräkningar parallellt med den kristna, till exempel i Israel, Japan, Kina och muslimska länder.

13 Första Mosebok (Genesis), kapitel 1.

Denna skall "så långt möjligt förläggas till veckoslut". Det är emellertid inte mera vilsamt att vila på veckoslut än andra dagar. Regeln speglar den kristna traditionen.[14]

Söndagar är allmänna helgdagar.[15] Ordet "helgdag" betyder ursprungligen "helig dag" (*holy day*).[16] Den helighet som avses är den kristna. Helgdagar är dagar avsedda för gudstjänst och arbetsvila.[17] Söndagen är den dag den kristna religionen avsatt för dessa ändamål.[18] Andra religioner kan ha andra veckodagar som helgdagar, till exempel fredagen i islam och lördagen inom judendomen. Inga områden på europeisk arbetsmarknad har fredagen som arbetsfri dag. Lördagen som arbetsfri dag är en ny företeelse som infördes utan religiös motivering. Skolor och universitet iakttar den kristna indelningen med helgdagar.[19]

Utöver söndagarna finns ett antal andra allmänna helgdagar, låt vara med tiden

14 Direktivet 93/104/EEG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden innehöll en likartad regel om förläggningen av veckovilan. Storbritannien förde talan vid EG-domstolen för att få hela direktivet förklarat ogiltigt. Detta misslyckades, dock med undantag för bestämmelsen om veckovilans förläggning företrädesvis till söndagen; mål C-84/94 Storbritannien mot Europeiska unionens råd, ECR I-5755 (1996). EG-domstolen motiverade detta med att det inte kunnat visas att veckovila under veckoslutet snarare än under annan period i veckan var av betydelse för arbetstagares hälsa.

15 Lagen (1989:253) om allmänna helgdagar.

16 Det engelska ordet *holiday* har dock med tiden fått en helt annan innebörd. Ledighetsaspekten har helt tagit över helighetsaspekten!

17 Se till exempel uppslagsordet "helgdag" i Nationalencyklopedin.

18 Arbete på söndagar och helgdagar har dock blivit en verklighet för många. Söndagsöppet i affärer har till exempel blivit tämligen allmänt accepterat och därmed söndagsarbete för vissa. Söndagsöppna affärer är dock i stor utsträckning något nytt och inte accepterat överallt i Europa. I ett uppmärksammat avgörande i Tyskland av den tyska Författningsdomstolen ("Bundesverfassungsgericht") den 1 december 2009 förklarade domstolen att en reglering i delstaten Berlin som medgav allmänt öppethållande ett antal timmar alla fyra söndagarna under advent stred mot den tyska grundlagen 1949. Den regel i grundlagen som domstolen stödde sig på är övertagen från Weimargrundlagen 1919. Den lyder: "Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt" ("Söndagar och de statligt erkända helgdagarna skyddas lagligen som dagar för arbetsro och andlig upplyftning"). 1 BvR 2858/07 vom 1.12.2009.

19 I länder eller sammanslutningar där ett stort antal religioner finns kan det vara omöjligt att respektera religiösa helger. Som exempel i rättspraxis i denna bok kan hänvisas till ett avgörande av EG-domstolen; se avsnitt 3.2. Som illustration kan vidare följande antecknas. Stanford Law School är en världsledande juridisk skola/fakultet i USA. Studenterna vid skolan representerar ett brett spektrum av religioner. I vart fall under läsåret 1990 var skolans praxis att inte ta hänsyn till någon religions helgdagar över huvud taget. Det innebar att undervisning föregick även på mycket "heliga dagar" till exempel långfredag. Undervisning förekom dock inte på söndagar eller under julen men det var inte av hänsyn till den kristna religionen utan till det kringliggande samhällets rytm.

allt färre.[20] Bortsett från Nyårsdagen, 1 maj, 6 juni och Midsommardagen är helgdagarna kristna. Det är jul, påsk, Kristi himmelsfärds dag, pingst och Alla helgons dag (låt vara att de två sista numera inte firas på en normal arbetsdag måndag till fredag, sedan Annandag pingst, som firas på en måndag, sedan 2005 inte längre är helgdag, och Alla helgons dag sedan 1953 firas på en lördag).

Våra samhällen, vårt arbetsliv och våra skolor är starkt präglade av de kristna högtiderna, låt vara att präglingen avtar. Julen är en mycket speciell tid även i arbetslivet med bland annat julhandel. Detta beaktas av, till exempel, lagen om anställningsskydd (LAS).[21] December är festernas tid på arbetsplatserna. Julfesterna firas inte längre till minnet av ett gossebarns födelse, den mänskliga centralgestalten i den kristna religionen, men gossebarnet finns med i de flestas medvetande. Den 13 december firas den unga kvinnan Lucia med intensitet på mången arbetsplats och skola. Lucia är ett kristet helgon som dog martyrdöden för sin kristna tro.

Kristendomen påbjuder inte att de troende skall bära någon symbol, ett kors, ett radband eller något annat. Frivillighet råder. Men kristna symboler finns överallt, både i den privata och i den offentliga miljön.

Korset är ett av de vanligast förekommande tecknen i våra västerländska samhällen. Många människor, män likaväl som kvinnor, bär ett kors som är synligt för alla. Det sker idag mestadels som en utsmyckning, en prydnad, utan religiös innebörd. Det är en självklarhet i våra vardagsliv, liksom i arbetslivet och skolan, att öppet ha ett litet kors på sig. Redan själva tanken att bärandet av ett mindre kors, till exempel i en kedja runt halsen, skulle kunna förbjudas av arbetsgivare (eller skola) eller vara grund för att nekas anställning eller utbildning framstår som helt verklighetsfrämmande i Sverige.[22]

Utöver korset har kristendomen inte många symboler som bärs ofta. Närmast att tänka på är radbandet. Många kristna har ett radband. Antag att ett radband bärs runt handleden eller rentav runt midjan. Skulle detta lagligen kunna få negativa konsekvenser i arbetslivet eller skolan i Sverige? Här är svaret betydligt osäkrare. Skälet är att det dock är ganska ovanligt att radband bärs på ett synligt sätt. Ett rad-

20 Under medeltiden var ett stort antal dagar helgdagar, oftast i anslutning till firandet av ett kristet helgon. I de flesta länder har antalet minskats. För svenskt vidkommande kan pekas på Kyrkoordningen 1571 och än mer på helgdagsreformen 1772. Minskningen har fortsatt, senast 2005 när Annandag pingst upphörde att vara helgdag.

21 Reglerna om tidsbegränsad anställning i 5 § lagen 1982 om anställningsskydd.

22 Situationen kan dock vara annorlunda om korset får en iögonfallande eller påträngande karaktär. I andra länder kan situationen vara annorlunda även i fråga om mindre kors. Korset har varit en källa till anstöt och till förföljelse i historien och är så även idag både i vissa länder med annan än kristen religion och i vissa kristet präglade länder (som till exempel Frankrike där "*laïcité*" är en viktig del av den sociala kulturen; se avsnitt 3.4.1). Situationer av detta slag diskuteras i kapitel 5 och ingår i modellen i kapitel 6.

band kan därför komma att uppfattas som alltför påträngande även i ett sekulariserat land som Sverige.

Många människor ber regelmässigt bordsbön, kanske med knäppta händer och kanske efter att ha gjort ett korstecken. Skulle detta lagligen kunna få negativa konsekvenser i arbetsliv och skola? Knappast! Detta är fallet även om bordsbönen sker öppet, till exempel i matsalen. Undantag kan tänkas men då måste omständigheterna vara särpräglade.

Kristendomen har få påbud rörande vilken mat vi kan äta och hur den har kommit till oss från fälten, grönsaksodlingarna, havet eller slakthusen. Anvisningarna i Gamla testamentet hur slakt skall gå till uppfattas till exempel inte i den kristna traditionen som bindande. Men i judisk och muslimsk tradition är så fallet.[23] Förbudet i Gamla testamentet mot att äta griskött uppfattas inte längre som bindande.[24] Men i muslimsk tradition är förbudet i Koranen i hög grad levande.[25]

Dessa korta anteckningar visar hur genomsyrat vårt liv är av den kristna traditionen. Vi uppfattar situationen som självklar. Men för människor som har annan religion är det inte så. Varför skall ledighet infalla på söndag när det är fredag som är bönedagen?

1.3 Religionsfrihet som mänsklig rättighet. Internationella instrument

Utgångspunkten och stödet för religionsfrihet finns i internationella dokument. Artikel 18 i FN:s allmänna förklaring 1948 om de mänskliga rättigheterna kan sägas vara den överordnade grundvalen. Artikeln uttrycker dock en målsättning eftersom det inte finns någon mekanism att genomdriva den.[26]

> Envar har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet. Denna rätt innefattar frihet att byta religion eller tro och att ensam eller i gemenskap med andra offentligt eller enskilt utöva sin religion eller tro genom undervisning, andaktsövningar, gudstjänst och iakttagande av religiösa sedvänjor.

23 Se härtill allmänt Demokratiutredningens betänkande, Att slakta ett får i Guds namn – om religionsfrihet och demokrati, författat av Göran Gunner, SOU 1999:9.

24 Se till exempel Tredje Mosebok 11:7–8 och Femte Mosebok 14:8; "Av deras kött får ni inte äta ...". Förbud finns också hos profeten Jesaja 65:2–5.

25 Koranen förbjuder det på flera ställen, till exempel 5:3. Se vidare avsnitt 6.3.7.

26 Internationella undersökningar visar att religionsfrihet som den är fastslagen i FN-förklaringen 1948 ofta begränsas. Se vidare avsnitt 5.1.

Europeiska konventionen 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, *Europakonventionen,* utgör inom sitt område den högsta rättskällan i länder som antagit (ratificerat) den. Sverige har ratificerat den. Konventionen är juridiskt bindande. Konventionen är den högsta norm som annan rättighetsreglering i de europeiska konventionsländerna är bunden av och skall rätta sig efter. Den prövas rättsligt av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, *Europadomstolen*; se vidare avsnitt 1.6. Konventionen Artikel 9 fastslår bland annat religionsfriheten.

> (1) Var och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet; Denna rätt innefattar frihet att byta religion eller tro och frihet att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning sedvänjor eller ritualer.
>
> (2) Friheten att utöva sin religion eller tro får endast underkastas sådana inskränkningar som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.

Europeiska unionen (EU) har antagit en stadga om de grundläggande friheterna (2000 med anpassning 2007) Den innehåller ett juridiskt bindande stadgande om tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, Artikel 10.

> 1. Var och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet. Denna rätt innefattar frihet att byta religion eller övertygelse och frihet att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller övertygelse genom gudstjänst, undervisning sedvänjor eller ritualer.

Stadgandet har samma lydelse som Artikel 9(1) Europakonventionen med den skillnaden att ordet "tro" i Europakonventionen har bytts mot ordet "övertygelse". Någon skillnad i sak torde inte föreligga.

Begränsningar kan göras enligt Artikel 52.

> 1. Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar

> får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

Stadgandet avviker i betydande grad språkligt från Artikel 9(2) i Europakonventionen men är i sak nog ganska överensstämmande. Hänvisningen till proportionalitetsprincipen innebär ingen skillnad i förhållande till Artikel 9(2) eftersom Europadomstolen regelmässigt använder denna princip i sin praxis. Hänvisningen till andra människors rättigheter och friheter har också sin motsvarighet i Europadomstolens praxis. Artikel 52 kan i själva verket sägas spegla praxis rörande Europakonventionen.

Stadgan kan juridiskt prövas av EU-domstolen; se vidare avsnitt 1.6.

1.4 Begreppet "religion"

Ingenstädes i de internationella instrumenten eller i svensk rätt finns en definition av begreppet "religion" och därmed inte heller av begreppet "religionsfrihet".[27] Trots att Europadomstolen behandlat ett antal fall rörande religion och religionsfrihet har den inte presenterat någon närmare definition; se vidare avsnitt 4.1.

I ett svenskt offentligt utredningsbetänkande sägs följande:

> Problemet är givetvis att religionsutövning i princip kan bestå i vad som helst. I Europakonventionens art. 9 har man visserligen försökt precisera den som 'frihet att utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning, andaktsövningar och iakttagande av religiösa sedvänjor', men det sistnämnda uttrycket medför ingen klar avgränsning.[28]

Diskrimineringslagen 2008 innehåller termen "religion". Lagen innehåller emellertid ingen reglering av detta begrepp, än mindre en definition. Begreppet "religion"

27 Se kort Strömberg, Juridisk Tidskrift 2001-02 s 230 f.

28 SOU 1975:75 s 325. Omfattande diskussioner rörande begreppet religionsfrihet finns i till exempel SOU 1964:13, SOU 1968:11 och SOU 1972:36. Se även Staten och trossamfunden. Betänkande av Utredningen om trossamfundens rättsliga reglering, SOU 1997:41 s 93 f.

bygger på den innebörd "som gäller". Vilken den är anges dock inte. Lagen bygger på den religionsfrihet som finns i andra rättskällor.[29]

Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling, arbetslivsdirektivet, är en generell lagstiftning med skydd mot diskriminering, bland annat på grund av religion. Någon definition av begreppet "religion" finns dock inte.

Religionsfriheten har beröringar med många andra områden av mänskligt och socialt liv. Detta behandlas i kapitel 5. En sådan gränsdragning avser religion och kultur. Europarådet är det organ som utarbetat Europakonventionen. I ett policydokument utarbetat inom Europarådet berörs sambandet. Eftersom "religion är en väsentlig social företeelse" ("religion is a major social phenomenon") är den av just det skälet "svårt att skilja den från kultur" ("difficult to separate from culture").[30] En sedvänja eller en ritual kan för övrigt vara mångfacetterad och ge uttryck för flera skyddade företeelser, det må vara ras och religion eller etniskt ursprung och religion, eller annat.[31]

I ett rättsligt perspektiv finns beröringspunkter till flera andra friheter. "Religionsfriheten framstår närmast som ett omfattande rättighetskomplex med inslag av yttrandefrihet, informationsfrihet och föreningsfrihet", yttrade en statlig utredning med rätta.[32] I praxis i Högsta domstolen har sambandet med yttrandefriheten behandlats i NJA 2005 s 805, *fallet Pastor Gren* (se avsnitt 3.1, Sverige 1).

29 Prop 2007/08:95 med förslag till vad som blev den nuvarande Diskrimineringslagen 2008, s 120 f. I betänkandet SOU 2002:43, Ett utvidgat skydd mot diskriminering, framlades förslag till en ny lag rörande bla skydd mot diskriminering på grund av religion. Förslaget innehöll ingen definition och det anges att "(V)ad som menas med religion preciseras inte i lagen"; s 458. Lagförslaget i betänkandet genomfördes inte men förslaget ledde till ändringar i bland annat lagen 1999:130 som då fick sin dåvarande beteckning "lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan övertygelse". Diskrimineringslagen 2008 bygger i detta hänseende på den tidigare lagen.

30 Council of Europe. Religion and democracy: Report. Committee on Culture and Education 27 November 1998, document 8270, Explanatory memorandum by Mr de Puig, Introduction. Se Appendix I.

31 Som exempel kan hänvisas till NJA 1999 s 556, olaga diskriminering, 16:9 Brottsbalken. Det rörde kvinnor klädda i vida, långa och tunga kjolar av visst slag. I målet angavs att sådana uteslutande bars av zigenska kvinnor från Finland men trycket på dessa kvinnor att bära sådana kjolar var stort. Kjolarna bar vittnesbörd om ras, etnicitet och vad som rimligen måste uppfattas som en religiös sedvänja.

32 Staten och trossamfunden. Betänkande av Utredningen om trossamfundens rättsliga reglering, SOU 1997:41 s 94.

1.5 Rättskällorna

Europeiska konventionen 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, *Europakonventionen*, är den styrande rättskällan rörande religionsfrihet i Sverige.[33] Konventionen gäller i Sverige (liksom i många andra konventionsländer) i tre skepnader, (1) som folkrättsligt förpliktande konvention, (2) som del av EU-rätten och (3) som inhemsk svensk lag.[34] Det innebär att det är möjligt "att direkt tillämpa konventionen vid svensk domstol".[35] Vid inkorporeringen av Konventionen uttalades följande: "Om Konventionen görs till en del av den svenska rätten skulle ... sannolikt fler mål rörande Konventionens fri- och rättigheter komma att slutbehandlas vid svenska domstolar och myndigheter".[36] Denna förmodan har inte förverkligats på religionsfrihetsområdet. En viktig anledning till detta torde vara att det är oklart om Artikel 9 kan användas mellan enskilda (s.k. *Drittwirkung*; se vidare avsnitt 4.9). Artikel 9 i Konventionen har veterligen åberopats vid svensk endast en gång, NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren* (se avsnitt 3.1, Sverige 1). I Sverige gällande praxis rörande religionsfrihet är därför av utländsk härkomst, i praktiken enbart praxis rörande Europakonventionen.

Europakonventionen är i sin egenskap av folkrättsligt förpliktande konvention överordnad svensk lag. Detta gäller även svensk grundlag, till exempel Regeringsformen med dess bestämmelser om religions- och yttrandefrihet.[37] Europakonventionen är som folkrättsligt bindande konvention den högsta normkällan inom sitt område, till exempel Artikel 9 om religionsfrihet. Detta förhållande är styrande för framställningen i denna bok.

Religionsfrihetslagen 1951 upphävdes genom lagen (1998:1593) om trossamfund. Religionsfrihetslagen innehöll tre grundläggande bestämmelser om religionsfrihet, 1–3 §§. Dessa saknar motsvarighet i lagen om trossamfund. Denna innehål-

33 En ledande framställning på engelska om Europakonventionen är Van Dijk mfl (senast fjärde upplagan, Intersentia, Antwerpen–Oxford, 2006). En ledande framställning på svenska är Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (senast tredje upplagan, 2007). Nytillkommen praxis redovisas fortlöpande i Svensk Juristtidning.

34 Konventionstexten i ordagrann översättning är svensk lag; SFS 1994:1219.

35 NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren*, se avsnitt 3.1, Sverige 1.

36 Prop 1993/94:117 med förslag att införa Europakonventionen som svensk lag, s 12.

37 Den lag som innehåller konventionen har dock inte status av grundlag. Detta är ett besynnerligt och otillfredsställande förhållande eftersom den som folkrättsligt förpliktande konvention gäller framför och över svensk grundlag. Se härom till exempel Bernitz, U, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, Juridisk Tidskrift 1994–95, s 259. Konventionens införlivande i svensk rätt och dess ställning i svensk rätt har diskuterats utförligt. Denna diskussion förbigås eftersom den faller utanför bokens tema.

ler inga självständiga regler om religionsfrihet. 1 § hänvisar till 2 kapitlet Regeringsformen och Europakonventionen. Den utredning som föreslog avskaffandet av religionsfrihetslagen ägnade denna endast minimal uppmärksamhet liksom även den efterföljande regeringspropositionen. Utredningen begränsar sig till att säga att "(M)ot bakgrund av lagens innehåll (dvs den föreslagna lagen om trossamfund; *min anm.*) kommer religionsfrihetslagens reglering att bli överflödig. Den lagen bör därför upphävas".[38] I propositionen anförs helt kort att 1–3 §§ religionsfrihetslagen "har sina motsvarigheter i 2 kap. regeringsformen och annan lagstiftning ... Bestämmelserna kan därför upphävas. Med hänsyn till detta ... bör religionsfrihetslagen upphävas".[39]

Regeringsformen (RF) är den främsta grundlagen i Sverige. I 2 kapitlet 1 § stadgas att "(V)arje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad ... religionsfrihet: frihet att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion". Denna frihet är absolut. Inga begränsningar är tillåtna.[40] Regeln i 2 kapitlet 1 § RF ger i och för sig upphov till rättigheter för enskilda. Den är dock så allmänt hållen att den knappast kan användas i praktiskt rättsliv. En bedömning av dess räckvidd har dock skett i ett avgörande i Högsta domstolen (NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren*, se avsnitt 3.1 Sverige 1).

Diskrimineringslagen 2008 innehåller termen "religion". Lagen innehåller emellertid ingen reglering av detta begrepp. Hierarkiskt är lagen underordnad RF och Europakonventionen.

Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling är en generell lagstiftning. Direktivet reglerar skydd mot diskriminering på grund av bland annat religion men inte religionsfriheten som sådan.

Sammantaget innebär det nu sagda att det är Europakonventionen som utgör den enda användbara (operationella) rättskällan för religionsfrihet i Sverige.

Utöver Europakonventionen, Regeringsformen, Rådets direktiv 2000/78/EG och Diskrimineringslagen 2008 finns regler i andra författningar som är av betydelse i religionsfrihetshänseende.

Lagen 1982 om anställningsskydd ger långtgående materiellt skydd mot uppsägning och annat som täcks av lagen, till exempel turordningslistor vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Religion och religionstillhörighet utgör, till exempel, inte

38 SOU 1997:41 s 244.

39 Prop 1997/98:116 s 21. Se allmänt om den legala förändringen till exempel Ahrén, Per-Olof, Stat och trossamfund (2002).

40 2 kap 12 § första stycket RF motsättningsvis. Se i praxis NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren*, avsnitt 3.1 Sverige 1.

annat än rent undantagsvis saklig grund för uppsägning.[41] Inte heller utgör de skäl för oförmånlig placering på en turordningslista inför uppsägningar vid arbetsbrist. Regler i Brottsbalken kan vara tillämpliga, till exempel om ärekränkning. Lagen om omskärelse av pojkar anses tillgodose ett religiöst intresse.[42] Lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor innehåller ett undantagslöst totalförbud, även om religiösa bevekelsegrunder åberopas. Djurskyddslagen och därtill hörande författningar reglerar möjligheterna till rituell, religiös slakt.[43] Arbetsmiljölagen jämte föreskrifter och råd från arbetsmiljömyndigheterna kan vara tillämpliga.[44]

Av särskild betydelse kommer måhända fördraget om Europeiska unionen att bli (EU-fördraget, efter ikraftträdandet 2009 av det s.k. Lissabonfördraget). Till följd av Artikel 6 föreligger skydd för religion och religionsfrihet i två former. (1) Den Europeiska unionens stadga om de grundläggande friheterna (2000 med anpassning 2007) skyddar i Artikel 10 tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet (se avsnitt 1.3). (2) Rättheterna i Europakonventionen anges "ingå i unionsrätten som allmänna principer". Härtill kommer att EU enligt samma artikel skall ansluta sig till Europakonventionen. I vad mån EU-rätten kommer att bli en levande rättskälla rörande religion är ännu ovisst. Veterligen finns endast ett avgörande av EU-

41 Undantag kan tänkas föreligga framför allt för vissa befattningar på arbetsplatser med religiös inriktning (bekännelsearbetsplatser).

42 Lag 2001:499. Se närmare Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om omskärelse av pojkar; SOSFS 2001:14. År 2006 gav regeringen Socialstyrelsen i uppdrag att analysera vissa frågor rörande omskärelse. Socialstyrelsen skulle dock inte ta ställning till tillåtligheten av omskärelse på icke-medicinska grunder. "Socialstyrelsen har utgått från regeringens och riksdagens uppfattning att det är förenligt med Barnkonventionen och att ett förbud skulle vara en otillåten begränsning av religionsfriheten"; Omskärelse av pojkar. Rapport av ett regeringsuppdrag (S2005/7490/SK).

43 Djurskyddslagen 1988:534, Djurskyddsförordning 1988:539 och föreskrifter av Djurskyddsmyndigheten, DFS 2004:12 om hantering av vissa djurarter vid slakt eller annan avlivning (tidigare Statens jordbruksverk SJVFS 2000:160 med ändring SJVFS 2001:75). Rituell slakt medges bara av fjäderfä och kaniner. Judisk kosher och muslimsk halal är därmed i huvudsak förbjudna som slaktformer i Sverige. Se härtill Gunner, SOU 1999:9. En livlig debatt förs. Som exempel kan pekas på en skrivelse 2006 från Judiska centralrådet, Sveriges muslimska råd och Broderskapsrörelsen till Jordbruksdepartementet. I skrivelsen föreslås införande av ett stadgande i Djurskyddslagen om religiös slakt i enlighet med bland annat Europakonventionen. Ett annat exempel är ett öppet brev i Dagens Nyheter den 23 juli 2010 av flera ledande kristna företrädare där religiös slakt förespråkas som en del av den religiösa pluralismen.
I praxis rörande Europakonventionen hänvisas till *fallet Cha'are Shalom, fallet kosherslakt*, Konventionen 13, avsnitt 2.2. Som framgår av referatet ansåg Europadomstolen att rituell slakt omfattas av Artikel 9(1) Europakonventionen. Förbud mot sådan slakt kan godtas med stöd av Artikel 9(2) om där angivna förutsättningar är uppfyllda. Europadomstolen har inte prövat om förbudet i Sverige kan godtas.

44 Se till exempel Kränkande särbehandling i arbetslivet, Arbetarskyddsstyrelsens författningssamling AFS 1993:17.

domstolen om religionsfrihet; se avsnitt 3.2. Eftersom EU skall ansluta sig till Europakonventionen kommer EU-fördraget att bli underordnat Europakonventionen såvitt avser det som Europakonventionen omfattar, bland annat religionsfrihet i Artikel 9. Detta innebär att EU-domstolens roll som självständig rättsbildare synes komma att bli i princip likställd med högsta domstolar i alla konventionsländerna och begränsad på samma sätt som dessa.

Europakonventionen äger, som påpekats, företräde framför svensk grundlag. "För det fall Konventionen ger ett starkare skydd än det som följer av regeringsformens fri- och rättighetsskydd eller av allmänna rättsprinciper, skall Konventionens bestämmelser tillämpas" konstaterade en statlig utredning år 2002.[45] Enligt allmänna juridiska principer skall regler i författning av lägre valör som strider mot regel i författning av högre valör – här ytterst Europakonventionen – i princip inte tillämpas.[46] Enligt uttryckligt stadgande i RF (2 kapitlet 23 §) får inte lag eller annan föreskrift meddelas bestämmelse i strid med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen.

Sammanfattningsvis är den rättsliga hierarkin sålunda följande:

1. Europakonventionen (och Konventionsorganens praxis rörande denna)
2. EU-fördraget och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna
3. Svensk grundlag, exempelvis Regeringsformen
4. Svensk allmän lag, exempelvis Diskrimineringslagen 2008
5. Svensk reglering på lägre nivå än lag, exempelvis föreskrifter och anvisningar av Arbetsmiljöverket eller Djurskyddsförordningen av Djurskyddsmyndigheten.

1.6 Rättsbildarna

Den fortlöpande rättsbildningen rörande religionsfrihet sker genom domstolspraxis. Praxis kan skapas i flera domstolar dels internationella dels nationella.

På det *internationella* planet är den främste rättsbildaren Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna, *Europadomstolen*. Domstolen är exklusiv uttolkare av

45 SOU 1997:41 s 96.

46 I praxis rörande religionsfrihet kan hänvisas till det i texten angivna avgörandet av Högsta domstolen, NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren* (se vidare avsnitt 3.1, Sverige 1). Redan här må påpekas att, som framgår i bland annat kapitel 4 (avsnitt 4.15), den svenska Diskrimineringslagen synes stå i utmärkt överensstämmelse med Europakonventionen. Ingen konfliktsituation synes därför föreligga här.

Europakonventionen. Domstolen har avgjort ett antal mål avseende Artikel 9 av relevans för arbetsliv och skola. Denna praxis redovisas utförligt i kapitel 2.

Europakommissionen var ett förberedande organ till Europadomstolen.[47] Kommissionen fattade ett antal beslut avseende Artikel 9 av relevans för skola och arbetsliv. Praxis i kommissionen rörande Artikel 9 är fortfarande av betydelse eftersom Europadomstolen gjort Kommissionens praxis rörande denna artikel till sin. Praxis redovisas utförligt i kapitel 2.

Europakonventionen är en dynamisk rättskälla. Redan den fortlöpande strömmen av avgöranden av Europadomstolen garanterar detta. Därtill kommer att tolkningen av Konventionen sker på ett dynamiskt sätt för att uppnå att Konventionen skall tillämpas på ett sätt som speglar samhällets utveckling och dagens situation. Den skall vara ett "living instrument".[48] En statlig utredning konstaterade följande: "Det bör poängteras att Konventionens bestämmelser successivt kommer att preciseras genom konventionsorganens ... praxisbildande verksamhet. Denna praxis är också gällande rätt i Sverige (jfr prop. 1993/94: 117 s 33 f)".[49] En iakttagare formulerade sig på följande kategoriska (men korrekta) sätt: "I själva verket får ju riksdagen vackert rätta sig efter domstolens domar".[50]

Europadomstolens verksamhet innebär att fortlöpande rättsbildning med för Sverige bindande verkan sker i en utländsk domstol med tillämpning av regler som tillkommit utan större medverkan från svensk sida och utan att Sverige kan påverka denna rättsbildning annat än marginellt. Uttryck för en viss tveksamhet inför detta förekom ännu ganska nyligen trots att Europakonventionen passerat femtioårsåldern och trots att motsvarande fenomen inom EU-rätten har blivit en i hög grad integrerad del av det svenska rättslivet. När Konventionen på 1990-talet skulle införlivas med svensk rätt pekade lagrådet på att Konventionen är allmänt hållen. "Samtidigt får Konventionen ett mycket konkret innehåll på de områden där Europadomstolen meddelat ett avgörande". Detta innebär "att nya avgöranden av Europadomstolen, som ger ny och kanske oväntad innebörd åt någon konventionsbestämmelse, kan få omedelbar verkan i vårt land".[51]

Praxis rörande Europakonventionen berör samtliga konventionsänderna. Den är sålunda allmäneuropeisk.

Vid *EU-domstolen* kan religionsfrihetsmål bedömas i olika situationer. (1)

47 Kommissionen upphörde den 1 november 1998 genom protokoll 11 till Konventionen.
48 En "evolutive" tolkningsmetod. Se kort om tolkningsmetoder Palm 2003-04.
49 SOU 1997:41 s 92. Den europeiska kommissionen finns som påpekats inte längre.
50 Corell 1992 s 25.
51 Lagrådet i sitt yttrande över förslaget att införa Europakonventionen som svensk lag; Prop 1993/94:117, s 73 f.

Religionsfrihetsmål kan avse den Europeiska unionens stadga om de grundläggande friheterna. Här är EU-domstolen högsta beslutsfattare. (2) Religionsfrihetsmål kan avse Europakonventionen. Som framgått i avsnitt 1.5 utgör rättigheterna i Europakonventionen en del av EU-rätten som allmänna principer (EU-fördraget Artikel 6 punkt 3). Vidare skall EU ansluta sig till Konventionen. EU-domstolen får emellertid en andrahandsroll som rättsbildare. Skälet är att Europadomstolens tolkning av Konventionen är bindande även för EU-domstolen. Det är ännu för tidigt att uttala sig om vilken roll EU-domstolen kan komma att få rörande religion och religiösa manifestationer. (3) Religionsfrihetsmål vid EU-domstolen kan emellertid även avse EU-rätt. Diskrimineringsdirektiv finns, till exempel direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling, arbetslivsdirektivet. Här har EU-domstolen större bedömningsmarginal eftersom det rör sig om EU-lagstiftning. Principer och ställningstaganden av Europadomstolen rörande Europakonventionen blir dock bindande även för EU-domstolen. I dagsläget finns veterligen endast ett avgörande av EU-domstolen rörande religionsfrihet. Det refereras i avsnitt 3.2.

Vid *svenska* domstolar kan religionsfrihetsfrågor uppkomma i ett flertal situationer. Europakonventionen är inhemsk svensk lag och kan som sådan därför tillämpas och tolkas av alla svenska domstolar (se avsnitt 1.5). Vid inkorporeringen av Europakonventionen uttalade föredragande departementschefen följande: "Om Konventionen görs till en del av den svenska rätten skulle, anför kommittén slutligen, sannolikt fler mål rörande Konventionens fri- och rättigheter komma att slutbehandlas vid svenska domstolar och myndigheter".[52] Som framgått har denna förmodan har inte förverkligats på religionsfrihetsområdet (se avsnitt 1.5). För svenskt vidkommande är rättsbildaren hittills praktiskt taget uteslutande Europadomstolen.

Högsta domstolen har i ett avgörande skapat svensk rätt, nämligen i *fallet pastor Gren* (NJA 2005 s 805, se avsnitt 3.1, Sverige 1). Från *hovrätter och tingsrätter* föreligger veterligen endast ett renodlat religionsfrihetsrättsligt fall, "turbanmålet" i Stockholms tingsrätt. Ur praxis i *Arbetsdomstolen* finns likaledes endast ett mål att hänvisa till, "turbanmålet", AD 1986 nr 11.[53]

Till följd av den nästan totala avsaknaden av svensk inhemsk praxis rörande religionsfrihet (i förening med avsaknad av inhemsk författningsmässig reglering av religionsfrihet) utgör sålunda praxis rörande Europakonventionen i princip den rättsliga styrningen av religionsfriheten i Sverige.

Viss praxis finns i de högsta domstolarna i några centraleuropeiska länder.

52 Prop 1993/94:117 med förslag att införa Europakonventionen som svensk lag, s 12.

53 Se om dessa två "turbanmål" Fahlbeck (2002) s 506 – 508 och 518 – 524 samt kapitel 3 nedan inledningsvis.

Denna praxis ligger innehållsmässigt nära Europakonventionen. Sådan praxis är självfallet inte bindande i Sverige. Den har emellertid ett betydande intresse även för svenskt vidkommande. Skälet är att den behandlar sakfrågor som kan komma att prövas av Europadomstolen och att denna praxis tar upp ståndpunkter och framför synpunkter med samma allmäneuropeiska perspektiv som Europadomstolen. I kapitel 3 redovisas därför några sådana avgöranden. Som framgår är ett avgörande av särskilt intresse i ett allmäneuropeiskt perspektiv.[54] Detta avgörande kommer att delvis ligga till grund för den modell som presenteras i avsnitt 6.2 och som testas i avsnitt 6.3.

1.7 Kan "religionsfrihet" begränsas?

Rätten till religion, själva uppfattningen, kan inte begränsas. Skyddet är absolut. Detta innefattar även att byta religion eller åsikt eller att helt frånfalla religiös åsikt. Rätten innefattar också rätten att anta en religiös uppfattning även om ingen religiös åsikt tidigare funnits. Åsiktsfriheten är absolut och okränkbar. Detta gäller enligt den svenska RF (2:1) och enligt den överordnade Europakonventionen Artikel 9(1).

Det absoluta skyddet för "religion", för åsikten, skall ses mot bakgrund av den omfattande indoktrinering av människor som förekom under 1900-talet i alla fascistiska och kommunistiska länder i Europa. Det absoluta skyddet för tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet skall vara ett säkert och ogenomträngligt skydd mot sådan indoktrinering.

Uttryck för "religion" kan däremot begränsas.

Den svenska RF innebär att manifestationer av religionsfriheten är underkastade alla de begränsningar som kan göras i de övriga friheter som anges 2 kapitlet RF. "I fråga om yttranden, mötesverksamhet och föreningsverksamhet i religiöst hänseende avses reglerna om yttrande-, mötes- och föreningsfriheten gälla. I vad begreppet religionsutövning går härutöver avses definitionsmässigt gälla, att de regler som eljest finns för mänskligt handlande eller mänsklig underlåtenhet också gäller för religiöst handlande etc. Något ingrepp enbart mot det senare får däremot ej ske".[55]

Europakonventionen reglerar tillåtna begränsningar i Artikel 9 (2). Begränsningarna får endast avse friheten "att utöva sin religion eller tro", alltså inte rätten till "tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet". Friheten får, stadgas det i Arti-

54 Fallet den muslimska försäljerskan; Tyskland 3, avsnitt 3.3.3.
55 SOU 1975:75 s 132 och Prop 1975/76:209 s 48.

kel 9(2), "endast underkastas sådana inskränkningar som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter". Som skall framgå i kapitel 2 av praxis rörande Konventionen innefattar dock även Artikel 9(1) begränsningar. Dessa avser bestämningen av begreppen religion, religionsfrihet och religiösa manifestationer. För att religiöst motiverade manifestationer skall omfattas av Artikel 9(1) och därmed av Konventionen måste ett "mycket nära samband" (*intimate relationship*) föreligga mellan religionen och manifestationen, *Arrowsmith-principen*.[56] Saknas ett sådant "mycket nära samband" föreligger inget skydd även om manifestationen av den enskilde uppfattas som en del av den religiösa åsikten. Denna begränsning har spelat en mycket stor roll i praxis och är av överordnad betydelse; se vidare avsnitt 4.2.

Även EU-fördraget medger begränsningar. Härom stadgas i Artikel 51 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna; se avsnitt 1.3.

56 Se härtill första gången *fallet Arrowsmith*, (Konventionen 3) avsnitt 2.1. Principen är införd i Appendix 2.

Kapitel 2

Praxis rörande Europakonventionen

I detta kapitel presenteras rättsfallsreferat med kommentarer rörande Europakonventionen Artikel 9.[57] I huvudsak avser målen skola och arbetsliv. Några ytterligare mål har medtagits för att belysa frågor av betydelse för resonemangen i senare kapitel. Ambitionen har varit att redovisningen av avgöranden av betydelse för arbetsliv och skola skall vara heltäckande. Särskilt äldre avgöranden av Kommissionen kan dock vara svåråtkomliga. Detta innebär att avgöranden kan ha förbigåtts. Med ett undantag (Konventionen 8) presenteras praxis i kronologisk ordning. Avgörandena av Europakommissionen presenteras först eftersom de i tiden (med ett undantag, Konventionen 8) tidsmässigt ligger före avgörandena av Europadomstolen. Avgörandena från såväl Europakommissionen som Europadomstolen refereras och kommenteras var för sig. Detta medför upprepningar eftersom många rättsfrågor återkommer i flera avgöranden. En sammanhållen analys av praxis redovisas i kapitel 4.

2.1 Europakommissionen

2.1.1 Konventionen 1/ X mot Danmark, prästfallet [58]

Saken. En präst i danska statskyrkan krävde att föräldrar skulle bevista religionsundervisning fem gånger innan ett barn döptes. Kyrkliga organ förbjöd honom att kräva detta. När han vägrade blev han uppsagd. Han hävdade brott mot Artikel 9. Kommissionen fann så inte vara fallet. Tre skäl anfördes. (1) En kyrka "åtnjuter skydd för sin rätt att manifestera sin religion, att organisera och hålla gudstjänst, undervisning och ceremonier, och den har frihet att införa och upprätthålla enhet-

57 Sökningen av rättsfall avser tiden fram till oktober 2010.

58 Kommissionen mål 7374/76, beslut 8 mars 1976, D&R 5 (1976) s 157. Kommissionen har senare bekräftat detta beslut och talat om "its constant case law". Se Knudsen mot Norge, mål 11045/84, beslut 8 mars 1985, D&R 42 (1985) s 247, och Karlsson mot Sverige, mål 12356/86, beslut 8 september 1988, D&R 57 (1988) s 172 (kvinnoprästmotståndare i dåvarande Svenska statskyrkan).

lighet i dessa angelägenheter". (2) Anställda i en statskyrka "är anställda med avsikten att tillämpa och undervisa om en specifik religion. Deras individuella rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet utövas vid det tillfälle då de godtar eller avvisar anställning som präst". (3) Prästmän kan lämna "och deras rätt att lämna kyrkan innebär att deras religionsfrihet garanteras för den händelse de motsätter sig kyrkans lära". Detta leder fram till följande slutsats. "Kyrkan är, med andra ord, inte skyldig att tillhandahålla religionsfrihet till sina tjänare, på det sätt som Staten är i förhållande till alla inom dess jurisdiktion".[59]

Rättsfrågor. (1) Kan ett avsked av en statsanställd för olydnad strida mot Artikel 9? Ja, det är "tänkbart" ("conceivable"). (2) Har präst i en kyrka egen religionsfrihet? (a) Vid inträdet: Ja!. (b) Under tjänstetiden: Nej! (c) Rätt till utträde? Ja!

Beslutet ger upphov till främst den **kommentaren** att anställningsavtalet tillmäts stor betydelse. I detta avgörande var betydelsen utslagsgivande. Genom anställningsavtalet underkastar sig arbetstagaren de regler som gäller för anställningen. Sin religionsfrihet utövar den anställde genom att acceptera anställning med därtill hörande regler.

59 (1) En kyrka "is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching, practice and observance, and it is free to act out and enforce uniformity in these matters". (2) Anställda i en statskyrka "are employed for the purpose of applying and teaching a specific religion. Their individual freedom of thought, conscience or religion is exercised at the moment they accept or refuse employment as clergymen". (3) Prästmän kan lämna "and their right to leave the church guarantees their freedom of religion in case they oppose its teachings". Detta leder fram till följande slutsats. "In other words, the church is not obliged to provide religious freedom to its servants and members, as is the State as such for everyone within its jurisdiction".

2.1.2 Konventionen 2/ X mot Storbritannien, turbanfallet[60]

Saken. I Storbritannien fanns lagfäst skyldighet att bära motorcykelhjälm under färd på motorcykel. Detta innebar att en sikh inte under färden kunde ha turban. X bar turban eftersom "hans religion kräver att han bär turban" ("is required by his religion to wear a turban").

I sitt **beslut** anförde Kommissionen att den "anser att obligatoriskt bärande av hjälm är en nödvändig säkerhetsåtgärd för motorcyklister". Av det skälet var situationen den att "vilken kränkning som må ha skett på vederbörandes religionsfrihet var berättigad enligt Artikel 9(2) av hänsyn till att skydda hälsan". Det förhållandet att tvånget upphävdes i senare lag ändrar inte på detta. [61]

Som **kommentar** finns anledning att peka på att Kommissionen inte tar uttrycklig ställning till om förbudet mot att bära turban var ett intrång mot Artikel 9(1). Kommissionen anger att oavsett hur härmed förhåller sig var ett förbud konventionsenligt med stöd av Artikel 9(2). Detta kan framstå som uppseendeväckande med hänsyn till att sikher torde uppfatta bärandet av turban som en nödvändig beståndsdel av sin religion. Å andra sidan kan Kommissionen helt enkelt ha handlat

60 Kommissionen mål 7992/77, beslut 17 juli 1978, D&R 14 s 234.
I Phull mot Frankrike, mål 35753/03, beslut 11 januari 2005, ECHR Reports 2005-I s 411, bedömde Europadomstolen en likartad situation. En sikhisk man tvingades att vid en säkerhetskontroll på en flygplats ta av sig sin turban. Domstolen anförde att "security checks in airports are undoubtedly necessary in the interests of public safety within the meaning of that provision". Domstolen fann det sätt som säkerhetskontrollen genomfördes på befann sig inom konventionslandets bedömningsmarginal ("margin of appreciation"), i synnerhet eftersom kontrollen gjordes endast nu och då. Ingen kränkning förelåg därför av artikel 9. Avgörandet skiljde sig från beslutet 1978 genom att Domstolen hänvisade till allmänhetens skyddsbehov istället för skyddsbehovet för den som tvingades godta åtgärden. Liksom i beslutet 1978 togs inte uttrycklig ställning till om bärandet av turban omfattas av Artikel 9(1).
I Mann Singh mot Frankrike, mål 24479/07, beslut 13 november 2008, förklarade domstolen att krav i Frankrike att en sikhisk man med turban skulle ta av sig denna på foto till körkort var godtagbart. Domstolen hänvisade till tidigare praxis, *fallet Karaduman* (Konventionen 7), och Phull ovan där krav att vara barhuvad hade godtagits. Domstolen ansåg visserligen att Singhs religionsfrihet hade kränkts men anförde samtidigt att Artikel 9 inte skyddar "varje handling som motiveras eller inspireras av religion eller övertygelse" ("every act motivated or inspired by a religion or belief"). Domstolen pekade på att det var av säkerhetsskäl som kravet i Frankrike uppställdes, särskilt för trafikkontroller. Domstolen fann att detaljreglering rörande trafikkontroller befann sig inom konventionslandets bedömningsmarginal ("margin of appreciation"), i synnerhet eftersom kravet att visa sig barhuvad vid kontroller och att ha ett foto utan huvudbonad endast aktualiserades sporadiskt. Ingen kränkning förelåg därför av artikel 9.

61 Kommissionen "considers that the compulsory wearing of crash helmets is a necessary safety measure for motor cyclists". Av detta skäl var situationen den att "any interference that there may have been with the applicant's freedom of religion was justified for the protection of health in accordance with Article 9(2)".

försiktigt för att inte uttala sig om något som ligger utanför konventionsorganens kompetensområde, nämligen att fastslå vad som omfattas av en religion. Inte heller i senare praxis har uttalats om turbanen omfattas av skyddet enligt Artikel 9(1).[62]

2.1.3 Konventionen 3/ Arrowsmith mot Storbritannien, flygbladsfallet[63]

Saken. En pacifist utdelade flygblad till brittiska soldater med anmodan (direkt eller indirekt) att inte tjänstgöra i Irland. Pacifisten straffades.

Tre **rättsfrågor** behandlas här. (1) Omfattas pacifism av Artikel 9? (2) Begreppet "sedvänjor" ("practice") i Artikel 9(1)? (3) Diskriminering enligt Artikel 14? Den första frågan besvaras jakande med hänvisning till det sätt på vilket pacifism definieras i målet. Definitionen är lång men konventionell som definition av pacifism. Begreppet "tanke- och samvetsfrihet" omfattar sådan pacifism. Den andra frågan avser vilken omfattningen som begreppet "sedvänjor" i Artikel 9(1) har? Kommissionen anger att begreppet inte omfattar "varje handling som motiveras eller påverkas av religion eller tro". Utdelning av flygblad med det aktuella innehållet kan visserligen ses som "en normal och erkänd manifestation av pacifism". Emellertid uttrycker själva utdelandet som sådant inte den aktuella åsikten. I sådant fall kan åtgärderna inte "anses vara som sådana skyddade av Artikel 9(1), trots att de är motiverade eller påverkade av denna åsikten". Den tredje frågan avser om diskriminering enligt Artikel 14 föreligger. Kommissionen uttalar att den "funnit att det inte förekommit någon kränkning i (Arrowsmiths) rätt att uttrycka sin religion". Detta

62 Se avgörandena i nästföregående not och i noten till *fallet Dogru*, Konventionen 19.

63 Kommissionen mål 7050/75, beslut 12 oktober 1978, D&R 19 s 5. I senare praxis där flygblad ingick kan hänvisas till Van den Dungen mot Nederländerna, Kommissionen mål 22838/93, beslut 22 februari 1995, D&R 80-A s 145. En kvinna var av religiösa skäl emot abort. Hon ville dela ut flygblad utanför en abortklinik och visa bilder av aborterade foster men förbjöds. Kommissionen använder flera gånger samma uttryckssätt som i *Arrowsmith* för att nå slutsatsen att ingen kränkning förelåg av Artikel 9. Kommissionen fann att kvinnans "handlande i första hand syftade till att övertala kvinnor att inte göra abort" ("activities were primarily aimed at persuading women not to have an abortion"). Kommissionen ansåg att "det ifrågavarande handlandet är inte uttryck för tro i den mening som avses i Konventionen Artikel 9 para 1" ("the activities at issue do not constitute expression of belief within the meaning of Article 9 para 1 of the Convention").

får till följd att Kommissionen "anser att fråga om diskriminering inte uppkommer i sammanhanget".[64]

Beslutet ger anledning till följande **kommentarer**.

(1) Kommissionen fann att utdelning av flygblad inte som handling kan sägas ha det erforderliga sambandet. En distinktion mellan manifestation och motivation fastslås här för första gången i praxis rörande Artikel 9 i Europakonventionen. Artikeln skyddar i och för sig yttre utövning av en religion, till exempel genom handlingar eller åtbörder. En yttre gräns måste emellertid dras. Frågan är vilka handlingar och åtbörder – manifestationer – som utgör en del av religion som sådan och därför skyddas av Artikel 9 och sådana som faller utanför ehuru de är motiverade eller påverkade av en religion. Det rör sig om ett anknytnings- eller sambandsrekvisit. Denna distinktion, *Arrowsmith-principen*, förfinades och preciserades i *skattefallet* (Konventionen 5) där Kommissionen anger att manifestationen måste vara "mycket nära förbunden" ("intimately linked") med religionen för att omfattas. Denna sambandsprincip i *Arrowsmith* har blivit styrande för rättsutvecklingen. Den återkommer gång på gång, till exempel i *fallet Yanasik* (Konventionen 6), *fallet Karaduman* (Konventionen 7) och *fallet Leyla* (Konventionen 16).

Två domare (av tolv) kom till motsatt slutsats. Domare Opsahl ansåg att det erforderliga sambandet förelåg. Han delade i och för sig majoritetens uppfattning att en gräns måste dras mellan "manifestation and motivation". Skälet är följande: Om en sådan gräns inte dras kan skydd enligt Artikel 9 begäras för vilken handling som helst som kan visas vara motiverad av övertygelse. Detta kan ej accepteras. Var skall gränsen dras? Detta är oklart. Opsahl menade att man inte, som majoriteten gjorde, kan utesluta alla handlingar som inte "nödvändigtvis ger uttryck för en övertygelse under förutsättning att de klart och tydligt motiveras av denna". Han lät därför den utdelning av flygblad som skedde här omfattas av Artikel 9(1) och fann så-

64 "... the term "practice" ... does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief"; para 71.
"... a normal and recognised manifestation of pacifist belief. However, when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by Article 9.1, even when they are motivated or influenced by it"; para 71.
"The Commission has found that there has been no interference with the applicant's right to manifest her belief (Art. 9). It considers that no question of discrimination arises in this respect"; para 102.

lunda att ett intrång skett.[65] Detsamma fann domaren Klecker. Han menade att utdelandet av flygbladen "inte blott och bart var en förlängning av hennes övertygelse utan en nödvändig del av denna". Han ansåg därför att majoritetens tolkning av Artikel 9 var "alltför snäv" ("too narrow"). Klecker menade att åtgärderna mot Arrowsmith "utgjorde en kränkning av hennes rättigheter att i praktisk handling ge uttryck för sin övertygelse". Klecker utvecklar utförligt sin åsikt.[66] Denna förbigås här eftersom den princip som fastlades i *Arrowsmith* har blivit fast förankrad i praxis; se vidare avsnitt 4.2.

En andra **kommentar** (2) avser tillämpningsområdet för skyddet mot diskriminering enligt Artikel 14 i Konventionen. Kommissionens ställningstagande är kort och kategoriskt. Det innebär att diskriminering enligt Konventionen inte kan förekomma om inte det skett en kränkning med en skyddad rättighet enligt Konventionen, till exempel Artikel 9. Denna bestämning av tillämpningsområdet för Artikel 14 avser alla de olika skydden i Konventionen. I senare praxis rörande Artikel 9 i kombination med Artikel 14 används mera preciserade formuleringar men utan skillnad i sak; se vidare avsnitten 4.2 och 4.15.

2.1.4 Konventionen 4/ Ahmad mot Storbritannien, fallet den muslimske läraren[67]

Saken. Ahmad, en muslimsk lärare, var anställd hos en offentlig skolmyndighet som var huvudman för ett stort antal skolor. Han ville vara frånvarande från en skola varje fredag för att bevista bön i en moské. Enligt honom föreligger skyldighet för alla män att bevista fredagsbönen "om detta är möjligt med hänsyn till avstånd". Ahmad hade ett anställningsavtal utan särskilda villkor för frånvaro för bön. Vid tjänstgöring i vissa skolor hade Ahmad fått tillstånd av rektor att bevista bönen trots att detta medförde frånvaro under schemalagd tid under cirka 45 minuter. Vid vissa andra skolor hade sådant tillstånd inte givits men Ahmad hade tillstånd att be ensam i skolan. Vid den aktuella skolan kunde ledighet inte medges av skäl som

65 "I agree with the Commission when it assumes (above, para 71) that in deciding the scope of Article 9 a distinction may be drawn between manifestation and motivation. Otherwise one could claim protection under Article 9 for any act shown to be motivated by the belief"; para 2.
"... *necessarily* manifest a belief, provided that they are clearly motivated by it"; para 2.

66 "... was not merely an extension of her belief but an integral part of it"; para 2.
"... constituted an interference with her rights to manifest her belief in practice"; para 8 c.

67 Kommissionen mål 8160/78, beslut 12 mars 1981, D&R 22 s 27. I domen anges inte lärarens namn. Målet rubriceras som X v. UK. Lärarens namn har emellertid blivit allmänt känt och används därför i boken.

hänförde sig till verksamhetens behöriga bedrivande. Ahmad hade erbjudits deltidstjänstgöring för att kunna bevista fredagsbönen men avböjt. Ahmad sade upp sig.

Flera rättsfrågor behandlas.

(1) Kan Ahmads egenuppsägning från heltidstjänsten ses som ett brott från samhällets sida mot Artikel 9? Svar blir jakande. Uppsägning av statsanställd kan enligt rättspraxis strida mot Artikel 9 (se bland *prästfallet*, Konventionen 1). Denna praxis "är också tillämplig i händelse av påstått påtvingad avgång eller förändring av anställningen".[68]

(2) Innebär Artikel 9 enbart skydd mot intrång eller ålägger den positiva förpliktelser att främja religionsutövning? Svaret är att positiva förpliktelser föreligger i någon mån. Resonemanget är utförligt. Kommissionen anförde att situationen är den att "syftet med Artikel 9 i huvudsak är att skydda enskilde från orättfärdig kränkning av Staten, men det kan även finnas positiva skyldigheter för Staten som en inneboende del av en verkningsfull 'respekt' för den enskildes religionsfrihet".[69]

Kommissionen anförde vidare följande. Skolan var "i princip berättigad att förlita sig på avtalet med (Ahmad). Emellertid uppkom frågan om (skolmyndigheten) var skyldig enligt Artikel 9 att ta tillbörlig hänsyn till (Ahmads) religiösa omständigheter".[70] Kommissionen noterade att Ahmad hade frihet att övergå från heltids- till deltidsarbete (vilket han vid ett senare tillfälle också gjorde) eller att lämna sin tjänst, vilket han slutligen gjorde. Kommissionen noterade att Ahmad ansåg att hans fall kunde lösas bättre genom en omläggning av skolans schema. Kommissionen ansåg dock att den inte hade att låta sin åsikt i detta hänseende ersätta den bedömning som gjorts av skolmyndigheten utan endast att bedöma huruvida skolmyndigheten "vid tillämpning av (Ahmads) avtal hade på ett godtyckligt sätt bortsett från hans religionsfrihet".[71] Kommissionen noterade att Ahmad haft tillåtelse att vara frånvarande vid en tidigare skola "men att allvarliga svårigheter uppstod som ett resultat av hans obehöriga frånvaro från de skolor som han seder-

68 "... applies also in case of alleged forced resignation, or variation of employment"; para 2, s 33.

69 "the object of article 9 is essentially that of protecting the individual against unjustified interference by the State, but that there may also be positive obligations inherent in an effective 'respect' for the individual's freedom of religion (cf. *mutatis mutandis* the judgment of the European Court of Human Rights in the Marckx case, p 15, para 31)"; para 3 s 33.

70 "in principle entitled to rely on its contract with the applicant. However, the question arises whether, under Article 9 of the Convention, (skolmyndigheten) had to give due consideration to his religious position"; para 13, s 36 .

71 "in relying on the applicant's contract, arbitrarily disregarded his freedom of religion"; para 19, s 37.

mera var anställd vid".[72] Kommissionen fann avslutningsvis i detta avseende att skolmyndigheten inte "vid behandlingen av (Ahmads) fall med stöd av hans avtal hade underlåtit att ta tillbörlig hänsyn till hans religionsfrihet".[73]

(3) Har stater en valmöjlighet mellan att garantera religionsutövning antingen enbart ensam eller enbart tillsammans med andra eller skyddas bägge? Någon valmöjlighet föreligger inte. Konventionen omfattar bägge formerna. "Kommissionen kommer till slutsatsen att (Ahmad) enligt Artikel 9 kan hävda rätten att uttrycka sin religion 'tillsammans med andra'".[74]

(4) Kan avtalsförpliktelser påverka religionsfriheten enligt Artikel 9? Ahmad hävdade att "(E)nbart det förhållandet att det finns en avtalsförpliktelse kan inte tjäna som ursäkt att utebli – en människa kan inte frivilligt försätta sig i ett läge som gör att hon inte kan deltaga"?[75] Kommissionens svar blev att en avtalsförpliktelse kan påverka omfattningen av en arbetstagares religionsfrihet. Kommissionen anförde att en anställd "behöva beakta sitt specifika yrke eller sin avtalsförpliktelse."[76] Tidigare rättsfall diskuterades som belysning, bland annat *prästfallet* (Konventionen 1). Där hade prästen fått acceptera de begränsningar som följde av hans anställning. I det nu förevarande målet hade läraren "godtagit undervisningsskyldighet inklusive tjänstgöring på fredagar".

Avgörandet föranleder flera **kommentarer**.

(1) Positiva åtgärder. Kan det krävas att staten (eller – som här – dess organ) vidtar positiva åtgärder (punkterna 2 och 4 under Rättsfrågor)? Detta diskuterades utförligt. Ahmad hade inte upplyst motparten om sitt behov av ledighet för bön i förväg utan denna fick först i efterhand vetskap härom. Hade skolmyndigheten trots detta skyldighet enligt Artikel 9 att "ta tillbörlig hänsyn till (Ahmads) religiösa

72 "but that serious difficulties arose as a result of his unauthorised absence, for the same purpose, from the schools at which he was subsequently employed"; par 21, s 37.

73 "in their treatment of the applicant's case on the basis of his contract did not give due consideration to his freedom of religion"; para 22, s 38.

74 "Article 9(1) cannot be considered as mutually exclusive, or as leaving a choice to the authorities, but only recognising that religion may be practiced in either form. – The Commission concludes that the applicant may under Article 9(1) claim the right to manifest his religion 'in community with others'"; para 5, s 34.

75 "A mere contractual obligation cannot excuse absence – a man cannot willingly put himself into a position where he cannot attend"; para 8, s 34.

76 "the question of the 'necessity' of a religious manifestation, as regards its time and place, will not normally arise under Article 9. Nevertheless, ... a person ... may, in the exercise of his freedom to manifest his religion, have to take into account his particular professional or contractual position".; para 7, s 34.

omständigheter"?[77] Svaret blev jakande. "Kommissionen godtar ståndpunkten att skolmyndigheten som en följd av (Ahmads) avtal med (skolmyndigheten) vid behandlingen av (Ahmads) fall hade att ta hänsyn till ... (Ahmads) religiösa ställning". Kommissionen tillfogade dock att skolmyndigheten även hade att ta hänsyn till hela utbildningssystemet.[78]

Kommissionen undersökte hur myndigheten handlagt Ahmads fall. På en skola fick Ahmad ledighet. På en annan skola uppstod "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties"; para 21). Sålunda förelåg ett verksamhetsrelaterat hinder utan samband med den religiösa faktorn. Kommissionen fann avslutningsvis i detta avseende att skolmyndigheten inte hade underlåtit att ta tillbörlig hänsyn till Ahmads religionsfrihet.[79]

(2) Bevistande av fredagsbön omfattas möjligen av Artikel 9(1). Parterna hade olika åsikter om detta (para 6, s 34). Ahmad fick inte delta. Hade ett intrång skett under Artikel 9(1)? Svaret blev nekande. Skälet var att förvägrandet att delta i fredagsbönen inte berott på Ahmeds religion utan på hans anställningsavtal och verksamhetens behöriga bedrivande. Därför hade ingen kränkning av Artikel 9(1) skett även om bevistandet skulle anses vara en nödvändig del av Ahmads religion. Prövning enligt Artikel 9(2) behövde därför inte ske. Det rörde sig heller *inte* om en avvägning av motstående intressen skyddade av Artikel 9(1). Skolmyndigheten anförde inget motstående intresse enligt Artikel 9(1) utan omständigheter som saknade samband med Artikel 9.

(3) Avtalsförpliktelser. En arbetstagare kan inte befria sig från frivilligt ingångna avtalsförpliktelser med hänvisning till religiösa krav, i vart fall inte när – som här – arbetstagaren inte vid avtalstillfället upplyst motparten om de religiösa kraven. Arbetstagaren kan sägas utöva sin religionsfrihet vid ingående av avtalet. Kommissionen hänvisar till bland annat *prästfallet* (Konventionen 1; para 11 s 35). Vidare hade Ahmad frihet att själv avsluta anställningen.

(4) Religionsfriheten enligt Artikel 9 omfattar både enskild och gemensam utövning (punkt 3 ovan).

(5) Egenuppsägning. Kommissionen fann att även egenuppsägning kan uppfat-

77 Skolmyndigheten var "in principle entitled to rely on its contract with the applicant. However, the question arises whether, under Article 9 of the Convention, (skolmyndigheten) had to give due consideration to his religious position"; para 13, s 36.

78 "The Commisssion accepts that the school authorities, in their treatment of the applicant's case on the basis of his contract with the ILEA, had to have regard not only to his religious position" utan även till hela utbildningssystemet; para 19, s 37.

79 Det var inte så att Kommissionen inte "in their treatment of the applicant's case on the basis of his contract did not give due consideration to his freedom of religion"; para 22, s 38.

tas som ett intrång enligt Artikel 9. Här må som jämförelse med Sverige hänvisas till fast praxis i Arbetsdomstolen att egenuppsägning i vissa fall kan betraktas som en form av uppsägning från arbetsgivarens sida.

2.1.5 Konventionen 5/ C mot Storbritannien, skattefallet[80]

Saken. En kväkare begärde utfästelse av staten att den del av hans skatt som kunde komma att användas för militära ändamål skulle överföras till "andra, fredliga, ändamål". En sådan annorlunda användning utgör "en nödvändig del av en kväkares sätt att manifestera sin övertygelse i praktiken och i efterlevnad ... Detta handlande är inte enbart förenligt med kväkartro utan också nödvändigt för att leva ut den".[81]

Kommissionen angav (para 1) att Artikel 9 främst skyddar "personlig övertygelse och religiös tro, dvs det område som stundom kallas *forum internum*. Därutöver skyddas handlingar som är nära förbundna med dessa åsikter, som till exempel tillbedjan eller andakt som utgör sidor av religions- eller trosutövning i allmänt vedertagen form." Detta medför emellertid inte rätt att "i det offentliga rummet uppföra sig på ett sätt som påbjuds av övertygelsen: – till exempel genom att vägra att betala skatt". Varför? Kommissionen svarar genom att hänvisa till *Arrowsmith* (Konventionen 3) där det sägs att "termen 'sedvänja' så som den används i Artikel 9(1) inte omfattar varje handling som är motiverad eller påverkad av en religion eller en åskådning".[82] Skattebetalning är i sig samvetsneutral, är generell och är erkänd av Konventionen (Artikel 1, Första protokollet). Slutsatsen blir att inget intrång enligt Artikel 9 skett.

De **rättsfrågor** som främst är av intresse är omfattningen av begreppet "utöva sin religion" i Artikel 9 och sambandskravet. Två **kommentarer** påkallas. (1) Ut-

80 Kommissionen mål 10358/83, beslut 15 december 1983, D&R 37 s 142.

81 "a necessary part of the manifestation of his Quaker belief in practice and observance ... This step is not merely consistent with Quaker beliefs, but necessary to their manifestation"; para 1, s 147.

82 Artikel 9 omfattar "personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as the acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recongised form". Detta ger emellertid inte rätt att "behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief: – for instance be refusing to pay certain taxes" därför att dessa delvis går till militärutgifter. Varför? "the term 'practice' as employed in Art. 9(1) does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or a belief".

övandet av religion skyddas när detta sker "i en allmänt vedertagen form".[83] Former som inte är allmänt vedertagna som former för religionsutövning faller utanför Artikel 9. (2) Kommissionen anger sambandsrekvisitet mellan religion och manifestation så att de måste vara "mycket nära förbundna" ("intimately linked"). Föreligger inte en sådan "mycket nära förbindelse" ("intimate link") faller manifestationen utanför Artikel 9. Utgången utvecklar sålunda det mönster som lades fast i *Arrowsmith* (Konventionen 3).

2.1.6 Konventionen 6/ Yanasik mot Turkiet[84]

Saken. En militär kadett tillhörde en fundamentalistisk muslimsk rörelse. Han ville vara aktiv i denna. Detta tog sig uttryck bland annat i att han besökte fundamentalistiska organisationers lokaler, läste fundamentalistiska muslimska publikationer, deltog i ideologiska möten och tillfogade skada på kadettskolans egendom genom att skada en telefonledning när han bredde ut sin bönematta. Han fick disciplinstraff och blev sedermera avstängd från kadettskolan. Detta beslut överklagades utan framgång. Vid Kommissionen hävdade regeringen att beslutet baserades på disciplinförseelserna. Vidare hävdade regeringen att utövande av religion inte i sig var en handling som uttryckte brist på disciplin och att Yanasik hade full frihet att uppfylla sina religiösa bruk. Regeringen hävdade vidare att skyldigheten att respektera den för Turkiet grundläggande principen om åtskillnad mellan stat och religion (sekularism) måste anses vara i överensstämmelse med Artikel 9(2). Regeringen anförde att sekularismprincipen är en av de grundläggande principerna även för den turkiska armén.

Två **rättsfrågor** behandlas här, nämligen (1) huruvida Artikel 9(1) omfattar enbart personliga åsikter eller även uttryck för dessa samt (2) innebörden av begreppet "sedvänjor" i Artikel 9(1).

I det första hänseendet uttalade Kommissionen följande. "Bestämmelsen skyd-

83 "in a generally recognised form"; se även *Arrowsmith*, Konventionen 3. Samma uttryck förekommer i flera andra avgöranden. Hänvisning kan ske till kommissionsavgörandena C mot Storbritannien, mål 10358/83, D&R 37 (1984) s 142 (147), V mot Nederländerna, mål 10678/83, D&R 39 (1984) s 268 f, Vereinigung Rechtswinkels Utrecht mot Nederländerna, mål 11308/84, D&R 46 (1986) s 200 samt Van den Dungen mot Nederländerna, mål 22838/93, beslut 22 februari 1995, D&R 80-A s 145. I Pichon och Sajous mot France, ECHR 2001-X används formuleringen "in a generally accepted form". Se i litteraturen tex Evans (2001), avsnitt 8.3.2, eller Van Dijk m fl (2006), avsnitt 13.6.2.

84 Kommissionen mål 14524/89, beslut 6 januari 1993, D&R 74 s 14.

dar främst området för privata, personliga övertygelser och inte varje handling i det offentliga rummet som är påbjuden av sådana övertygelser".[85]

Vad gäller innebörden av ordet "sedvänjor" ("practice") i Artikel 9 uttalade Kommissionen följande. "En handling som inte direkt uttrycker en övertygelse utgör inte en 'sedvänja' som skyddas av denna artikel även om handlingen motiveras av eller påverkas av övertygelsen".[86]

Kommissionen (s 26 f) "intar ståndpunkten att en officerskadett självmant underkastar sig militära regler genom att skriva in sig på en militärakademi ... I syfte att tillgodose att armén fungerar på rätt sätt kan reglerna tänkas begränsa en kadetts frihet att utöva sin religion vad avser tid och plats utan att därmed helt förvägra kadett denna frihet".[87] Det var inte bestritt att kadetterna kan uppfylla sina religiösa plikter inom de begränsningar som militärlivet uppställer. På fritiden förelåg stor frihet. Kommissionen hänvisade till sin egen praxis (*fallet den muslimske läraren*, Konventionen 4). Träningen vid akademin med åtföljande restriktioner innefattade därför inte "en kränkning ... med hänsyn till att (Yanasik) frivilligt hade valt att följa sin militära karriär inom systemet". Militärmyndigheterna har baserat sitt beslut på disciplinförseelser och på åsikten att Yanasik inte var ägnad att bli arméofficer.[88] Slutsatsen blev sålunda att intrång enligt Artikel 9 inte ansågs föreligga.

Den främsta **kommentaren** här är att de principer som avgörandet bygger på överensstämmer med *prästfallet* (Konventionen 1) och *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 5). Delvis identiska formuleringar förekommer. Kommissionen fäste stor vikt vid (a) att kadetten frivilligt har enrollerat sig i militärakademin och (b) att syftet med reglerna, nämligen att skydda arméns sekulära natur. Omständigheterna i den föreliggande situationen tillmättes sålunda i det avseendet stor betydelse.

85 "The provision primarily protects the sphere of private, personal beliefs, and not every act in the public sphere which is dictated by such convictions"; s 14, Article 9:a. Se även s 26 med hänvisning till praxis, nämligen fallen *Arrowsmith* (Konventionen 3) och *Ahmad* (Konventionen 4).

86 "An act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by that belief, is not a 'practice' protected by this provision"; s 14, Article 9:b; se även s 26. Formuleringen bygger på *fallet Arrowsmith*, Konventionen 3. Samma formulering återkommer ordagrant i till exempel *fallet Karaduman* (Konventionen 7).

87 Kommissionen "takes the view that by enrolling at a military academy an officer cadet submits of his own accord to military rules ... These regulations may make cadets' freedom to practice their religion subject to limitations as to time and place, without however negating it entirely, in order to ensure that the army functions properly".

88 Inte ett ingrepp "given that the applicant freely chose to pursue his military career within that system".
Yanasik "did not have the makings of an army officer".

2.1.7 Konventionen 7/ Karaduman mot Turkiet[89]

Saken. En kvinnlig student vid ett sekulärt statligt universitet ansökte om att få ett examensbevis. För att erhålla ett sådant fordrades ett foto. Universitetet hade interna regler som förbjöd studenter att bära muslimsk sjal. Studenten lämnade in ett foto med sjal. Hon förvägrades examensbevis men erbjöds bevis om hon presenterade ett foto utan sjal. Universitetets bestämmelser angav att studenter inte skulle bära någonting på huvudet och att ha håret välklippt. Det påstods inte att Karadumans sätt att bära huvudduk avvek från normal användning av huvudduk bland muslimska kvinnor eller skedde på något i sig uppseendeväckande sätt.

Studenten förde utan framgång talan mot beslutet. Den turkiska författningsdomstolen hade förklarat 1989 att det stred mot författningen att tillåta bärandet av huvuddukar i högre utbildningsanstalter. En bestämmelse som medgav detta stred nämligen mot principen om sekularism i författningen.

Fyra **rättsfrågor** behandlas här. (1) Skyddar Artikel 9 både personliga åsikter och dessutom "varje handling i det offentliga rummet som är påbjuden av sådana åsikter"? (2) Omfattas även "en handling som inte direkt uttrycker en övertygelse om den motiveras eller påverkas av denna"? (3) Vilken är innebörden av ordet "sedvänjor" i Artikel 9?[90] (4) Stred universitetets regler om studenters kläder, innefattande förbud mot att bära muslimsk huvudduk mot Artikel 9?

Vad beträffar de tre första frågorna anförde Kommissionen i ett sammanhang följande.[91] Artikel 9 "skyddar främst området för privata, personliga övertygelser och inte varje handling i det offentliga rummet som är påbjuden av sådana övertygelser".[92] Kommissionen anförde vidare att praxis i Kommissionen visar att Artikel 9 "garanterar inte alltid rätten att uppträda i det offentliga rummet på ett sätt som påbjuds av en sådan övertygelse. I synnerhet gäller att termen 'sedvänjor' ... inte omfattar varje handling som motiveras eller påverkas av en religion eller en

89 Kommissionen mål 16278/90, beslut 3 maj 1993, D&R 74 s 93.

90 (1) "every act in the public sphere which is dictated by such convictions" respektive (2) "an act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by it".

91 Identiska formuleringar med dem som förekommer här i *Karaduman* förekommer i bland annat i Van den Dungen mot Nederländerna, Kommissionen mål 22838/93, beslut 22 februari 1995, D&R 80-A s 145. Dessa formuleringar återges i Appendix II eftersom de i ett sammanhang och samlad form anger det som i andra avgöranden finns uppdelat.

92 "The provision primarily protects the sphere of private, personal beliefs, and not every act in the public sphere which is dictated by such convictions"; s 93.

övertygelse" (varvid Kommissionen hänvisade till tidigare praxis, nämligen *Arrowsmith,* Konventionen 3, och *skattefallet,* Konventionen 5).[93]

Beträffande fråga (4) anförde Kommissionen att universitetets regler är del av de regler som syftar till att upprätthålla universitetets "republikanska" och därmed "sekulära" särart. "Kommissionen har åsikten att (Karaduman) genom att välja att bedriva sin utbildning vid ett sekulärt universitet har underkastat sig dessa universitetsregler. Dessa regler kan medföra begränsningar för studenter i tid och rum att manifestera sin religion i syfte att tillförsäkra harmonisk samexistens mellan studenter av olika övertygelse. Särskilt i länder där en stor majoritet av befolkningen tillhör en viss bestämd religion kan manifestationer av denna religion som sker utan begränsningar vad avser tid och rum innebära påtryckningar på studenter som inte praktiserar denna religion eller som tillhör en annan religion".[94]

Sekuläruniversitets regler kan säkerställa att fundamentalistiska religiösa rörelser inte stör allmän ordning eller inkräktar på andras övertygelse. Kommissionen noterade också att författningsdomstolen ansett att bärandet av en muslimsk sjal på ett turkiskt universitet "kan innebära en utmaning mot dem som inte bär en sådan". Kommissionen ansåg att "det ligger i sakens natur att en student vid ett sekulärt universitet underförstått är underkastad ett antal regler som har lagfästs för att garantera respekt för andras rättigheter och friheter".[95]

Slutsatsen blev att klädkravet och vägran att utge ett examensbevis enligt Karadumans önskemål "utgör i sig inte ett ingrepp mot rätten till religion och samvete" enligt Artikel 9(1).[96]

Avgörandet ger upphov till flera **kommentarer**.

(1) Kommissionen fäster stor vikt vid (a) att studenten frivilligt har skrivit in sig vid ett universitet, (b) effekten på andra studenter om vissa bär religiösa symboler/

93 Artikel 9 "does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief. In particular, the term 'practice' ... does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief"; s 108.

94 "The Commission takes the view that by choosing to pursue her higher education in a secular university a student submits to these university rules, which may make the freedom of students to manifest their religion subject to restrictions as to place and manner intended to ensure harmonious coexistence between students of different beliefs. Especially in countries where the great majority of the population owe allegiance to one particular religion, manifestation of the observances and symbols of that religion, without restriction as to place and manner, may constitute pressure on students who do not practice that religion or who adhere to another religion or who adhere to another religion"; s 108.

95 "a student in a secular university is implicitly subject, by nature of things, to certain rules of conduct laid down in order to ensure respect for the rights and freedoms of others".

96 "does not, as such, constitute an interference with freedom of religion and conscience"; s 109.

kläder samt (c) syftet med reglerna, nämligen att skydda universitetets republikanska och därmed sekulära särart.

(2) De aktuella omständigheterna i den föreliggande situationen tillmäts mycket stor betydelse för att avgränsa Artikel 9.

(3) Kommissionen tog inte uttryckligen ställning till om bärandet av en sjal uppfyller det sambandsrekvisit som först uppställdes i *Arrowsmith* (Konventionen 3). Karaduman hävdade att bärandet av sjal var nödvändigt eftersom det är "oförenligt med hennes utövning av sin religion" att visa sig barhuvad. Trots att Kommissionen inte tog ställning till om det erforderliga sambandet förelåg skedde en noggrann avvägning mellan motstående intressen, Karadumans, universitetets och övriga studenters. Detta aktualiserade den negativa religionsfriheten. Avvägningen hade varit obehövlig om huvudduken inte ansetts omfattad av Artikel 9(1) eftersom den då inte gav andra utrymme för att åberopa sin frihet enligt Artikel 9(1).

(4) Negativ religionsfrihet. Det framstår som rimligt att hävda att det faktiskt skett ett intrång på Karadumans positiva religionsfrihet sedd isolerad. Denna kan dock inte ses isolerad utan hänsyn måste tagas till att det sker intrång på negativa religionsfrihetsintressen om det positiva skall tillgodoses fullt ut.

Karadumans krav att bära huvudduk tillbakavisades av Kommissionen med hänvisning till just det negativa religionsfrihetsintresse som två andra berörda parter hade, universitetet och övriga studenter. Universitetet var sekulärt och ville upprätthålla sin sekulära karaktär. Kommissionen hänvisade vidare till den påtryckningseffekt huvudduken kan ha "på studenter som inte praktiserar denna religion eller som tillhör en annan religion". Kommissionen använde dessa intressen som argument för att inte godta Karadumans krav. En avvägning sker mellan motstående intressen som alla åberopar sig på religionsfriheten enligt Artikel 9(1), i Karadumans fall den positiva (rätt att bära huvudduk) och beträffande övriga studenter (och universitetet) främst den negativa (rätt att slippa att utsättas för den religiösa manifestation som åsynen av en huvudduk innebär).

Kommissionen förde in övriga studenters negativa religionsfrihet på eget initiativ. Universitetet hade inte ens åberopat denna som stöd för sina ordningsregler med förbudet mot huvudduk, låt vara att man hänvisat till universitetets sekulära status. Något stöd för att andra gett uttryck för att ha fått sin negativa religionsfrihet kränkt anfördes inte. Hänvisningen är hypotetisk.

Kommissionens ståndpunkt kan synas vansklig i ett avseende. Det finns inget uttryckligt stöd i Artikel 9(1) för att göra en avvägning mellan positiv och negativ religionsfrihet *enligt Artikel 9(1)*. Avvägningar skall enligt Artikelns lydelse ske enligt Artikel 9(2). Här krävs bland annat lagstöd för att en begränsning av rätten att utöva sin religion skall få ske. I praxis kan hänvisas till exempelvis *Kokkinakis* (Kon-

ventionen 9). I *Karaduman* fanns inget lagstöd. För att godta universitetets förbud mot bärande av huvudduk på ett officiellt universitetsbevis fordrades att detta förbud inte skulle uppfattas som ett intrång enligt Artikel 9(1). Kommissionens beslut kan därför uppfattas som ett sätt att kringgå kravet på lagstöd. Kringgåendet var möjligt därför att Kommissionen inte tog ställning till om huvudduken var en religiös manifestation som omfattas av Artikel 9(1).

Alternativt kan Kommissionens ställningstagande tolkas så att när motstridiga positiva och negativa religionsfrihetsintressen står på spel kan det negativa intresset neutralisera det positiva med stöd av Artikel 9(1) på sådant sätt att resultatet blir att den ena intresset tar ut det andra. Denna tolkning får utgången att framstå som juridiskt och intellektuellt godtagbar. Vad huvudmannen – här ett universitet – gjorde var nämligen att säkerställa de intressen som Artikel 9(1) skyddar, alltså såväl negativ som positiv religionsfrihet. Rent definitionsmässigt kan uppenbarligen ett säkerställande av intressena i Artikel 9(1) inte tillika innefatta ett intrång i dessa intressen!

I *fallet Leyla* (Konventionen 16) tog Europadomstolen ställning till samma principfråga som i *Karaduman*. Även *Leyla* gällde ett statligt turkiskt universitet. Som påpekas i kommentaren till *Leyla* skulle avgörandet kunna uppfattas som överflödigt eftersom *Karaduman* redan avgjort den omstridda frågan. Det är emellertid möjligt att Europadomstolen fann att Kommissionen överskridit sin behörighet under Artikel 9 och att avgörandet därför vilade på en ohållbar juridisk grund. Europadomstolen sade dock inte detta. Fastmera hänvisade Domstolen i *Leyla* (liksom tidigare i *Refah Partisi*) till *Karaduman* i sin rättsfallsöversikt.[97] Möjligt är att Domstolen velat undvika att ifrågasätta eller underminera de förhållningsregler som gällt vid turkiska universitet fram till avgörandet i *Leyla*. I och med *Leyla* kan *Karaduman* dock kanske sägas ha spelat ut sin prejudikatsroll. Resonemangen i principfrågorna behåller dock sin aktualitet och rättsliga relevans.

2.1.8 Konventionen 8/ Louise Stedman mot Storbritannien, fallet den kristna resebyråchefen[98]

Saken. Stedman var biträdande chef på ett resebyråkontor i England. Hon beordrades under tiden december 1991 till maj 1992 att arbeta vissa söndagar. I maj 1992 meddelade arbetsgivaren att Stedmans anställningsavtal skulle ändras så att söndagar blev en normal arbetsdag. Stedman vägrade att gå med på ändringen och med-

97 I *fallet Refah Partisi*, Konventionen 15, citerar Domstolen med instämmande ett långt stycke på s 93 ur *Karaduman*.

98 Kommissionen mål 29107/95, beslut 9 april 1997, D&R 104 (1997).

delade att hon skulle fortsätta att arbeta enligt det dittillsvarande avtalet. Stedman blev uppsagd. Stedman hävdade vid Kommissionen bland annat att hennes religionsfrihet enligt artikel 9 kränkts därför att hennes utövande av sin kristna tro, som manifesterades i hennes vägran att arbeta på söndagar, resulterade i att hon blev uppsagd.

Kommissionen hänvisade inledningsvis till ett tidigare avgörande.[99] Det rörde en finsk man som vägrade att arbeta på fredagar efter solnedgången till följd av förbud av den kyrka som han tillhörde, Sjundedagsadventisterna. Kommissionen konstaterade i det beslutet att uppsägningen av mannen inte berodde på hans religiösa övertygelse utan på hans vägran att iaktta sina arbetstider. Kommissionen uttalade att, "ehuru vägran motiverades av religiösa övertygelser, innebär en sådan situation inte att skydd enligt Artikel 9 para 1 uppstår".[100] Kommissionen anförde att den finske mannen inte hade fått påtryckningar att ändra sin religion och han inte hindrades från att utöva sin religion. Han hade vidare rätt att säga upp sig.

Kommissionen fann att Stedman på samma sätt hade blivit uppsagd på grund av sin arbetsvägran snarare än på grund av sina religiösa övertygelser och att hon – liksom mannen i det tidigare avgörandet – "hade frihet att lämna sin anställning och faktiskt även gjorde det". Kommissionen fann att ingen kränkning förelåg.

Stedman hävdade även att hon blivit diskriminerad. Hon hävdade att kristna hade mindre skydd att iakttaga religiösa helgdagar än till exempel muslimer. Kommissionen hänvisade ånyo till att hon blivit uppsagd på grund av sin vägran att gå med på ett avtal som innefattade arbetsskyldighet även på söndagar. Vidare tydde inget på att "hon i något avseende behandlades på annat sätt än arbetstagare med vilken annan religiös övertygelse som helst".

Avgörandena kan kritiseras som alltför stränga mot den enskilde. De kan kritiseras som alltför begränsande av religionsfriheten. Denna omfattar enligt Artikel 9 uttryckligen rätten "att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning sedvänjor eller ritualer". Arbetstagarna i bägge avgörandena hade uppenbara och genuina religiösa skäl för sin vägran, skäl som i och för sig måste omfattas av Artikel 9 eftersom de uppfyllde sambandskravet enligt *Arrowsmith-principen*. Kommissionen hänvisar dock inte ens till *Arrowsmith*.

Det är tydligt att de anställdas religiösa intressen i dessa två avgöranden har satts efter arbetsgivarens intresse av verksamhetens behöriga bedrivande. Religionsfri-

99 Kommissionen mål 24949/94, Konttinen mot Finland, beslut 3 december 1996 (opublicerat).

100 "although the refusal was motivated by religious convictions, such a situation did not give rise to protection under Article 9 para 1"; s 4.

het är emellertid ett av Europakonventionen skyddat intresse vilket däremot arbetsgivares verksamhetsintresse inte är. Se vidare avsnitten 4.2, 4.4, 4.9 och 6.1.

Särskilt strängt synes avgörandet gällande Louise Stedman vara. Skälet är att det reguljära söndagsarbetet infördes långt efter det att hon påbörjat sitt arbete. Hon hade alltså inte tagit arbetet i vetskap om att söndagsarbete förelåg som en reguljär företeelse.

Kommissionen diskuterade inte om positiva åtgärder för att främja utnyttjandet av religionsfriheten kunde krävas. Sannolikt berodde det på att svarande i bägge målen var enskilda arbetsgivare, inte konventionsstater. Utan lagstöd torde positiva åtgärder inte kunna krävas av enskilda arbetsgivare med hänvisning enbart till Konventionen.[101]

2.2 Europadomstolen

2.2.1 Konventionen 9/ Kokkinakis mot Grekland[102]

Saken. Kokkinakis tillhörde Jehovas vittnen. Han hade dömts för värvning, proselytism. Detta hade skett vid ett hembesök där Kokkinakis fått tillträde till en privatpersons hem. Den religiösa värvningen, proselytismen, hade inget samband med en anställning eller rättsförhållande till annan. En kränkning av Artikel 9(1) ansågs föreligga. Målet avgjordes enligt Artikel 9(2). Grekland befanns ha kränkt denna Artikel. Skälen för detta förbigås här eftersom de saknar intresse för denna bok.

Här antecknas däremot ett principuttalande av domstolen. Detta uttalande avser förhållanden av övergripande betydelse för den fortsatta framställningen. Det första förhållandet är att Artikel 9 omfattar både positiv och negativ religionsfrihet, dvs både rätten att ha en religion, rätten *till*, och rätten att inte ha en religion, rätten *från*, till exempel skydd för "ateister, agnostiker, skeptiker och de oberörda". Det andra förhållandet är att Artikel 9 omfattar både den enskilda övertygelsen *och* friheten att uttrycka (manifestera) denna. Det tredje förhållandet är att i ett multireligiöst samhälle hänsyn till andra kan leda till begränsningar i religionsfriheten. Fallet *Kokkinakis* är det ledande portalfallet i dessa tre hänseenden. Uttalandet kommer att betecknas som *Kokkinakis-principerna.*

> "Som högtidligt fastslås i Artikel 9, utgör tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet en av grunderna i ett 'demokratiskt samhälle' i

101 I den nu gällande svenska diskrimineringslagen 2008:567 finns sådant lagstöd i 3 kapitlet, särskilt 4 §. Vid tidpunkten då de här refererade målen avgjordes fanns dock inget motsvarande lagstöd i svensk rätt.

102 Mål 14307/88, dom 25 maj 1993, ECHR Reports 260-A.

> Konventionens mening. I sin religiösa dimension är den en av de mest väsentliga beståndsdelarna i det som bygger upp troendes identitet och deras uppfattning om livet, men den är också en värdefull tillgång för ateister, agnostiker, skeptiker och de oberörda. Den pluralism som inte kan skiljas från ett demokratiskt samhälle, ett samhälle som har vunnits över ett tidsspann av sekler, är avhängig av denna frihet.
>
> Medan religionsfrihet främst är en angelägenhet för det enskilda samvetet, innefattar den även, bland annat, 'frihet att utöva (sin) religion'. Att ge vittnesbörd i ord och gärningar är sammanflätat med förefintligheten av religiösa övertygelser".[103]

Europadomstolen pekar på att Konventionen i Artikel 9(2) tillåter begränsningar av friheten att manifestera det som omfattas av Artikel 9(1), bland annat religion. Domstolen anför: "När så sker, uttrycker (Konventionen) att i demokratiska samhällen där flera religioner lever sida vid sida i samma befolkning kan det bli nödvändigt att införa begränsningar av denna frihet för att sammanjämka olika gruppers intressen och säkerställa att vars och ens övertygelse respekteras".[104] Även detta uttalande har blivit stilbildande.

2.2.2 Konventionen 10/ Kalaç mot Turkiet[105]

Saken. Kalaç blev tvångsvis förtidspensionerad från befattning som advokat i flygvapnet. Regeringen/militären anförde att detta skett "på grund av disciplinbrott och skandalöst uppförande". Det angavs att Kalaç hade anammat fundamentalistiska muslimska åsikter. Han påstods tillhöra en fundamentalistisk muslimsk sekt och han påstods "ta emot och utföra instruktioner från ledarna av sekten". Kalaç hade

103 I Appendix II återges uttalandet i den engelska språkdräkten. Uttalandet har blivit stilbildande. Det återkommer gång på gång i senare praxis. Se till exempel *Larissis* (Konventionen 11), *Buscarini*, (Konventionen 12), *Refah Partisi* (Konventionen 15) och *Leyla* (Konventionen 16). I flera senare fall, till exempel *Leyla*, har Europadomstolen med hänvisning till *Kokkinakis* och *Buscarini* lagt till följande mening: "That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion." I svensk praxis har Kokkinakis åberopats av Högsta domstolen i *fallet pastor Gren*, Sverige 1, avsnitt 3.1.

104 "In so doing, it recognises that in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected"; para 33.
Se samma uttalande i senare praxis, till exempel nedan *fallet Leyla* (Konventionen 16).

105 Mål 00020704/92, dom 1 juli 1997, ECHR Reports 1997-IV.

manifesterat brist på lojalitet gentemot det turkiska samhället, nämligen sekularism".

Kommissionen ansåg att en kränkning av Artikel 9(1) skett. Skälen förbigås här eftersom de saknar intresse för denna bok.

Domstolen anförde att "religionsfrihet är främst en enskild samvetsangelägenhet" men den omfattar även utövning av religionen både offentligt, i ensamhet och privat".[106] Artikel 9 anger flera "former som utövandet av den egna religionen eller övertygelsen kan ta, nämligen gudstjänst, undervisning, praktisk utövning och efterlevnad. Inte desto mindre skyddar Artikel 9 inte varje handling som är motiverad eller inspirerad av religion eller övertygelse. Dessutom kan en enskild vid sin religionsutövning behöva ta hänsyn till sin särskilda situation".[107] Kalaç hade bestämt sig för en militär karriär och därmed accepterat "ett system med militär disciplin".

Kalaç kunde utöva sin religion. Det var ostridigt att Kalaç hade frihet att iaktta alla muslimskt religiösa förpliktelser, till exempel att be fem gånger om dagen, att iaktta ramadanfastan och fredagsbönerna i moskén. Därtill kom att arbetsgivarbeslutet inte baserade sig på Kalaçs religiösa övertygelser eller utövning av sin religion. Det baserade sig på hans uppförande och attityd, som bröt mot militär disciplin och principen om sekularism".

Följaktligen förelåg inget brott mot Artikel 9 eftersom beslutet "inte utlösts av det sätt på vilket Kalaç utövat sin religion" (para 31).

Kommentarer. Domstolen fäster vikt vid (a) att arbetstagaren frivilligt valt den aktuella yrkesbanan och att (b) syftet med åtgärden var att skydda nationens sekulära natur. Det sistnämnda kan tyckas strida mot religionsfrihet. Artikel 9 skyddar emellertid inte bara positiv utan också, och i lika hög grad, negativ religionsfrihet. Detta framgår redan av lydelsen av Artikel 9(1). Domstolen hade understrukit detta i *Kokkinakis* (Konventionen 9).

2.2.3 Konventionen 11/ Larissis och andra mot Grekland[108]

Saken. Officerare hade dömts för religiös värvning, proselytism. Denna hade riktat

106 "religious freedom is primarily a matter of individual conscience", "alone and in private" men även "in public"; para 27 med hänvisning till *Kokkinakis*, Konventionen 9).

107 "forms which manifestation of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance. Nevertheless Article 9 (art. 9) does not protect every act motivated or inspired by religion or belief. Moreover, in exercising his freedom to manifest his religion, an individual may need to take his specific situation into account"; para 27. Likartad formulering som i sista meningen förekommer även i andra avgöranden, till exempel *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4).

108 Mål 23372/94, 26337/94 och 26378/94, dom 24 februari 1998, ECHR Reports 1998-I.

sig dels mot underlydande militär personal dels mot grannar och andra utomstående. Det var ostridigt att en kränkning skett enligt Artikel 9(1). Målet avgjordes därför enligt Artikel 9(2). Grekland befanns delvis ha, delvis inte ha, kränkt denna Artikel. I domskälen finns ett uttalande av intresse här.

Med hänvisning till *Kokkinakis* (Konventionen 9) anför **Domstolen** att ehuru "religionsfrihet främst är en individuell samvetsangelägenhet, innebär den också, bland annat, frihet att 'utöva (sin) religion'. Detta innefattar rätt att försöka övertyga ens nästa, till exempel genom undervisning. Artikel 9 skyddar emellertid inte varje handling som är motiverad eller inspirerad av religion eller övertygelse. Den skyddar till exempel inte otillbörlig proselytism".[109]

2.2.4 Konventionen 12/ Buscarini och andra mot San Marino[110]

Saken. Två nyvalda parlamentsledamöter i San Marino förelades att avlägga en ed och därvid "svärja på de Heliga Evangelierna" ("swear on the Holy Gospels") att lyda Konstitutionen. De avlade eden men underlät att hänvisa till Evangelierna. De hävdade att deras rätt enligt Artikel 9 kränkts.

Regeringen hävdade att eden inte längre var religiös "utan till sin innebörd snarare historisk och social samt baserad på tradition". San Marino var en sekulär stat med lagfäst religionsfrihet. "Orden hade förlorat sin ursprungliga religiösa karaktär, på samma sätt som vissa religiösa högtidsdagar som staten erkänt som offentliga helgdagar".[111]

Domstolen anförde att Artikel 9 är en grundpelare i ett demokratiskt samhälle.

109 "religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to 'manifest (one's) religion', including the right to try to convince one's neighbour, for example through 'teaching' ... Article 9 does not, however, protect every act motivated or inspired by a religion or belief. It does not, for example, protect improper proselytism" (para 45).

110 Mål 24645/94, dom 18 februari 1999, ECHR Reports 1999-I.
I mål 19516/06 Alexandridis mot Grekland, dom 21 februari 2008 var situationen den att en advokat skulle avlägga ed vid en domstol för att kunna uppträda som ombud där. Två edsformulär fanns, ett religiöst där personen skulle lägga högra handen på Evangelierna och avlägga eden och ett sekulärt med en högtidlig förklaring. Advokaten ville inte avlägga den religiösa eden. Han hävdade vid Europadomstolen att hans religionsfrihet enligt Artikel 9 kränkts eftersom han därmed tvingats avslöja sin religiösa övertygelse. Med hänvisning till *Kokkinakis*, Konventionen 9, och här behandlade *Buscarini* instämde Europadomstolen. Domstolen ansåg att den grekiska regeln innebar en otillåten inblandning i enskilds samvetsfrihet (« la liberté de conscience d'une personne").

111 Eden var inte religiös "but, rather, historical and social in significance and based on tradition".
"The form of words had lost its original religious character, as had certain religious feast-days which the state recognised as public holidays"; para 32.

Den skyddar "troende och deras uppfattning om livet, men den är också en värdefull tillgång för ateister, agnostiker, skeptiker och de oberörda. Den pluralism som inte kan skiljas från ett demokratiskt samhälle, ett samhälle som har vunnits över ett tidsspann av sekler, är avhängig av denna frihet (se Kokkinakis ...). Denna frihet omfattar, bland annat, frihet att ha eller att inte ha religiösa övertygelser och att utöva eller inte utöva en religion".[112] Det förelåg sålunda ett brott mot Artikel 9(1). San Marino åberopade till sitt försvar Artikel 9(2). Detta behandlas inte här.

Målet ger upphov till den **kommentaren** att det visar att den negativa religionsfriheten upprätthålls. Hänvisningen till bland annat *Kokkinakis* (Konventionen 9) visar att det när *Buscarini* avgjordes redan rörde sig om fast praxis.

2.2.5 Konventionen 13/ Cha'are Shalom VE Tsedek mot Frankrike[113]

Saken. Ansökan från en judisk minoritetssekt i Frankrike att anordna kosherslakt på det strikta sätt denna sekt önskade hade avslagits. Det var obestritt att kött slaktat på det stränga sätt som sekten fordrade (*glatt*) kunde köpas i köttaffärer dels importerat från Belgien dels slaktat i Frankrike av den judiska majoritetsorganisationen. Härtill kom att minoritetssekten kunde få utföra egen slakt om den kom överens härom med majoritetsorganisationen (vilket den av ekonomiska skäl inte gjort). Av dessa skäl fann Europadomstolen att avslaget inte var kränkning av sektens rätt enligt Artikel 9(1) att utöva sin religion.

Tre **rättsfrågor** behandlas här. (1) Stred avslaget mot Artikel 9(1)? Nej; se ovan. (2) Stred avslaget mot Artikel 9(2)? Detta behövde inte utredas eftersom ingen kränkning förevarit. Domstolen gjorde likväl vissa uttalanden. Även om kränkning hade förevarit skulle detta varit tillåtet under 9(2). Alla kraven enligt Artikel 9(2) var uppfyllda. (a) Lag fanns. (b) Legitimt skäl fanns (folkhälsan). (c) Avslaget var inte oproportionerligt, särskilt i beaktande av den bedömningsmarginal (*margin of appreciation*; se vidare avsnitt 4.6) som tillkommer Konventionsstaterna vad gäller att lägga fast det ömtåliga förhållandet mellan stat och religion. (3) Stred avslaget mot Artikel 14, dvs utgjorde det diskriminering? Nej. Varför? Domstolen uttalade sig först om förhållandet mellan Artikel 14 och andra artiklar i Konventionen, till exempel Artikel 9. Det skedde med formuleringar som lagts fast långt tidigare.

112 "'believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, skeptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been won over the centuries, depends on it' (see the Kokkinakis v. Greece judgement ...). That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion"; para 34.

113 Dom 27 juni 2000, ECHR Reports 2000-VII.

Domstolen uttalade följande. Det är "fastlagd praxis att Artikel 14 endast kompletterar självständiga bestämmelser i Konventionen och Protokollen. Den har ingen självständig existens eftersom den har betydelse enbart i förhållande till 'åtnjutandet av rättigheter och friheter' skyddade av dessa bestämmelser. Ehuru Artikel 14 inte förutsätter en kränkning av någon av dessa bestämmelser – och i den meningen är den självständig – finns inget utrymme att tillämpa den med mindre de förhandenvarande faktiska förhållandena ryms inom tillämpningsområdet ("ambit") för en eller fler av dessa självständiga bestämmelser".[114] I Cha'are Shalom föll saken inom tillämpningsområde för Artikel 9. Något brott mot Artikel 14 förelåg dock inte. Två skäl anfördes. Den skiljaktiga behandlingen var av begränsad omfattning ("limited in scope"). Den var vidare godtagbar enligt Artikel 9(2).

En **minoritet** (7 domare av sammanlagt 17) hade emellertid en avvikande mening. Beträffande Artikel 9(1) ansåg minoriteten att en kränkning förelåg. Anledningen var att i en situation där det föreligger spänning inom en grupp, i synnerhet en religiös grupp, finns ett behov av att respektera pluralism. I en sådan situation framstår en majoritetsorganisation som "den minst lämpade att bedöma bärkraften av minoritetens krav och att uppträda som skiljedomare i frågan".[115]

I frågan om det förelåg en kränkning av Artikel 14 hade minoriteten också en avvikande mening. Skälet var att domstolens roll skall vara anspråkslös. Skälet härtill är i sin tur att "det bärande syftet med Artikel 9 i Konventionen är att skydda individers allra mest privata övertygelser" (para 2). Stater har visserligen en bedömningsmarginal. Domstolen har emellertid själv framhållit "att vid gränsdragning av denna bedömningsmarginal måste (domstolen) beakta vad som står på spel, nämligen behovet att säkerställa sann religiös pluralism, något som är ett inneboende kännemärke på en demokratisk stat".[116]

En första **kommentar** är att rituell slakt omfattas av Artikel 9(1) ("... utöva sin

114 Det är "established case-law" att "Article 14 only complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independence existence since is has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to that extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter"; para 86.
Se om Artikel 14 vidare avsnitt 4.15. Det i texten ovan citerade uttalandet är en standardformulering.

115 "the least well-placed to assess the validity of minority claims and act as arbiter on the question"; para 1.

116 "that in delimiting the extent of the margin of appreciation concerned it had to have regard to what was at stake, namely the need to secure true religious pluralism, which is an inherent feature of the notion of a democratic society (see paragraph 44 of the Manoussakis judgment"; para 2 mot slutet.

religion genom ... och ritualer") Domstolen anser att själva slaktandet är en skyddad rit enligt Europakonventionen.

En andra kommentar är att tillståndet att utföra rituell slakt utgör en aktiv åtgärd för att främja religionsfrihet. Tillåtelsen i Frankrike av rituell judisk slakt "gav praktisk innebörd åt statens aktiva strävan att säkerställa verkningsfull respekt för religionsfrihet".[117]

2.2.6 Konventionen 14/ Dahlab mot Schweiz, fallet den muslimska lärarinnan[118]

Saken. Schweiziskan Lucia Dahlab var förskolelärare vid en offentlig skola i Genève. Hennes elever var i åldern 4 till 8 år. Hon konverterade till islam och började efter en tid bära muslimsk sjal i skolan, även i klassrummet. Detta pågick utan anmärkning under cirka fyra år.

Kantonen Genève upprätthåller en strikt åtskillnad mellan kyrka och stat. Utbildningsväsendet är utpräglat sekulärt. Den schweiziska konstitutionen 1874 stadgade följande (Artikel 27 § 3; se vidare avsnitt 3.5): "Alla trosbekännare skall kunna delta i skolundervisning utan att påverkas på något sätt i fråga om sin samvets- och övertygelsefrihet". Med hänvisning till att bärande av sjal stred mot en lag om offentlig utbildning förbjöds Dahlab att bära sjal vid fullgörande av sina arbetsuppgifter. Det angavs att sjalen var "en uppenbar identifikationsmarkering som pålades eleverna av deras lärare". Dahlab förde saken till den schweiziska Författningsdomstolen.[119] Hon gjorde där i första hand gällande att sjalen inte skulle behandlas som en religiös symbol utan som vilket annat klädesplagg som helst. Författningsdomstolen avvisade detta med motiveringen att hon valt sjalen av religiösa skäl och att denna i sig var en kraftfull religiös symbol, inte ett värdeneutralt klädesplagg. Domstolen anförde att "det är svårt att förena bärandet av en huvudduk med principen om jämställdhet, vilken är en grundläggande värdering i vårt samhälle och

117 "gave practical effect to a positive undertaking on the State's part intended to ensure effective respect for freedom of religion"; para 76.

118 Mål 42393/98, dom 15 februari 2001, ECHR Reports 2001 – V. Avgörandet är i original formulerat på franska. Här används den officiella engelska översättningen i Europadomstolens domssamling. Avgörandet är inte indelat i paragrafer. Hänvisningar sker till sida i domssamlingen.

119 Citaten på engelska från den schweiziska domstolen i noterna här är hämtade från den officiella översättningen av Europadomstolens dom i fallet Dahlab. Där citeras utförligt den schweiziska domstolen.

högtidligt inskriven i en separat bestämmelse mellan den federala författningen".[120] Domstolen pekade på att Dahlabs religionsfrihet måste vägas mot intresset av religiös harmoni och tolerans mellan olika religioner samt det allmänna intresset av neutralitet i utbildningsväsendet, dvs "det intresse som eleverna och deras föräldrar har att inte få sina egna övertygelser påverkade eller kränkta",[121] Ytterligare anförde domstolen att religiös harmoni fortfarande är bräcklig och Dahlabs attityd sannolikt skulle frammana reaktioner eller rentav konflikt. Författningsdomstolen framhöll vidare att tillåtelse att bära sjalen "skulle medföra ett godtagande av klädesplagg som är kraftigt verkande symboler för andra övertygelser, som till exempel religiös långrock (sutan) eller judisk kippa", låt vara att "proportionalitetsprincipen har föranlett provinsregeringen att tillåta bärandet av diskreta religiösa symboler, som till exempel små smycken. Slutligen anförde domstolen att "det är knappast tänkbart att förbjuda att krucifix visas i statliga skolor om samtidigt lärare tillåts bära kraftigt verkande religiösa symboler för vilken religionssamfund som helst". Med hänvisning till all dessa faktorer godtog Författningsdomstolen förbudet.[122]

Dahlab förde talan mot beslutet och anförde att det stred mot religionsfriheten i Artikel 9, att det inte hade stöd i lag enligt Artikel 9(2) och att det innebar könsdiskriminering i strid med Artikel 14 i Konventionen. Den schweiziska regeringen bestred att det förelåg ett intrång enligt Artikel 9(1) men att – om så skulle anses vara fallet – stöd för förbudet fanns i Artikel 9(2). Regeringen pekade bland annat på att Dahlab frivilligt godtagit skolreglerna när hon tog anställning, att privatskolor fanns som ett alternativ, att staten måste anses ha en vid marginal för bedömningar enligt Artikel 9(2) beträffande statsanställda, att statens neutralitet i religionsfrågor säkerställde den enskildes samvetsfrihet i ett pluralistiskt samhälle, att säkerställande av mångfald (pluralism) var särskilt viktigt när (som här) eleverna hade olika kulturell bakgrund och att lärare är viktiga förebilder för små barn. Rege-

120 "it is difficult to reconcile the wearing of a headscarf with the principle of equality, which is a fundamental value of our society enshrined in a specific provision of the Federal Constitution"; s 456.

121 "the interest of pupils and their parents in not being influenced or offended in their own beliefs"; s 455.

122 "the principle of proportionality has led the cantonal government to allow teachers to wear discreet religious symbols at school, such as small pieces of jewellery"; s 456. – "it is scarcely conceivable to prohibit crucifixes from being displayed in State schools and yet to allow the teachers themselves to wear powerful religious symbols of whatever denomination"; s 457. Författningsdomstolen hänvisar här till ett tidigare avgörande där Domstolen förbjudit krucifix i offentliga primärskolors skolrum; Bundesgericht (Tribunal Fédéral), Arrêts du Tribunal Fédéral, BGE volume 116 I 252, 26 september 1990; se härom avsnitt 3.5.

ringen hänvisade till den bedömning som den schweiziska Författningsdomstolen gjort.

Europadomstolen inledde sin bedömning med att hänvisa till *Kokkinakis-principerna*. Domstolen fann att staten haft ett legitimt syfte, nämligen "skydd för andras rättigheter och friheter, allmän säkerhet och ordning" (s 462). Var åtgärden nödvändig på sätt föreskrivs i Artikel 9(2)? Med beaktande av att staten har en viss marginal för egna bedömningar ankommer det på Europadomstolen att bedöma om åtgärden var principiellt berättigad, dvs om bevekelsegrunderna för åtgärden framstår som "relevanta, tillräckliga och proportionerliga i förhållande till det berättigade syfte som eftersträvas".[123] Domstolen konstaterade att Dahlab utan anmärkning burit sjal under cirka fyra år och att hon inte synes ha eftersträvat egen vinning eller fördel.

Europadomstolen anförde att det är svårt att bedöma vilken inverkan en kraftfull yttre symbol som sjalen kan ha på små barn i en ålder "då barn undrar över mycket och också är mera påverkbara än äldre elever".[124] Domstolen fortsatte på följande sätt: "Under sådana omständigheter kan det inte utan vidare förnekas att bärandet av en huvudduk kan en viss värvande proselytisk verkan, ett bärande som synes vara påbjudet för kvinnor genom ett påbud i Koranen och vilket, som Federationsdomstolen noterade, är svårt att förena med principen om jämlikhet mellan könen. Det framstår därför som svårt att förena bärandet av en muslimsk huvudsjal med det budskap om tolerans, respekt för andra och, framför allt, jämställdhet och icke-diskriminering som det ankommer på varje lärare i ett demokratiskt samhälle att förmedla till sina elever".[125] Domstolen fann av dessa skäl att den aktuella åtgärden innebar en avvägning mellan lärarens religionsfrihet och elevernas behov av skydd genom att upprätthålla religiös harmoni som var principiellt berättigad, proportionell och "nödvändig i ett demokratiskt samhälle".

Beträffande påståendet att en otillåten diskriminering enligt Artikel 14 förelåg konstaterade Domstolen först att det föreligger diskriminering om olika behandling tillämpas såvitt det inte föreligger ett legitimt ändamål eller proportionalitet

123 "relevant and sufficient and are proportionate to the legitimate aim pursued"; s 462.

124 "during which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils"; s 463.

125 "In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils"; s 463.

mellan ändamål och medel. I själva saken anförde Domstolen (med hänvisning till tidigare avgöranden) att "främjandet av jämställdhet mellan könen är idag ett överordnat mål i Konventionsstaterna. Detta innebär att mycket tungt vägande skäl måste kunna framläggas för att en skiljaktig behandling på grund av kön skulle kunna anses vara förenlig med Konventionen".[126] Domstolen anförde att påbudet inte avsåg Dahlab som kvinna. "Motsvarande åtgärd skulle också kunna tillämpas på en man som under liknande omständigheter bar kläder som klart och tydligt identifierande honom som medlem av en annan övertygelse".[127]

Kommentarer. Det förefaller tydligt att Europadomstolen haft stor nytta av den utförliga och nyanserade domen av den schweiziska Författningsdomstolen. *Dahlab* representerar nämligen nya synsätt. Dessa fördes fram i den schweiziska domen. Detta är fallet i främst två hänseenden. (1) Är den muslimska sjalen ett uttryck för religionsfrihet eller kvinnoförtryck? (2) Vilka konsekvenser har faktorer sådana som tolerans, harmonisk samexistens, undvikande av konflikt samt proportionalitet mellan manifestation och potentiell påverkan? Vissa av dessa begrepp finns inte i Europakonventionen.

(1) I det första hänseendet märks att könsaspekten kunde ha tagits upp i *Karaduman* men så skedde inte. *Dahlab* är det första fallet där denna aspekt tas upp. Denna aspekt behandlas i senare praxis (*Leyla*, Konventionen 16). Se vidare avsnitt 5.6.

(2) I anslutning till den schweiziska Författningsdomstolen för Europadomstolen in tolerans, harmonisk samexistens och undvikande av konflikt som element i bedömningen. I *Karaduman* berörs harmoniaspekten men det är först i *Dahlab* som de angivna aspekterna blir föremål för en mera omfattande och nyanserad behandling. Detta behandlas vidare i avsnitt 4.3 och 5.4.

(3) En tredje kommentar är att Europadomstolen inte stöder sig på – och inte ens åberopar – att Dahlab frivilligt accepterat skolreglerna. Den aspekten spelade en stor roll i tidigare praxis, *den muslimske läraren* (Konventionen 4) och *Karaduman* (Konventionen 7). Domstolens avgörande i *fallet Dahlab* har på detta sätt en mera principiell karaktär.

(4) Statlig neutralitet. Europadomstolen bygger inte sin bedömning på statlig

126 "that the advancement of equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference in treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention"; s 464. Exakt samma eller i sak överensstämmande formulering förekommer i ett flertal andra fall. Se i litteraturen till exempel Van Dijk mfl (2006) s 1047.

127 "Such a measure could also be applied to a man who, in similar circumstances, wore clothing that clearly identified him as a member of a different faith"; s 464.

neutralitet. I *Karaduman* (Konventionen 7) spelade neutraliteten en viktig roll. Resonemanget i *Dahlab* är i detta hänseende mera principiellt, mindre kasuistiskt.

(5) Sambandsrekvisitet. Europadomstolen berör inte om bärandet av en muslimsk huvudduk uppfyller sambandsrekvisitet enligt Artikel 9(1); *Arrowsmith-principen.*

(6) Proportionalitet. Såväl Europadomstolen som tidigare den schweiziska Författningsdomstolen betraktade sjalen som en kraftigt verkande religiös manifestation. Detta var av betydelse vid proportionalitetsbedömningen. Den schweiziska Författningsdomstolen synes ha accepterat att lärare skulle kunna använda "diskreta religiösa symboler, som till exempel små smycken".[128] Europadomstolen kommenterar inte detta. Det förelåg inget behov att göra det. Här öppnar sig emellertid ett fält för fortsatt praxis.

2.2.7 Konventionen 15/ Refah Partisi och andra mot Turkiet[129]

Saken. Refah Partisi var vid mitten av 1990-talet det största politiska partiet i Turkiet. Partiet upplöstes 1998 av den turkiska Författningsdomstolen. Det överordnade skälet för beslutet var att partiet, i strid mot den turkiska konstitutionen, underminerade sekularismen. Som ett av många bevis för detta pekades på att partiet förordat att den muslimska sjalen skulle bäras i skolor och andra offentliga lokaler. Författningsdomstolen anförde att detta sätt att manifestera religion innebar påtryckning på människor som inte ville handla så och gav upphov till diskriminering på grund av religion eller övertygelse.[130] Domstolen hänvisade till praxis rörande Europakonventionen (bland annat *Karaduman*). Domstolen pekade på att partiet ville införa ett system med flera rättsordningar i samhället där var och en skulle lyda under en viss rättsordning beroende på religionstillhörighet. Författningsdomstolen ansåg att partiet utnyttjade de demokratiska fri- och rättigheterna i det turkiska samhället för att införa muslimsk *sharia* som lag och därmed göra slut på demokratin och dessa fri- och rättigheter.

Talan fördes om brott mot bland annat ett flertal artiklar i Konventionen, däribland Artikel 9. De väckta frågorna avser ytterst det demokratiska samhället med dess fri- och rättigheter. Detta ligger utanför ramen för denna bok. Domen avser emellertid även förhållandet mellan demokrati och religionsfrihet.

128 "discreet religious symbols at school, such as small pieces of jewellery".

129 Mål 41340/98, 41342/98, 41342/98 och 42144/98, dom 13 februari 2003, ECHR Reports 2003 – II.

130 "amounted to exerting pressure on persons who did not follow that practice and created discrimination on the ground of religion or beliefs"; para 27.

Europadomstolen. Domen börjar med en behandling av förhållandet mellan Konventionen och demokrati. Europadomstolen uttalade att Preambeln till Konventionen "upprättar ett mycket klart samband mellan Konventionen och demokrati genom att förklara att vidmakthållandet och det fortsatta förverkligandet av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter bäst uppnås genom å ena sedan en verksam politisk demokrati och å andra sedan en allmän förståelse för och ett allmänt iakttagande av mänskliga rättigheter".[131] Domstolen uttalade att den "anser att demokrati inte finns utan mångfald" ("considers that there can be no democracy without pluralism"; para 89). Domstolen erinrade om att den ofta har "understrukit statens roll som den neutrala och opartiska organisatören för utövande av skilda religioner, trosinriktningar och övertygelser. Domstolen har uttalat att denna roll är ägnad att leda till allmän ordning, religiös harmoni och tolerans i ett demokratiskt samhälle".[132] Statens roll är att "säkerställa ömsesidig tolerans mellan grupper som står emot varandra" ("ensure mutual tolerance between opposing groups"; para 91). Med hänvisning till *Dahlab* erinrade Domstolen om att den intagit ståndpunkten att "i ett demokratiskt samhälle kan Staten begränsa friheten att manifestera en religion, till exempel i form av en islamisk huvudsjal, om utövandet att den friheten kommer i konflikt med syftet att skydda andras rättigheter och friheter, allmän ordning och säkerhet".[133] Domstolen hänvisade till sitt uttalande i *Kalaç* (Konventionen 10, para 27) och till att Kommissionen godtagit begränsning av rätten till religiös observans i *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) och *turbanfallet* (Konventionen 2). "Mångfald (pluralism) och demokrati är baserade på en kompromiss som kräver olika eftergifter av enskilda eller grupper av enskilda vilka stundom

131 Preambeln "establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights ..."; para 86. Domstolen hänvisade till och bekräftade ett av sina tidigare avgöranden i en liknande situation; United Communist Party of Turkey och andra mot Turkiet, dom 30 januari 1998, Reports 1998-I.

132 "emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conductive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society".

133 "that in a democratic society the State may limit the freedom to manifest a religion, for example by wearing an Islamic headscarf, if the exercise of the freedom clashes with the aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety" (para 92).

måste samtycka till begränsningar av de friheter som de åtnjuter i syfte att garantera större stabilitet för landet i dess helhet ...".[134]

Domstolen underkände helt Refah Partisis idé att införa ett system med flera rättsordningar i samhället där var och en skulle lyda under en viss rättsordning beroende på religionstillhörighet. Ett sådant system skulle innebära att religiösa system fick försteg framför det demokratiska systemet. Effekten skulle bli att fri- och rättigheter skulle avhänga av religionen, inte av det demokratiska samhället. Fri- och rättigheter är emellertid enskilda. De garanteras av den demokratiska staten. En sådan stat "har en positiv skyldighet att tillse att envar inom dess jurisdiktion till fullo åtnjuter de rättigheter och friheter som Konventionen garanterar och utan att det är möjligt att avstå från dem".[135] Idén att införa muslimsk lag (*sharia*) som högsta lag underkändes också helt. Domstolen ansåg "att *sharia* är oförenlig med grundläggande demokratiska principer, så som dessa anges i Konventionen". Domstolen intog ståndpunkten att "(P)rinciper sådana som politisk mångfald eller det ständigt fortgående utvecklandet av mänskliga friheter har ingen plats i *sharia*".[136]

Kommentarer. Målet avser i huvudsak frågor som ligger utanför denna bok. Som framgått görs emellertid uttalanden i domskälen som angår Artikel 9. Dessa uttalanden avser främst (1) rangordningen mellan religion och politik och (2) religionsfriheten som en privat angelägenhet kontra en angelägenhet som kan regleras genom rättsliga system. Dessa frågor behandlas vidare i avsnitt 5.2.

2.2.8 Konventionen 16/ Leyla Sahin mot Turkiet[137]

Saken. En kvinnlig student vid ett sekulärt statligt universitet ville bära muslimsk sjal vid bevistande av undervisning. Hon ansåg sig ha en religiös förpliktelse att bära sjal. I ett cirkulär utfärdat 1998 av vicekanslern vid universitetet angavs att studen-

134 "Pluralism and democracy are based on a compromise that requires various concessions by individuals or groups of individuals, who must sometimes agree to limit some of the freedoms they enjoy in order to guarantee greater stability of the country as a whole ..."; para 99.

135 "has a positive obligation to ensure that everyone within its jurisdiction enjoys in full, and without being able to waive them, the rights and freedoms guaranteed by the Convention (see, *mutatis mutandis*, Airey v Ireland, judgement of 9 October 1979, series A no 32, p 14 § 25".

136 "sharia is incompatible with fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention" – "Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it"; para 123.

137 Europadomstolen, mål 44774/98, dom den 10 november 2005, ECHR Reports 2005 – XI. Målet avgjordes i Plenum (Grand Chamber). Avgörandet i Avdelning (Chamber) hade meddelats den 29 juni 2004.

ter med muslimsk huvudsjal eller med skägg inte skulle få tillträde till föreläsningar, kurser eller enskild handledning. Leyla vägrades vid olika tillfällen tillträde till två skriftliga prov, en kurs och en föreläsning. Leyla blev vidare föremål för disciplinära sanktioner för sin vägran att följa universitetets regler. Dessa upphävdes senare efter en allmän amnesti. Leyla väckte talan för att få cirkuläret upphävt. Hon hävdade att det kränkte hennes rättigheter enligt flera artiklar i Europakonventionen, bland andra Artikel 9.

Europadomstolen. Den inledde sin behandling med konstaterandet att det turkiska samhällets grundläggande princip är att staten skall vara sekulär (*laik*). Domstolen gav därefter en bred beskrivning av hur denna princip omsatts på olika områden, bland annat avseende klädsel och användande av religiösa symboler. Domstolen påpekade att bärande av huvudsjal i skolor och vid universitet är ett nyligt fenomen i Turkiet. En intensiv debatt förs där åsikterna varierar från att se sjalen som en religiös plikt till att uppfatta den som uttryck för en politiserad islam. Domstolen redogjorde för lagstiftning rörande klädsel för anställda och elever vid statliga skolor och rättspraxis rörande denna. En förbjudande lagstiftning 1982 ersattes av en tillåtande lagstiftning 1988. Den turkiska Författningsdomstolen förklarade i en dom 1989 att denna senare lagstiftning stred mot reglerna i konstitutionen om sekularism, om jämställdhet om jämställdhet inför lagen och om religionsfrihet. Den stred även mot en implicit princip i konstitutionen om genderjämlikhet (para 39). Domstolen pekade vidare på att Turkiet har en majoritet av muslimer med praktiserande muslimer, icke-praktiserande muslimer och icke-troende. Om bärandet av sjal framställdes som en religiös förpliktelse skulle det uppstå en diskriminering därför att "envar som vägrade att bära huvudduk då otvivelaktigt skulle betraktas som i opposition mot religion eller som icke-religiös" (para 39). Vad gäller studenter pekade domstolen på behovet av en lugn, tolerant och ömsesidigt hjälpsam miljö. Bärande av sjal riskerade att skapa konflikter mellan studenter av olika religiösa övertygelser.

Europadomstolen gav en kort översikt av situationen i några andra konventionsländer (paras 55 – 56). Inget land förbjuder enligt denna översikt att studenter vid statliga universitet bär muslimsk sjal. På skolnivå finns förbud i lag i Frankrike.[138] I Belgien har domstolar upprätthållit sjalförbud med hänvisning till att jämställdhet och statlig neutralitet har företräde framför religionsfriheten i detta hänseende.

Rättsfrågor. Två rättsfrågor behandlades, nämligen (1) om förbudet innebar ett intrång på skyddet enligt Artikel 9(1) och – vid jakande svar – (2) om detta intrång kunde försvaras med stöd av Artikel 9(2).

138 Se härom vidare avsnitt 3.4.1.

Den turkiska regeringen hävdade att det inte förekommit någon kränkning enligt Artikel 9(1). Skulle så likväl befinnas vara fallet hävdade regeringen att detta varit berättigat enligt Artikel 9(2).

Europadomstolen behandlade den första rättsfrågan endast helt kort (para 78). Domstolen pekade på att studenten hävdat att bärandet av en sjal skedde till följd av ett religiöst påbud och att bärandet därför uttryckte "hennes önskan att strikt lyda den islamiska trons plikter". Domstolen fortsatte enligt följande: "Följaktligen kan hennes beslut att bära huvudduken betraktas som motiverat eller inspirerat av religion eller övertygelse. Utan att ta ställning till om sådana beslut i varje enskilt fall uppfyller en religiös plikt utgår Domstolen från förutsättningen att (universitetets) regler utgjorde en kränkning av (Leylas) rätt att uttrycka sin religion".[139] Som framgår undvek Domstolen att ta ställning till om bärandet av sjal är ett religiöst påbud. Resonemanget är hypotetiskt, alltså av typen "antag att ...", "under förutsättning att ...". Med den utgångspunkten kom domstolen fram till att sjalförbudet i universitetets cirkulär innebar en kränkning av Artikel 9(1).

I sin tur innebar detta att Europadomstolen hade att pröva om sjalförbudet kunde upprätthållas enligt Artikel 9(2). Domstolen fann att lagstöd förelåg. Domstolen fann vidare att förbudet eftersträvade ett legitimt intresse. Den turkiska regeringen hävdade att förbudet hade de legitima syftena att (1) upprätthålla allmän ordning vid universiteten, (2) upprätthålla principen om sekularism och (3) skydda andras rättigheter och friheter. Europadomstolen höll med och ansåg att "den ifrågavarande kränkningen eftersträvade främst det berättigade syftet att skydda andras rättigheter och friheter och att skydda allmän ordning".[140]

Frågan blev då om förbudet kunde anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle enligt Artikel 9(2). Studenten hävdade att statens roll i ett pluralistiskt samhälle inte var att undanröja spänningar genom att göra slut på mångfalden utan att tillse att konkurrerande grupper uppträdde tolerant mot varandra. Regeringen pekade på sekularismen som en hörnpelare i samhället och på statlig neutralitet som en följd härav. I Turkiet hade enligt regeringen den muslimska sjalen blivit "ett tecken som religiöst fundamentalistiska rörelser regelmässigt lade beslag på för politiska ändamål och som utgjorde ett hot mot kvinnors rättigheter" (para 93). På samma sätt skulle förbudet att bära skägg betraktas. Vid förhandlingen inför Domstolen

139 "her desire to comply strictly with the duties of the Islamic faith". – Accordingly, her decision to wear the headscarf may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief and, without deciding whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations ... constituted an interference with the applicant's right to manifest her religion"; para 71.

140 "the impugned interference primarily pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and of protecting public order"; para 99.

hävdade studenten att konventionsstater *inte* skulle ges en vidsträckt egen bedömningsmarginal rörande studenters kläder. Inget europeiskt land förbjöd universitetsstudenter att bära en muslimsk sjal. Studenter var omdömesgilla vuxna, kapabla att bestämma vad som var lämpligt uppförande. Det var helt obefogat att hävda att hon hade brustit i respekt för andras övertygelse eller försökt påverka andra och underminera deras rättigheter och frihet. Hennes val byggde på religiös övertygelse, något som var "den mest grundläggande rättigheten som den pluralistiska, liberala demokratin hade beviljat henne. Enligt hennes mening kunde det inte bestridas att människor hade rätt att frivilligt underkasta sig begränsningar som de ansåg lämpliga. Vidare var det felaktigt att hävda att redan bärandet av en muslimsk sjal stred mot principen om jämställdhet mellan kvinnor och män, eftersom alla religioner påbjuder regler om kläder som människor har frihet att välja om de vill rätta sig efter eller inte".[141]

Domstolen inledde resonemanget om nödvändighetsrekvisitet med ett längre principuttalande om religionsfrihet, demokrati och Konventionsstaters bedömningsmarginal.[142]

Domstolen upprepade inledningsvis i sitt principuttalande *Kokkinakis-principerna* och anförde: "Domstolen upprepar att, som högtidligt fastslås i Artikel 9, tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet utgör en av grunderna i ett 'demokratiskt samhälle' i Konventionens mening. I sin religiösa dimension är den en av de mest väsentliga beståndsdelarna i det som bygger upp troendes identitet och deras uppfattning om livet, men den är också en värdefull tillgång för ateister, agnostiker, skeptiker och de oberörda. Den pluralism som inte kan skiljas från ett demokratiskt samhälle, ett samhälle som har vunnits över ett tidsspann av sekler, är avhängig av denna frihet. Denna frihet innefattar, bland annat, frihet att hysa eller inte hysa religiösa övertygelser att utöva eller inte utöva en religion (se, bland andra avgöranden, *Kokkinakis* ..., och *Buscarini* ..."; para 104). "Medan religionsfrihet främst är en angelägenhet för det enskilda samvetet, innefattar den även, bland annat, frihet att utöva (sin) religion, ensam och privat, eller tillsammans med andra, offentligt och inom en sluten cirkel av personer vars tro man delar. Artikel 9 räknar upp de

141 "Her choice had been based on religious conviction, which was the most important fundamental right that pluralistic, liberal democracy had granted her. It was, to her mind, indisputable that people were free to subject themselves to restrictions if they considered it appropriate. It was also unjust to say that merely wearing the Islamic headscarf was contrary to the principle of equality between men and women, as all religions imposed such restrictions on dress which people were free to choose whether or not to comply with"; para 101.

142 Paras 104 – 111. Detta principuttalande återges i den engelska språkdräkten i Appendix IV.

olika former manifestationer av den egna religionen eller övertygelsen kan ta, nämligen gudstjänst, undervisning, sedvänjor eller ritualer (se, *mutatis mutandis*, Cha'are Shalom ..."; para 105). Domstolen upprepar det som uttalats i flera tidigare avgöranden, nämligen att "(A)rtikel 9 skyddar inte varje handling som motiveras eller inspireras av religion eller övertygelse (se, bland många avgöranden, *Kalaç* ..., *Arrowsmith* ... och ..."; para 105).

Med hänvisning till *Kokkinakis* upprepade domstolen att det i demokratiska stater med flera religioner kan vara nödvändigt att begränsa religionsutövningen för att tillgodose att allas övertygelser respekteras (para 106). Återigen med hänvisning till tidigare praxis (till exempel *Refah Partisi*) framhöll domstolen statens roll som den neutrala och opartiska handhavaren av utövande av skilda religioner, trosuppfattningar och övertygelser. Denna roll är ägnad att leda till allmän ordning, religiös harmoni och tolerans i ett demokratiskt samhälle. Statens roll är att "säkerställa ömsesidig tolerans mellan grupper som står emot varandra" (para 107). I linje med detta skall myndigheterna inte undanröja orsaken till spänning mellan olika grupper med att göra slut på mångfald utan säkerställa att olika grupper tolererar varandra (para 107).

Mångfald (pluralism), tolerans och vidsynthet är kännemärken på ett demokratiskt samhälle. Det förekommer visserligen stundom att enskilda intressen måste underordnas gruppintressen men demokrati betyder inte enbart att majoritetens uppfattning alltid måste råda utan en balans måste uppnås som säkerställer att minoriteter ges rättvis och korrekt behandling och undviker missbruk av en dominerande position. Pluralism och demokrati måste baseras på dialog och en anda av kompromiss som nödvändigtvis innefattar att individer och grupper visar sådana tillmötesgåenden av olika slag som är berättigade för att vidmakthålla och befrämja det demokratiska samhällets ideal och värden. För att skydda dessa måste det godtas att stater begränsar andra rättigheter och friheter enligt Konventionen. Detta balanssökande mellan grundläggande rättigheter är precis det som utgör grundvalen för ett demokratiskt samhälle (para 108 med hänvisning till bland annat *Refah Partisi*).

Domstolen uttalade att eftersom åsikter om förhållandet mellan stat och religion kan skilja sig åt i betydande grad måste nationella beslutsfattare ges en vidsträckt bedömningsmarginal. Den komparativa översikten visade att det inte finns en gemensam europeisk uppfattning om religiösa symboler i utbildningsanstalter och att regler i detta hänseende skiljer sig åt i de olika länderna. Domstolens uppgift är att bestämma om regler på nationell nivå är "berättigade i princip och proportionella" ("justified in principle and proportionate"). I det föreliggande fallet ankom det på Domstolen att pröva de regler om fanns i Turkiet "med ledning av det som

saken gäller, nämligen behovet av att skydda andras rättigheter och friheter, att bevara lugn och allmän ordning samt tillgodose sann religiös pluralism, vilket är av avgörande betydelse för det demokratiska samhället överlevnad" (para 110 med hänvisning till *Kokkinakis* bland andra avgöranden).

Domstolen redogjorde för principer och uttalanden i avgörandena *Karaduman* och *Dahlab*. I bägge avgörandena befanns statliga begränsningar av bärandet av en muslimsk sjal tillåtliga om bärandet "var oförenligt med syftet att skydda andras rättigheter och friheter, allmän ordning och allmän säkerhet" (para 111). I *Dahlab* hade Domstolen bland annat uttalat att bärandet av en huvudduk kan ha en viss värvande proselytisk verkan, "ett bärande som synes vara påbjudet för kvinnor genom ett religiöst påbud som är svårt att förena med principen om jämlikhet mellan könen". Domstolen upprepade också från *Dahlab* "att det inte lätteligen går att förena bärandet av en muslimsk huvudsjal med det budskap om tolerans, respekt för andra och, framför allt, jämställdhet och icke-diskriminering som det ankommer på varje lärare i ett demokratiskt samhälle att förmedla till sina elever" (para 111).

Med detta slutade principresonemanget. Europadomstolen övergick till att tillämpa dessa principer på det föreliggande fallet (paras 112 – 123). Detta sker i nära anslutning till domen 1989 av den turkiska författningsdomstolen. Domstolen ställde frågan om förbudet var nödvändigt? Avgörande är om förbudet var relevant, tillräckligt och proportionellt. Förbudet baserade sig på principerna om sekularism och jämställdhet, principer som förstärker och kompletterar varandra. Domstolen anförde att principen om sekularism är förenlig med Konventionen och Domstolen godtog att principen kan anses nödvändig för att skydda det demokratiska systemet i Turkiet. Skydd av kvinnors rättigheter är en del av den turkiska konstitutionen. Jämställdhet, säger Domstolen (para 115), är "en av nyckelprinciperna som Europakonventionen bygger på" och skall förverkligas av alla Konventionsstaterna. Härtill kommer att det måste beaktas vilken inverkan bärande av en sjal har på andra eftersom "den aktuella frågan avser skyddet för 'andras rättigheter och friheter' samt 'upprätthållande av allmän ordning' i ett land där majoriteten av befolkningen är ansluten till islamisk tro, samtidigt som den uttrycker stark hängivenhet till kvinnors rättigheter och en sekulär livsform".[143] Att påbjuda begränsningar kan därför uppfattas som ett sätt att "uppfylla ett angeläget socialt behov genom att eftersträva att uppnå bägge dessa legitima syften" (para 115). Detta gäller i synnerhet

143 "the issues at stake include the protection of the 'rights and freedoms of others' and the 'maintenance of public order" in a country in which the majority of the population, while professing strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith"; para 115.

eftersom den turkiska Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att denna religiösa symbol har fått en politisk betydelse på senare år i Turkiet (para 115). Domstolen noterade att extremistiska rörelser i Turkiet vill påtvinga hela samhället sina religiösa synsätt och symboler. Med hänvisning till *Refah Partisi* (Konventionen 15) konstaterade Domstolen att det tillkommer konventionsstaterna att "fatta posto mot sådana politiska rörelser, utifrån den egna historiska erfarenheten" (para 115). Sjalförbudet skall ses i detta sammanhang, nämligen i en miljö "där pluralismens värderingar, respekten för andras rättigheter och, i synnerhet, jämlikhet inför lagen mellan män och kvinnor lärs ut och tillämpas i praktiken".[144] Det är därför "förståeligt att de berörda myndigheterna vill bevara institutionens sekulära särart och av det skälet anser det stå i motsättning till sådana värderingar att tillåta religiös klädsel, inklusive, som i detta fall, den islamiska huvudduken" (para 116). Med hänvisning till vad Domstolen sålunda sagt och funnit samt med beaktande av konventionsländernas egen bedömningsmarginal fann Domstolen att inskränkningen av religionsfriheten var "principiellt berättigad och proportionell till det eftersträvade syftet" (para 122).

En domare (av sammanlagt 17) anmälde en avvikande åsikt och ansåg att slöjförbudet inte var baserat på skäl som var "relevanta och tillräckliga". Av det skälet ansåg dissidenten att begränsningen inte var "nödvändig i ett demokratiskt samhälle" enligt Artikel 9(2) och därför utgjorde ett brott mot studentens religionsfrihet.

Avgörandet ger upphov till flera **kommentarer**. Till en del sammanfaller dessa med de kommentarer som föregångsfallet *Karaduman* ger upphov till men till en del kan *Leyla* sägas föra rättsutvecklingen framåt. Utgången i *Leyla* är visserligen densamma som i *Karaduman* men resonemanget skiljer sig delvis åt. *Leyla* har en mera principiell karaktär än *Karaduman*.

Inledningsvis bör dock detta framhållas. Domstolens principresonemang är utförligt. Det har en magistral karaktär. Domstolen placerade sig på allra högsta värderingsnivå och blickade ut över det demokratiska samhället och religionen på ett sätt som innefattar en principiell utvärdering av relationen mellan samhälle och religion. Som framgått rör det sig om uttalanden av en nästan profetisk art. Resonemanget för tankarna till vad en Skapare av samhällen skulle kunna uttala. Ehuru det är människoröster som talar i Domstolen förs tankarna till högre makter. Vid läs-

144 "where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice"; para 115.

ningen av principresonemanget kan lätt falla i tankarna det i religiösa sammanhang ofta använda talesättet att "vox populi, vox dei", "människornas röst är Guds röst".[145]

Domstolen har uppenbarligen på det mest magistrala sätt önskat lägga fast principer av generell räckvidd. Tonen är mycket bestämd. Det kan rentav uppfattas som en allvarsam uppläsning av "upprorslagen" ("the riot act") för en menighet i behov av bestämda riktlinjer!

(1) Principresonemanget som uttryck för allmänna rättsgrundsatser.

Utgången är anpassad till situationen i Turkiet. Domstolens resonemang om slöjförbudet ansluter nära till resonemang som förts av turkiska domstolar. I bägge dessa hänseenden tillmättes sålunda de aktuella omständigheterna stor betydelse.

Det principiella resonemanget ligger emellertid på ett strikt principiellt plan, mera principiellt än i *Karaduman*. Resonemanget har föga eller ingen anknytning till den aktuella tvisten. Resonemanget har generell räckvidd och tillämplighet. Vidare märks att de speciella omständigheter som Domstolen sist och slutligen fäster avgörande vikt vid – sekularismens tre gestalter; se (4) nedan – principiellt inte avviker i någon högre grad från förhållandena i många andra konventionsländer. Även detta ger principresonemanget ett starkt allmängiltigt spelrum. Domstolen har återvänt till principresonemanget i senare praxis, till exempel såvitt avser Frankrike i *Dogru* (Konventionen 19). Principresonemanget har därför fått karaktär av allmänna rättsgrundsatser med allmän europeisk räckvidd.

(2) Sambandsrekvisitet. Liksom tidigare Kommissionen i *Karaduman* tog Europadomstolen inte uttryckligen ställning till om bärandet av en muslimsk sjal uppfyller det sambandsrekvisit enligt Artikel 9(1) som först uppställdes av Kommissionen i *Arrowsmith*. Leyla anförde att hon "betraktar det som sin religiösa plikt att bära en muslimsk huvudduk" (para 14). Som angetts ovan påpekats anförde Domstolen däremot att den prövade fallet "utan att avgöra om beslut (att bära en sjal) görs för att uppfylla en religiös plikt i varje enskilt fall men med detta som hypotetisk utgångspunkt ansåg Domstolen att en kränkning förelåg.[146] Domstolen

145 Uttrycket är medeltida. Det har använts i olika tydningar. En tydning är att använda det för att säga just det som det utsäger, nämligen att det som alla människor säger måste vara Guds röst. En annan tydning är att man inte skall lyssna på folkets röst ty folket är upproriskt och dess röst gränsar till vanvett. I texten används uttrycket i den första meningen!

146 "Accordingly, her decision to wear the headscarf may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief and, without deciding whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations ... constituted an interference with the applicant's right to manifest her religion"; para 78. Uttalandet är ett citat från den dom som tidigare meddelats av en Avdelning (Chamber) inom Europadomstolen.

gjorde med denna utgångspunkt en noggrann avvägning mellan motstående intressen, Leylas, universitetets och övriga studenters.

(3) Bedömningsmarginal ("margin of appreciation"). Europadomstolen gjorde här uttalanden som påverkar den framtida rättsutvecklingen på religionsfrihetsområdet. Domstolen gav konventionsstaterna ett särskilt stort utrymme för nationella lösningar vad gäller bärandet av religiösa symboler. Detta motiverades av att synsätt och förhållanden skiljer sig åt mellan konventionsländerna. Det gick inte att fastställa "en enhetlig uppfattning" (para 108). Däremot pekade Domstolen med största kraft på enhetlig europeisk uppfattning i flera andra avseenden som är relevanta i sammanhanget, nämligen jämställdhet mellan kvinnor och män, pluralism och respekt för andras rättigheter. Dessa enhetliga uppfattningar begränsar utrymmet för nationella regleringar. Huruvida det därför egentligen finns större bedömningsfrihet vad gäller just kläder och klädesplagg än andra religiöst motiverade manifestationer låter sig inte sägas.

(4) Sekularism. Det avgörande huvudkriteriet för bedömningen i detta enskilda mål var sekularismen sådan den definieras i Turkiet. Denna sågs av Domstolen ha tre aspekter, (a) pluralism, (b) respekt för andras rättigheter och (3) och i synnerhet jämställdhet mellan män och kvinnor ("and, in particular, equality before the law of men and women"; para 116). I dessa tre avseenden gjorde Domstolen avvägningar mellan den berörda studenten, övriga studenter och universitetet. Avvägningen utföll i alla avseendena så att Domstolen godtog sjalförbudet. Domstolen pekade emellertid också på att studenter i övrigt "har frihet ... att uttrycka sin religion i enlighet med sedvanligt muslimskt skick och bruk".[147]

När sekularism definieras på detta sätt blir den allmäneuropeisk. Den förlorar sin karaktär av att vara något särpräglat för Turkiet. Även i detta hänseende får därmed *Leyla* en allmängiltig europeisk betydelse.

(5) Pluralism. Konventionen skyddar motstående intressen. Pluralism är en hörnpelare. Domstolskontroll av regleringar i konventionsländerna är nödvändig för att skydda denna pluralism. Domstolen konstaterade att vissa rörelser i Turkiet utgjorde ett hot mot pluralismen genom att vilja påtvinga samhället sina religiösa idéer och symboler. Godtagande av förbudet mot en symbol som huvudduken var därför ett medel att skydda pluralismen.

(6) Andras rättigheter. Konventionen skyddar både positiv och negativ religionsfrihet. Leylas krav att bära huvudduk tillbakavisades av Domstolen med hänvisning till bland annat "respekt för andras rättigheter". Domstolen hänvisar till den

147 "are free ... to manifest their religion in accordance with habitual form of Muslim observance"; para 118.

påtryckningseffekt huvudduken kan ha "på dem som väljer att inte bära en sådan". Det är sålunda här fråga om skyddande av negativ religionsfrihet, den negativa religionsfrihet som övriga studenter har.

(7) Jämställdhet. Ovan citerade uttalanden markerar den centrala vikt som Domstolen lägger vid jämställdhet. I para 115 framhäver Domstolen denna aspekt. I övrigt nöjer sig Domstolen med att hänvisa till sitt tidigare avgörande, *Dahlab* (Konventionen 14). Uttalandena där är emellertid mycket kraftfulla.

(8) Frivillig anslutning. Starkt iögonfallande är att Europadomstolen över huvud inte fäster avseende vid att Leyla studerade av fri vilja vid det statliga universitetet. Det inslag av samtycke som spelade stor roll i *Karaduman* lyser med sin frånvaro här. Avgörandet i Leyla har även i detta hänseende en avsevärt mera principiell inriktning.

(9) Varför behandlade Europadomstolen fallet med studenten Leyla?

Utgången i *Leyla* skiljer sig inte från *Karaduman*. I den meningen framstår *Leyla* som en upprepning av *Karaduman*. En hastig blick på de två avgörandena kan locka till slutsatsen att *Leyla* inte tillför något nytt och kanske rentav var onödigt att behandla. Så är emellertid ingalunda fallet. Det illustreras mycket tydligt av att Europadomstolen upptog fallet till behandling i Plenum.

Alltså varför? Ett första svar är att den rättsliga basen för *Karaduman* framstår som tveksam. Detta har diskuterats vid behandlingen av det fallet. Ingen motsvarande tveksamhet vidlåder *Leyla*. Här fanns tydligt lagstöd för begränsningen av friheten enligt Artikel 9(1).

Långt viktigare än detta är emellertid att Europadomstolen lyft upp debatten på en högre och mera principiell nivå. Det omfattande principresonemanget tillför rättsordningen ett antal allmänna rättsgrundsatser av generell tillämplighet i samtliga konventionsländer. Domstolen har vidare tillfört rättsordningen nya inslag. I främsta rummet gäller detta jämställdhetsaspekten. Den fanns inte alls med i *Karaduman*. Vidare förs pluralismen in mera energiskt som en faktor. Inte heller denna aspekt finns med i *Karaduman*. I bägge dessa hänseenden speglar *Leyla* en utveckling som skett både gällande Europakonventionen och i konventionsländerna. Denna utveckling avser i hög grad den tilltagande roll som religionen fått. Därmed ökar betydelsen av rättsliga klarlägganden av utrymmet för religionsfriheten i det demokratiska och pluralistiska samhället.

Det är sålunda förståeligt att Europadomstolen beslöt pröva studenten Leylas situation även i full sammansättning (Plenum). Rättstillämpningen i konventionsländerna har fått uppslag och synpunkter för lösningar på nationell nivå. Samtidigt innebär principuttalanden i domen att religionsfriheten kan komma att begränsas på sätt som kan framstå som oväntade eller oönskade i en tid då den religiösa plu-

ralismen tilltar. Detta diskuteras flerstädes i det följande, avsnitten 4.16.2, 4.16.3, 5.4, 5.5, 5.6 och 6.3.8.

2.2.9 Konventionen 17/ Kurtulmus mot Turkiet[148]

Saken. Professor Kurtulmus arbetade vid ett statligt universitet. Hon bar muslimsk huvudduk. I en offentlig förordning stadgades att inga huvudbonader fick bäras på arbetsplatsen liksom heller inte skägg. Kurtulmus gavs varning, avstängdes tillfälligt, förklarades inte kunna befordras, blev tillrättavisad och ansågs slutligen ha frånträtt sin tjänst. Hon hävdade vid Europadomstolen att hennes religionsfrihet enligt Artikel 9(1) hade kränkts och att hon diskriminerats i strid mot Artikel 14.

Europadomstolen. Liksom i *fallet Leyla* utgick Domstolen i sitt ställningstagande från att förbudet att bära sjal utgjorde ett ingrepp i rätten att manifestera religion, dock utan att taga ställning till om bärande av sjal är en manifestation som omfattas av 9(1). Ingreppet hade stöd i författning, på det sätt som krävs i Artikel 9(2) för att ett ingrepp skall vara lagligt enligt Konventionen. På samma sätt ansågs förbudet ha ett legitimt syfte enligt Artikel 9(2). Detta var dels att skydda "andras rättigheter och friheter" dels för att sydda "allmän ordning". Frågan blev då om förbudet var nödvändigt i ett demokratiskt samhälle enligt Artikel 9(2)?

Domstolen inleder med att upprepa principiella synpunkter fastlagda i *Kokkinakis* och *Leyla*, bland annat principen att Artikel 9 inte skyddar "varje handling som är motiverad eller inspirerad av religion eller övertygelse" ("every act motivated or inspired by a religion or belief"). Domstolens uppgift blir att fastställa om en rättvis balans har lagts fast mellan "den enskildes grundläggande rättighet till religionsfrihet", å ena sidan, och, å andra sidan, "den demokratiska statens berättigade intresse av att dess offentliga organ på ett behörigt sätt befrämjar de syften som anges i Artikel 9" i Europakonventionen.[149] Med hänvisning till *Leyla* och de skäl som an-

148 Mål 65500/01, dom 24 januari 2006, ECHR Reports 2006-II. Domen är avfattad på franska, med engelsk översättning. Den engelska språkversionen används här.
Samma dag meddelade Domstolen beslut i mål 26625/02 Köse och 93 andra mot Turkiet. Målet rörde avstängning av 94 elever från skolor för utbildning till religiösa tjänster. De aktuella eleverna hade vägrat att ta av sig sina muslimska huvuddukar. Brott mot Artikel 9 ansågs inte föreligga eftersom förbudet mot huvudbonad gällde alla elever oavsett deras religiösa övertygelser. Målet refereras därför inte här. Det skall dock noteras att Domstolen återigen inte tog ställning till om den muslimska huvudduken omfattas av Artikel 9(1). Målet avgjordes även om så skulle anses vara fallet ("even asuming that there had been interference with the applicants' right to manifest their religion").

149 På ena sidan "the fundamental right of the individual to freedom of religion", på andra sidan "the legitimate interest of a democratic State in ensuring that its public service properly furthers the purposes enumerated in Article 9 § 2".

gavs där upprepar Domstolen att den roll som lagstiftaren i konventionsländer har ”måste tillmätas särskild vikt”.

Mot denna bakgrund tar Domstolen ställning. Den noterar inledningsvis att klädreglerna gäller lika för alla offentliganställda. Principen att staten är sekulär, en grundläggande princip i Turkiet, och därmed har en neutral offentlig administration medför att offentliganställdas anblick skall vara neutral. Den aktuella kvinnan tog anställning frivilligt och måste ha varit medveten om att hon som offentliganställd inte fick uttrycka sina religiösa övertygelser på ett sätt som väcker uppmärksamhet (”in an ostentatious manner”). Domstolen diskuterar tidigare avgöranden beträffande Konventionsstaters bedömningsmarginal och hänvisar till *Dahlab* där slöjförbudet för en offentliganställd grundskolelärare ansågs godtagbart. Med denna hänvisning och hänvisning till *Leyla* kom Domstolen till slutsatsen att förbudet var ”principiellt berättigat och proportionellt till det eftersträvade syftet” (”justified in principle and proportionate to the aim pursued”). Vad gäller påstått brott mot Artikel 14 noterade Domstolen bland annat att klädreglerna gällde lika för alla, oavsett kön och religion. Av det skälet förelåg ingen diskriminering.

Domen föranleder inte någon **kommentar** utöver vad som angetts i kommentarerna till *Leyla*. Inget nytt framkommer i detta mål jämfört med *Leyla* (eller andra avgöranden, till exempel *Karaduman*). Det framstår som tämligen meningslöst av den kvinnliga universitetsläraren att ha fört målet till Europadomstolen eftersom utgången med hänsyn till praxis beträffande Konventionen var given.

2.2.10 Konventionen 18/ Kosteski mot Makedonien[150]

Kosteski var olovligt frånvarande från sitt arbete på ett offentligägt företag på två muslimska helgdagar och fick vid bägge tillfällena löneavdrag. Han hävdade att hans rätt enligt Artikel 9 hade kränkts och att det vidare förelåg diskriminering enligt Artikel 14 eftersom han tvingats uppge sin religionstillhörighet. Lagen i Makedonien innebar att muslimer hade rätt till ledighet på vissa muslimska helgdagar. Den olovliga frånvaro som kom att prövas i målet inföll på en av dessa för muslimer ledighetsberättigade dagar. Kosteski kom från en kristen miljö. Han var inte registrerad som muslim. Arbetsgivaren hyste tvivel om att Kosteski verkligen var muslim. Tvisten i målet var huruvida Kosteskis religionsfrihet hade kränkts därför att arbetsgivaren hade begärt stöd i någon form för att Kosteski var berättigad till den lagstadgade ledigheten för muslimer.

Europadomstolen hänvisade inledningsvis till principuttalanden i tidigare

150 Mål 55170/00, dom 13 april 2006, ej publicerat.

praxis rörande omfattningen av religionsfriheten i Artikel 9, till exempel *Kokkinakis, Kalaç* och *Stedman*. Domstolen uttalade beträffande frånvaron att "det kan hända att frånvaron från arbetet motiverades att (Kosteskis) avsikt att fira en muslimsk högtid men att den (Domstolen) inte var övertygad om att frånvaron var ett uttryck för hans övertygelser i den mening som skyddas av Artikel 9 i Konventionen eller att disciplinstraffet ... utgjorde en kränkning av dessa rättigheter".[151] Domstolen ansåg att det inte var "en otillbörlig påtryckning eller i grundläggande konflikt med samvetsfriheten att begära någon form av bevis" att rätt till ledighet förelåg.[152] Av dessa skäl befanns ingen kränkning av Artikel 9 föreligga. Beträffande Artikel 14 fann Domstolen att det fanns skäl för tvivel att Kosteskis hade rätt till ledighet och det var därför inte "orimligt eller oproportionerligt" ("unreasonable or disproportionate") att kräva att Kokkinakis visade något stöd för sitt ledighetskrav. Domstolen gjorde det sedvanliga uttalandet om när Artikel 14 kan tillämpas. Artikel 14 "kan endast tillämpas när den påstådda diskrimineringen faller inom tillämpningsområdet för de rättigheter och friheter som skyddas av självständiga bestämmelser" i Konventionen.[153] Här ansågs så vara fallet. Det berodde på att arbetsgivarens krav på stöd för religionstillhörighet rörde visshet om "äktheten i hans övertygelse" ("the apparent genuineness of his beliefs"). Detta var tillräckligt för att Kosteskis klagomål skulle kunna behandlas även med stöd av Artikel 14.

Två kommentarer.

(1) Domstolen ställde sig tveksam till om det erforderliga sambandet mellan religion och manifestation förelåg, dvs den om *Arrowsmith-principen* var uppfylld. Detta kan synas strängt mot den enskilde. Skälet är att Artikel 9(1) uttryckligen anger att den skyddar att "utöva religion ... genom gudstjänst". Det kan då tyckas att just avsikt att delta i gudstjänst skall omfattas. Domstolen uttrycker sig dock försiktigt och lämnar utrymme för att i ett annat mål komma till en annan slutsats. I detta specifika fall fanns ju tvekan om huruvida den religiösa motiveringen verkligen var sanningsenlig.

(2) Beträffande tillämpligheten av Artikel 14 använder Domstolen uttrycket

151 "It considers that it may be that this absence from work was motivated by the applicant's intention of celebrating a Muslim festival but it is not persuaded that this was a manifestation of his beliefs in the sense protected by Article 9 of the Convention or that the penalty imposed on him for breach of contract in absenting himself without permission was an interference with those rights (see the cases cited...)"; para 38.

152 inte "oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation"; para 39.

153 "can only come into play where the alleged discrimination falls within the scope of the rights and freedoms safeguarded by other substantive provisions" i Konventionen; para 44.

"falls within the *scope* of ...". I andra avgöranden har det möjligen mindre precisa uttrycket "within the *ambit* of ..." använts (min kursivering). Ordet "scope" torde lämna mindre utrymme för avvägningar i det enskilda fallet än ordet "ambit" och begränsar möjligen tillämpningsområdet för Artikel 14 något i förhållande till tidigare praxis. I det förevarande fallet kunde dock ingen tvekan råda eftersom Domstolen kvalificerade den påstådda kränkningen som en fråga om huruvida den uppgivna övertygelsen var uppriktig. Övertygelsen är ju själva hjärtpunkten i Artikel 9(1), dvs *forum internum*.

2.2.11 Konventionen 19/ Dogru mot Frankrike[154]

Saken. Dogru var vid elva års ålder elev i en offentligt driven skola. Hon vägrade att taga av sig sin muslimska sjal under gymnastiklektionerna och kunde därför inte deltaga i dessa. Samtal mellan skolan och Dogru fördes och Dogru gavs betänketid. Hon erbjöds att byta ut sjalen mot en mössa. När inget av detta ledde till resultat blev Dogru avstängd från skolan med motiveringen att hon inte iakttog kravet på regelbunden närvaro vid och deltagande i gymnastikundervisningen. Vid Europadomstolen utvecklades med stor utförlighet dels det för franskt samhälle grundläggande begreppet *laïcité* dels utvecklingen i det franska rättssystemet av regleringen av bärande av iögonfallande religiösa symboler i offentliga skolor med slutpunkt i lagstiftning 2004 med förbud mot sådant bärande. (Se i bägge dessa avseenden vidare avsnitt 3.4.1.)

Den franska staten medgav att beslutet av skolan kunde utgöra en begränsning av religionsfriheten enligt Artikel 9. Denna fråga behandlades därför inte vidare i målet.

Europadomstolen. Domstolen fann inledningsvis att avstängningsbeslutet hade stöd i författning. Det hade ett legitimt syfte, nämligen dels skydd för andras rättigheter och friheter dels allmän ordning och säkerhet ("protecting the rights and freedoms of others and protection public order"; para 60). Domstolen ställde därefter den sedvanliga frågan om regleringen var nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Med hänvisning till tidigare praxis, främst *Leyla* (paras 104 och följande), fastslog Domstolen ånyo de principiella utgångspunkter som Artikel 9 vilar på. Domstolen konstaterade att den religiösa pluralismen kan föranleda begränsningar av rätten att

154 Mål 27058/05 31645/04, slutlig dom 4 mars 2009. Samma dag meddelades dom i målet Kervanci mot Frankrike, mål 31645/04. Den domen är avfattad på franska och ingen engelsk översättning finns i domssamlingen. Målet är i sak identiskt med *Dogru*. De generella resonemangen i de två ännu ej publicerade domarna är identiska så att den engelska versionen kan vara en översättning av den franska (eller vice versa)!

uttrycka religion för att tillgodose olika gruppers intressen och för att tillförsäkra respekt för allas övertygelser (para 62 med hänvisning till *Leyla* para 106). Domstolen upprepar vad den sade i *Leyla* (para 107) om statens roll som neutral övervakare. Domstolen tillägger att pluralismen och demokratin även bör bygga på dialog och en anda av kompromiss, vilket i sin tur nödvändigtvis innebär olika eftergifter av enskilda och främjande av en demokratisk stats idéer och värden.[155] Domstolen fortsätter (para 64) med en redovisning av sin praxis rörande begränsningar användandet av olika klädesplagg och hänvisar till *Leyla* (student med muslimsk sjal), till *X mot Storbritannien* (sikhisk turban vid motorcykelfärd), till *Phull* (sikhisk turban vid flygplatskontroll), till *Karaduman* (studenters uppträdande i olika avseenden) och till *Dahlab* (lärarinna med muslimsk sjal). Domstolen återger sitt resonemang i *Leyla* rörande begreppet *laïcité* (som Domstolen här jämställer med det turkiska begreppet *sekularism*) och konstaterar att begreppet *laïcité* är en konstitutionell princip vars försvarande är av största vikt för landet ("prime importance", « primordial »; para 72). Med hänsyn till den bedömningsmarginal som konventionsstaterna måste ha i den delikata avvägningen mellan stat och kyrka framstår begränsning av religionsfriheten i anledning av principen om *laïcité* som legitim utifrån de värden som Konventionen vilar på.[156] Domstolen bedömer om det var alltför strängt att avstänga. Domstolen konstaterar att beslutet om avstängning föregicks av försöken till dialog, betänketiden och erbjudandet att byta sjalen mot en mössa ("hat", i *Kervanci* ordet »bonnet », bägge para 75) men att detta blev resultatlöst. Domstolen markerar att Dogru kunde fortsätta skolutbildning i en distansskola. Domstolen markerar att skolan hade tagit hänsyn till Dogrus religiösa övertygelser men att beslutet att avstänga henne inte berodde på dessa utan på nödvändigheterna att ge skydd åt andras rättigheter och friheter och allmän ordning. Beslutet innefattade därför ingen kränkning av Artikel 9.

155 "Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of the individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society"; para 62. I *Kervanci* i fransk språkdräkt: « Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et da la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique » ; para 62.

156 "Having regard to the margin of appreciation which must be left to the member States with regard to the establishment of the delicate relations between Churches and States, religious freedom thus recognised and restricted by the requirements of secularism appears legitimate in the light of the values underpinning the Convention"; para 72. I *Kervanci* är lydelsen följande: « Eu égard à la marge d'appréciation qui doit être laissée aux États membres dans l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les églises, la liberté religieuse ainsi reconnue et telle que limitée par les impératifs de la laïcité paraît légitime au regard des valeurs sous-jacantes à la Convention »; para 72.

Som **kommentar** kan (1) först konstateras att utgången inte framstår som oväntad. Praxis hade tidigare kommit till liknande ställningstaganden vid ett flertal tillfällen, som Domstolen hänvisar till.[157]

(2) Värt att notera är den utförlighet med vilken Domstolen behandlar det franska begreppet *laïcité* och vilken vikt Domstolen tillägger detta.

(3) Av särskild betydelse är den noggrannhet som Domstolen visar att undersöka om det fastställda disciplinstraffet framstod som nödvändigt. Domstolen introducerar här ett rättssäkerhetstänkande som inte tidigare förekommit i praxis. I detta hänseende synes målet vara prejudicerande för tolkning och tillämpningen av Artikel 9 generellt, inte bara i Frankrike.

2.2.12 Konventionen 20/ Lautsi mot Italien, fallet Italiens skolrumskrucifix, den pluralistiska skolan[158]

Saken. Soile Lautsi väckte talan mot Italien på egna och sina två barns vägnar. Hon hävdade att krucifix som fanns i klassrummen i den statliga skola där hennes barn gick utgjorde kränkning av åsikts- och religionsfriheten enligt Artikel 9 i Europakonventionen. Krucifixen innebar även kränkning av rätten till utbildning och undervisning av barnen i överensstämmelse med hennes religiösa och filosofiska övertygelser enligt Artikel 2 i Protokollet 1 till Konventionen.

Artikel 2 Protokoll 1 till Konventionen har följande lydelse:

157 Principen i Dogru har upprätthållits senare. Något senare samma år, den 17 juli 2009, meddelade Europadomstolen beslut (på franska) i sex mål mot Frankrike avseende elever som blivit avstängda från offentlig skola därför att de vägrat taga av sig muslimsk huvudduk respektive sikhisk turban. Mål 43563/08 Aktas, mål 14308/08 Bayrak, mål 18527/08 Gamaleddyn, mål 29134/08 Ghazal, mål 25463/08 J Singh och mål 27561/08 R Singh. Gemensamt pressmeddelande 17 juli 2009. Besluten är likalydande i religionsfrihetsrättsligt relevanta avseenden. Besluten citerar i långa stycket det här behandlade fallet Dogru. Besluten refereras därför inte separat i denna bok.

158 Mål 30814/06, 3 november 2009. Målet är hänfört till Plenum (Grand Chamber) men är i skrivande stund (oktober 2010) ännu inte avgjort. Det förefaller dock troligt att utgången blir densamma i Plenum. Skälet är att utgången i Avdelning ligger inom ramen för praxis rörande Europakonventionen och med föregångare i övrig europeisk praxis, nämligen *fallet Bayerns skolrumskors*, Tyskland 1, avsnitt 3.3.1 och *fallet skolrumskrucifix i schweiziska skolor*, avsnitt 3.5.
En föregångare i Italien till avgörandet i Europadomstolen är en dom av en domstol i oktober 2003 som ålade en skola i den lilla byn Ofena ett drygt tiotal mil norr om Rom att ta bort krucifix från skolrummen. Domen väckte en folkstorm. På Nätet finns omfattande material på sökord som "Ofena Italy Crosses". Den dåvarande italienske presidenten Carlo Azeglio Ciampi kritiserade domen. Han menade att korset inte bara var ett uttryck för en viss bestämd religion utan även var en symbol för de värden som utgör grunden för den italienska identiteten.

> Ingen människa skall nekas rätt till utbildning. Oavsett vilken roll Staten påtar sig när den fullgör utbildning eller undervisning skall den respektera föräldrars rätt att säkerställa sådan utbildning och undervisning som står i överensstämmelse med deras egna religiösa och filosofiska övertygelser.[159]

Tvisten behandlades av rättsvårdande organ i Italien. De godtog krucifixen. En administrativ domstol intog ståndpunkten att krucifixen var en symbol för Italiens historia och kultur och därför för Italiens nationella identitet. Dessutom var krucifixen symboler för jämställdhet, frihet, tolerans och statens sekulära grund. Statsrådet (*Consiglio di Stato*) intog ståndpunkten att korsen hade kommit att bli ett världsligt, sekulärt, värde i enlighet med den italienska konstitutionen och därför representerade det dagliga, medborgerliga, livets värden. I Lateranfördragen 1929 mellan Katolska kyrkan och Italien ingick en överenskommelse (konkordat) som stadgade att "den Romerska katolska och apostoliska religionen är den enda statsreligionen". I en överenskommelse 1984 mellan Vatikanen och Italien angavs att detta stadgande inte längre gällde. Den italienska Författningsdomstolen hade i flera avgöranden intagit ståndpunkten att det italienska samhället är grundat på principer om pluralism och sekularism. Detta innebar att alla övertygelser, kulturer och traditioner hade att leva tillsammans i jämställdhet och frihet. Domstolen hade dock inte någon gång tagit ställning till kors och krucifix i skolrum.

Den italienska regeringen hävdade vid Europadomstolen att krucifixen måste uppfattas som en symbol för den italienska staten. Den pekade på att den Katolska kyrkan var det enda kyrkosamfund som den italienska konstitutionen hänvisade till. Korsen var visserligen en religiös symbol. De hade emellertid även andra betydelser. Korset frammanade värden som kunde delas även utanför kristen tro. Regeringen pekade på icke-våld, alla människors lika värde, rättvisa och rättvis fördelning, den enskildes företräde framför gruppen, valfrihet, åtskillnad mellan politik och religion samt kärleken till nästan som sträckte sig även till förlåtelse åt egna fiender".[160] Korsets budskap var sålunda ett humanismens budskap som kunde uppfattas utan religiös anknytning och som innefattade principer och värden som utgör

159 "No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions".

160 "non-violence, the equal dignity of all human beings, justice and sharing, the primacy of the individual over the group and the importance of freedom of choice, the separation of politics from religion, and the love of one's neighbour extending to forgiveness of one's enemies"; para 35.

grunden för demokratierna. Av det skälet var korset väl förenligt med sekularism. Korsen var inget brott mot statens opartiskhet och neutralitet.

Den italienska regeringens ståndpunkt var att korset var berättigat med hänsyn till "den kristna trons positiva moraliska budskap ... och religionens roll i italiensk historia och religionens djupa rötter i landets tradition". Vidare menade regeringen att korset hade "en neutral och sekulär mening som hängde samman med Italiens historia och tradition, som var nära förbunden med kristendomen".

Regeringen anförde också att ingen var skyldig att ens bry sig om korset i skolrummet. Undervisningen var strikt sekulär och pluralistisk. Skolmaterialet innehöll ingen hänvisning till någon särskild religion och religionsundervisning förkom bara som frivilligt tillval.

Regeringen hävdade att Italien hade en vid en nationell bedömningsmarginal (*margin of appreciation*) i angelägenheter av en så känslig art som denna, länkad som den är till nationell kultur och historia. En vid marginal skulle medges även av det skälet att det inte finns någon europeisk samsyn rörande innebörden av begreppet sekularism och vilka följder i praktiken denna princip får. Om Europadomstolen skulle förbjuda korsen skulle det innebära att Domstolen gav begreppet sekularism en bestämd innebörd i detta avseende. Detta skulle stå i motsats till nationell mångfald.

Europadomstolen.[161] Domstolen började med att ange att Artikel 2 i Protokoll 1 om rätten till utbildning och undervisning skall bedömas inte bara för sig utan även i förbindelse med andra artiklar, bland dem Artikel 9. Andra meningen i Artikel 2 syftar till att säkerställa möjlighet till pluralism i undervisningen. Denna möjlighet är nödvändig för skyddandet av det demokratiska samhället. Med hänsyn till den moderna statens maktställning är det framför allt genom statlig undervisning som detta syfte måste förverkligas. "Skolor skall inte vara arena för missionerande aktiviteter eller förkunnelse; de skall vara mötesplats för olika religioner och filosofiska övertygelser där eleverna kan förvärva kunskap om dessas tankar och traditioner" (para 47 c). Till respekten för föräldrarnas och elevernas övertygelser hör rätten att ha en religion eller att inte ha en religion. "Friheten att tro och friheten att inte tro (negativ frihet) är bägge skyddade av Artikel 9 i Konventionen... Statens skyldighet att iaktta neutralitet och opartiskhet är oförenlig med varje form av värdering av religiösa övertygelsers rimlighet och äkthet eller sätt att ge uttryck för dessa övertygelser. Inom undervisningen skall neutralitet säkerställa pluralism" (para 47 e). Beträffande den negativa religionsfriheten anförde Domstolen vidare att "(D)en negativa religionsfriheten är inte begränsad till frånvaron av gudstjäns-

161 Europadomstolens resonemang finns intaget in extenso i Appendix V.

ter eller religiös undervisning utan även handlande och symboler som uttrycker en övertygelse, en religion eller ateism, i bestämt hänseende eller allmänt. Denna negativa rätt behöver särskilt skydd om det är staten som uttrycker en övertygelse och personer med avvikande åsikt befinner sig i en situation som de inte kan avlägsna sig ifrån med mindre de underkastar sig ansträngningar som är oproportionerliga och som innefattar uppoffringar" (para 55).

Staten skall avstå från att påtvinga övertygelser, även indirekt, på platser där människor är beroende av den eller där de är särskilt sårbara. Uppfostran av barn är särskilt känslig eftersom statlig tvångsmakt utövas mot sinnen som ännu inte har kritisk förmåga nog att hålla avstånd till budskap om statlig preferens i religiösa frågor. Domstolen ställer frågan om den italienska staten har utövat sina funktioner i utbildning och utlärande på ett objektivt, kritiskt och pluralistiskt sätt och respekterat föräldrars religiösa och filosofiska övertygelser i enlighet med Artikel 2 i Protokoll 1. Domstolen besvarar frågan genom att hänvisa till, bygga på och ställvis citera tidigare avgöranden, nämligen *fallet den muslimska studentskan Karaduman* (Konventionen 7), *fallet Buscarini, edsavläggelse* (Konventionen 12) och *fallet den muslimska lärarinnan Dahlab* (Konventionen 14).

I anslutning till *Karaduman* pekade Domstolen på att i länder där en stor majoritet av befolkningen tillhör en viss religion kan manifestationer av den religionen utöva press på dem som inte utövar den religionen eller dem som hör till en annan religion.

Domstolen tog ställning till Italiens åsikt att korset har många betydelser. Domstolen delade den uppfattningen men anförde att "den religiösa (var) den mest framträdande" (para 51). Domstolen anförde vidare att den ansåg att "krucifix i klassrum innebär mer än att använda symboler i ett historiskt sammanhang" (para 52). Med hänvisning till *Buscarini* anförde Domstolen att den där intagit ståndpunkten att det förhållandet att en text som i social och historisk mening framstod som traditionell "inte förtog texten dess religiösa karaktär när den användes av parlamentsledamöter vid avläggande av lojalitetsed" (para 52).

Domstolen anförde att det inte var möjligt att inte se krucifixen i skolrummen och att de därför nödvändigtvis måste uppfattas som en integrerad del av skolmiljön. Med hänvisning till *den muslimska lärarinnan Dahlab* anförde Domstolen att även krucifix måste betraktas som "kraftfulla yttre symboler" (para 54). Eleverna kan lätt tolka skolmiljön så att de uppfostras i en miljö som är präglad av en bestämd religion. Den risken är särskilt stor för elever som hör till religiösa minoriteter. Det förhållandet att andra föräldrar kan önska att klassrum har religiösa symboler rättfärdigar inte heller att sådana finns. "Respekten för föräldrars övertygelser i fråga om uppfostran måste bygga på respekt för andra föräldrars övertygelser. Sta-

ten har skyldighet att upprätthålla konfessionell neutralitet i offentligt anordnad uppfostran där deltagande är obligatoriskt oavsett religionstillhörighet. Sådan uppfostran skall försöka inpränta en vana hos eleverna till kritiskt tänkande" (para 56).

Domstolen tog avstånd från den italienska ståndpunkten att korset kunde vara ett verktyg för den pluralistiska staten. Domstolen anförde "att den inte kunde förstå att skolrumskrucifix, som rimligen måste förknippas med den katolska majoritetsreligionen i Italien, kunde tjäna som verktyg för den pluralism i uppfostran som är oumbärlig för upprätthållande av det demokratiska samhället i Konventionens mening". Krucifix i klassrum "begränsar föräldrars rätt att uppfostra sina barn i överensstämmelse med sina egna övertygelser och med elevernas rätt att tro eller att inte tro". Domstolen anförde avslutningsvis att den ansåg att "det sker intrång på dessa rättigheter därför att (krucifixen) är oförenliga med statens skyldighet att iaktta neutralitet vid utövning av offentlig makt, i synnerhet inom utbildningen" (para 57). Sålunda förelåg brott mot Artikel 2 i Protokoll 1 tillsammans med Artikel 9 i Konventionen.

Kommentarer.

1/ Domen är mycket bestämt och kategoriskt formulerad. Den har en skärpa som är slående. Den för i dessa avseenden tankarna till *fallet Leyla* (Konventionen 16). Liksom i *Leyla* har domen en magistral karaktär. Domstolen placerar sig även här på allra högsta värderingsnivå och blickar ut över skolan i det demokratiska och pluralistiska samhället på ett sätt som innefattar en principiell bestämning av relationen mellan staten och dess skolor.

Liksom i Leyla har Domstolen uppenbarligen velat på ett magistralt sätt lägga fast principer av generell räckvidd. Här liksom i Leyla kan domen rentav uppfattas som en allvarsam uppläsning av "upprorslagen" (*the riot act*) för en stat i behov av bestämda riktlinjer!

Den bestämda och kategoriska tonen kan uppfattas som kränkande för Italien. Detta konventionsland har en mångtusenårig kulturell tradition. Kristendomen finns som en centralpunkt i denna kultur. Behandlingen av den delen av den inhemska kulturen kan för Italien framstå som en angelägenhet som det ankommer på Italien att bestämma om. Det finns emellertid i domen inte ens en tillstymmelse av respekt för Italien och dess ståndpunkt. Italien blir "halshugget" efter konstens alla regler!

2/ Överensstämmelse med tidigare praxis. Domen måste anses passa in i praxis rörande Konventionen. Förbud mot iögonfallande religiöst motiverade symboler har godtagits i samtliga behandlade fall. Förbuden har visserligen i dessa avgöranden riktat sig mot en enskild person, inte mot en stat. Principerna i avgörandena passar dock även på stater.

3/ Konsekvenser av domen för elever. Frågan kan ställas om domen indirekt får konsekvenser även för elever i offentliga skolor. Domstolen anförde att skolor inte skall "arena för missionerande aktiviteter eller förkunnelse" (para 47 c). Eftersom målet rör en manifestation av skolan riktar sig uttalandet inte i och för sig till eleverna. Formuleringen är emellertid generell och utan begränsning till huvudmannen/skolan.

4/ Samtycke. I praxis har det förhållandet att en person frivilligt anslutit sig till en arbetsplats eller en utbildning varit en viktig faktor när förbud godtagits mot religiöst motiverade önskemål från personens sida (se närmare avsnitt 4.7). Det har rört sig om bland annat den muslimska sjalen (*fallet Karaduman*, Konventionen 7) och önskemål om frånvaro från arbetsplatsen för religiösa ändamål (exempelvis *fallet fredagsbönen*, Konventionen 4, eller *fallet den kristna resebyråchefen*, Konventionen 8). I det här aktuella fallet blir det förhållandet att mamman frivilligt placerat sina barn i en skola med krucifix inte ens berört.

5/ Nationell bedömningsmarginal (*margin of appreciation*). Domstolen bemöter inte Italiens ståndpunkt att denna marginal bör vara vid. Italien pekade på två faktorer, nämligen det känsliga förhållandet mellan stat och religion samt det förhållandet att europeisk samsyn inte förelåg, nämligen här i fråga om pluralismens innebörd och konsekvenser. I praxis rörande Konventionen har bägge dessa faktorer godtagits som skäl för en vid marginal. Domen innebär istället att det inte finns någon nationell bedömningsmarginal alls i fråga om offentliga skolrums utformning i religiöst hänseende.

6/ Domen har som sin kärna den demokratiska och pluralistiska statens förpliktelse att iaktta neutralitet i religiöst avseende. I religionsfrihetshänseende motiveras detta främst med hänvisning till den negativa religionsfriheten. Denna sida av religionsfriheten bekräftas här på ett mycket bestämt sätt. Hänvisningen till att denna sida av religionsfriheten även innefattar skydd mot behöva utsättas för andras manifestationer av religion, alltså skydd mot "handlande och symboler som uttrycker en övertygelse, en religion" (para 55), är mycket bestämd och tydlig.

2.2.13 Konventionen 21/ Ahmet Arslan och andra mot Turkiet[162]

Saken. Arslan tillhörde jämte ett antal andra personer en muslimskt religiös grupp. De kom till Ankara för att delta i en religiös ceremoni i en moské. De var då klädda i pösiga knäbyxor och tunika. De bar turban och hade en batongliknande käpp. De

162 Ahmet Arslan och andra mot Turkiet, mål 41135/98, dom 23 februari 2010, ännu ej publicerat. Domen finns endast på franska. Ansökan gjord att målet skall hänföras till Plenum (Grand Chamber). Referatet här hänför sig till avgöranden i avdelning.

visade sig offentligt i staden med denna utstyrsel. De greps av polis och åtalades med stöd av lagstiftning mot terrorism av fundamentalistisk art. De infann sig i domstolen med samma utstyrsel och vägrade där trots anmodan att ta av sig turbanen. I anledning av detta ådömdes de fängelsestraff för brott mot en lag rörande bärande av hatt och för brott mot en lag som förbjöd bärande av viss religiös klädsel på offentliga lokaler och platser utan anknytning till religiösa ceremonier. Själva hävdade de att deras utstyrsel var påbjuden av deras religion och att den saknade all politisk innebörd. De vände sig slutligt till Europadomstolen och hävdade att deras religionsfrihet enligt Artikel 9 hade kränkts. Med sin utstyrsel hade de utövat (manifesterat) sin religion. Regeringen hänvisade till separation mellan stat och religion (sekularism) som en grundläggande princip i det turkiska samhället. Den hävdade vidare att Arslan och de andra syftade till att införa ett system med sharia-lag som ersättning för den nuvarande demokratiska ordningen. Deras handlande var inte styrt av deras religiösa övertygelse utan av deras avsikt att utmana och trotsa rättsordningen. Kravet att uppträda utan huvudbonad i rättssalar var ett uttryck för respekt för rättväsendet. Det skulle även vara skydd mot bland annat propaganda, provokation och proselytism i rättssalar. Det skulle också ge skydd för andras rättigheter och friheter samt allmän ordning och säkerhet (para 29).

Europadomstolen. Domstolen fann att en kränkning av Artikel 9 förelåg eftersom de dömda deltagit i en religiös ceremoni och därmed utövat sin religion. Domstolen övergick till att undersöka om kränkningen kunde rättfärdigas med stöd av Artikel 9(2), dvs om lagstöd fanns, om inskränkningen hade rättmätiga syften (« buts légitimes") och om den var nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Lag fanns men var av åldrigt datum och osäker innebörd. Domstolen avstod från att ta ställning till om lagstöd i Konventionens mening fanns eftersom en kränkning ansågs föreligga av annat skäl. Med hänvisning till sina ställningstaganden i fallen *Refah Partisi* och *Leyla* fann Domstolen att skyddet av den sekulära staten och demokratin avsåg flera rättmätiga syften på det sätt som regeringen uppgivit, bland annat skydd för andras rättigheter och friheter.

Var inskränkningen nödvändig i ett demokratiskt samhälle? Domstolen utgick från de principer som den lagt fast i *fallet Leyla.*[163] Domstolen anförde att det måste fastställas om begränsningen var proportionell för att uppnå syftena och om syftena framstod som "lämpade och tillräckliga" (« pertinents et suffisants"; para 45). Domstolen konstaterade att de turkiska domstolarna helt hade förlitat sig på de existerande turkiska lagarna utan hänsyn till religionsfriheten enligt Europakonventionen. Domstolen noterade att de dömda var vanliga medborgare. De represente-

163 Paras 104 – 110. Se referatet ovan av *fallet Leyla* och Appendix IV.

rade inte staten och de hade inte offentlig status. Det innebar att principerna i bland annat fallen *Dahlab* och *Kurtulmus* (Konventionen 14 respektive 17 ovan) inte var tillämpliga. Domstolen konstaterade vidare att de dömda hade visit sig i sin utstyrsel på allmänt tillgängligt gator och platser men inte i byggnader där hänsyn till neutralitet i trosfrågor kan föranleda till begränsningar av rätten ett utöva (manifestera) sin religion. Domstolen anförde att utredningen inte visade att de dömda utgjorde eller riskerade att utgöra ett hot mot allmän ordning eller påtryckning på annan. Det fanns sålunda inget som tydde på att de dömda ägnat sig åt proselytism. Deras uppträdande kunde rentav betraktas som en kuriositet (« curiosité"; para 51). Domstolen fann att nödvändighetskravet inte var uppfyllt och att därför en kränkning förelåg.

En ledamot (av sju) anförde avvikande mening. Han hänvisade främst till den bedömningsmarginal som tillkommer Konventionsstaterna och till den mycket komplicerade sociala strukturen i Turkiet.

Kommentarer.

1/ Om Arslans och de andras uppträdande hade karaktär av "kuriositet" förlorar avgörandet principiell betydelse. Det förvandlas till något av ett karnevalsupptåg.

2/ Även om Arslans och de andras uppträdande bedöms som ett allvarligt och uppriktigt menat utövande av deras religion, framstår det som osannolikt att Europadomstolen i Plenum skulle komma till annan slutsats än Avdelningen. Trots att Turkiet måhända har en särskilt komplicerad social struktur, som dissidenten hävdade, framstår Arslans och de andras uppträdande som föga märkvärdigt i en kosmopolitisk miljonstad.

3/ Europadomstolen uttalade sig inte om sambandskravet enligt *Arrowsmith-principen.*[164] Domstolen har tydligen funnit det självklart att "det mycket nära" sambandet funnits. Detta skiljer Arslan-målet från målen med muslimsk huvudduk. Dessa har alltid avgjorts enbart *under antagande* att sambandskravet var uppfyllt. Arslan-målet är medtaget i denna bok enbart för att peka på just detta förhållande. I övrigt faller avgörandet utanför ramen för denna bok.

164 Konventionen 3. Se vidare avsnitt 4.2 och Appendix III.

Kapitel 3

Sverige. Europeiska utblickar

I detta kapitel behandlas svensk praxis rörande religionsfrihet. I kapitlet ges vidare glimtar från lagstiftning och praxis i Europa. Framställningen i det avseendet gör självfallet inte anspråk på att vara uttömmande. Det rör sig om glimtar men om glimtar som är relevanta även för svenskt vidkommande. Det material som presenteras har i viss mån slumpartad karaktär. Det bygger inte på en systematisk genomgång av material från något europeiskt land.

3.1 Sverige

I svensk praxis före 2005 finns endast ett enda fall där religionsfrihetsfrågan uttryckligen diskuterats. Det är det "turbanmål" som 1986 avdömdes i Stockholms tingsrätt. Ett nära nog identiskt mål har avgjorts av Arbetsdomstolen. Resonemanget i domen i Stockholms tingsrätt framstår som föredömligt och beundransvärt för sin tid. Det formar sig till en föregångare genom att religionsfrihetsintresset där sätts före en rent arbetsrättslig bedömning. Resonemanget i Arbetsdomstolens dom följde däremot traditionella arbetsrättsliga principer utan att någon som helst hänsyn togs till religionsfriheten. Resonemanget saknar därför intresse från religionsfrihetssynpunkt. Bedömningarna i bägge avgörandena har dock inte relevans för den aktuella juridiska situationen. Detta gäller även domen i Stockholms tingsrätt. Av detta skäl behandlas avgörandena inte här.[165]

3.1.1 Sverige 1/ NJA 2005 s 805, fallet pastor Gren

Saken. Den 20 juli 2003 höll pastorn Gren (Å.G.) en predikan i Borgholm för en församling om "åtminstone ett femtiotal personer". Enligt åklagarens gärningsbeskrivning uttryckte predikan missaktning för homosexuella. Predikan var sådan att

165 Arbetsdomstolen 1986 nr 11 och Stockholms tingsrätt, T 3-107/87, DT 536/87, den 11 juni 1987. Målen behandlas utförligt i Fahlbeck (2002), s 506 – 508 och 518 – 524.

åklagaren väckte åtal mot Gren för hets mot folkgrupp, 16 kapitlet 8 § BrB. Tingsrätten fann Gren skyldig till detta brott. Hovrätten kom till en motsatt slutsats.

Högsta domstolen (HD) granskade med stor noggrannhet förarbetena till det moment i 16 kapitlet 8 § BrB som berör hets mot folkgrupp avseende (bland annat) sexuell läggning. Domstolen kom fram till att ansvar för Gren förelåg enligt 16 kapitlet 8 § BrB. HD anförde därefter att den skulle pröva om ansvar enligt 16 kapitlet 8 § BrB "bör underlåtas därför att en sådan tillämpning skulle strida mot grundlag ... eller mot Europakonventionen...". Bestämmelse om religionsfrihet finns i 2 kapitlet 1 § första stycket Regeringsformen (RF). "Denna frihet lagrum får inte begränsas (2 kap. 12 § första stycket RF)", anför HD. RF är en högre norm än BrB och kan under vissa förutsättningar (11 kapitlet 14 § RF) medföra att föreskrift i lägre författning inte skall tillämpas. HD uttalade om innebörden av religionsfriheten enligt RF att "grundlagsskyddet innebär ett förbud mot bestämmelser som uttryckligen riktar sig mot någon viss religionsutövning eller som, fastän de har fått en mera allmän avfattning, uppenbart syftar till att motverka viss religiös riktning". HD fann att det "är uppenbart att grundlagsbestämmelsen om religionsfrihet inte kan medföra att Å.G. går fri från ansvar". Inte heller RF:s bestämmelse om yttrandefrihet ansågs utgöra hinder för att ställa Gren till ansvar. HD vände sig därefter till Europakonventionen. HD uttalade att Artikel 9 om religionsfrihet "är mera vidsträckt än enligt RF men i viss utsträckning begränsningsbar genom vanlig lag, medan yttrandefriheten är densamma i båda regleringarna, dock med snävare begränsningsramar i konventionen". Med hänvisning till bland annat *fallet Kokkinakis* (Konventionen 9) anförde HD att artikel 9 "kan sägas utgöra ett specialfall av yttrandefrihetsskyddet när det gäller att ge uttryck för tankar och idéer grundade i en religion i ett sådant sammanhang som en predikosituation". HD hänvisar till att konventionsstater enligt praxis rörande Konventionen har en viss bedömningsfrihet (margin of appreciation) att bedöma om inskränkningar kan sägas vara nödvändiga i ett demokratiskt samhälle enligt Artikel 9(2). HD anförde att "(M)ed hänsyn till den centrala betydelse som en religiös övertygelse har för den enskilde måste det antas att vid tillämpning av Europakonventionen en viss återhållsamhet skall iakttas när det gäller att godta inskränkningar som legitima enligt artikel 9. Motsvarande gäller om Å.G:s yttranden skulle vara att bedöma enligt artikel 10" (dvs artikeln om yttrandefrihet). HD gör en genomgång av praxis rörande yttrandefriheten enligt Konventionen. HD kommer till slutsatsen att det är sannolikt att Europadomstolen skulle finna att den inskränkning i Grens rättigheter enligt Konventionen som stadgandet om hets mot folkgrupp såvitt avser homosexuella i 16 kapitlet 8 § BrB "inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europa-

konventionen". Av detta skäl kunde Gren inte ställas till ansvar för hets mot folkgrupp och blev sålunda frikänd.

Kommentar. Den enda kommentar till domen av HD som är påkallad i denna bok är att domen klart visar den hierarkiska rangordningen mellan rättsliga regler i den svenska rättsordningen. Detta behandlas i avsnitt 1.5.

3.1.2 Sverige 2/ Arbetsdomstolen 2005 nr 21, fallet äldreaktiveraren

Saken. A.Ö., tillhörig Jehovas vittnen, arbetade som aktiverare på ett hem för äldreboende. Till arbetsuppgifterna hörde att animera de inneboende till olika aktiviteter och att själv delta i dessa. Till aktiviteterna hörde att klä en julgran eller en midsommarstång, att dansa kring dessa eller att måla påskägg. A. Ö. ansåg sig på grund av sin tro inte kunna delta i dessa aktiviteter eftersom ett Jehovas vittne inte deltar i den del av firandet av högtider som anses ha hedniska förtecken. Det kom vidare körer från Svenska kyrkan och sjöng för de inneboende. A.Ö. ansåg sig inte kunna medverka vid sådana tillfällen, till exempel genom att koka kaffe, eftersom hon betraktade det som att samarbeta med Svenska kyrkan. A.Ö. fråntogs uppdraget som aktiverare. A.Ö. förde talan mot arbetsgivaren och hävdade bland annat att hon diskriminerats på grund av sin tro enligt lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering.[166] Tvisten avsåg sålunda i denna del om diskriminering förevarit.

Arbetsdomstolen (AD). Domstolen fann att den av arbetsgivaren vidtagna åtgärden skulle godtas. AD fann nämligen att "(Ä)ven om skälet till att A. Ö. blev fråntagen uppgifterna var att hon genom sin övertygelse har en etnisk tillhörighet som gjorde att hon inte var beredd att utföra vissa av uppgifterna kan domstolen inte anta att en annan aktiverare, som av andra skäl skulle ha vägrat utföra dessa uppgifter, skulle ha behandlats annorlunda". AD anförde sammanfattningsvis att "enligt domstolens mening skulle bolaget även ha fråntagit en annan anställd, som av någon annan anledning än etnisk tillhörighet på samma sätt hade vägrat utföra arbetsuppgifterna, uppdraget som aktiverare. Arbetsdomstolen finner sålunda att A.Ö. inte har visat att hon har missgynnats i lagens mening". Av detta skäl förelåg inte diskriminering enligt lagen 1999.

Kommentarer. (1) Europakonventionen åberopades inte av A.Ö. Tvisten var instämd som en fråga om diskriminering och A.Ö. yrkade att den skulle avgöras enligt den svenska lagen 1999. Inte heller AD berörde Europakonventionen. Med den ståndpunkt som AD nådde saknar det betydelse att Europakonventionen inte aktu-

166 Idag gäller Diskrimineringslagen 2008. Regleringen i denna lag är dock i det aktuella avseendet identisk med den reglering som prövades av Arbetsdomstolen i fallet A.Ö.

aliserades. Endast om AD ansett att situationen varit den att A.Ö. blivit särbehandlad hade det varit erforderligt att ta ställning till om det erforderliga sambandet enligt Konventionen mellan religion och manifestation förelåg (*Arrowsmith-principen*) och om uppsägningen skulle anses ha skett på grund av religion eller på grund av arbetsvägran.

(2) Förelåg det erforderliga sambandet mellan religion och manifestation i det aktuella fallet (*Arrowsmith-principen*)? Annorlunda uttryckt: hur skall situationen betraktas sett utifrån Artikel 9 Europakonventionen? Jehovas vittne omfattas enligt fast praxis av Artikel 9. Den fråga som därför aktualiseras i första hand är om det erforderliga sambandet mellan religion och manifestation föreligger här. Endast om så är fallet är Artikel 9 tillämplig. Den svenska lagen 1999 skulle (liksom nu Diskrimineringslagen 2008) tolkas konventionskonformt. Om en manifestation inte omfattas av Artikel 9 skall den heller inte omfattas av lagen 1999 eftersom manifestationen då inte omfattas av religionsfriheten enligt Konventionen. Som framgått flerstädes vid redovisningen av praxis rörande Europakonventionen (till exempel fallet *Arrowsmith, flygbladsfallet*) omfattas nämligen inte "varje handling som är motiverad eller influerad av en religion eller en övertygelse". Utdelning av flygblad med pacifistiskt innehåll kunde visserligen ses som "en normal och erkänd manifestation av en pacifistisk övertygelse". Emellertid uttrycker själva utdelandena som sådant inte den aktuella åsikten. Av det skälet kunde handlingarna inte "anses som sådana vara skyddade av Artikel 9.1, trots att de är motiverade eller influerade av denna".[167]

Hur skall situationen betraktas avseende A.Ö.? Fanns det "mycket nära samband" mellan religionen och manifestationen som krävs enligt Konventionen för att skydd enligt Artikel 9(1) skall föreligga? Som framgår av analysen av praxis rörande Europakonventionen i avsnitt 4.2 och 4.8 sker sambandsbedömningen enligt Konventionen objektivt. Praxis visar att den enskildes åsikt saknar betydelse eller i vart fall inte tillmäts någon avgörande betydelse. Hur skall A.Ö.:s handlande bedömas objektivt?

A.Ö. har ansett sig ha ett tvingande religiöst skäl att inte medverka. Avståndet mellan "religion" i ordets sedvanliga betydelse (se avsnitten 1.4 och 4.1) och de skäl som A.Ö. anför för att inte utföra arbetsuppgifterna i fråga framstår emellertid som

167 Europakonventionen omfattar inte "each act which is motivated or influenced by a religion or belief"; Utdelning av pacifistiska flygblad är "a normal and recognised manifestation of pacifist belief" ... men utdelningarna "do not actually express the belief concerned". De kunde därför inte "be considered to be as such protected by Article 9.1, even when they are motivated or influenced by it"; *fallet Arrowsmith*, Konventionen 3, para 71.

stort. Avståndet framstår som alltför stort för att sambandskravet enligt *Arrowsmith-principen* skall anses uppfyllt. Annorlunda uttryckt måste det förhålla sig så att ett utförande av de aktuella arbetsuppgifterna inte skulle kunna ses som religiöst skyddade manifestationer enligt Artikel 9 Europakonventionen. Möjligen, men inte ens troligen, skulle vägran kunna betraktas enligt Konventionen som handlande som var "motivated by" religion. Som sådant skulle det dock som framgått inte omfattas av Artikel 9 Europakonventionen.

Slutsatsen blir sålunda att A.Ö. inte skulle ha kunnat erhålla skydd enligt Artikel 9(1) Europakonventionen. Av det skälet skulle skyddet mot diskriminering i Artikel 14 Europakonventionen inte ha kunnat åberopas. Det handlande av A.Ö. som målet gällde föll inte "inom området för" ("within the ambit of") Artikel 9 och var därmed inte heller omfattat av Artikel 14 (se vidare om Artikel 14 i avsnitt 4.15).

Utifrån Europakonventionen kan det sägas att AD:s dom är felaktig eftersom den grundar sig på den svenska lagen 1999. Denna lag var nämligen i själva verket inte tillämplig. Skälet är att det enligt den överordnade – och för Sverige bindande – normen i Europakonventionen inte förelåg en situationen med rättsligt skyddad "religion". Eftersom rättsligt skyddad "religion" inte förelåg i den överordnade normen kunde det heller inte röra sig om "religion" i den underordnade normen som den svenska lagen 1999 utgjorde (och som Diskrimineringslagen 2008 utgör idag).

(3) Har uppsägningen skett på grund av religion eller på grund av arbetsvägran? Som framgår av *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8 och det där även behandlade *fallet Konttinen*) har praxis i fall av arbetsvägran inriktat sig på denna vägran som sådan istället för på det bakomliggande motivet.[168] Såväl Stedman som Konttinen ansågs ha blivit uppsagda till följd att de vägrade att arbeta på schemalagd, beordrad arbetstid. Bägge hade uppenbara och genuina religiösa skäl för sin vägran, skäl som i och för sig omfattas av Artikel 9 eftersom skälen uppfyllde kraven enligt *Arrowsmith-principen* på "mycket nära samband" mellan religion och manifestation. Praxis rörande Europakonventionen är bindande för Sverige (se 1.5 och 1.6). Denna praxis innebär utan rimligt tvivel att A.Ö.:s handlande skall bedömas på samma sätt, dvs som arbetsvägran oavsett det bakomliggande motivet.

(4) Arbetsdomstolens slutsats att A.Ö. inte har blivit diskriminerad är i sak korrekt.

168 Denna ståndpunkt i praxis kritiseras i avsnitt 4.2 och 6.1 såsom varande alltför stränge mot personer med religiösa bevekelsegrunder för sitt handlande. Praxis är emellertid klar och den är bindande för Sverige.

3.1.3 Sverige 3/ Stockholms tingsrätt, Diskrimineringsombudsmannen mot Arbetsförmedlingen, handskakningsfallet[169]

Saken. A.C., en muslimsk man, hade fått anvisning till ett arbetsmarknadspolitiskt program. I detta ingick en praktikperiod vid ett företag. När mannen kom dit för att presentera sig vägrade han att ta den kvinnliga företagsledaren i hand. Som förklaring angav han att han inte kunde ta främmande kvinnor i hand på grund av sin religion. Exakt hur mannen uppträdde vid tillfället var föremål för olika åsikter. Diskrimineringsombudsmannen (DO) beskrev händelseförloppet när den kvinnliga företagsledaren kom på följande sätt. "När hon sträckte fram sin hand mot (A.C.) för att hälsa, hälsade han på henne genom att lägga sin ena hand på bröstet och buga. (A.C.) förklarade också för (företagsledaren) att han inte kunde ta främmande kvinnor i hand på grund av sin religion". Svaranden (Arbetsförmedlingen) beskrev situationen på följande sätt. Mannen "inte tog emot den framsträckta handen utan la händerna på ryggen och tittade ned på golvet samtidigt som han sa något om att det inte är förenligt med hans religion att hälsa på kvinnor". Den kvinnliga företagsledaren anförde att "hon gick fram emot A.C. för att hälsa. Han svarade emellertid med att lägga händerna bakom ryggen. När hon på nytt sträckte fram handen förklarade A.C. att hans religion förbjöd honom att ta främmande kvinnor i hand". C.B., som var närvarande (och var vittne i tingsrätten) gav följande beskrivning. (Den kvinnliga företagsledaren) "försökte gång på gång att hälsa på A.C. som vägrade att göra detta utan istället tittade ned i golvet med händerna på ryggen" (s 12 i tingsrättens dom).

Någon tid efter denna händelse återkallades anvisningen till programmet. DO förde talan mot återkallandet under påstående att det innefattade direkt diskriminering enligt den vid tidpunkten gällande lagen 2003 om förbud mot diskriminering (vilken ersatts av nu gällande Diskrimineringslag 2008 som i sak är identisk i det aktuella hänseendet med lagen 2003). Svaranden, Arbetsförmedlingen, hävdade att den "inte har behandlat A.C. sämre än vad någon annan skulle ha blivit behandlad i samma situation och att grunden för Arbetsförmedlingens beslut inte endast var den omständigheten att A.C. vägrat att ta (den kvinnliga företagsledaren) i hand, utan hela A.C.s uppträdande vid mötet" (s 17).

Tingsrätten tog inte ställning till hur händelseförloppet i detalj utspelat sig utan antecknade att parterna var ense om att A.C. när den kvinnliga företagsledaren "sträckte fram handen mot honom för att hälsa, inte tog emot den framsträckta han-

169 Mål T 7324-08, dom 2 februari 2010. Domen kommenteras av mig i en "understreckare" i Svenska Dagbladet den 24 februari 2010, "Vägrat handslag faller inte under religionsfrihet". Texten i denna bok uttrycker samma åsikt om domen som tidningsartikeln. Se om handskakning vidare avsnitt 6.3.3.

den, med hänvisning till att det inte var förenligt med hans religion att ta främmande kvinnor i hand". Tingsrätten ansåg att återkallelsen av anvisningen berodde på att A.C. vägrat att ta företagsledaren i hand "trots att det för myndigheten stod klart att han till följd av sin religiösa övertygelse saknade möjlighet att ta främmande kvinnor i hand" (s 16). Av det skälet fick återkallelsen "således anses ha haft ett uppenbart samband med A.C.s religion. Det måste antas att en hypotetisk jämförelseperson – som av något annat godtagbart skäl varit förhindrad att ta en främmande person av motsatt kön i hand – inte skulle ha drabbats av motsvarande åtgärd från Arbetsförmedlingens sida. Vid sådant förhållande ska direkt diskriminering anses föreligga" (s 17). Mannen tillerkändes ett skadestånd om 60.000 kronor.

Kommentarer.

(1) Praxis rörande Europakonventionen har ännu inte tagit ställning till hur vägran att skaka hand av (föregivet) religiösa skäl skall bedömas. Veterligen har ingen domstol på högsta nivå i något europeiskt land heller ställts inför frågan. Praxis enligt Konventionen talar emellertid starkt för att en sådan vägran inte omfattas av skyddet för religionsfrihet enligt Artikel 9(1). Styrande är *Arrowsmith-principen* (Konventionen 3). Vägran av detta slag kan inte rimligen vara "mycket nära förbunden" ("*intimately linked*") med övertygelsen som sådan. Vägran kan inte vara en del av religionen som sådan. Vägran kan tänkas vara motiverad eller påverkad (*motivated or influenced)* av åsikten/övertygelsen. Som framgår av praxis rörande Konventionen är detta dock inte tillräckligt för att uppnå skydd enligt Konventionen Artikel 9(1).[170]

Kan vägran att skaka hand vara en del av skyddade "religiösa sedvänjor"? Svaret är nekande. I till exempel *fallet Yanasik* (Konventionen 6) uttalade Europakommissionen följande vad gäller innebörden av ordet "sedvänjor" ("practice") i Artikel 9. "En handling som inte direkt uttrycker en övertygelse utgör inte en 'sedvänja' som skyddas av denna artikel även om handlingen motiveras av eller påverkas av övertygelsen".[171]

På samma sätt som i *fallet äldreaktiveraren* (Sverige 2) blir slutsatsen sålunda att i det aktuella fallet någon kränkning av skyddad religion inte förkommit. Vägran av A.C. att ta kvinnan i hand skyddas inte av den överordnade rättsliga normen i Artikel 9(1) Europakonventionen. På samma sätt som i *fallet äldreaktiveraren* blir slut-

170 Se även citaten från det ledande rättsfallet *Arrowsmith* i föregående referat, *fallet äldreaktiveraren.*

171 "An act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by that belief, is not a 'practice' protected by this provision"; s 14, Article 9:b; se även s 26. Samma fråga ställs i *fallet Karaduman* (Konventionen 7) och besvaras på samma sätt som i *Yanasik.*

satsen att skyddet mot diskriminering i Artikel 14 inte heller aktualiserats. Det handlande av A.C. som målet gällde föll nämligen inte "inom området för" ("within the ambit of") Artikel 9 (se vidare 4.15).

På samma sätt som i *fallet äldreaktiveraren* är domen felaktig eftersom den grundar sig på den svenska lagen 1999. Denna lag var nämligen i själva verket inte tillämplig. Skälet är på samma sätt som i *fallet äldreaktiveraren* att det enligt den överordnade – och för Sverige bindande – normen i Europakonventionen inte förelåg en situationen med rättsligt skyddad "religion". Eftersom rättsligt skyddad "religion" inte förelåg i den överordnade normen kunde det heller inte röra sig om "religion" i den underordnade normen som den svenska lagen 1999 utgjorde (och som Diskrimineringslagen 2008 utgör idag).

(2) Har återkallelsen skett på grund av religion eller på grund av vägran att ta i hand (och eventuellt uppträdande av A.C. i övrigt)? Som framgår av *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8 och det där även behandlade *fallet Konttinen*) har praxis i fall av arbetsvägran inriktat sig på denna vägran som sådan istället för på det bakomliggande motivet. Såväl Stedman som Konttinen ansågs ha blivit uppsagda till följd att de vägrade att arbeta på schemalagd, beordrad arbetstid. Bägge hade uppenbara och genuint religiösa skäl för sin vägran, skäl som i och för sig omfattas av Artikel 9 eftersom skälen uppfyllde kraven enligt *Arrowsmith-principen* på "mycket nära samband" mellan religion och manifestation. I fallet med A.C. framstår det inte som klart att vägran berott på genuint religiös grund. Den kan ha karaktär av kulturell sedvänja. Praxis rörande Europakonventionen är bindande för Sverige (se avsnitt 1.6). Denna praxis innebär utan rimligt tvivel att A.C.s handlande skall bedömas på samma sätt, dvs som vägran att iaktta sedvanlig hälsning, oavsett det bakomliggande motivet. Praxis rörande Konventionen innebär i fallet med A.C. att återkallelsen inte berott på A.C.s religion utan på hans vägran att bemöta sin tilltänka chef på det sätt som arbetsrutinerna på arbetsplatsen fordrade.

(3) Antag att A.C.s handlande skall anses ha haft sådant samband med religion på samma sätt som Arbetsdomstolen utgick ifrån i *fallet äldreaktiveraren* (Sverige 2). Föreligger i sådant fall diskriminering? Svaret är nekande. Behandlingen utgör inte missgynnande särbehandling (diskriminering) ens i den svenska diskrimineringslagens mening. Den muslimske mannan blev med all sannolikhet inte behandlad på ett sätt som avvek från det sätt som varje annan person som, av vilket skäl som helst, vägrat att ta den kvinnliga företagsledaren i hand skulle ha blivit behandlad på. Tingsrätten var att döma av domen inte medveten om Arbetsdomstolens dom 2005 nr 21. DO aktualiserade inte domen. Arbetsdomstolens sammanfattande motivering för att diskriminering inte förekommit i målet 2005 nr 21 var att det aktuella bolaget "enligt domstolens mening" skulle ha handlat på samma sätt om en

annan anställd "av någon annan anledning än etnisk tillhörighet på samma sätt hade vägrat". Detta är den korrekta rättsliga slutsatsen som tingsrätten borde ha nått. Tingsrättens åsikt att det fordras att en jämförelseperson har "något annat *godtagbart* skäl" (min kurs) att vägra har inte stöd i diskrimineringslagstiftningen. Arbetsdomstolen uppställde med rätta inget sådant krav. Tingsrätten skulle heller inte ha gjort det.[172]

(4) Slutsatsen är sålunda att tingsrättens dom av flera skäl är felaktig. Det måste beklagas att domen inte överklagades, i sista hand till Europadomstolen. Risk föreligger att domen kommer att uppfattas som korrekt och vägledande för företag och myndigheter i likartade situationer.

3.2 Europeiska unionen

Veterligen finns bara ett avgörande av EU-domstolen (tidigare EG-domstolen) som avser religionsfrihet, *fallet Vivien Prais*. Det är dessutom ganska ålderstiget. Som framgått i avsnitt 1.6 kan EU-domstolen emellertid komma att bli en rättsbildare på religionsfrihetsområdet i en omfattning som den hittills i praktiken inte haft.

3.2.1 EU 1/ Vivien Prais mot Europeiska gemenskapernas råd[173]

Saken. Vivien Prais (VP) anmälde sig till ett skriftligt uttagningsprov för att bli antagen som juristlingvist. I ett brev den 25 april 1975 ansökte VP att få delta i uttagningsprovet en annan dag än den som fastställts, den 16 maj 1975. Provet skulle äga rum samtidigt i Bryssel och London. VP anförde som skäl att hon hade judisk religion. Fredagen den 16 maj 1975 var första dagen i den judiska högtiden Shavout (pingst). Under den dagen är det förbjudet att resa och att skriva. VP kunde därför inte delta i provet denna dag. Den 5 maj 1975 svarade Rådet och meddelade att det inte var möjligt att ändra datum för provet eftersom "det var av väsentlig betydelse att alla kandidater bedömdes på grundval av prov som genomförts samma dag" (para 3). Ostridigt krävde gällande tjänsteföreskrifter att tjänstemän skall väljas utan hänsyn till ras, religion eller kön. Ostridigt var också att "religionsfriheten, såsom den är inskriven i Europakonventionen, är en av de grundläggande rättigheter som erkänns av gemenskapsrätten" (para 10). Med hänvisning till tjänsteföreskrifterna och Europakonventionen hävdade VP att Rådet "måste fastställa dagen

172 Som framgått i kommentaren (1) saknar för övrigt påståendet att A.C. hade ett "godtagbart skäl" stöd i Europakonventionen och därmed i förlängningen även i svensk lag. Åsikten framstår som godtycklig, om än välmenande.

173 Mål 130/75, REG 1976 s 1589.

för uttagningsprov på så sätt att alla kandidater kan delta i proven enligt villkor som inte strider mot deras religiösa övertygelse" (para 9). Rådet anförde häremot att det saknade administrativ kapacitet och kunskap att tillse att det inte skulle inträffa att provet förlades till dag som var oförenlig med religiösa krav i någon av alla de religioner som fanns inom gemenskapen. Samtidigt krävde likhetsprincipen att provet ägde rum samtidigt för alla kandidater.

Två **rättsfrågor** uppkommer, nämligen (1) om en sökandes religionstillhörighet kan ha betydelse för fastställande av datum för prov och (2) om det föreligger skyldighet att beakta en sökandes religiösa situation?

I det förstnämnda hänseendet uttalade domstolen följande: "Om en kandidat meddelar tillsättningsmyndigheten att han på grund av religiösa föreskrifter är förhindrad att delta i prov vissa dagar, skall myndigheten beakta detta och försöka undvika att fastställa provtiden till sådana dagar" (para 16).

Beträffande frågan om myndigheten har skyldighet att i det enskilda fallet aktivt försöka undvika en av religiösa skäl olämplig dag för en sökande, dvs att vidta positiv särbehandling/aktiva åtgärder, uttalade domstolen följande. Om myndigheten "i god tid blivit informerad om svårigheterna" är den "skyldig att vidta alla rimliga åtgärder för att undvika att hålla proven på en dag då en kandidats religiösa övertygelse hindrar honom att delta" (para 19).

Kommentarer. De i domskälen gjorda uttalandena är mycket kategoriska. De innebär att religiös övertygelse (1) erkändes som rättsgrundsats i dåvarande EG-rätten,[174] och (2) gavs ett mycket påtagligt stöd i den meningen att den religiösa övertygelsen skall beaktas och föranleda att "rimliga åtgärder" vidtas att tillgodose den. Detta innebär en tämligen långtgående förpliktelse att vidta positiv särbehandling/aktiva åtgärder.[175] Uttalandena är avsevärt mera långtgående och kategoriska än de som gjorts av Europadomstolen eller Europakommissionen rörande Europakonventionen.

Närmaste jämförelse med Europadomstolen erbjuder *fallet Cha'are* (Konventionen 13). Där pekar Europadomstolen på att fransk rätt i det aktuella avseendet innebar att Frankrike "gav verkningsfull innebörd åt en positiv utfästelse ... att tillförsäkra verklig respekt för religionsfrihet". Europadomstolen uttalar emellertid inte

174 Situationen idag är den att Europakonventionen i sin helhet gjorts till EU-rätt och det dessutom i Lissabon-fördraget har beslutats att EU skall ansluta sig till Konventionen som Konventionsstat. Se härom avsnitten 1.5 och 1.6.

175 Det skall noteras att terminologin i rättsfallen rörande Europakonventionen respektive *fallet Vivian Prais* inte gör någon klar åtskillnad mellan aktiva åtgärder och positiv särbehandling. Detsamma är fallet i ramdirektivet 2000/78/EG om likabehandling, Artikel 7. Termerna positiv särbehandling och särskilda åtgärder används där i princip synonymt.

att det skulle föreligga en skyldighet för Konventionsstater att utfästa sådan "positive undertaking" och än mindre att Konventionsstater faktiskt skulle vara skyldig att infria utfästelsen. I praxis från Kommissionen är framför allt *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) av betydelse. Här anges en skyldighet att visa "tillbörligt beaktande" ("due consideration") av enskilds religiösa situation. Kommissionen ansåg att myndigheten i det aktuella fallet visat " tillbörligt beaktande". X:s önskemål kunde däremot inte tillmötesgås eftersom de skulle föranleda "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties").

EU-kommissionen har tolkat *fallet Vivien Prais* som uttryck för en generell princip om skydd mot diskriminering. I förslaget till direktiv om inrättande av allmänna ramar för likabehandling i arbetslivet säger Kommissionen följande: "EG-domstolen har också slagit fast att rätten att inte bli diskriminerad på grund av religion är en grundläggande rättighet som skall skyddas i gemenskapsrätten".[176] Uttalandet innehåller dock inget ställningstagande till aktiva åtgärder/positiv särbehandling.

3.3 Tyskland

I detta avsnitt redovisas tre avgöranden av högsta domstolar i Tyskland. Avgörandena är i första hand formulerade som en dialog med Förbundsrepubliken Tyskland och den egna förbundsstaten Bayern. Avgörandena kan emellertid också sägas utgöra en dialog med Europakonventionen, låt vara i huvudsak inte uttalat. Redovisningen av praxis gör inte anspråk på att vara uttömmande.[177]

Artikel 4 (1) och (2) i den tyska förbundsförfattningen ("Bundesverfassung", 1949) aktualiseras flerstädes. Dessa lyder:

> Punkt (1): Trosfriheten, samvetsfriheten och friheten till religiös och världsåskådningsmässig bekännelse är okränkbara.[178]
>
> Punkt (2): Ostörd religionsutövning är tillförsäkrad.[179]

176 KOM(1999)565 slutlig.

177 En relativt omfattande praxis från underrätter och mellaninstanser finns rörande skola och arbetsliv. Den har inte undersökts här.

178 "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich".

179 "Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet".

3.3.1 Skolrumskrucifix

3.3.1.1 Tyskland 1/, fallet Bayerns skolrumskrucifix[180] samt lagstiftning i Bayern i anledning av domen

Saken. Bayern är ett katolskt land. I alla skolsalar i offentliga folkskolor i Bayern skulle enligt Folkskoleförordningen finnas ett kors eller ett krucifix.[181] Några föräldrar var anhängare av den antroposofiska världsåskådningen utvecklad av Rudolf Steiner. De uppfostrade sina barn i denna världsåskådning. I de skolrum som barnen vistades fanns krucifix, i något fall 80 centimeter högt och placerat så att det syntes tillsammans med skrivtavlan i klassrummet. Föräldrarna nådde en kompromiss med skolan som innebar att krucifixet ersattes av ett kors utan korpus som sattes upp ovanför utgångsdörren. När barnen kom till nya klasser och/eller skolor möttes de emellertid av krucifix. Samma kompromiss uppnåddes. Efter en tid väckte föräldrarna talan vid den bayerska Förvaltningsdomstolen mot Fristaten Bayern för att få fastslaget att kors (eller krucifix) skulle tas bort från alla skolsalar som barnen besökte eller skulle komma att besöka. Förvaltningsdomstolen avslog ansökan i ett interimistiskt beslut. Domstolen anförde bland annat följande: "Spänningsförhållandet mellan positiv och negativ religionsfrihet måste lösas med stöd av samförståndsprincipen i enlighet med toleransbudet. Av detta följer att besvärsparterna (föräldrarna) inte kunde kräva att deras negativa religionsfrihet skulle ges absolut företräde framför den positiva bekännelsefriheten hos de barn som uppfostrades i en religiös bekännelse och som ville bekänna sig till denna. I själva verket borde man kunna förvänta sig av besvärsparterna att de skulle visa tolerans och aktning för andras religiösa övertygelse när de mötte dessas religionsutövning i skolan".[182] Föräldrarna besvärade sig men besvären avvisades. Domstolen menade

180 Federala Författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht), BVerfG 93, 1 BvR 1087/91, 16. Mai 1995.

181 Folkskoleförordningen (Volkschulordnung), § 13: "Die Schule unterstützt die Erziehungsberechtigen bei der religiösen Erziehung der Kinder. Schulgebet, Schulgottesdienst und Schulandacht sind Möglichkeiten dieser Unterstützung. In jedem Klassenzimmer ist ein Kreuz anzubringen. Lehrer und Schüler sind verpflichtet, die religiösen Empfindungen aller zu achten"; målet i föregående not s 2.

182 Verwaltungsgericht Regensburg, BayVB1 1991, s 345. "Das Spannungsverhältnis zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit müsse unter Berücksichtigung des Toleranzgebotes nach dem Prinzip der Konkordanz gelöst werden. Danach könnten die Beschwerdeführer nicht verlangen, daß ihrer negativen Bekenntnisfreiheit der absolute Vorrang gegenüber der positiven Bekenntnisfreiheit derjenigen Schüler eingeräumt werde, die in einem religiösen Bekenntnis erzogen würden und sich dazu bekennen wollten. Vielmehr könne von den Beschwerdeführern Toleranz und Achtung der religiösen Überzeugung anderer erwartet werden, wenn sie deren Religionsausübung in der Schule begegneten"; citerat från målet i förrförra noten s 4.

bland annat att anblicken av ett kors eller ett krucifix var en jämförelsevis ringa belastning. Barnen konfronterades med sådan framställning även annorstädes. Domstolen anförde vidare bland annat följande: "Korset är emellertid inte uttryck för bekännelse till en konfessionellt bunden tro, utan väsentligen uttryck för den allmänna kristet-västerländska traditionen och ett allmängods i denna kulturkrets".[183]

Förbundsförfattningsdomstolen ("Bundesverfassungsgericht"). Föräldrarna fortsatte det rättsliga förfarandet. De menade bland annat att Skolförordningen stred mot artikel 4(1) i den tyska Förbundsförfattningen. Religionsfriheten i denna "gav den enskilde medborgaren en rätt till försvar mot staten; Artikel 4(1) tjänade just som en skydd för minoriteter".[184] De hävdade vidare att det stred mot Artikel 9(1) i Europakonventionen att sätta upp kors i offentliga skolor. Vidare hänvisade föräldrarna till en dom 1990 av den schweiziska Förbundsdomstolen där domstolen funnit att det bröt mot den schweiziska författningen och Konventionen att anbringa kors i offentliga skolrum.[185]

Yttranden inhämtades från den bayerske ministerpresidenten och från kyrkliga organ. De godtog alla korsanbringande. De hänvisade bland annat till toleransbudet och till att den negativa religionsfriheten inte hade företräde framför den positiva.

Den tyska Författningsdomstolen gör en noggrann genomgång av religionsfriheten i den tyska författningen och innebörden av grundsatsen i författningen om statlig neutralitet. Domstolen konstaterar att religionsfriheten innebär att hysa en tro, att leva efter denna tro och att uttrycka denna i symboler. Samtidigt gäller spegelvänt frihet att inte ha en religion och att hålla sig undan kulthandlingar inom en religion som man inte delar.[186] Domstolen påpekar samtidigt att ingen kan kräva att helt förskonas från kulthandlingar och religiösa symboler. Detta följer av den samhälleliga självorganisationen ("der gesellschaftliche Selbstorganisation"). Härifrån skall skiljas situationer som skapas av staten ("eine vom Staat geschaffene Lage"). Artikel 4 i Författningen avser denna senare situation. Staten skall enligt Författningen följa en neutralitetsgrundsats i förhållande till olika åsikts- och livs-

183 "Das Kreuz sei aber nicht Ausdruck eines Bekenntnisses zu einem konfessionell gebundenen Glauben, sondern wesentlicher Gegenstand der allgemein christlich-abendländischen Tradition und Gemeingut dieses Kulturkreises"; målet i föregående not s 5.

184 "gebe dem einzelnen Bürger ein Abwehrrecht gegen den Staat; Art. 4 Abs. 1 GG diene gerade dem Minderheitenschutz"; målet i förgående not s 6 f.

185 Bundesgericht (Tribunal Fédéral), Arrêts du Tribunal Fédéral BGE volume 116 I 252, 26 september 1990. Med hänvisning till den statliga neutraliteten godtog Förbundsdomstolen förbud mot anbringande av krucifix i klassrummen i offentliga primärskolors skolrum. Se härom vidare avsnitt 3.5 och referatet av *fallet Dahlab*, Konventionen 14.

186 "Dem entspricht umgekehrt die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben"; s 15.

åskådningsmeningar. Detta är en förutsättning för fredlig samexistens mellan olika åsiktsinriktningar. Visserligen har staten en plikt att tillse att det skapas utrymme för att personligheten skall kunna utvecklas på det världsåskådnings-religiösa området. Författningen förbjuder emellertid privilegiering av bestämda bekännelser och motarbetande av annorledes tänkande. Härvidlag spelar numerär styrka respektive social relevans ingen roll. En likabehandlingsprincip skall iakttas.[187]

Tillsammans med andra artiklar i Författningen garanteras föräldrar rätt att handha sina barns uppfostran i religiöst- och världsåskådningshänseende. Detta innefattar rätt att hålla barnen borta från trosövertygelser som föräldrarna anser vara falska eller skadliga. Anbringande av kors (med eller utan korpus) i statliga skolor medför att eleverna tvingas studera "under korset" ("unter dem Kreuz"). Här saknas möjlighet att undvika att träffas av den religiösa symbolen. Detta är i motsats till det vardagliga samhällslivet där visserligen religiösa symboler förekommer men där möjlighet finns att undvika dessa och där exponering kan vara helt flyktig. Författningsdomstolen erinrar om att den tidigare funnit det stridande mot Författningen att en judisk person tvingades delta i en process vid en domstol där det i domstolslokalen fanns anbringat ett kors. Det stred mot Författningen att tvingas "föra en rättstvist under korset".[188]

Vilken innebörd har korset? En majoritet i domstolen anförde kategoriskt att korset är symbol för en bestämd religiös övertygelse och inte till exempel enbart uttryck för den av kristendomen medpräglade västerländska kulturen.[189] Majoriteten sade vidare att korset tillhör nu som tidigare kristendomens specifika trossymboler. Korset är helt enkelt dess trossymbol. Som avslutning anfördes att det vore att profanera kristendomens självförståelse och kristna kyrkor om man skulle anse korset som enbart ett uttryck för västerländsk tradition eller som ett kultföremål utan specifikt trosinnehåll.[190]

Kors i skolsalar har en vädjande karaktär. De förmedlar intrycket att det tros-

187 "Auf die Zahlenmäßige Stärke oder die soziale Relevanz kommt es dabei nicht an ... Der Staat hat vielmehr auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten"; s 17 och 24.

188 "einen Rechtsstreit unter dem Kreuz zu führen"; s 18. Hänvisning till BVerfG 35, 366 (1974).

189 "Das Kreuz ist Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung und nicht etwa nur Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur"; s 19.

190 "Das Kreuz gehört nach wie vor zu den spezifischen Glaubenssymbolen des Christentums. Es ist geradezu sein Glaubenssymbol schlechthin". Som avslutning anfördes att "(E)s wäre eine dem Selbstverständnis des Christentums und der christlichen Kirchen zuwiderlaufende Profanisierung des Kreuzes, wenn man es, wie in den angegriffenen Entscheidungen, als bloßen Ausdruck abendländischer Tradition oder als kultisches Zeichen ohne spezifischen Glaubensbezug ansehen wollte"; s 19 f och s 24.

innehåll som de symboliserar är förebildligt och efterföljansvärt.[191] Detta är särskilt fallet beträffande unga människor som är under utbildning för att bland annat lära sig kritikförmåga och att inta egna ståndpunkter.

Staten har skyldighet att tillhandahålla skolutbildning. Det kan inte undvikas att olikartade religiösa och världsåskådningsmässiga övertygelser möts på ett intensivt sätt i skolan. Denna konfliktsituation skall lösas i enlighet med grundsatsen om vardagligt samförstånd. Denna grundsats kräver att alla åsikter underkastas en i görligaste mån skonsam likställning och att ingen av de motstående rättsligt skyddade ståndpunkterna får en företrädesställning och därmed blir maximalt framhävd.[192] Samtidigt måste beaktas att kristendomen har en särställning genom det inflytande den haft på tanketraditioner, sinneserfarenheter och förhållningssätt. I ett pluralistiskt samhälle är det under alla omständigheter omöjligt att i den obligatoriska skolan tillgodose alla uppfostringsföreställningar. Den positiva och negativa religionsfriheten kan där inte förverkligas utan problem. Det åligger lagstiftaren att försöka hitta en för alla godtagbar kompromiss för att överbrygga det oundvikliga spänningsförhållandet mellan positiv och negativ religionsfrihet med beaktande av toleransbudet.[193] Domstolen anför vissa synpunkter på hur detta skall ske.

Offentliga skolor har ett visst utrymme för att låta religiösa drag komma till uttryck även om elever inte kan undgå att utsättas för dessa. En förutsättning är dock att detta sker med endast ett oundvikligt minimum av tvång. När kristna drag tillåts på detta sätt sker det inte för att uttrycka bestämda trossanningar utan som erkännande av kristendomens präglande betydelse för kultur och bildning. Till kristendomen som kulturfaktor hör just även tanken att visa respekt för oliktänkande. Uppsättande av kors i klassrum överskrider emellertid gränsen för religiös-världsåskådningmässig utformning av skolor. Korset kan inte reduceras till enbart västerländsk kulturtradition. "Det symboliserar den väsentliga kärnan i den kristna trosövertygelsen".[194] Uppsättande av kors kan inte heller rättfärdigas med hänvisning till den positiva religionsfrihet som kristna föräldrar och elever har. Positiv religionsfrihet har även övriga elever och deras föräldrar. Denna "konflikt kan inte

191 "Es hat appellativen Charakter und weist die von ihm symbolisierten Glaubensinhalte als vorbildhaft und befolgungswürdig aus"; s 20.

192 Motsättningen är "nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, daß nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle eine möglichst schonenden Ausgleich erfahren"; s 21.

193 "Das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen negativer und positiver Religionsfreiheit unter Berücksichtigung des Toleranzgebotes zu lösen, obliegt dem Landesgesetzgeber, der im öffentlichen Willensbildungsprozeß einen für alla zumutbaren Kompromiß zu suchen hat"; s 22.

194 "Es symbolisiert den wesentlichen Kern der christlichen Glaubensüberzeugung"; s 24.

lösas enligt majoritetsprincipen ty just den grundlagsskyddade trosfriheten avser i särskilt hög grad skyddet för minoriteter".[195] Det förhållandet att viss frivillig religionsundervisning tillåts även i statliga skolor kan inte heller rättfärdiga uppsättande av kors. Detta "vore oförenligt med det vardagliga samförståndsbudet" ("wäre es mit dem Gebot praktischer Konkordanz nicht vereinbar").

Tre domare (av sammanlagt åtta) anförde avvikande mening. De ansåg det inte förelåg en kränkning av Författningen. Till en del berodde detta på att dissidenterna hade uppfattningen att Författningen gav förbundsstaterna utslagsgivande kompetens i skolfrågor. Dissidenterna anför att Bayern vid utformningen av sin skolförfattning har haft fog för att fästa avseende vid att majoriteten av medborgarna i Bayern tillhör en kristen kyrka.[196] Bayern har också haft fog för att utgå ifrån att korset symboliserar "överkonfessionella kristet-västerländska värden och etiska normer som bejakas eller i vart fall respekteras även av merparten av personer som står fjärran från en kyrka".[197] Plikten att iaktta neutralitet innebär "inte en förpliktelse för staten att ställa sig likgiltig eller att inte ha någon ståndpunkt i livsåskådningsfrågor".[198] Ett samarbete mellan stat och kyrka är författningsmässigt tillåtet.

Dissidenterna pekar på artikel 4(2) i Författningen, ett lagrum som majoriteten över huvud inte nämner. Detta lagrum förstärker och framhäver punkt (1). Genom att tillåta skolrumskrucifix bereder staten rum för positiv bekännelsefrihet. Klagandena har inte hävdat att deras positiva religionsfrihet kränkts utan enbart att den negativa (genom kravet att korsen skall tas bort och de därmed skall slippa att exponeras för andras positiva religionsutövning). Liksom majoriteten pekar dissidenterna på det oundvikliga spänningsförhållandet mellan positiv och negativ religionsfrihet och på att detta kräver en för alla godtagbar kompromiss där tolerans erfordras. Här är emellertid "den negativa religionsfriheten ingen överordnad grundsats, som kan leda till att positiv religionsutövning undanträngs. Rätten till religionsfrihet är ingen rätt till förhindrande av religion".[199] Vidare måste beaktas

195 "Der daraus entstehende Konflikt läßt sich nicht nach dem Mehrheitsprinzip lösen, denn gerade das Grundrecht der Glaubensfreiheit bezweckt in besonderem Maße den Schutz von Minderheiten"; s 24.

196 Lagstiftaren kunde "der Tatsache Rechnung tragen, daß die Mehrheit der in seinem Gebiet lebenden Staatsbürger einer christlichen Kirche angehört"; s 28.

197 Bayern kunde utgå ifrån att korset symboliserar "die überkonfessionellen christlich-abendländischen Werte und ethischen Normen auch von einem Großteil der einer Kirche fernstehenden Personen begrüßt oder wenigstens respektiert würde"; s 28.

198 "nicht als eine Verpflichtung des Staates zur Indifferenz oder zum Laizismus verstanden werden"; s 29.

199 "Dabei ist die negative Religionsfreiheit kein Obergrundrecht, das die positiven Äußerungen der Religionsfreiheit im Falle des Zusammentreffens verdrängt. Das Recht der Religionsfreiheit ist kein Recht zur Verhinderung von Religion"; s 32.

vilken inverkan anblicken av ett skolrumskrucifix har på eleverna. På de kristet religiösa eleverna kan inverkan vara religiös. På andra elever blir intrycket inte religiöst utan en sinnebild för målsättningen för en kristen samskola ("Gemeinschaftsschule"), nämligen förmedling av den kristligt präglade västerländska kulturens värden. Toleransbudet förpliktar dessa elever och deras föräldrar att godta skolrumskrucifixet. Den psykiska påverkan på och mentala belastningen för dessa elever av den påtvingade upplevelsen av korset är jämförelsevis ringa. Det minimum av tvång som inte får överskridas blir inte överskridet. Eleverna behöver inte iaktta särskilda förhållningssätt eller religiösa handlingar framför korset. Något missionerande element fanns inte.

Förhållandena i Bayern måste vidare beaktas, anför dissidenterna. Korset är där mycket vanligt förekommande på många levnadsområden, inte bara i kyrkliga sammanhang utan även annorstädes som till exempel på vägarna och i profana byggnader, även hotell och restauranger. "Under sådana omständigheter är korset i skolrummet en del av det vanliga; det har inte en missionerande karaktär".[200]

Kommentar till domen. Domen är synnerligen nyanserad och rik på synpunkter. Den ger upphov till åtskilliga kommentarer. Dessa skall inte utvecklas här. Det sker i kapitel 5. Där behandlas ett antal skärningspunkter mellan religion och andra värden.

En kommentar redan här är dock att den tyska Författningsdomstolen är avsevärt mera nyanserad än Europadomstolen när den diskuterar betydelsen och innebörden av religiösa symboler. Ansatsen är ödmjukare och visar större förståelse för den religiöst-andliga dimensionen. Den tyska domstolen är också avsevärt försiktigare i sina omdömen än Europadomstolen.

Lagstiftning i Bayern. I det följande skall göras några anteckningar göras om lagstiftning i Bayern i anledning av domen. Slutresultatet för Bayerns del var ju att dess skolförordning förklarades ogiltig i det aktuella avseendet. En ny ordning måste införas. Så skedde. I den nya lydelsen av den 23 december 1995 heter det följande: "(1) Med hänsyn till Bayerns andliga och kulturella prägling hängs ett kors upp i varje skolrum. (2) Därigenom uttrycks önskan att förverkliga de högsta bildningsmålen i Författningen på grundval av kristna och västerländska värden med skyddande av trosfrihet. (3) Om klagomål mot att ett kors har hängts upp anförs på allvarliga och förståeliga grunder baserade på tro eller världsåskådning av utbildningsberättigade, försöker skolledningen att hitta en godtagbar samförståndslösning. (4) Lyckas inte detta ankommer det på skolledningen att efter anmälan till skolmyn-

200 "Unter solchen Verhältnissen bleibt auch das Kreuz im Klassenzimmer in Rahmen des Üblichen; ein missionarischer Charakter kommt ihm nicht zu", s 33.

digheten i varje enskilt fall hitta en ordning som innebär en rättvis avvägning mellan aktning för klagandens trosfrihet och de religiösa och världsåskådningsmässiga övertygelserna hos alla berörda i klassen; därvid skall även majoritetens vilja såvitt möjligt beaktas".[201]

Denna reglering har ännu inte prövats av den tyska Förbundsförfattningsdomstolen. Besvärstalan fördes mot regleringen men denna avvisades utan sakprövning av den tyska Förbundsförfattningsdomstolen.[202] Den bayerska Författningsdomstolen har emellertid accepterat den nya regleringen.[203] Detta skedde framför allt med hänvisning till den konfliktlösningsmodell som den nya regleringen innehåller. Den bayerska Författningsdomstolen noterade att majoritetens vilja inte hade utslagsgivande betydelse. Den klagande kunde hävda sig även gentemot en majoritet av motsatt vilja.[204] Trots en regel i den bayerska författningen om rätt att tiga måste den klagande eleven visserligen framlägga grunder för sitt motstånd. I annat fall skulle den klagande kunna skaffa sig och sin övertygelse absolut företräde.[205] Förbundsförfattningsdomstolen hade i sin dom särskilt pekat på att det inte i den dåvarande bayerska regleringen fanns någon möjlighet att undvika exponeringen. I den nya regleringen fanns enligt den bayerska Författningsdomstolen varken tvång eller oundviklighet.

Förbundsförfattningsdomstolen hade vidare pekat på att det ålåg lagstiftaren att finna en lösning på det oundvikliga spänningsförhållandet mellan olika ståndpunk-

201 "(1) Angesichts der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns wird in jedem Klassenraum ein Kreuz angebracht. (2) Damit kommt der Wille zum Ausdruck, die obersten Bildungsziele der Verfassung auf der Grundlage christlicher och abendländischer Werte unter Wahrung der Glaubensfreiheit zu verwirklichen. (3) Wird der Anbringung des Kreuzes aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung durch die Erziehungsberechtigten widersprochen, versucht der Schulleiter eine gütliche Einigung. (4) Gelingt eine Einigung nicht, hat er nach Unterrichtung des Schulamts für den Einzelfall eine Regelung zu treffen, welche die Glaubensfreiheit des Widersprechenden achtet und die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen aller in der Klasse Betroffenen zu einem gerechten Ausgleich bringt; dabei ist auch der Wille der Mehrheit soweit möglich zu berücksichtigen"; citerat från ett beslut av den tyska Förbundsförfattningsdomstolen: se följande not.

202 BVerfG, 1 BvR 1604/97 vom 27.10 1997. Där refereras och citeras utförligt den bayerska lagstiftningen. Hänvisningar i noterna nedan till den bayerska Författningsdomstolens beslut sker till punkter i beslutet av den tyska Förbundsförfattningsdomstolen.

203 Verfassungsgericht Bayern (Författningsdomstolen Bayern), BayVerfGH, dom 1 augusti 1997. Domen finns intagen i Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) EuGRZ 1997 s 447. Se även föregående not.

204 Majoriteten får enligt regeln vika "wenn ernsthafte und einsehbare Gründe auf eine unzumutbare innere Belastung schließen ließen und eine weniger einschneidende Ausgleichslösung nicht möglich sei"; punkt 12.

205 "Der Widerspruch müsse begründet werden, weil andernfalls ... der Betroffene vielmehr seiner Überzeugung den absoluten Vorrang verschaffen könnte"; punkt 13.

ter i fråga om trosfrihet, med beaktande av toleransbudet. Detta hade lagstiftaren i Bayern gjort med den nya regleringen enligt den bayerska Författningsdomstolen. Domstolen anförde vidare att det av Förbundsförfattningsdomstolens dom inte följde att uppsättande av kors undantagslöst strider mot författningen. Den nyantagna regeln kunde därför godtagas.

Kommentar. Den bayerska lagstiftningen innefattar en anpassning till domen av den tyska Förbundsförfattningsdomstolen. Anpassningen framstår som minimalistisk. Skolor kan fortsätta att ha kors i skolrummen. Den konfliktlösningsmodell som den nya regleringen innehåller är sådan att den hittillsvarande ordningen i de allra flesta fall kan förväntas bestå. Så synes också ha blivit fallet i praktiken.[206] Domen i den bayerska Författningsdomstolen är nationalistisk i den meningen att den försvarar en ordning som har just detta resultat. Det är tydligt att en domstol med andra värderingar och synsätt kunde ha kommit till slutsatsen att den nya regleringen i Bayern fortfarande stred mot den tyska Förbundsförfattningen.

I vad mån situationen i Bayern kan komma att påverkas av Europadomstolens dom i *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20) återstår att se. Såväl Italien som Bayern kan komma att ignorera domen i *fallet Italiens skolrumskrucifix*. Något verksamt påtryckningsmedel mot en stat som inte ställer sig en dom av Europadomstolen till efterrättelse finns inte (annat än uteslutning ur Council of Europe). Domen i *fallet Italiens skolrumskrucifix* är, som sagts i kommentaren till den domen, en ganska naturlig följd av praxis rörande Europadomstolen. Samtidigt utmanar domen en europeisk tradition och ett europeiskt kulturmönster. Detta behandlas i avsnitt 5.3. Där och i avsnitt 3.3.1 kommenteras den nya lagstiftningen i Bayern och domen av den bayerska Författningsdomstolen rörande denna.

206 Som exempel kan hänvisas till en dom av Förvaltningsdomstolen Augsburg i Bayern, Au 2 K 07.347, den 14 augusti 2008. En lärare hade begärt att korset skulle tas bort i klassrum där han undervisade. Domstolen ansåg inte att korsen utgjorde en tungt vägande själslig belastning för läraren som rättfärdigade ett undantag.. Domen finns flitigt citerad och kommenterad på Nätet. Domen kommenteras till exempel på Nätet av tidskriften Der Spiegel 14 augusti 2008.

3.3.2 Religiöst präglad klädsel i offentlig tjänst

3.3.2.1 Tyskland 2/, fallet Ludin, fallet den muslimska lärarinnan[207]

Saken. Ferestha Ludin föddes i Kabul, Afghanistan, men är sedan 1995 tysk medborgare. Hon är muslimskt religiös. Hon genomgick lärarutbildning och sökte tjänst som lärare vid en offentlig skola i förbundsstaten Baden-Württemberg. I denna förbundsstat gällde en lag om tjänstemannaanställning ("Landesbeamtengesetz Baden-Württemberg" i lydelse från 1996). I Förbundsrepubliken Tyskland gällde Ramlagen för tjänstemannarätt ("Beamtenrechtsrahmengesetz", 1999). Ludin skulle undervisa barn i åldrarna fyra till fjorton år på grundskola och mellanstadieskola (Grund- und Hauptschulen). Hon förvägrades sådan tjänst med motiveringen att hon inte var lämpad för tjänsten. Skälet till detta var att hon förklarade att hon avsåg att bära muslimsk sjal under arbetet i skolan, även i klassrummen. Ludin förde talan mot beslutet vid domstolar i Baden-Württemberg. Hon förlorade genomgående. Sjalen befanns i och för sig omfattad av religionsfrihetsskyddet i artikel 4(1) i Förbundsförfattningen. Huvudargumenten var att sjalen kränkte den negativa religionsfriheten hos eleverna och deras föräldrar samt kom i konflikt med statens neutralitet i religionsfrågor. Även faran för religiöst betingade konflikter framhävdes.

Författningsdomstolen ("Bundesverfassungsgericht") tar ställning med stor utförlighet. En majoritet om fem av åtta ledamöter (i fortsättningen Författningsdomstolen) uttalar sig på drygt tio sidor medan minoriteten använder drygt tretton sidor för sitt ställningstagande. En betydande del av detta utrymme ägnas åt analys av den offentliga tjänsten i Tyskland utifrån artikel 33 i Förbundsförfattningen. Denna analys förbigås här eftersom den i huvudsak saknar relevans utanför Tyskland. En stor det av utrymmet ägnas vidare åt frågan huruvida tillräckligt lagstöd fann i Baden-Württemberg för beslutet rörande Ludin. Av samma skäl behandlas inte heller denna fråga. Endast det förhållandet att erforderligt lagstöd inte ansågs föreligga är av intresse här. Denna ståndpunkt ledde till slutsatsen i Författningsdomstolen att beslutet att förvägra Ludin anställning som lärare inte kunde upprätthållas.

---

207 Förbundsförfattningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht), BVerfG, 2 BvR 1436/02, 24. September 2003. Domen är mycket utförlig. En läsare kan nog lätt få den uppfattningen att domskälen utan att förlora något i juridiskt avseende hade kunnat skrivas betydligt kortare. Antalet upprepningar framstår, till exempel, som besvärande.
Ferestha Ludin är inte namngiven i domen utan betecknas som Frau L... Fallet har emellertid väckt enorm uppmärksamhet i Tyskland och Ferestha Ludin har blivit en välkänd person. Det finns därför ingen anledning att här inte nämna henne vid hennes fulla namn.

Författningsdomstolen anger, med hänvisning till tidigare praxis, att artikel 4 (1) och (2) i Förbundsförfattningen innehåller att omfattande skydd. "Denna omfattar inte bara den inre friheten att tro eller att inte tro utan även den yttre friheten att bekänna tron och utbreda den. Rätten för den enskilde att inrätta hela sitt förhållningssätt efter tron omfattas också liksom att handla i enlighet med den inre trosövertygelsen. Detta gäller inta bara tvingande lärosatser utan också sådana religiösa övertygelser som framstår som riktiga för att bemästra livssituationer".[208] Trosfriheten i artikel 4 är förbehållslös (para 38). Detta innebär att inskränkningar måste ha stöd i Förbundsförfattningen. Sådant stöd är andras författningsskyddade rättigheter liksom gemenskapsvärden av författningsrang. För att begränsa den förbehållslösa trosfriheten fordras dessutom stöd i lag som är tillräckligt avgränsad och bestämd. Domstolen utgår från att den muslimska sjalen omfattas av skyddet i artikel 4(1). Domstolen markerar att frågan om skyldighet att bära sjal är omstridd men domstolen anser att en sådan förpliktelse låter sig på ett tillräckligt trovärdigt sätt inordnas under skyddsområdet för artikel 4.[209] Visserligen kan inte vilket som helst förhållningssätt som en människa iakttar anses omfattat av den särskilt skyddade trosfriheten enbart därför att vederbörande subjektivt så bestämmer. Man kan inte bortse från den uppfattning som religionsgemenskapen har om sig själv när man bedömer en enskilds förhållningssätt som vederbörande anser vara uttryck för den egna trosfriheten.[210]

Vilka grundlagsskyddade rättigheter står här emot religionsfriheten? Domstolen anger tre (para 41), nämligen (1) det statliga utbildningsuppdraget (artikel 7, Förbundsförfattningen) med plikten att uppfylla detta med iakttagande av neutralitet rörande världsåskådning och religion, (2) föräldrars rätt att bestämma om sina barns uppfostran (artikel 6, Förbundsförfattningen) och (3) skolbarnens negativa religionsfrihet (artikel 4, Förbundsförfattningen). (1) Resonemanget om den stat-

208 "Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten ... Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln. Dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze, sondern auch solche religiösen Überzeugungen, die ein Verhalten als das zur Bewältigung einer Lebenslage richtige bestimmen"; para 37.

209 "dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hinreichend plausibel zuordnen", para 40.

210 "Zwar kann nicht jegliches Verhalten einer Person allein nach deren subjektiver Bestimmung als Ausdruck der besonders geschützten Glaubensfreiheit angesehen werden; vielmehr darf bei der Würdigung eines vom Einzelnen als Ausdruck seiner Glaubensfreiheit reklamierten Verhaltens das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft nicht außer Betracht bleiben"; para 40.

liga neutraliteten förbigås (paras 42–44). Här hänvisas till vad som sagts om detta i referatet av *fallet Bayerns skolrumskrucifix*. Formuleringarna i *Ludin* ansluter till dem som finns i *Bayerns skolrumskrucifix*. (2) Föräldrar har vårdnadsrätt och rätt att uppfostra sina barn. Hit hör även religion och världsåskådning. Liksom i *Bayerns skolrumskrucifix* anger Domstolen att detta ger föräldrar rätt både att bestämma om vilka övertygelser som skall förmedlas till barnen i dessa hänseenden och att hålla barnen borta från sådant som föräldrarna uppfatta som falskt eller skadligt ("falsch oder schädlich"; para 45). (3) Skolbarnen (para 46), slutligen, åtnjuter religionsfrihet. Den negativa sidan innefattar bland annat rätt att hålla sig undan oönskade religiösa manifestationer. Detta innefattar även kulthandlingar och symboler.[211]

Domstolen konstaterar att förbundsländerna har omfattande självständighet inom utbildningsområdet. I ordalag som nära överensstämmer med *Bayerns skolrumskrucifix* anger Domstolen hur förbundsländerna skall lösa denna uppgift som rymmer ett oundvikligt spänningsförhållande. Tolerans och kompromiss måste eftersträvas. Förbundsländerna har olika religiös struktur. Till följd av förbundsländernas omfattande lagstiftningsautonomi kan det därför inträffa att de inför sinsemellan olika regler. När förbundsländerna strävar efter att finna den rätta medelvägen är det nämligen tillåtet att beakta "skoltraditioner, befolkningens religiösa sammansättning och dess mer eller mindre starka religiösa förankring".[212]

Lagstiftningsautonomin omfattar även att införa förbud mot att lärare bär kläder som är "vittnesbörd om en övertygelse" ("Kundgabe einer Glaubensüberzeugung"; para 49). Sådant förbud kan godtas för att förbjuda bärandet av kläder innan det har uppstått någon konflikt, störning eller påverkan, dvs redan när faran för detta bara är abstrakt. En förutsättning för detta är emellertid att det finns en tillräckligt klar och bestämd laglig grund för detta.

Vilket budskap förmedlar den muslimska sjalen? På grundval av sakkunnigbevisning inför Domstolen anges detta i flera punkter (paras 51–52), nämligen (1) religiös symbol, (2) ett tecken på bevarande av traditioner från ursprungssamhället och (3) som en politisk symbol för muslimsk fundamentalism. I sistnämnda hänseende kan sjalen vara uttryck för avståndstagande från sådana västerländska vär-

211 "...das bezieht sich auch auf Kulte und Symbole, in denen sich ein Glaube oder eine Religion sich darstellt"; para 46.

212 Olika religiösa strukturer "schließt ein, dass die einzelnen Länder zu verschiedenen Regelungen kommen können, weil bei dem zu findenden Mittelweg auch Schultraditionen, die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre mehr oder weniger starke religiöse Verwurzelung berücksichtigt werden dürfen"; para 47.

den som individuell självbestämmanderätt och kvinnoemancipation.[213] I Ludins fall visar utredningen emellertid att hon inte vill bära sjalen av politiska motiv. Hon åberopar religionsfriheten, en frihet som har nära samband med människovärdet såsom det högsta värdet i Förbundsförfattningen (artikel 1).[214] Vidare kan sjalen (4) vara ett uttryck för att i en diasporasituation bevara den egna identiteten samt också (5) vara ett sätt att visa sig vara sexuellt inte tillgänglig ("sexuelle Nichtverfügbarkeit"; para 52). Med hänsyn till att det sålunda finns flera motiv att bära en sjal låter sig bärandet av en sådan inte reducera till ett tecken på samhälleligt undertryckande av kvinnor.[215] Tvärtom kan sjalen för unga muslimska kvinnor vara ett fritt val för att utan att bryta med härkomstkulturen iaktta ett självbestämt levnadssätt.[216] Om en lärare bär en sjal innebär detta därför inte nödvändigtvis att hon försvårar för sina muslimska flickelever att utveckla egna värderingar som motsvarar den kvinnobild för Förbundsförfattningen har.

Vilken inverkan har sjalen på eleverna? Domstolen hörde i detta avseende sakkunniga. Dessa menade att det saknades vetenskapliga bevis för att sjalen skulle påverka barnen annat än om konflikter uppkom mellan lärare och föräldrar. På en så osäker grund kan inte ett beslut om bristande lämplighet fattas när det rör sig om en grundlagsskyddad rättighet (para 56). Den abstrakta faran att det kan uppstå konflikter med föräldrar och barn utgör inte heller sådan grund annat än om det finns det finns stöd i skol- och tjänstemannalagstiftningen (para 58). Begränsande lagstiftning står det emellertid förbundsländerna fritt att införa, med beaktande av de grundlagsskyddade rättigheterna (religionsfrihet för lärare och elever, uppfostringsrätt för föräldrar och statlig neutralitet vid utbildning; para 62). Domstolen hänvisar till Europakonventionen och anför med hänvisning till *fallet Dahlab* (Konventionen 14) att förbud för lärare att i skolrummen bära den muslimska sjalen kan vara en godtagbar begränsning av religionsfriheten (para 66). Domstolen ger lagstiftaren vissa anvisningar för lagstiftning (paras 67-69). Kolliderande grundlagsrättigheter innebär att lagstiftaren måste lägga fast normer så att dessa friheter dock kan utövas. Så kan till exempel den tilltagande pluralismen leda till ett strängare

213 "Abgrenzung zu Werten der westlichen Gesellschaft, wie individuelle Selbstbestimmung und insbesondere Emanzipation der Frau"; para 51.

214 Religionsfriheten "der in enger Beziehung zum obersten Verfassungswert der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz) steht"; para 53.

215 Översikter av motiv "zeigen jedoch, dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf"; para 52.

216 "Vielmehr kann das Kopftuch für junge muslimische Frauen auch ein frei gewähltes Mittel sein, um ohne Bruch mit der Herkunftskultur ein selbstbestimmtes Leben zu führen"; para 52.

neutralitetsbegrepp (para 69). Domstolen pekar även på att lagstiftning kan påverka olika grupper olika. Avgörande här är i vilken mån religionen ger anvisningar beträffande kläder. I sin tur medför detta att lagstiftningen kommer att ha väsentlig betydelse för den samhälleliga regleringen av trosfriheten ("der gesellschaftlichen Ordnungsfunktion der Glaubensfreiheit"). Sådan lagstiftning kan endast grundas på och genomföras om människor som tillhör olika trossamfund behandlas lika.[217]

Domstolen diskuterar utförligt vilken betydelse i sammanhanget som den tilltagande religiösa pluralismen kan få (paras 62 – 65). Argument kan anföras både för ett strängare iakttagande av neutralitet och för motsatsen, säger Domstolen. Detta behandlas i avsnitt 5.4.

Som framgått flerstädes ansåg Författningsdomstolen att lagstiftningen i Baden-Württemberg inte innehöll klart stöd för ett beslut som det aktuella. Av detta skäl blev Domstolens slutsats att beslutet att förvägra Ludin anställning som lärare i offentlig skola stred mot Förbundsförfattningen.

En minoritet om tre ledamöter (av åtta) hade avvikande åsikt. Huvudpunkten i deras dissens är att det av Domstolen uppställda kravet på uttrycklig lagstiftning inte har stöd i tidigare praxis eller i litteraturen, att Domstolen inte ger tillräckliga anvisningar för lagstiftning, att Domstolen inte anger vad som skall gälla till dess lagstiftning trätt i kraft, att kravet på uttrycklig lagstiftning kan ge upphov till en felaktig kompetensfördelningen mellan Förbundsrepubliken och förbundsländerna samt att Domstolen inte tillräckligt besvarar den grundlagsmässiga frågan om statlig neutralitet (para 75). Betydande utrymme ägnas också åt tjänstemannarätten. Här diskuteras med mycket stor utförlighet bland annat att tjänstemannen frivilligt ansökt om tjänsten, att med tjänsten är förbunden olika skyldigheter, bland annat en neutralitetsplikt för tjänstemän, att tjänstemannens uppdragsgivare är folket och att tjänstemannen "förverkligar beslut av den parlamentariska lagstiftaren och den ansvariga regeringen; tjänstemannen konkretiserar demokratins och rättsstatens princip".[218]

Kommentarer. Domen är synnerligen nyanserad och rik på synpunkter. Det ger upphov till åtskilliga kommentarer. Dessa skall inte utvecklas här. Det sker i kapitel 5. Där behandlas ett antal skärningspunkter mellan religion och andra värden. Redan här kan det dock följande kommentarer och informationer vara på sin plats.

En första kommentar är att den tyska Författningsdomstolen är avsevärt mera

217 Sådan reglering "nur begründet und durchgesetzt werden kann, wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden"; para 71.

218 "Der öffentliche Dienst verwirklicht die Entscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers und der verantwortlichen Regierung; er konkretisiert das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)"; para 95.

nyanserad än Europadomstolen när den diskuterar betydelsen och innebörden av bärandet av en religiös symbol som till exempel den muslimska sjalen. Sålunda redovisas på grundval av sakkunnigutlåtanden ett stort antal tänkbara skäl för bärande av huvudduken. Domstolen visar även avsevärt större förståelse för att en kvinna kan välja att frivilligt bära en huvudsjal än vad Europadomstolen gjort. Den tyska domstolen är därmed också avsevärt försiktigare i sina omdömen och ställningstaganden än Europadomstolen.

En andra kommentar är att den tyska Författningsdomstolen inte närmare bygger på målet att uppnå jämställdhet mellan män och kvinnor. Det finns i domen ingen motsvarighet till de uttalanden som Europadomstolen (och den schweiziska Författningsdomstolen) gjort vad gäller svårigheten att förena kvinnors bärande av en huvudsjal med jämlikhet.

En tredje kommentar är följande. Författningsdomstolen underkände beslutet att vägra Ludin anställning. Detta innebar att Ludins besvär över beslutet bifölls. I den meningen var utgången en seger för Ludin och för den muslimska sjalen. Frågan är emellertid om det här inte rör sig om en Pyrrhusseger för muslimska kvinnor och i vidare mening för tillåtlighet att offentligt visa religiös tillhörighet. Författningsdomstolen gav ju uttryckligen delstaterna lagstiftningskompetens att införa förbud mot bärande av religiösa symboler, till exempel muslimsk sjal, i offentliga skolor. Sådan lagstiftning kan komma att vara begränsande i betydande omfattning. Den kan också komma att vara särskiljande mellan olika religioner, trots Författningsdomstolens uttalande om nödvändigheten av likabehandling av olika trossamfund (para 71). Detta synes vara just vad som inträffat; se nedan.

Domen gav upphov till en synnerligen livlig debatt. Några röster ur denna debatt anförs här.[219]

Den dåvarande förbundspresidenten Johannes Rau gav debatten en mäktig sprängkraft genom ett uttalande där han hävdade att om den muslimska huvudduken förbjöds "kunde man svårligen försvara munkkåpan".[220] Uttalandet tolkades som ett likställande av den muslimska sjalen med kristna och judiska religiösa symboler. Detta gav upphov till skarpa uttalanden av motsatt slag.

Kardinalen Karl Lehman, dåvarande ordförande i den tyska biskopskonferensen, uttalade korset och kristna ordenskläder har en "hög rang som religiösa vitt-

219 Alla uttalanden som citeras finns på ett stort antal hemsidor på Nätet, tex den nätupplaga som tidningen Die Welt har, www.welt.de.

220 "Wenn man das Kopftuch als religiöses Erkennungszeichen an Schulen verbietet, kann man die Mönchskutte nur schwer verteidigen".

nesbörd" och de "innefattar inte det minsta spår av politisk propaganda".[221] Huvudduken är däremot inte i sig en religiös symbol utan har i betydande grad politisk betydelse.

Edmund Stoiber, den dåvarande bayerska regeringschefen, kallade den muslimska sjalen för en "politisk symbol" som inte är förenlig med "upplyst demokrati". Han anförde vidare att "(H)uvudduken är i vårt samhälle heller inte en brygga som för till integration, utan en symbol för utspärrning och uppdelning".[222]

Kardinalen Friedrich Wetter, då ärkebiskop av München, bedömde i ett uttalande huvudduken som ett "militant stridsrop riktat mot de värden som finns i vår grundlag".[223]

Christoph Böhr, då vice ordförande för den kristdemokratiska gruppen i den tyska förbundsdagen, anförde följande: "Varken krucifixet eller munkkåpan eller den judiska kippan är stridsrop riktade mot det demokratiska samhället. Huvudduken värvar däremot stöd för en politisk inriktning som har förklarat strid mot den demokratiska författningsstaten".[224]

Dåvarande förbundskanslern Gerhard Schröder uttalade som sin mening att "(D)et finns ingen plats för huvuddukar för människor med statliga befattningar, alltså även lärarinnor".[225] Han menade dock samtidigt att muslimska skolflickor inte skulle förbjudas att bära sjalen.

Dåvarande kardinalen Joseph Ratzinger, nu påven Benedikt XVI, intog en annan ståndpunkt. Han uttalade sig för att religiösa symboler skall få användas. Om religionen begränsas till privatlivets område skulle det offentliga livet bli "tomt på värden och moral ("leer von Werten und Moral"). "Jag skulle inte förbjuda någon muslimsk kvinna att bära huvudduk, men vi skulle i än högre grad vägra att godta att korset som offentligt tecken på en försoningskultur förbjöds".[226]

221 Korset och kristna ordenskläder har "hohen Rang als religiöses Zeugnis" och "nicht die geringste Spur einer politischen Propaganda zu eigen".

222 "Das Kopftuch ist in unserer Gesellschaft auch keine Brücke zur Integration, sondern ein Symbol der Ausgrenzung und Spaltung".

223 "Eine militante Kampansage an die Werte unseres Grundgesetzes".

224 "Weder Kruzifix noch Mönchskutte oder jüdische Kippa sind Kampfansagen an die demokratische Gesellschaft. Das Kopftuch hingegen wirbt für eine politische Meinung, die dem demokratischen Verfassungsstaat den Kampf angesagt hat".

225 "Kopftücher haben für Leute im staatlichen Auftrag, also auch für Lehrerinnen, keinen Platz".

226 "Ich würde keiner muslimischen Frau das Kopftuch verbieten, aber noch viel weniger lassen wir uns das Kreuz als öffentliches Zeichen einer Kultur der Versöhnung verbieten"; se tex www.netzeitung.de, 2. Januar 2004.

3.3.2.2 Lagstiftning i Bayern i anledning av fallet Ludin samt situationen i övrigt i Tyskland

I det följande redovisas och analyseras lagstiftningen i Bayern rörande religiöst präglad klädsel buren av personer i offentlig tjänst i anledning av domen i *fallet Ludin*. Några ord sägs avslutningsvis om situationen i Tyskland i övrigt.

I skollagstiftningen i Bayern har till följd av domen i *fallet Ludin* införts följande stadgande: "Yttre symboler och klädesplagg, som uttrycker en religiös eller världsåskådningsmässig övertygelse, får inte bäras av lärare i undervisningen i den mån symbolen eller klädesplagget av skoleleverna eller deras föräldrar även kan uppfattas som uttryck för en hållning, som inte är förenlig med författningsmässiga grundvärderingar och författningens bildningsmål, däri inbegripet de kristet-västerländska bildnings- och kulturvärdena".[227]

Formuleringen är sådan att den inte skall kunna användas för att förbjuda kors (eller krucifix) eller judiska symboler i skolsalar. Dessa skall kunna tillåtas även fortsättningsvis. Det innebär bland annat att den lydelse som skollagen fick efter avgörandet i *fallet Bayerns skolrumskrucifix* inte har ändrats.

Den muslimska sjalen nämns inte i lagtexten. Av lagförarbetena framgår emellertid att det är denna som avses kunna förbjudas. Debatten i den bayerska lagstiftande församlingen (*Bayrischer Landtag*) klargör detta.

Två röster för att illustrera!

Parlamentsledamoten Georg Eisenreich inledde debatten. Han anförde bland annat följande. "Bärande av huvudduk kan förstås på flera sätt. Den uttrycker även det förhållandet ... att bärandet av huvudduken kan uppfattas som en politisk symbol för den islamiska fundamentalismen, medan en del av dess förespråkare ... förbinder den med olikbehandling och lägre ställning för kvinnor i samhälle och familj, något som står i klart motsatsförhållande till den bayerska författningen".[228]

227 "Äußere Symbole und Kleidungsstücke, die eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken, dürfen von Lehrkräften im Unterricht nicht getragen werden, sofern die Symbole oder Kleidungsstücke bei den Schülerinnen und Schülern oder den Eltern auch als Ausdruck einer Haltung verstanden werden können, die mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen der Verfassung einschließlich den christlich – abendländischen Bildungs- und Kulturwerten nicht vereinbar ist".
Artikel 59(2), Gesetz 31. Mai 2000 über das Erziehungs- und Unterrichtswesen, i lydelse efter lagändring den 23 november 2004.

228 Bayrischer Landtag, 15. Wahlperiode Plenarprotokoll 15/27 v. 11.11.2004, s 1812. "Zum Kopftuch: Das Tragen eines Kopftuchs kann mehrdeutig verstanden werden. Es entspricht auch der Realität ... dass das Tragen des Kopftuches als politisches Symbol des islamischen Fundamentalismus gesehen werden kann, weil damit ein Teil der Befürworter ... eine Ungleichbehandlung und mindere Stellung der Frau in der Gesellschaft und Familie verbindet, was ganz klar im Widerspruch zur bayerischen Verfassung steht".

Monika Hohlmeier, dåvarande minister för religiösa angelägenheter (*Staatsministerin, Kultusministerium*), hade bland annat detta att säga: "Slöjan har nu en gång faktiskt kommit att missbrukas politiskt som symbol för en gudsstat och i motsats till vår grundlag, för undertryckande av kvinnor och därmed i motsatsförhållande till vår författning".[229]

Den bayerska lagstiftningen godtogs i en dom 2007 som grundlagsenlig av den bayerska Författningsdomstolen.[230] Den bayerska regeringen argumenterade vid Domstolen för att vissa symboler och klädesplagg kunde förbjudas medan andra kunde godtas. Beträffande den muslimska sjalen, som *fallet Ludin* avsåg och som utlöste lagstiftningen i Bayern, förklarade den bayerska regeringen vid Domstolen att ett förbud var grundlagsenligt. Detta berodde på att "den muslimska huvudduken ur elevernas och deras föräldrars perspektiv kunde uppfattas som uttryck för en hållning som inte gick att förena med de författningsenliga grundvärdena och utbildningsmålen, häri inbegripet kristet-västerländska bildnings- och kulturvärden".[231] En skillnad mellan den muslimska huvudduken och nunnedräkten är, säger den bayerska regeringen inför Domstolen, att "kristna kyrkor utan förbehåll bekänner sig till de författningsrättsliga grundvärdena och bildningsmålen".[232] Detta är inte fallet med den muslimska huvudduken.

Domstolen konstaterar att lagstiftningen reglerar ett spänningsförhållande mellan motstående intressen. Sammanfattningsvis anförde domstolen i det avseendet: "Förbudet att i en undervisningssituation bära yttre symboler och klädesplagg ingriper i lärarnas tros- och religionsfrihet. Emot detta står de grundläggande rättigheter som eleverna och deras föräldrar har ... liksom det statliga bildnings- och utbildningsuppdraget. För att lösa detta spänningsförhållande har lagstiftaren som utgångspunkt haft att trovärdig förmedling av författningsenliga grundvärden och utbildningsmål kan äventyras av att vissa bestämda yttre symboler och klädesplagg

229 Samma källa som i föreående not, s 1820: "Der Schleier ist nun einmal politisch missbraucht worden als Symbol für einen Gottesstaat und gegen unser Grundgesetz, für die Unterdrückung der Frau und somit gegen unsere Verfassung".

230 Verfassungsgerichthof (Författningsdomstolen i Bayern), VerfGH 60, 1, 15 januari 2007.

231 "...das muslimische Kopftuch aus der Sicht der Schülerinnen und Schüler sowie ihrer Erziehungsberechtigen als Ausdruck einer Haltung verstanden werden könne, die mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen einschließlich der christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerte nicht vereinbar sei"; avsnitt III.2.a i domen.

232 "Im Gegensatz zum muslimischen Kopftuch sei beim Nonnenhabit zu berücksichtigen, dass sich die christlichen Kirchen vorbehaltlos zu den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen bekennen würden"; avsnitt III.c i domen.

bärs".[233] Bärandet av dessa yttre symboler bedöms sålunda utgöra en fara för att lärare skall kunna till sina elever förmedla grundläggande rättigheter. Av det skälet kan sådana yttre symboler och klädesplagg förbjudas.

En svårighet i sammanhanget är dock att undervisningen i skolor i Bayern har en kristet-religiös prägel. Domstolen erkänner detta men anser att detta förhållande är godtagbart. Motiveringen är följande. Det är visserligen sant att eleverna i bayerska skolor uppfostras i enlighet med kristen bekännelse. "Härmed skall inte förstås enskilda kristna bekännelser utan de värden och normer som, i hög grad präglade av kristendomen, också i stor utsträckning har blivit allmängods i den västerländska kulturkretsen... Trots sin religiösa härkomst är begreppet 'kristen' därmed fristående från trosutsagor och utgör en uppsättning värden som har sitt ursprung i den kristet-västerländska kulturtraditionen. Denna uppsättning av värden har enligt (Bayerns) författning en giltighet som inte är avhängig av sin religiösa grund".[234] Staten skall visserligen vara neutral i förhållande till kyrkor, religiösa gemenskaper och världsåskådningsmässiga sammanslutningar. Dock kan det "inte bestridas att lagstiftaren kan tillåta yttre symboler och klädesplagg i undervisningen som visserligen ger uttryck för en religiös eller världsåskådningsmässig övertygelse men som är förenlig med (den bayerska) författningens grundläggande värden och bildningsmål".[235]

Detta är situationen i Bayern. Hur gestaltar sig situationen i det övriga Tyskland? Lagstiftningsarbete i anledning av domen i *fallet Ludin* har genomförts i samtliga

233 Leitsätze 3: "Das Verbot, im Unterricht bestimmte äußere Symbole und Kleidungsstücke zu tragen, greife in die ... Glaubens- und Religionsfreiheit der Lehrkräfte ein. Dieser Rechtsposition stünden die Grundrechte der Schüler und ihrer Eltern ... sowie die staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag gegenüber. Der Gesetzgeber ist bei der Lösung des Spannungsverhältnisses davon ausgegangen, dass die glaubhafte Vermittlung der verfassungsrechtlichen Grundwerte und Bildungsziele durch das Tragen bestimmter äußerer Symbole und Kleidungsstücke gefährdet wird". VerfGH 60, 1, 15. Januar 2007.

234 Eleverna blir "nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse unterrichtet und erzogen. Hierunter sind nicht die Glaubensinhalte einzelner christlicher Bekenntnisse zu verstehen, sondern die Werte und Normen, die, vom Christentum maßgeblich geprägt, auch weitgehend zum Gemeingut des abendländischen Kulturkreises geworden sind ... Ungeachtet seiner Herkunft aus dem religiösen Bereich bezeichnet der Begriff somit eine von Glaubensinhalt losgelöste Wertewelt, die nach der Verfassung unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht ... Das Wort ‚abendländisch' seinerseits nimmt Bezug auf die durch den Humanismus und die Aufklärung beeinflussten Grundwerte der westlichen Welt"; avsnitt V.1.bb andra stycket i domen.

235 "Es ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber äußere Symbole und Kleidungsstücke, die zwar eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken, aber mit den Grundwerten und der Bildungszielen der Verfassung vereinbar sind, im Unterricht zulässt"; avsnitt V.2.c.bb första stycket i domen.

sexton förbundsländer.[236] Detta arbete speglar det som Förbundsförfattningsdomstolen pekade på, nämligen att skillnader mellan förbundsländerna kan uppstå. De har uppstått. Lagstiftningen är också i viss mån särskiljande mellan olika religioner, trots Förbundsförfattningsdomstolens uttalande om nödvändigheten av likabehandling av olika trossamfund. Som har framgått är Bayern exempel på detta.

Åtta av de sexton förbundsstaterna har lagstiftning som förbjuder religiösa kläder och symboler för vissa offentliganställda, främst lärare, medan åtta förbundsstater inte har särskild lagstiftning. I praktiken drabbar förbudet främst muslimskt klädda kvinnor.[237] Kristet religiösa symboler och kläder godtas i praktiken i viss utsträckning, som till exempel nunnedräkten. Skälet är, liksom i Bayern, att vissa symboler och klädesplagg bedöms vara en del av landets kristet-västerländska tradition och därmed godtagbara. Den muslimska huvudduken bedöms däremot vara uttryck för en hållning som inte är förenlig med grundläggande värderingar och bildningsmål. Vad särskilt gäller lärarinnor med huvudduk är synsättet vidare att dessa inte på ett trovärdigt sätt kan förmedla budskapet om jämställdhet mellan kvinnor och män.

3.3.3 Muslimsk huvudduk av anställd i privat tjänst

3.3.3.1 Tyskland 3/, fallet den muslimska försäljerskan[238]

Saken. I en liten stad i Hessen fanns ett varuhus. Det hade cirka 100 anställda, varav cirka 85 i kundförsäljningen. Där arbetade sedan cirka tio år den i målet aktuella kvinnliga försäljerskan. Hon var född i Turkiet 1970 och anställdes i varuhuset 1989. År 1999 meddelade hon arbetsgivaren att hon efter en treårig föräldraledighet avsåg att bära en muslimsk huvudduk under arbetet. Hon angav att islam förbjöd henne att visa sig offentligt utan huvudduk. Arbetsgivaren å sin sida förklarade att en huvudduk inte kunde godtas. Kvinnan meddelade i sin tur att hennes avsikt stod fast. Innan kvinnan ännu anlagt huvudduk sade arbetsgivaren upp henne. Uppsägningen skedde med samtycke av Företagsrådet (*Betriebsrat*). Kvinnan vände sig till domstol och hävdade att uppsägningen innefattade ett otillåtet ingrepp i hennes religionsfrihet. Arbetsgivaren hävdade att uppsägningen skedde av personliga

236 Se härom till exempel en rapport av Human Rights Watch, February 2009, Discrimination in the Name of Neutrality. Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany (ISBN 1-56432-441-9). Hänvisning kan också ske till en utförlig artikel i den tyska versionen av Wikipedia, uppslagsordet Kopftuchstreit.

237 Rapporten av Human Rights Watch i föregående not är starkt kritisk till förbudslagstiftningen. Den ses som diskriminering av kvinnor på grund av deras religion och/eller kön.

238 Federala Arbetsdomstolen, *Bundesarbeitsgericht*, 2 AZR 472/01, 10. Oktober 2002.

skäl och var berättigad. Varuhuset hade som profil att personalen skulle vara klädd på ett vårdat sätt som inte väckte uppmärksamhet ("gepflegt und unauffällig"). Varuhuset ville på sina kunder göra ett förnämt och exklusivt intryck. Kvinnans vägran att anpassa sig till det enhetliga intryck som personalen skulle ge skulle medföra ett ingrepp i varuhusets verksamhetsintresse. Om kvinnans önskan bifölls kunde detta leda till att man hade "öppnat kranen" ("Schleuse geöffnet"). Andra anställda skulle framställa likartade önskemål. Varuhuset var heller inte skyldigt att låta kvinnan på prov bära en huvudduk. Varuhuset hade "ett berättigat affärsmässigt intresse att undvika tänkbara skador genom förlust av kunder".[239]

Arbetsdomstolen i Hessen (*Landesarbeitsgericht*) godtog uppsägningen. Domstolen pekade på varuhusets klädpolicy och på den landsortsmässiga och konservativa kundkretsen ("ländlich-konservativ geprägten Kundenkreises"). Genom kravet att bära huvudduk försatte sig kvinnan i en ställning där hon inte kunde uppfylla sina avtalsenliga förpliktelser. Varuhuset var visserligen förpliktat att vid utövandet av sin arbetsledningsrätt beakta att kvinnan åtnjöt religionsfrihetsskydd enligt artikel 4 i den tyska Förbundsförfattningen (se 3.3 ovan). Å andra sidan hade även varuhuset ett grundlagsskydd. Ett spänningsförhållande mellan dessa skyddade positioner förelåg. Varuhuset hade inte skyldighet att låta kvinna arbeta på prov för att därmed utröna reaktionen hos kunder och övrig personal. Detta skulle innebära "ett ingrepp i varuhusets skyddade näringsverksamhet och dess egendomsrätt".[240] Eftersom ingen omplaceringsmöjlighet förelåg och kvinnan inte kunde förmodas komma att ändra ståndpunkt blev fortsatt anställning av kvinnan utesluten.

Målet avgjordes slutligt av Förbundsarbetsdomstolen (*Bundesarbeitsgericht*, nedan BAG). BAG fann i dom 2002 att laglig grund för uppsägningen inte förelåg enligt tysk rätt ("*Kündigungsschützgesetz*").[241] Resonemanget är detaljerat och analytiskt. BAG redovisar rättsläget beträffande uppsägning av personliga skäl. I fråga om religiösa hinder anför BAG att det kan uppkomma en situation där arbetstagaren "förlorar sin förmåga och lämplighet att över huvud taget uppfylla sin arbetsskyldighet enligt avtalet".[242] Detta är dock inte fallet här. "I motsats till exempelvis en lärarinna på en grund- eller mellanskola som står i tjänstemannaställning till

239 "Es bestehe ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse, mögliche Schäden durch Kundenverluste zu vermeiden"; s 113.

240 "Dadurch würde in die geschützte Erwerbstätigkeit der Beklagten und in ihre Eigentumsrecht eingegriffen"; s 114.

241 BAG diskuterar uppsägningen ur tysk lagsystematisk synvinkel. Här finns aspekter som saknar motsvarighet i svensk rätt. Inte heller denna sida av målet behöver dock behandlas här.

242 "ihre Fähigkeit und Eignung verlieren, die unmittelbar vertraglich geschuldete Arbeitsleistung überhaupt zu erbringen"; s 118.

följd av de särskilda förhållandena i den offentliga tjänsterätten och artikel 33(2) Förbundsgrundlagen ... är kvinnan i stånd att uppfylla sina avtalsenliga förpliktelser som försäljare även om hon under arbetet bär en muslimsk huvudduk".[243] BAG diskuterar allmänt arbetsgivares skyldighet att beakta anställdas religionsfrihet (punkt 3a) och den rättsliga situationen beträffande anställdas yttre framträdande och kläder.[244] BAG anför att arbetsgivare i undantagsfall kan begränsa arbetstagares grundlagsskyddade personlighetsrätt i dessa hänseenden för att tillgodose ett berättigat arbetsgivarintresse av att personalen har en enhetlig framtoning och även av kundkretsens förväntningar. I synnerhet kan arbetsgivaren anföra "husets stil" ("Stil des Hauses") för att ge detaljanvisningar om medarbetarnas arbetsförhållanden.

Arbetsledningsrätten (punkt 3c) måste dock utövas på ett rimligt sätt. Rimligheten påverkas av grundlagsrättigheter som religionsfriheten. Om en kollision uppstår mellan arbetsgivarens och arbetstagarens grundlagsskyddade rättigheter måste detta spänningsförhållande lösas genom en grundlagskonform utjämning av de rättsliga positionerna i enlighet med principen om vardagligt samförstånd ("praktische Konkordanz"). Denna kräver att de grundlagsskyddade rättigheterna bedöms mot varandra och att begränsningarna för alla inblandade blir möjligast små. "Vid denna avvägning skall intensiteten hos den omstridda frihetsbegränsningen beaktas liksom den begränsning av den grundlagsskyddade friheten som kan följa av parternas avtal. Vidare skall beaktas vilken rang och vikt det eftersträvade ändamålet har liksom den specifika betydelse och det specifika innehåll som den ifrågavarande grundlagsrättigheten respektive de kolliderande grundlagsrättigheterna har i den aktuella tvistesituationen".[245]

Här står arbetstagarens religionsfrihet (artikel 4 Förbundsförfattningen; se 3.3) mot arbetsgivarens näringsfrihet (artikel 12 Förbundsförfattningen). BAD utveck-

243 "Vorliegend ist die Klägerin jedoch – anders etwa als eine Lehrerin an einer Grund- oder Hauptschule im Beamtenverhältnis auf Grund der Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts und des Art 33 Abs 2 GG (BVerfG 4. Juli 2002 ...) – in der Lage, ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung als Verkäuferin auch dann noch zu erfüllen, wenn sie bei ihrer Tätigkeit ein – islamisches – Kopftuch trägt"; s 118. Hänvisningen avser den dom som fälldes av Förbundsförvaltningsdomstolen i den tvist som sedermera slutligt avgjordes av Förbundsförfattningsdomstolen i *fallet Ludin*, Tyskland 2 ovan.

244 "Gestaltung ihres Äußeren und ihrer Kleidung"; punkt 3b.

245 "Bei dieser Abwägung ist die Intensität der umstrittenen Freiheitsbeschränkung genauso zu berücksichtigen wie die von den Vertragspartnern durch den Abschluß des Vertrages selbst eingeräumte Begrenzung ihrer Grundrechtlichen Freiheiten, der Rang und das Gewicht des mit dem Eingriff verfolgten Ziels sowie die spezifische Bedeutung und der spezielle Gehalt des betroffenen Grundrechts bzw. der kollidierenden Grundrechtspositionen in bezug auf den umstrittenen Regelungskonflikt"; s 120.

lar vad religionsfriheten innebär (punkt 3c aa). BAG utvecklar vad den anser att den muslimska sjalen uttrycker. "Huvudduken kan inte betraktas utan sammanhang med det muslimska trosinnehållet genom att reduceras till en allmän – kulturell – symbol för en etnisk grupp. Med hänsyn till den vikt som muslimska kvinnor tillmäter sjalen framstår den som sinnebild för en bestämd trosövertygelse, som uttryck för bekännelse av bäraren till islamisk tro och därmed som ett synbart tecken på utövande av hennes religion".[246] Härvidlag kan lämnas därhän om sjalen är uttryck för ett tvingande påbud eftersom religionsfriheten även omfattar "individuell religionsfrihet som en rätt för den enskilde att inrätta hela sitt liv efter den egna trons lära och att handla i överensstämmelse med den inre trosövertygelsen... I synnerhet överlåter denna grundrättighet till den enskilde att bestämma vilka religiösa symboler hon erkänner och använder... Det aktuella förhållningssättet måste inte delas av alla troende. För att ett tillåtligt åberopande av artikel 4 skall föreligga räcker det att det rör sig om en verklig religiös övertygelse – och inte motiveras av annat. I annat fall skulle domstolar tvingas bedöma troshållningar eller ha till uppgift att pröva teologiska läror. Detta varken kan eller får dom".[247]

På andra sidan står arbetsgivarens näringsfrihet (punkt 3c bb). Vilken intensitet har detta intresse här? Det kan inte avgöras eftersom erforderligt verklighetsunderlag saknas. Varuhuset har inte anfört någon omständighet som motiverar att bärandet av en sjal skulle leda till konkreta verksamhetsstörningar eller näringsmässiga begränsningar. Enbart det förhållandet att man inte är van vid sjalen och att denna är påtaglig räcker inte för en annan bedömning trots associationen till islam. "I betraktande av den särskilt höga ställning som den grundlagsfästa tros- och religionsfriheten har ... måste farhågor kunna beläggas konkret. – Enbart förmodanden och

246 "Das Kopftuch kann nicht ohne spezifischen Bezug zu den Glaubensinhalten des Islams gesehen und auf ein lediglich allgemeines – kulturelles – Zeichen einer ethnischen Gruppe reduziert werden. Wegen die Bedeutung, die Muslime dem Kopftuch beilegen, gilt es als Sinnbild einer bestimmten Glaubensüberzeugung, als Ausdruck des Bekenntnisses der Trägerin zum islamischen Glauben und damit als sichtbares Zeichen für die Aufübung ihrer Religion"; s 121. BAG hänvisar till den dom som avkunnades av Förbundsförvaltningsdomstolen i den tvist som sedermera slutligt avgjordes av Förbundsförfattningsdomstolen i *fallet Ludin*, Tyskland 2 ovan.

247 "... die individuelle Religionsfreiheit als Recht des einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln ... Insbesondere überläßt das Grundrecht es dem einzelnen, welche religiöse Symbole er anerkennt und verwendet ... Das in Rede stehende Verhalten muß nicht allgemein von den Gläubigen geteilt werden. Für eine zulässige Berufung auf Art. 4 GG kommt es nur darauf an, daß er überhaupt von einer wirklichen religiösen Überzeugung ... getragen und nicht anderes motiviert ist. Andernfalls würde den Gerichten eine Bewertung von Glaubenshaltungen oder die Prüfung von theologischen Lehren aufgebürdet, die sie nicht leisten können und nicht leisten dürfen"; s 121.

farhågor ersätter inte framläggande av nödvändigt och konkret faktaunderlag som uppfyller varuhusets bevisbörda".[248] Det finns inget stöd i allmänmänsklig erfarenhet att sådana farhågor skall besannas. BAG konkluderar med att säga att "(M)ed hänsyn till den höga ställning i grundlagen och också i artikel 9 i Europakonventionen som tros- och religionsfriheten har, åligger det därför arbetsgivaren att återinsätta kvinnan tills vidare och därvid avvakta om arbetsgivarens farhågor förverkligas i nämnvärd omfattning".[249]

Kommentarer.

En **första kommentar** är att BAG snabbt lämnar bakom sig det neutralitetsargument som arbetsgivaren framförde. Analogier i detta hänseende med den offentliga anställningen som tjänsteman (*Beamte*) godtas inte.

En **andra kommentar** är att resonemanget i domen ligger helt i linje med praxis rörande Europakonventionen. BAG hänvisar till Europadomstolens praxis (*fallet Dahlab*, Konventionen 14). BAG har dock inte hämtat ledning från praxis rörande Europakonventionen eftersom det ännu inte finns något avgörande där som avser muslimsk sjal i privat anställning. Det synes däremot högst sannolikt att Europadomstolen kommer att låta sig inspireras av BAG:s resonemang.

En **tredje kommentar** är denna. Domen innehåller mycket mer än vad som fordrades för att avgöra målet. Redan vid ett ytligt betraktande förefaller det ganska uppenbart att det inte kan föreligga saklig grund att säga upp en arbetstagare enbart därför att problem befaras i framtiden, särskilt som allmänmänsklig erfarenhet inte talade för arbetsgivarens farhågor. Om BAG hade begränsat sig till detta hade domen inte haft större intresse. Som framgått av referatet gör emellertid BAG i domskälen en noggrann analys av hur motstående grundlagsrättigheter skall bedömas. BAG inför ett nytt sätt att bedöma tvister rörande religionsfrihet i privat anställning. BAG framlägger en modell för avvägningar av motstående grundlagsrättigheter. Denna kan användas oavsett vilken religiös manifestation saken gäller. Detta ger domskälen stort värde. Om den modell som BAG presenterar anammas av praxis rörande Europakonventionen kommer domen att få stora efterverkningar. Den modell som BAG presenterar har inspirerat modellbygget i kapitel 6 nedan.

248 "Bloße Vermutungen und Befürchtungen der Beklagten ersetzen kein notwendiges, konkretes und der Darlegungslast entsprechendes Sachvorbringen"; s 122.

249 "Unter Berücksichtigung des besonders hohen Stellenwertes der grundrechtlich und auch nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention (siehe ...) gewährleisteten Glaubens- und Religionsfreiheit ist es demnach der Beklagten zuzumuten, die Klägerin als Verkäuferin weiterhin einzusetzen und ggf. abzuwarten, ob sich ihre Befürchtungen in nennenswertem Maße realisieren"; s 122.

3.4 Frankrike

I detta avsnitt redovisas lagstiftningen 2004 i Frankrike rörande bärande av iögonfallande religiösa symboler i offentliga skolor. Det sker mot bakgrund av en kort historisk introduktion. Vidare presenteras ett domstolsavgörande. Röster i den livliga franska debatten rörande religiösa symboler och manifestationer kommer till tals här och i kapitel 5.

3.4.1 Rättslig bakgrund och fransk sekularism, "la laïcité"

Åsikts- och religionsfrihet fastslås i grundläggande dokument för Frankrike.

Deklarationen 1789 om mänskliga och medborgerliga rättigheter bildar utgångspunkten.[250] Artikel 10 stadgar: "Ingen skall bli förfördelad (störd) på grund av sina åsikter, även religiösa, under förutsättning att manifestationer av dessa inte stör allmän ordning fastslagen i lag".[251]

I Preambeln till Konstitutionen 1946[252] bekräftas högtidligt deklarationen från 1789. Vidare stadgas i Preambeln bland annat följande: "Alla har skyldighet att arbeta och har rätt att få ett arbete. Ingen får besväras, i sitt arbete eller sin anställning, på grund av sin härkomst, sina åsikter eller sina övertygelser".[253] Ett annat tillägg stadgar: "Det ankommer på Staten att ordna ett offentligt undervisningssystem som är avgiftsfritt och sekulärt på alla nivåer".[254] Detta stadgande är grunden för den sekulära, republikanska skolan i Frankrike.

Denna preambel överfördes till den nu gällande författningen av 1958. I Preambeln till författningen 1958 anges följande: "Det franska folket förklarar högtidligt sin anslutning till de mänskliga rättigheterna och till suveränitetsprinciperna så som dessa definierades i Deklarationen 1789 om mänskliga och medborgerliga rättigheter, bekräftade och kompletterade genom preambeln till Konstitutionen av 1946".[255] Artikel 1 i författningen 1958 stadgar (i utdrag): "Frankrike är en odelbar,

250 Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789.

251 « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

252 La Constitution du 27 octobre 1946.

253 « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

254 « L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ».

255 « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté tels qu'ils ont été définis par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ... »

sekulär, demokratisk och social republik. Frankrike tillförsäkrar jämlikhet inför lagen för alla medborgare utan hänsyn till ursprung, ras eller religion. Frankrike respekterar alla övertygelser".[256]

Lagen 1905 om skilsmässa mellan kyrkorna och staten tillkom efter långa och hårda strider.[257] Lagen lägger en definitiv och mycket bestämd rågång mellan stat och kyrkor. Med "kyrkor" avses alla religiösa trossamfund. Lagen utgör en kärnpunkt i det franska samhällets struktur. Artikel 1 stadgar att "(R)epubliken garanterar samvetsfrihet. Republiken garanterar fri utövning av religioner med de restriktioner som påbjuds av allmän ordning".[258] Artikel 2 stadgar inledningsvis att "(R)epubliken varken erkänner, avlönar eller subventionerar någon övertygelse".[259]

Lagen 1905 bygger på principen om sekularism, *laïcité*. Ordet *laïcité* har ingen direkt motsvarighet i andra språk. Ordet har ett tämligen vidsträckt associationsinnehåll som inte heller har någon direkt motsvarighet i andra länder. I *fallet Leyla* (Konventionen 16) jämställer Europadomstolen i princip den franska *laïcité* med den turkiska sekularismen. Detta är dock vanskligt. Ingen officiell definition av begreppet finns och olika uttydningar är vanliga.[260] I ett mycket uppmärksammat tal den 22 oktober 2003 deklarerade den dåvarande presidenten Jacques Chirac att "(L)aicité utgör för varje fransk medborgare ett grundläggande skydd, en garanti inte bara för att varje fransk medborgares övertygelser skall respekteras, utan också att aldrig påtvingas andras övertygelser".[261]

Laïcité som attityd och grundläggande princip skall omfattas inte bara av det franska samhället utan också av alla medborgare. Grupperingar som inte ansluter sig till *laïcité* tolereras inte. Den dåvarande franske inrikesministern Nicolas Sarkozy höll den 19 april 2003 ett tal på årsmötet med den muslimska samarbetsorganisationen i Frankrike (Union des Organisations Islamiques de France). Talet låter

256 « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

257 Loi concernant la séparation des Églises et de l'État, 9 décembre 1905.

258 « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seuls restrictions édictée ci-après dans l'intérêt de l'ordre public».

259 « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ».

260 En utförlig, halvt auktoritativ, behandling av begreppet finns i den offentliga utredning som framlade förslaget till det som blev lagen 2004 om förbud mot vissa religiösa symboler i skolor, se nedan i texten, *Laïcité et République – Rapport au Président de la République, Commission présidé par Bernard Stasi (La Documentation française, 2004).* En utförlig beskrivning finns även i *fallet Dogru* (Konventionen 19), paras 17 – 22.

261 « (L)a laïcité constitue pour chaque citoyen une protection fondamentale, la garantie non seulement que ses propres convictions serons respectées, mais aussi que les convictions des autres ne lui seront jamais imposées"; www.mef.qc.ca/laicite-pas-negociable.htm.

nästan som en uppläsning av upprorslagen (la loi contre les attroupements) för vanartiga!

Nicolas Sarkozy sade bland annat följande: "Den muslimska religionen bör inte vara en religion för sig, vid sidan om, i Frankrike. Den bör finna sin plats på samma sätt som andra befintliga religioner. Varken mer eller mindre. – Laïcité är en grundläggande princip i vår republik. – Det får inte i Frankrike finnas en islam som är bärare av en åsiktsinriktning som står i motsättning till de republikanska värdena. En sådan islam är olaglig i Frankrike ... Lagen 1905 bygger på principen att varje offentligt tal i ett religiöst rum som eggar till att motsätta sig lagar eller att hetsa en grupp medborgare mot andra skall straffas. Låt ingen sväva i tvivelsmål om att så kommer att ske. – Denna lag är rättvis och den är tillämplig på alla oavsett religion. Den är tillämplig utan åtskillnad lika mycket på imaner som på präster eller rabbiner ty det finns i Frankrike bara en lag, republikens lag. Och denna lag kommer att tillämpas. – Lagen pålägger att på ett nationellt identitetskort skall innehavaren vara barhuvad oavsett om det är en man eller en kvinna. Denna förpliktelse respekteras av katolska religiösa ordenssystrar liksom av alla kvinnor som lever i Frankrike. Ingenting rättfärdigar att kvinnor med muslimsk bekännelse skulle åtnjuta en annorlunda lag – denna lag är inte förhandlingsbar ty den befinner sig i republikens hjärtpunkt. – Det finns inget förhållningssätt som kan sätta ur spel republikens lag".[262]

262 "La religion musulmane ne doit pas être en France une religion à part. Elle doit trouver la place qui est la sienne comme les autres cultes reconnus depuis longtemps. Ni plus, ni moins. – La laïcité est un principe fondamental de notre République. – Il ne peut y avoir en France d'Islam porteur d'un discours contraire aux valeurs Républicaines. Cet Islam est en France illégal et j'en tirerai toutes les conclusions. La loi de 1905 pose le principe que tout discours dans un lieu de culte qui inciterait à résister à l'application des lois ou à soulever une partie des citoyens contre les autres doit être puni. Que nul ne doute qu'il sera. – Cette loi est juste et elle s'applique à tous quelle que soit leur religion. Elle s'applique tant aux imans qu'aux prêtres ou aux rabbins sans distinction car il n'y a qu'une seule loi en France, la loi de la République. Et cette loi sera appliquée. – La loi impose que sur une carte national d'identité, la photographie du titulaire soit tête nue que ce soit celle d'une femme ou d'un homme. Cette obligation est respectée par les religieuses catholiques, comme par toutes les femmes vivant en France. Rien ne justifiera que les femmes de confession musulmanes bénéficient d'une loi différente – cette loi ne se négocie plus car elle est au cœur de la République. – Il n'y a pas de pratique qui puisse mettre en échec la loi de la République".
www.religioscope.info/article_143.shtml.

Såväl detta tal som andra uttalanden av Nicolas Sarkozy har gett upphov till livliga känslosvall.[263]

Le Conseil d'État är högsta förvaltningsdomstol i Frankrike. Den har i den egenskapen bland annat att i sista instans avgöra tvister om beslut av skolmyndigheter, till exempel rörande elevers eller lärares klädsel.

År 1989 gjorde Le Conseil d'État ett uttalande rörande religiösa symboler i den offentliga skolan.[264] Uttalandet blev vägledande fram till lagstiftningen 2004. I uttalandet fastslog Le Conseil d'État att "bärande av elever av symboler med vilka de avser att manifestera sin tillhörighet till en religion är inte i sig stridande mot principen om sekularism (laïcité) så länge detta utgör utövande av yttrandefriheten och friheten att manifestera religiös tro".[265] Härifrån görs undantag av ganska svepande natur. Ett exempel är att symbolen har en "iögonfallande eller hämnande karaktär som gör att den innebär påtryckning, provokation, proselytism eller propaganda". Ett annat är att symbolen "stör undervisningen och lärarnas utbildande roll, eller ... stör ordningen i skolan ...".[266]

Detta uttalande användes av skolorna. En tämligen omfattande praxis växte fram i Le Conseil d'État som resultat av överklagandet av skolors beslut med stöd av uttalandet. Antalet överklaganden uppgick under mitten av 1990-talet till cirka 2.000 fall per år men sjönk till cirka 200 per år vid sekelskiftet.[267]

År 2000 tog Le Conseil d'État ställning till offentliganställdas situation.[268] Beslutet föranleddes av att en lärarinna använde en religiös symbol i en offentlig skola. Detta befanns strida mot principen om sekularism (laïcité) och innebar att lärarinnan bröt mot sitt anställningsavtal.

En synnerligen omfattande debatt om religiösa symboler rasar sedan åratal i

263 För en i lugn samtalston förd diskussion om grundläggande franska värden, om religion och religiöst motiverade manifestationer i det franska samhället kan hänvisas till en bok om och av Nicolas Sarkozy: « La République, les Religions, l'Espérance. Entretiens avec Thibaud Collin et Philippe Verdin » (Les Éditions du Cerf, Paris 2004).

264 Le Conseil d'État, Avis du 27 novembre 1989, 346.893. Uttalandet finns i utdrag citerat i Europadomstolens dom i *fallet Kervanchi* (para 26; Konventionen 19) och i engelsk översättning i *fallet Dogru* (para 26; Konventionen 19).

265 « ... le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses ... ».

266 « ... par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande ... « eller « ... perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, ... troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ».

267 Berthou (2005), s 288.

268 Le Conseil d'État, Avis du 3 mai 2000, 217.017, Mlle Marteaux.

Frankrike. Den muslimska sjalen stod länge i förgrunden men nu har en vidgning skett till andra klädesplagg som bärs av muslimska kvinnor, särskilt burka. Två franska röster om sjalen som belyser stämningsläget finns i avsnitt 5.6.3.

Intill ganska nyligen avvisade såväl politiker som påtryckningsgrupper av olika slag tanken att i lag förbjuda den muslimska sjalen (och kanske även andra religiösa plagg eller symboler) i offentliga skolor och andra institutioner. En omsvängning har emellertid inträffat och 2004 antogs lagen "innehållande regler, med tillämpning av principen om laïcité, om bärandet i offentliga skolor av symboler eller klädesplagg som manifesterar religiös tillhörighet". 1 § stadgar följande: "I offentliga skolor, läroverk och gymnasier är det förbjudet att bära symboler eller plagg genom vilka eleverna på ett påtagligt sätt ger uttryck för religiös tillhörighet".[269]

Förbudet kommer i praktiken främst att avse kvinnor. Utgör förbudet indirekt diskriminering av (muslimska) kvinnor? Med all sannolikhet inte. Ett tillräckligt antal män berörs också, främst sikher och judar. Incidenter avseende sikhiska skolpojkar har inträffat och tilldragit sig enorm uppmärksamhet.

Kommer den franska lagen att stå sig vid en prövning inför Europadomstolen? Troligen. Praxis i Europadomstolen pekar bestämt i den riktningen, särskilt *fallet Leyla* (Konventionen 16). Den magistrala principdeklarationen där uttrycker förståelse för och godtagande av värden som är centrala i alla konventionsstater (se Appendix IV).

I september 2010 antogs en juridiskt bindande lag för förbjuder att heltäckande slöja (burka eller nikab) på allmän plats. Lagstiftningen hänvisar till republikens värden och förklarar att burkan är emot republikens värden (« pratique radicale contraire aux valeurs de la République"). Tyngdpunkten i förbudet är dock att det är en fråga om allmän säkerhet. Tonläget är mycket högt. En av de främsta förespråkarna för ett förbud har anfört att "den heltäckande slöjan är inte ett klädesplagg, den är en oavbrutet buren mask, den är en ovärdighet ... som innebär ett hot mot vårt samhälle".[270] Ytterligare röster kommer till tals i avsnitt 5.6.3.

269 « Dans les écoles, les collèges et les lycées publiques, le port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». « Loi no 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publique », Journal Officiel du mars 2004, p 5190.

270 Jean-François Copé, ledamot av nationalförsamlingen. « Le voile intégral n'est pas un vêtement, c'est un masque porté en permanence, c'est une indignité ... il constitue une menace pour notre société ».

3.4.2 Praxis

Åtskillig praxis finns rörande religiöst motiverade manifestationer i arbetsliv och skola.

Ett fall som rör den privata sektorn är fallet Dalila Tahri. Det har blivit mycket uppmärksammat och torde ha högt prejudikatvärde. Det behandlas nedan. Ett annat avgörande rör en lärarinna i en offentlig skola.[271] Hon visade sin religiösa tillhörighet genom att bära en muslimsk sjal. Domstolen förklarade att detta utgjorde misskötsel. Domstolen hänvisade till de principer som Le Conseil d'État lagt fast i sitt beslut 2000.

Praxis i Frankrike rör vanligen huruvida uppsägning varit lovlig när arbetstagaren bär en religiös symbol. Domstolarna följer här en princip som Frankrikes högsta domstol, La Cour de Cassation, lade fast i avgörande, det s.k. Montribot-målet.[272] Domstolen gjorde där en distinktion mellan fundamentala friheter och vanliga friheter. Arbetstagares rätt att bestämma om sin klädsel befanns tillhöra den senare kategorin. I målet godtogs uppsägning av en arbetstagare som krävde att bära shorts på arbetsplatsen. Domstolspraxis Frankrike rörande privata arbetsgivare avser därför inte den religiösa aspekten utan verksamhetens krav. Det finns veterligen ingen motsvarighet i fransk praxis till det resonemang som fördes av den tyska Förbundsarbetsdomstolen i fallet *den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3).

3.4.2.1 Frankrike 1/, fallet Dalila Tahri[273]

Saken. En arbetstagare hade burit muslimsk sjal sedan hon anställdes 2001. Hon förflyttades efter en tid till företagets huvudkontor men hade ingen direktkontakt med kunder. Inga incidenter med kunder hade inträffat. Hon blev emellertid uppsagd när hon vägrade att efterkomma en anmodan av arbetsgivaren att bära en mindre iögonfallande sjal. Hon bar en sjal som täckte huvudet samt öron, hals och panna men lämnade ansiktet öppet. Företaget hävdade att det hade ensam beslutanderätt i fråga om det sätt på vilket det vill presentera sig (« le seul juge de l'image qu'il veut donner »), till exempel i fråga om anställdas kläder. Företaget hävdade vidare att skälet för dess handlande var att företaget ville iaktta en neutral hållning

271 Cour Administrative d'Appel de Lyon, 27 novembre 2003, 03LY01392, D 2004, IR 32, Mlle Nadjet Ben Abdallah.

272 Cour de Cassation, chambre sociale, 28 mai 2003, Montribot v. SAGEM.

273 La Cour d'Appel de Paris, 15 juin 2003, Tahri v. Téléperformance, RJS 2003/767. Utförlig information om fallet finns på Nätet, till exempel genom att använda sökmotorer som Google eller Yahoo och söka på namnet Dalila Tahri. Veterligen finns domen inte in extenso på Nätet.

gentemot det obehag som dess kunder kunde känna när de såg en huvudduk.[274] Företaget anförde också att "den religion som det rör sig om för närvarande har en politiskt framtoning".[275] Företaget ansåg sjalen vara "passiv proselytism" medan företaget ville iaktta neutralitet.

Appellationsdomstolen konstaterade att företaget var villigt att godta en mindre huvudsjal. Detta visade att företagets beslut inte rörde en fråga om arbetstagares klädsel, där arbetsgivare i princip har rätt att besluta.[276] Beslutet rörde fastmera huvuddukens islamiska karaktär (« le caractère islamique du voile »). Eftersom uppsägningen sålunda grundades på ett religionskriterium kunde den inte godtas.[277] Den framstod i alla avseenden som en otillåten åtgärd.[278] Beslutet kunde inte rättfärdigas på objektiva grunder, fjärran från diskriminering.[279]

3.5 Schweiz

3.5.1 Schweiz 1/, fallet krucifix i schweiziska skolrum[280]

Saken. En kommunal skolmyndighet beslöt 1984 att krucifix skulle sättas upp i alla skolrum i kommunen. Beslutet överklagades av en lärare och fördes till den högsta domstolen i Schweiz, Förbundsdomstolen (Bundesgericht, Tribunal Fédéral). Läraren hävdade att krucifixen stred mot två artiklar i den schweiziska författningen från 1874, Artiklarna 27 och 49.

> Artikel 27 "De offentliga skolorna skall kunna användas av alla oavsett trosbekännelse utan intrång på deras tros- eller samvetsfrihet".

274 Företaget ville iaktta « 'neutralité' face à la gêne ressentie par ses clients à la vue du voile ».

275 « ... la religion dont il s'agit est à l'heure actuelle un thème politique ... »

276 Frankrikes högsta domstol, la Cour de Cassation, hade några månader tidigare, maj 2003, godtagit uppsägningen av en arbetstagare som insisterade på att bära en bermudahatt. Motiveringen var att arbetstagares sätt att klä sig inte var en grundläggande rättighet utan de kan åläggas restriktioner i detta avseende. Utgången följer den princip som Cour de Cassation lade fast i Monribot-målet; se ovan.

277 Artikel L. 122-45 i Code du Travail förbjuder diskriminering av arbetstagare på grund av "fysiskt utseende och religiösa övertygelser" (« son apparence physique et de ses convictions religieuses »).

278 « ... le licenciement présentait toutes les apparences d'une mesure prohibée.

279 « ... des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ».

280 Bundesgericht (Tribunal Fédéral, Högsta domstolen), Arrêts du Tribunal Fédéral BGE volume 116 I 252, 26 september 1990. Domen är avfattad på italienska med slutsatserna i punktform även på franska och tyska. Domen finns i en officiell tysk översättning i Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991 s 89 ff. Citaten är hämtade från denna översättning.

> Artikel 49, första och andra styckena: "Tros- och samvetsfriheten är okränkbar". "Ingen får tvingas att tillhöra en religiös sammanslutning eller att delta i religionsundervisning eller att utföra en religiös handling ...".[281]

Författningen inleddes med en Preambel med orden" i Guds den Allsmäktiges namn." En sådan Preambel har funnits i alla schweiziska författningar alltsedan det schweiziska edsförbundet grundades år 1291 (och finns även i den nu gällande författningen 1999).[282]

Lägre instanser gav endera läraren eller skolmyndigheten rätt. Hänvisning gjordes till Preambeln. Den kommitté som arbetade med förslag till en ny författning anförde att denna inte innefattade något tvång att omfatta en viss konfession. Den ville uttrycka en grundläggande hållning som innebär "att människan och staten inte skall ha sin grund enbart i sig själva". Fastmera vill den uttrycka "värderingar vars ursprung kan igenkännas som en kristen uppfattning om stat och samhälle men som idag dessutom kan uppfattas som allmängods för en sekulariserad mänsklighet". Det hävdades att krucifixet var "en symbol för de värden, som Författningen stöder sig på". Författningen skyddar den offentliga skolans konfessionellt neutrala karaktär. Detta innebär skydd mot framför allt konfessionell präglad undervisning. Krucifixet "skall inte uppfattas som en symbol som utmanar eller diskriminerar någon utan skall uppfattas som uttryck och symbol för enheten i och samhörigheten inom ett samhälle, som vilar på grundvalar som hör den kristna läran till". Det påpekades att krucifixet förekommer i de flesta officiella sammanhang i det schweiziska samhället. Statsmaktens "konfessionella neutralitet kan inte vara lik-

281 Artikel 27. "Die öffentlichen Schulen sollen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können". Artikel 49, första stycket. "Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unverletzlich". Artikel 49, andra stycket. "Niemand darf zur Teilnahme an einer Religionsgenossenschaft, oder an einem religiösen Unterricht, oder zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen ...werden".

282 "Im Namen Gottes des Allmächtigen". Vid tidpunkten för målet gällde författningen av år 1874. I målet anger Förbundsdomstolen att orden i Preambeln inte har normativ verkan ("keinen normativen Wert").

tydig med neutralitet, eller rentav likgiltighet, i förhållande till ett kristet samhälles grundläggande värden".[283]

Författningsdomstolen. Domstolen angav att prövningen avsåg om ett krucifix i skolrum strider mot den konfessionella neutraliteten med hänsyn tagen till tros- och samvetsfriheten i författningen och även mot likabehandlingsbudet.

Skyddet för tros- och samvetsfriheten i författningen är absolut. Den friheten är en rätt som inte kan avyttras eller gå förlorad. Den friheten "skyddar medborgarna för vilken som helst statlig inblandning som skulle kunna störa deras religiösa övertygelser. Den är friheten att tro, att inte tro och att ändra de egna religiösa övertygelserna när som helst och hur som helst". Detta motsvarar skyddet i Artikel 9 i Europakonventionen. Tros- och religionsfriheten kräver inte absolut statlig neutralitet i religiösa frågor. Åtskilliga regler, sedvänjor och bruk i samhället visar detta. Ett exempel på detta är begränsningar av söndagsarbete. Ett annat är de formuleringar som förekommer vid edsavläggelse. Ytterligare ett exempel är Preambeln till författningen, låt vara att den inte har normativ verkan ("keinen normativen Wert"). Statens sekulära karaktär kan annorlunda uttryckt sägas innebära "en förpliktelse till neutralitet som ålägger staten att i allt offentligt handlande avstå från överväganden av vad slag som helst som kan tänkas kränka medborgarnas frihet i ett pluralistiskt samhälle". Detta är av särskild betydelse i skolan. Artikel 27 innebär förpliktelse för den offentliga skolan att "ta emot anhängare av alla bekännelser utan begränsningar som sammanhänger med deras tros- eller samvetsfrihet". Denna tros- och samvetsfrihet kan först och främst uppnås genom att skolan intar en tolerant

283 En grunduppfattning "dass sich Mensch und Staat nicht auf sich selbst gründen wollten".
– Den vill "Wertvorstellungen ausdrücken, deren Herkunft aus einem christlichen Verständnis von Staat und Gesellschaft erkennbar ist, die aber darüber hinaus heute als Gemeingut säkularisierter Humanität gelten können".
Krucifixet var "ein Symbol jener Werte, auf die sich die Bunderverfassung bewruft".
Krucifixet "ist nicht als ein irgendwelche Nichtgläubige herausforderndes oder diskriminierendes Zeichen aufzufassen, sondern ... als Ausdruck und Symbol der Einheit und Gemeinschaft einer Gesellschaft, die auf Grundsätzen beruht, die der christlichen Lehre zugehören".
" Statsmaktens konfessionella neutralitet kan "nicht gleichbedeutend sein mit Neutralität, oder gar Gleichgültigkeit, gegenüber den grundlegenden Werten der christlichen Gesellschaft".

hållning.[284] Ett krucifix i klassrummet bedömdes av en av underinstanserna som en kränkning eftersom krucifixet kunde uppfattas som ett ställningstagande till förmån för den inom kommunen förhärskande majoritetsuppfattningen. Denna instans hänvisade till ett avgörande av den tyska Förbundsförfattningsdomstolen där denna funnit att ett krucifix i en rättegångssal stred mot neutralitetsförpliktelsen i den tyska författningen.[285]

Krucifixet är, säger Domstolen, "i västerländsk kultur en symbol för kristendomen". Krucifixet kan ses som en förbindelselänk till traditionen och de kristna grundvalarna för den västerländska kulturen. Sett på det sätten kunde hävdas att krucifixet inte kränker grundsatsen om undervisningens konfessionella neutralitet eftersom det enbart vittnar om ett sakförhållande. Detta innebär dock inte att staten kan ta sig rätten att visa sin förbundenhet med en bestämd konfession. "Det är begripligt att den som besöker en offentlig skola med krucifix ser detta som uttryck för en vilja att använda den kristna religionens uppfattningar i undervisningen eller att ställa undervisningen under denna religions inflytande. Det är vidare inte uteslutet att vissa människor kan känna sina religiösa övertygelser kränkta om det i skolan alltid finns en symbol för en religion som de inte tillhör. Detta kan få ett inte oviktigt inflytande, framför allt på skolelevernas andliga utveckling och på deras religiösa övertygelser ... något som Artikel 27 precis vill förhindra".[286] Domstolen anför att det var överväganden av just denna art som fick Högsta domstolen i USA att förbjuda att det sattes upp en tavla med "Tio Guds bud" i skolsalar.[287] Med hänvisning till allt detta kommer Domstolen till slutsatsen att krucifix i skolsalarna inte

284 "ein unveräusserliches und unverjähbares Recht".
"schützt die Bürger vor jeglicher Einmischung des Staates, die ihre religiöse Überzeugung behindern könnte. Sie ist die Freiheit, zu glauben, nicht zu glauben und die eigenen religiösen Überzeugungen jederzeit und auf jede Weise zu ändern".
".. eine Verpflichtung zur Neutralität ... die ihm auferlegt, sich bei öffentlichen Handlungen jeglicher konfessioneller Erwägungen zu enthalten, die geeignet wären, die Freiheit der Bürger in einer pluralistischen Gesellschaft zu verletzen".
"verpflichtet die öffentlichen Schulen dazu, Anhänger aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit aufzunehmen".

285 BVerfG 35, 366 (1974). Skydd mot att tvingas "einen Rechtsstreit unter dem Kreuz zu führen". Se *fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 1.

286 "Es ist ... begreiflich, dass jemand, der die öffentliche Schule besucht, in der Zurschaustellung eines solchen Symbols den Willen sieht, die Auffassungen der christlichen Religion im Unterrichtsstoff zu verwenden oder den Unterricht unter den Einfluss dieser Religion zu stellen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass einige Personen sich in ihren religiösen Überzeugungen verletzt fühlen, wenn sie in der Schule dauernd ein Symbol einer Religion gegenwärtig ist, der sie nicht angehören. Das kann nicht unbedeutende Auswirkung haben, vor allem auf die geistige Entwicklung der Schüler und auf ihre religiöse Entwicklung ... Folgen, die Artikel 27 ... gerade vermeiden will".

287 US Supreme Court, Stone versus Graham, 449 US 39 (per curiam, 1980).

är förenligt med neutralitetsförpliktelsen i Artikel 27. Domstolen tillägger dock att slutsatsen kanske skulle ha blivit en annan om det hade rört sig om ett krucifix i allmänna skolutrymmen, som till exempel vestibulen, korridorerna eller matsalen.

Kommentarer.

1/ Domen uttrycker stor respekt för den nationella, kristna traditionen. Den understryker att det schweiziska samhällets moraliska struktur är byggd på den kristna värdegrunden.

2/ Uttalandet i slutet av domen till att slutsatsen kunde ha blivit en annan om krucifixet hade varit upphängt i allmänna utrymmen på skolan tyder på att Domstolen skulle ha godtagit detta. I den meningen ger domen uttryck för en kristen grund. Domstolen kan även sägas ha uttryckt att krucifixet kan ses som en symbol för den nationella identiteten i det schweiziska samhället.

3/ Målet avgörs formellt genom tolkning av den schweiziska författningen. Domstolens resonemang bygger emellertid på en avvägning mellan rätten att ge uttryck religion och rätten att skyddas från andras religiösa uttryck, dvs en avvägning mellan positiv och negativ religionsfrihet. Domstolen använder inte dessa termer men resonemanget är uppbyggt helt efter det avvägningsmönstret. Avvägningsresonemanget är mycket klart och tydligt. Mot det intresse som skolan har (och som i princip delas av majoriteten i det schweiziska samhället och kommer till uttryck i den schweiziska traditionen) ställs det intresse som en obestämd personkrets har ("någon" respektive "några människor", ("jemand" respektive "einige Personen").

4/ Utgången kan sägas röra sig om majoritet kontra minoritet där minoriteten ges företräde.

5/ Mot friheten att uttrycka religion i handling, den positiva religionsfriheten, ställs friheten att inte behöva bli utsatt för andras religiösa uttryck, den negativa religionsfriheten. Den negativa friheten tar ut den positiva. Som regelmässigt i praxis rörande Europakonventionen blir resultatet att de två sidorna av religionsfriheten tar ut varandra. Resultatet blir ett nollsummespel.

3.6 Danmark

3.6.1 Inledning. Lagförarbeten

I Danmark har frågan om arbetstagares klädsel gett upphov till livlig debatt. Tämligen kategoriska uttalanden har gjorts, bland annat av ledande politiker. Ett exempel är ett uttalande i ett cirkulärbrev den 5 augusti 1999 till varuhus, dessas fackliga organisationer och fackföreningar av dåvarande arbetsmarknadsministern Ove Hygum. Han säger där kategoriskt att det är olagligt att vägra att anställa kvin-

nor som bär muslimsk huvudduk. Som framgår av framställningen nedan är detta uttalande – i vart fall i och med domen i den danska Höjesteret – sakligt felaktigt!

Företag i Danmark har antagit olika praxis. Vissa företag har antagit strikta regler som begränsar valmöjligheterna för arbetstagare med kundkontakt och förbjuder den muslimska sjalen. Som exempel kan pekas på SAS och de flesta banker. Andra företag har hittat klädesplagg som alla anställda kan godta, även anställda som har religiöst motiverade önskemål, de må vara judiska, kristna, muslimska eller sikhiska. Som exempel kan pekas på IKEA och McDonalds.

Frågan är – och har varit – om regler på arbetsplatser som föreskriver viss klädsel kan utgöra diskriminering. Uppmärksamheten har särskilt avsett om regler som förbjuder den muslimska huvudduken kan utgöra indirekt diskriminering av kvinnor. Den danska lagen 1996 om förbud mot särbehandling på arbetsmarknaden är tillämplig.[288] Styrande för rättsutvecklingen är uttalanden i förarbetena till denna lag, dels vid lagens tillkomst 1996 dels vid ändringar i lagen 2004. Dessa uttalanden citeras i det nu normerande rättsfallet, *fallet den muslimska varuhusanställda* (Danmark 2).

I förarbetena 1996 uttalas bland annat följande:

> "Indirekte forskelsbehandling foreligger, når en formelt set neutral bestemmelse eller betingelse i praksis får en uforholdsmaessig stor virkning for f.eks. visse etniske grupper, medmindre detta er objektivt begrundet i hensyn till arbejdets udförelse. Et eksempel på et sådant formelt set neutralt krav, der vil få uforholdsmässig stor virkning for udenlandske lönmodtagare i forhold til danske lönmodtagare, er sprogkrav.
>
> ...
>
> Det vil likeledes vaere indirekte diskrimination, hvis en arbejdsgiver stiller krav til påklaedning, fremtoning m.v., som kun rammer visse grupper. De vil fortsat vaere tilladt at kraeve, at de ansatte baerer uniform eller en bestemt beklaedning, hvis dette er en del av virksomhedens praesentation udadtil, og hvis det er et konsekvent krav, der stilles til alle ansatte i samme stillinger.
>
> SAS og DSG er eksempler på virksomheder, der stiller krav om, at de ansatte baerer uniform, og sådanne virksomhedet vil lovligt kunne afvise ansöger, der naegter at baere virksomhedens uniform ... Andre eksempler er forretninger, der kraever at de ansatte skal baere for-

288 Lov nr. 459 af 12. juni 1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

> rettningens töj og franchisevirksomheder, hvor det er en del av deres praesentation udadtil, at de ansatte er klaedt på en bestemt måde.
>
> Det vil derimod stride mot loven, hvis en virksomhed udarbejder et reglement, som alene forbyder de ansatte at baere törklaede (*muslimsk huvudduk*, min kommentar) eller turban, men som i övrigt stiller de ansatte frit med hensyn til beklaedning. Et sådant reglement vil udelukke enkelte grupper og dermed vaere udtryk for indirekte diskrimination".

I förarbetena till lagändringen 2004 uttalas bland annat följande:

> "Beklaedningskrav kan på samme måde vaere udtryk for indirekte forskels-behandling, hvis en arbejdsgivers krav til de ansattes påklaedning, framtoning m.v. fortrinsvis rammer visse etniske grupper. Det er imidlertid ikke nödvendig-vis udtryk for indirekte forskelsbehandling, hvis en arbejdsgiver kraever, at de ansatte baerer uniform eller en bestemt beklaedning, hvis dette er en del av virksomhedens praesentation udadtil og hvis dette krav stilles konsekvent til alle ansatte i samme stillinger/stillingskategori".

Lagförarbetena hänvisar i fortsättningen till rättsfallet Danmark 1/ nedan och anger följande: "I det hele svarer forslaget også på dette punkt til retsstillingen efter den gaeldende lov".

Det rättsliga avgörande som kom att dominera debatten fram till avgörandet av danska Höjesteret 2005 avsåg varuhuset Magasin. Magasin-avgörandet refereras kort trots att det i det stora hela har förlorat sin betydelse. Det beror på dels ändringarna 2004 i den danska lagen 1996 om förbud mot särbehandling dels avgörandet av Höjesteret 2005.

3.6.2 Varuhuset Magasin, fallet den muslimska skolpraktikanten[289]

Saken. Islam Amin Baktyar bar muslimsk sjal (*huvudtörklaede*). Genom sin skola hade hon anvisats praktikantplats på varuhuset Magasin, Odense. Magasin hade omfattande skriftliga klädesregler. Dessa kompletterades med muntliga anvisningar för varje enskild arbetstagare. De skriftliga reglerna innehöll inget om huvud-

289 Östre Landsret, Ö L D, 10 augusti 2000, Ugeskrift for Retsvaesen 2000/2, domssamling s 2350.

bonad. De muntligen givna anvisningarna innebar att huvudbonad inte fick bäras på vissa avdelningar men kunde komma ifråga på andra, till exempel hattavdelningen. Halsband med ett kors godtogs. Islam Amin skulle göra sin praktik på damavdelningen. Där tilläts inga huvudbonader. Islam Amin fick information om detta när hon kom till Magasin. Hon vägrade emellertid att ta av sig huvudduken. Hon blev då skickad tillbaka till sin skola.

Islam hävdade att hon utsatts för otillåten indirekt diskriminering enligt lagen 1996 om förbud mot särbehandling på arbetsmarknaden. Omfattande skriftlig bevisning i form av hänvisningar till ett antal internationella konventioner framlades som stöd för detta, bland annat Europakonventionen. Magasin hänvisade till sina klädesregler, skriftliga liksom muntliga. Magasin anförde att förbudet mot huvudklädsel gäller för alla anställda på avdelningar med kundkontakter. Förbudet handhas "konsekvent og ligeligt uden hensynt il religion, etnisk baggrund, politisk observans eller national eller social oprindelse". Förbudet motiverades med att det var kunderna och inte personalen som stod i centrum.

Domstolen. Inledningsvis uttalade sig Domstolen om de olika konventioner som aktualiserats. Därefter vände sig Domstolen till den aktuella situationen. Domstolen fann att Magasins avvisning av Islam Amin för att hon bar muslimsk huvudduk utgjorde indirekt diskriminering av henne. Av betydelse i sammanhanget var att det sätt på vilken klädesreglerna tillämpades typiskt skulle träffa "en bestemt gruppe med samme religiöse baggrund" som Islam Amin.

Domstolen ansåg att Magasin avvisningen av Islam Amin inte var "sakligt grundad". Motiveringen var att Magasin, vars klädesregler hade en "viss rymlig karaktär", inte hade visat sådana särskilda omständigheter som kunnat innefatta saklig grund.[290]

Kommentar.

1/ Såvitt framgår av domen hade Domstolen inte särskilt studerat lagförarbetena till lagen 1996. Dessa nämndes över huvud taget inte i domen.

2/Domen vilade på att Magasins klädesregler inte var tillräckligt klara och entydiga. Det avgörande för domslutet var att klädesreglerna hade "rummelig karakter".

3/ Domen väckte mycket stor uppmärksamhet i Danmark. Den blev föremål för livlig debatt. Som en följd av domen började företag anta noggrant utformade klädesregler som skulle uppfylla kraven enligt Magasin-domen.

4/ Domen banade väg för de ändringar av lagen 1996 om förbud mot särbehand-

290 Magasin " hvis påklaedningsvejledning har en vis rummelig karakter, har (ikke) påvist sådanne saerlige forhold i virksomheten, at bortvisningen af sagsökeren kan anses for sagligt begrundet".

ling på arbetsmarknaden som antogs 2004. Det blev lagen i sin ändrade form som prövades av Högsta domstolen i *fallet den muslimska varuhusanställda*, Danmark 2.

3.6.3 Handels- og Kontorsfunktionaerenes Forbund i Danmark som ombud för A mot Fötex, fallet den muslimska varuhusanställda[291]

Saken. Den 25-åriga A med marockanska föräldrar men född i Danmark fick 1996 deltidsanställning som kassörska vid Fötex och från 1999 heltidsanställning. I mars 2000 flyttade A till bageriavdelningen. Företaget hade ett personalreglemente med bland annat regler om personalens klädsel. Där angavs följande: "På alle områden där det inte föreskrivs en bestämd huvudbeklädnad är det en del av våra likhetskrav (*uniformeringskrav*) att medarbetarna inte bär huvudbeklädnad". A:s arbete innefattade kundkontakter. Fötex angav att personal med kundkontakter inte skulle bära huvudbonad av något slag "för att signalera till kunderna att Fötex är en politiskt och religiöst neutral verksamhet". I en intern promemoria för den företagsgrupp som Fötex ingick i anges följande: "Se upp med alltför mycket särbehandling. Sådan behandling leder snabbt till motstånd mot nya danskar bland övriga anställda och kan visa sig vara en björntjänst". Representanter för företaget anförde följande: "Kors skall bäras innanför skjortan och huvudduk eller annan huvudbonad är inte tillåten. – När symboler tas bort uppstår det inte sådana gnistor som kan antända konflikter mellan anställda och mellan anställda och kunder. Uniformen gör att alla blir till ett". Generellt gällde inom företaget att ingen grupp gavs positiv särbehandling. Detta resulterade i en enhetlig personalpolitik. Hänsyn kunde dock tas vid semesterplaneringen, under Ramadan och i personalmatsalen.

I maj 2001 meddelade A att hon skulle bära en huvudduk (*törklaede*) som skulle täcka hår och hals. I anledning av detta blev A avvisad från sitt arbete. Fötex angav som motivering att A "inte längre önskar att följa Fötex' regler för personalklädsel". Fötex erbjöd A ett arbete på lagret där ingen kundkontakt förekom. A skulle få bära huvudduk och erhålla oförändrad lön. A avböjde men erbjöd sig att bära huvudduken i Fötex' färger och med Fötex' logo i sitt arbete på bageriavdelningen. A:s fackförening hävdade att avvisningen var en uppsägning med omedelbar verkan på grund av att A "nu har valt att följa en religiös övertygelse som ålägger henne att böra huvudduk som huvudbonad".

Vid domstolen hävdade A att det förelåg indirekt diskriminering enligt lagen 1996 om förbud mot särbehandling på arbetsmarknaden. Visserligen gällde förbudet mot huvudbonad alla men kärnområdet var otvivelaktigt huvudduken. Förbu-

291 Höjesteret, HD, 21 januari 2005, Ugeskrift for Retsvaesen 2005/2, Domssamling s 1266.

det hade ändrats och anpassats efter Magasin-domen. A hänvisade också till Artikel 9 Europakonventionen och anförde att praxis kräver att det skall företas en konkret bedömning av saklighet och proportionalitet. Fötex bestred att det förelåg indirekt diskriminering. Med hänvisning till lagförarbetena hävdade Fötex att arbetsgivare kan fastlägga klädselregler utan att det leder till indirekt diskriminering om klädseln är en del av verksamhetens presentation utåt och om klädkravet upprätthålles konsekvent i förhållande till alla anställda i samma befattningar. Reglerna hade preciserats i anledning av Magasin-domen för att uppfylla kraven i den domen. Fötex hade ett noga utformat uniformsreglemente, inte bara allmänt utformade regler. Utan motivering anförde Fötex att Europakonventionen skyddar även negativ religionsfrihet. Vidare hävdade Fötex att om muslimer fick bära huvudduk skulle konsekvensen bli att anställda med annan religion också skulle ha rätt att bära den religionens symboler. Även politiska symboler skulle tillåtas.

Höjesteret (Högsta domstolen). Domstolen inledde med att citera de uttalanden i förarbetena till lagen 1996 om förbud mot särbehandling som angivits ovan. Domstolen citerade också de klädselanvisningar som Fötex hade och som A fått information om. Domstolen noterade att parterna var överens om att klädselreglerna hade tillämpats konsekvent. Domstolen noterade vidare att förbudet att bära huvudbonad har "til formål over for kunderne at signalere, at Fötex er en politisk og religiös neutral virksomhed". Fötex ville att "medarbejderne framtraeder ens og neutrale".

Domstolen noterade att förbudet mot huvudbonad formellt sett var neutralt men att det i särskilt hög grad träffade "muslimske kvinder, som af religiöse grunde baerer huvudtörklaede". Domstolen hänvisade till förarbetena 1996 och till lagändringarna 2004. Dessa innebär, anförde Domstolen, att "det inte föreligger indirekt diskriminering om gällande regler, villkor eller företagspraxis har objektiv grund i ett sakligt ändamål och medlen att uppfylla ändamålet är lämpliga och nödvändiga".[292] Lagstiftaren hade sålunda gjort en avvägning mellan "en arbejdsgiver, der kräver uniform eller bestemt beklaedning" och "en ansat, som af religiöse grunde ikke kan opfylde beklaedningsreglerne". Domstolen tillade att det inte kunde vara av rättslig betydelse om arbetsgivarens regler innebar att viss huvudbonad skulle bäras eller istället innebar förbud mot huvudbonad.

Med stöd av uttalandena i lagförarbetena kom Domstolen till slutsatsen att de regler som gällde för anställda hos Fötex med direkt kundkontakt inte kunde anses utgöra brott mot förbudet mot indirekt diskriminering. Domstolen anförde avslut-

292 Det är inte indirekt diskriminering "hvis den pågaeldende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde formålet er hensigtmaessige og nödvendige".

ningsvis och utan någon motivering att det inte heller fanns "grundlag for at anse håndhaevelsen af forbuddet stridende mod menneskerettighedskonventionen artikel 9".

Kommentarer.

1/ Hänvisningen till Europakonventionen görs utan någon som helst motivering eller hänvisning till praxis. Detta får anses otillfredsställande av en högsta domstol vars avgöranden får prejudicerande verkan. Som framgått av redovisningen av praxis rörande Konventionen finns inget avgörande som motsvarar det danska fallet, dvs anställda i företag med kundkontakt. Samtidigt skall noteras att praxis innebär att konventionsländerna har en bred egen bedömningsmarginal (*margin of appreciation*; se närmare avsnitt 4.6) i fråga om just klädesplagg. Uttalandena i de danska lagförarbetena är mycket klara och konkreta. Det kan därför knappast råda någon tvekan om att de danska lagreglerna och domen i detta mål är godtagbara enligt Konventionen.

2/ Såväl lagförarbetena som domen visar att danska arbetsgivare har en vidsträckt rätt att fastlägga regler om kläder för sina anställda. Som framgår de citerade uttalandena i lagförarbetena ställs krav på reglerna. Dessa krav är emellertid sådana att en aktsam arbetsgivare i allmänhet kan räkna med att omsorgsfullt utarbetade klädesregler som tillämpas konsekvent är tillåtliga.

Kapitel 4

Den rättsliga situationen rörande religion och religiöst motiverade manifestationer – sammanfattande översikt och analys

4.1 Religionsbegreppet. Forum internum och forum externum

Artikel 9 Europakonventionen skyddar "tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet". Dessa begrepp är allmänna och utan precis innebörd. Praxis har formulerat vissa riktmärken för när skydd enligt Artikel 9 föreligger. I ett avgörande anförde Europakommissionen sålunda att Artikel 9 "är väsentligen avsedd att skydda religioner eller allmängiltiga teorier rörande filosofiska eller ideologiska värden".[293] Det skall röra sig om "sammanhängande uppfattning om grundläggande problem" anförde Kommissionen i ett annat avgörande.[294] Europadomstolen har anfört att det krävs att uppfattningen skall "nå en viss nivå beträffande inneboende styrka, allvar,

293 "... is essentially destined to protect religions, or theories on philosophical or ideological universal values"; Kommissionen mål 19459/92, F.P. mot Tyskland, beslut 29 mars 1993, "Holocaust-fallet", opublicerat men tillgängligt på Europadomstolens hemsida. Se i litteraturen till exempel Van Dijk m fl (2006), s 760.

294 "coherent view on fundamental problems";, Kommissionen mål 8741/79, X mot Tyskland, D&R 24 s 137 (1981).

sammanhållning och betydelse".[295] Praxis har vidare intagit den ståndpunkten att det kan vara nödvändigt att förlita sig till en icke specificerad konventionell uppfattning. I ett avgörande hänvisar Europadomstolen sålunda till att en viss åsikt av etisk art inte omfattades av Artikel 9 "i dess vedertagna mening" utan att dock ange, eller ens antyda, vilken denna är.[296]

I praxis har ett stort antal fall avgjorts där frågan var om en viss övertygelse omfattas av Artikel 9. Denna praxis behandlas inte här.[297] Klart är att alla de stora världsreligionerna omfattas. Vidare omfattas till exempel ateism,[298] kommunism,[299] och sjundedagsadventism.[300]

Åtskilliga åsikter och övertygelser har emellertid ansetts falla utanför. Ett exempel är F.P. mot Tyskland.[301] Där befanns förnekande av judeförintelsen, *Holocaust*, påstående att protokollen från konferensen i Wannsee i januari 1942 om judeutrotningen är förfalskade och att inga bevis finns för att Auschwitz funnits som utrotningsläger, falla utanför Artikel 9. "Kommissionen anser att denna bestämmelse inte kan åberopas av sökanden eftersom de belastande synpunkter han framförde på en privat fest inte utgör en 'övertygelse' i den mening som avses i Artikel 9. Denna är väsentligen avsedd att skydda religioner eller allmängiltiga teorier rörande filosofiska eller ideologiska värden".[302]

I praxis förekommer exempel där sökande hänvisat till vad som påstås vara en

295 "attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance"; Europadomstolen, Campbell och Cossans mot Storbritannien, dom 25 februari 1982, Series A 48 (1982). Uttalandet avser begreppet "övertygelse" i Artikel 2, protokoll 1 till Europakonventionen, men Europadomstolen anför att begreppet i denna artikel är nära besläktat med begreppet "tro" i Artikel 9. Formuleringen är därför i princip tillämplig även på Artikel 9. I till exempel mål 14618/03 Blumberg mot Tyskland använde Europadomstolen formuleringen i ett mål som rörde Artikel 9.

296 "in its ordinary meaning"; Europadomstolen, Johnston m.fl. mot Irland, dom 18 december 1986, A 112 s 27, para 63.

297 Se härtill till exempel Evans (2001), s 54 ff.

298 Se tex Kommissionen mål 11567/85 och 11568/85 Le Cour Grandmaison och Fritz mot Frankrike, D&R 53, s 150 eller Kommissionen mål 10491/83, Angeleni mot Sverige, beslut 3 december 1986, D&R 51, s 41. Se i modern praxis uttalande i *fallet Lautsi mot Italien*, Konventionen 20.

299 Kommissionen mål 16311/90, 16312/90 och 16313/90, Hazar, Hazar och Acik mot Turkiet, D&R 72 (1994), s 200.

300 Kommissionen mål 24949/94, Konttinen mot Finland, beslut 3 december 1996, ej publicerat.

301 Kommissionen, mål 19459/92, F. P. mot Tyskland, beslut 29 mars 1993, opublicerat men tillgängligt på Europarådets hemsida. Se till exempel Van Dijk m fl (2006), s 760.

302 "The Commission considers that this provision cannot be invoked by the applicant as the incriminating remarks he made at a private party did not reflect a 'belief' within the meaning of Article 9 of the Convention which is essentially destined to protect religions, or theories on philosophical or ideological universal values".

religion utan att dock kunna stödja detta med konkreta hänvisningar till exempelvis religiösa skrifter. Som exempel må hänvisas till ett fall där en person intagen i fängelse ansåg sig berättigad att manifestera sin religion kallad Wicca.[303] Han angav dock inte "några fakta som gör det möjligt att fastställa om det finns en Wicca-religion". Kommissionen anförde att "det måste i varje enskilt fall finnas åtminstone en identifierbar religion".[304]

Inga försök har gjorts att dra gränser mellan de tre komponenterna i skyddsområdet enligt Artikel 9. De avgörande som behandlas i denna bok har dock alla avsett vad som i vedertaget synsätt avser religion och religionsutövning. Alla avgörandena har däremot inte baserats på religion utan på andra faktorer, till exempel underlåtenhet att följa ett arbetstidsschema (*fallet den muslimske läraren*, Konventionen 4, och *fallet den kristna resebyråchefen*, Konventionen 8) eller personlig säkerhet (*turbanfallet*, Konventionen 2).

Praxis har inte befattat sig med att bedöma en åsikts inneboende hållbarhet, värde eller relevans. Skyddet är i dessa avseenden strikt neutralt. Om en samling åsikter uppfyller kriteriet att vara "religioner eller allmängiltiga teorier rörande filosofiska eller ideologiska värden" ("religions, or theories on philosophical or ideological universal values") omfattas de av skyddet i Artikel 9 oavsett sitt innehåll. Detta förhållningssätt utgör en synnerligen viktig del av erfarenheten av Europas historia under 1900-talet. Den europeiska 1900-talshistorien visar att statsmakterna i många länder gjorde just sådana bedömningar. På grundval av dessa klassificerades och dömdes människor. För att förhindra en upprepning av de brott mot mänskligheten som sådana klassificeringar gav upphov till iakttar Europakonventionen strikt neutralitet.

Ett vanligt talesätt är att "En persons mat är en annan persons bittra gift".[305] En omskrivning kunde vara: "En persons religion är en annan persons irrlära". Eller: "Det, som är sanning i Berlin och Jena, är bara dåligt skämt i Heidelberg".[306] Praxis visar emellertid, som sagt, att inga bedömningar av detta slag gjorts. Praxis visar så-

303 Kommissionen mål 7291/75, X mot Storbritannien, D&R 11 s 55 (1978).

304 "any facts making it possible to establish the existence of the Wicca religion".
"there must, in any particular case, at least be an identifiable religion".
Wicca synes dock vara en "religion", låt vara av mycket ungt datum. En utförlig artikel om Wicca finns under detta ord på uppslagsboken Wikipedia på Nätet.

305 Talesättet går tillbaka till av den romerske filosofen och skalden Titus Lucretius, cirka 99 – cirka 55 före Kristus). I hans verk De rerum natura (Om tingens väsen, bok IV rad 637) heter det: Ut quod ali cibus est aliis fuat acre venenum. Det svenska talesättet är en exakt översättning. Åtskilliga variationer på talesättet förekommer.

306 Gustaf Fröding, Vad är sanning? – Ytterligare en illustration, denna gång av Blaise Pascal: "Sanning på denna sida av Pyrenéerna, villfarelse på andra sidan" (« Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà"; Pensées 5:294).

lunda att skyddet enligt Artikel 9(1) för åsikter som ryms under begreppet "tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet" är vidsträckt. De mest olikartade åsikter omfattas.

Europakonventionen innehåller inte någon definition av begreppet religion. Av formuleringen i Artikel 9(1) följer emellertid *för det första* att skyddet omfattar både frihet att ha en religion men också friheten att inte ha en religion, det som kallas positiv och negativ frihet. Praxis har starkt markerat den negativa friheten, *Kokkinakisprinciperna*; se vidare avsnitt 4.3. Formuleringen visar *för det andra* att religionsfrihet inte är begränsad till själva tron utan även omfattar en rätt att utöva denna tro. Den praxis som redovisas i kapitel 2 och 3 har enbart sysslat med utövning av religion. Hur långt detta skydd sträcker sig diskuteras i avsnitt 4.2.

Försiktigheten i Europakonventionen och praxis synes bero på att det knappast låter sig göra att formulera en definition som skulle kunna vinna allmänt godkännande. Synsätten skiljer sig alltför mycket åt för att kunna sammanfattas i en meningsfull, operativ, definition. Detta gäller både en "intern" definition av begreppet religion, dvs vad religioner själva anser vara "religion", och en "extern" definition, dvs en gränsdragning mellan "religion" å ena sidan och tanke- och samvetsfrihet å andra sidan. Såväl Europakonventionen som praxis använder begreppen som en helhet. Detta synes vara en stor fördel. Meningslös ordväxling och meningslösa ordkrig om exakta definitioner undviks helt.

Vad omfattar religionsfriheten enligt praxis? Detta har kommit att utformas i praxis som en tredelad, tredimensionell, storhet. Den första beståndsdelen avser själva åsikten. Denna beståndsdel har kommit att kallas *forum internum*. Den andra beståndsdelen avser uttryck för, manifestationer av, åsikten. Denna beståndsdel har kommit att kallas *forum externum*. Den tredje beståndsdelen avser det som faller utanför skyddade åsikter och uttryck (manifestationer) enligt Artikel 9 och därmed även utanför Konventionen. Denna beståndsdel utgår från *Arrowsmith-principen* efter det avgörande i Europakommissionen där den först fastslogs; se avsnitt 4.2 och Appendix III. Denna beståndsdel har otydliga och flytande konturer.

Praxis rörande den skyddade religionsfriheten enligt Europakonventionen Artikel 9 visar sålunda att denna har två beståndsdelar, en inre och en yttre, en inre kärna och ett yttre skal. Gång på gång har uttalats att det som Konventionen skyddar är "främst en fråga om det enskilda samvetet" ("primarily a matter of individual conscience"; *Kokkinakis*, Konventionen 9). "Bestämmelsen skyddar främst området för privata, personliga övertygelser" ("The provision primarily protects the sphere of private, personal beliefs"; *Yanasik*, Konventionen 5). Detta är den inre kärnan, det som alltså i praxis har kommit att kallas *forum internum*. Detta är själva den religiösa övertygelsen, positiv i form av mer eller mindre bestämda uppfattningar och

åsikter eller negativ i form av frånvaro av sådana uppfattningar och åsikter. Denna inre kärna är okränkbar. Inga begränsningar är tillåtna.

Religionsfriheten i detta hänseende är sålunda absolut (liksom tanke- och samvetsfriheten). Detta innebär att den befinner sig högst på värdeskalan i Europakonventionen och därmed i hela det europeiska rättssystemet. Detta innebär i sin tur att regler, förfaranden eller annat som innefattar begränsningar av denna inre kärna, *forum internum*, strider mot Europakonventionen och är i den meningen olagliga. Detta är fallet även om de skulle vara upptagna i det högsta rättsliga normsystemet i ett konventionsland, till exempel Regeringsformen i Sverige.

Praxis visar emellertid att *forum internum* har föga innehåll vad avser dess omfattning i det dagliga livet. Manifestationer av religion har sålunda i praxis alltid befunnits falla utanför *forum internum*. I praktiken har *forum internum* därför betydelse främst som skydd mot religiös och åsiktsmässig indoktrinering, dvs som ett utflöde av vad som närmast skall betecknas som negativ religionsfrihet.

Som framgått omfattar Artikel 9 ett mycket brett spektrum av åsikter men har föga skyddsinnehåll i det dagliga livet. Detta innebär – annorlunda uttryckt – att *forum internum* har en mycket bred spännvidd men ett mycket ringa djup.

Skyddad religionsfrihet enligt Konventionen "innefattar bland annat också "frihet att 'manifestera' sin religion. Sammankopplat med förefintligheten av religiösa övertygelser är att ge vittnesbörd om dessa i ord och handlingar".[307] Detta framgår redan av ordalydelsen av Artikel 9(1) Det är detta skydd för manifestationer som har kommit att kallas *forum externum*.

Denna beståndsdel, detta forum, har samma spännvidd som *forum internum*, dvs motsvarar det vida spektrum av uppfattningar och åsikter som skyddas av Artikel 9(1). Vilka konkreta uttryck (manifestationer) omfattas? Annorlunda uttryckt, vilket djup har *forum externum*?

4.2 Forum externum och utanförliggande religiöst motiverade manifestationer; *Arrowsmith-principen*

Praxis visar att det finns ett sambands- eller anknytningsrekvisit för att en viss uttrycksform (manifestation) skall omfattas av *forum externum*. Som framgått flerstädes i kapitel 2 föreligger inte skydd för " varje handling som motiveras eller påverkas av religion eller övertygelse" ("each act which is motivated or influenced by a

307 Religionsfriheten "also implies, inter alia, freedom to 'manifest'(one's) religion'. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions"; *fallet Kokkinakis*, Konventionen 9.

religion or belief"; *fallet Arrowsmith*, Konventionen 3). Detta ställningstagande, *Arrowsmith-principen*, har blivit vägledande och upprepas som framgått av rättsfallsgenomgången i kapitel 2 regelmässigt i praxis. I *skattefallet* (Konventionen 5) preciseras sambandskravet till att det fordras att religion och manifestation är "mycket nära förbundna" ("intimately linked").

När föreligger en sådan "mycket nära förbindelse" ("intimate link")? Ett generellt uttalande är detta. Artikel 9 "skyddar också handlingar som är nära förbundna med dessa (dvs själva åsikterna) såsom religiösa ceremonier eller andakter som utgör en del av utövningen av en religion eller en övertygelse på ett vedertaget sätt".[308]

Utanför området där det föreligger ett "mycket nära samband" förekommer många manifestationer som av den enskilde upplevs som religiöst motiverade. Det är här fråga om handlingar som i praxis beskrivs med just citerade ord sådana som att handlingarna "motiveras eller påverkas av religion eller övertygelse" ("motivated or influenced by a religion or belief"). Praxis visar att Domstolen anser att sådana manifestationer (som alltså därmed faller utanför Konventionens skyddsområde) dock kan sägas tillhöra området för religionsfriheten. Som exempel kan pekas på *fallet Leyla* (Konventionen 16), *fallet Kurtulmus* (Konventionen 17) och *fallet Dogru* (Konventionen 19).[309] Domstolen uttalar uttryckligen att det föreligger en kränkning (*interference*) av religionsfriheten när utanförliggande religiöst motiverad manifestation förbjudits. Skälet till denna ståndpunkt torde vara att Domstolen i *det* avseendet tillmäter den enskildes egna åsikter relevans medan däremot bedömningen av om det föreligger ett "mycket nära samband" sker objektivt (se vidare avsnitt 4.8).

Praxis har i några fall tagit uttrycklig ställning till om en "mycket nära förbindelse" förelegat men i andra fall lämnat frågan obesvarad. Några generella riktlinjer för bedömningen har inte angetts. Fyra avgöranden bygger på att det erforderliga sambandet föreligger ehuru inget av dem uttryckligen diskuterar sambandsrekvisitet. Två av dessa fyra mål avser försök att locka över personer till den egna läran, proselytism (*Kokkinakis*, Konventionen 9, *Larissis*, Konventionen 11), det tredje den judiskt rituella slakten (*Cha'are*, Konventionen 13) och det fjärde en situation med mycket utpräglad religiöst motiverad utstyrsel (*Ahmet Arslan*, Konventionen 21).[310]

308 "also protects acts that are closely linked to these matters (dvs själva åsikten) such as acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form". Pichon och Sajous mot Frankrike, ECHR 2001-X.

309 Ytterligare kan hänvisas till de avgöranden som anges i de inledande noterna till de två sistnämnda fallen.

310 Ytterligare ett exempel erbjuder Johannische Kirche och Peters mot Tyskland, mål 41754/98, dom 10 juli 2001, ECHR Reports 2001-VIII. Där befanns begravningsceremonier och anordnande av begravningsplatser ha det erforderliga sambandet.

I målet rörande muslimska mäns bevistande av fredagsbön (*fallet den muslimske läraren*, Konventionen 4) lämnade Kommissionen frågan om det erforderliga sambandet fanns öppen. Den muslimske läraren fick inte den eftersökta – och av honom som nödvändig betraktade – ledigheten "även om det skulle antas föreligga en religiös plikt av detta slag" ("even if such religious obligation were assumed"; para 10, s 35). I fråga om bärandet av turban lämnade Kommissionen också uttryckligen öppet om det erforderliga sambandet fanns (*turbanfallet*, Konventionen 2). Europadomstolen synes anse att det erforderliga sambandet inte föreligger.[311] Kommissionen uttalade sig inte heller om muslimska kvinnors bärande av huvudduk (*Karaduman*, Konventionen 7). Det gjorde inte heller Europadomstolen i senare praxis (*Leyla*, Konventionen 16, *Kurtulmus*, Konventionen 17, *Dogru*, Konventionen 19). Dessa mål avgjordes på basis av ett antagande att det erforderliga sambandet fanns.

En pacifists utdelande av flygblad med uppmaning till soldater att inte bege sig till en krigsskådeplats befanns inte uppfylla det erforderliga sambandet. Skälet var att utdelandet inte ansågs vara "en sedvanlig och vedertagen uttrycksform" ("a normal and recognised manifestation", *Arrowsmith-principen*; Konventionen 3). Det gjorde inte heller en kväkares önskemål att inbetalad skatt inte skulle användas för ändamål som stred mot den egna övertygelsen. Som skäl angavs att denna uttrycksform inte bedömdes vara "allmänt vedertagen" (inte "a generally recognised form" av manifestation; *skattefallet*, Konventionen 5). I bägge fallen ansågs dock de överordnade åsikterna, pacifism respektive kväkarreligionen, omfattade av Artikel 9.

I svensk praxis är två avgöranden av intresse, *fallet äldreaktiveraren* (Sverige 2) och *handskakningsfallet* (Sverige 3). Inte i något av dessa två avgöranden torde det kunna sägas att sambandsrekvisitet enligt *Arrowsmith-principen* var uppfyllt.

I *fallet äldreaktiveraren* vill den anställde med hänvisning till sin religion (Jehovas vittne) inte delta i vissa aktiviteter på hemmet för äldre. Det rörde sig om sådant som att klä en julgran eller en midsommarstång, att dansa kring dessa eller att måla påskägg. Arbetstagaren ansåg sig på grund av sin tro inte kunna delta i dessa aktiviteter eftersom ett Jehovas vittne inte deltar i den del av firandet av högtider som anses ha hedniska förtecken. Det kom vidare körer från Svenska kyrkan och sjöng för de inneboende. Arbetstagaren ansåg sig inte kunna medverka vid sådana tillfällen, till exempel genom att ordna kaffet, eftersom hon betraktade det som att samarbeta med Svenska kyrkan. Är sambandsrekvisitet uppfyllt här? Avståndet mellan "religion" i ordets sedvanliga betydelse (se ovan samt även avsnitten 1.4 och 4.1) och

311 Mann Singh mot Frankrike, mål 24479/07. Se om detta mål noten till *turbanfallet*, Konventionen 2,

de skäl som arbetstagaren anförde för att inte utföra arbetsuppgifterna ifråga framstår som alltför stort för att sambandskravet enligt *Arrowsmith-principen* skall anses uppfyllt. Annorlunda uttryckt måste det förhålla sig så att ett utförande av de aktuella arbetsuppgifterna inte skulle kunna ses som skyddade religiösa uttrycksformer enligt Artikel 9 Europakonventionen. Möjligen, men inte ens troligen, skulle utförandet kunna betraktas som handlande som skulle vara "motiverat av" religion. Som sådant skulle det dock som framgått inte omfattas av Artikel 9 Europakonventionen.

I *handskakningsfallet* var situationen den att en muslimsk man skulle få en praktikplats vid ett företag. När mannen kom till företaget möttes han av den kvinnliga chefen som vill hälsa honom välkommen. Mannen vägrade emellertid att ta den kvinnliga företagsledaren i hand. Han motiverade detta med att det stred mot hans muslimska tro att ta främmande kvinnor i hand. I anledning av detta blev mannen inte tilldelad den tilltänkta praktikplatsen. Frågan i målet var om mannen därmed blivit utsatt för religiös diskriminering enligt den svenska diskrimineringslagstiftningen. Som konstaterades i referaten har praxis rörande Europakonventionen ännu inte tagit ställning till hur vägran att skaka hand av (föregivet) religiösa skäl skall bedömas. Praxis enligt Konventionen talar emellertid starkt för att en sådan vägran inte omfattas av skyddet för religionsfrihet enligt Artikel 9(1). Enligt *Arrowsmith-principen* (Konventionen 3) kan vägran av detta slag inte rimligen vara så "mycket nära förbunden" ("*intimately linked*") med övertygelsen att den utgör en del av övertygelsen som sådan. Vägran kan tänkas vara motiverad eller påverkad ("*motivated or influenced*") av åsikten/övertygelsen. Som framgår av praxis rörande Konventionen är detta dock inte tillräckligt för att uppnå skydd enligt Konventionen Artikel 9(1).

Det kan framstå som förvånande att närmare principer för sambandsbedömningen inte uppställts. Religionsfriheten är ett överordnat intresse. Det kunde då synas naturligt att praxis sökte ange riktlinjer och principer. Så har dock inte skett. Man kan ställa frågan varför så inte skett. Svaret är möjligen att konventionsorganen menat att sambandskravet inte är absolut utan avhängigt av den föreliggande situationen, i vart fall i någon mån. I sådant fall är det tydligtvis svårt att ge några närmare anvisningar om sambandskravet.

I praktiken synes saken dock kanske inte ha haft någon egentlig praktisk betydelse. Det beror på att mål har avgjorts hypotetiskt i den meningen att sambandskravet har antagits föreligga utan att detta dock fastslagits. Som framgått ovan och utförligt av rättsfallsredovisningen sker detta regelmässigt med den muslimska sjalen och den sikhiska turbanen.

Uppdelningen på *forum internum* och *forum internum* samt hur dessa fora,

dessa beståndsdelar, har avgränsats kan kritiseras och har kritiserats.[312] *Forum internum* har föga djup och skyddar aldrig yttre uttrycksformer. *Forum externum* gör det men endast i viss, ganska begränsad utsträckning. Uttrycksformer som av den enskilde (och även av konventionsorganen) kan uppfattas som mycket angelägna och centrala kan vara uteslutna. I till exempel *fallet Arrowsmith* (Konventionen 3) delade en pacifist ut flygblad till brittiska soldater med uppmaning att inte delta i det pågående de facto kriget i Nordirland. Kommissionen uttalade att utdelning av flygblad med det aktuella innehållet visserligen kunde ses som "en normal och erkänd uttrycksform för pacifism". Emellertid intog Kommissionen ståndpunkten att själva utdelandet som sådant inte uttryckte den aktuella, skyddade, åsikten.[313] Ett motsvarande resonemang fördes i *skattefallet* (Konventionen 5). Det rörde sig alltså i bägge fallen om uttrycksformer som var naturliga, vedertagna och väsentliga för personer med de skyddade åsikterna men där skydd inte medgavs enligt Europakonventionen. I de två svenska avgörandena, *fallet äldreaktiveraren* och *handskakningsfallet*, framstår de aktuella handlingarna inte som så närstående den skyddade åsikten/religionen som i de två fallen som enligt Europakonventionen inte ansågs ha det erforderliga sambandet. Här skulle därför inte kritik vara befogad om handlingarna prövats enligt Europakonventionen och bedömts falla utanför skyddet enligt denna.

Kritik mot praxis för att ha gett sambandsrekvisitet ett alltför snävt innehåll synes befogad (ehuru detta inte gäller vid en bedömning av de två svenska fallen). Sambandsrekvisitet kunde ges ett vidare, ett mera generöst, innehåll. Detta skulle medföra ytterligare skydd för religionsfriheten. Sett ur den enskildes synvinkel är praxis sträng och närmast kränkande. Praxis är emellertid fast och väl etablerad.

Praxis har även i ett annat hänseende som har anknytning till sambandsrekvisitet – *Arrowsmith-principen* – begränsat religionsfriheten. Detta har skett genom att praxis innebär att en de facto begränsning av religionsfriheten inte har berott på hänsyn till religionsfriheten utan på annat, till exempel verksamhetens behöriga bedrivande eller att begränsningen gäller alla oavsett religionstillhörighet.

Som exempel på verksamhetsrelaterade överväganden kan hänvisas till *fallet den kristna resebyråchefen* (och det i samma mål aktuella *fallet Konttinen*; Konventionen 8). Louise Stedman var kristen. Hon ville av religiösa skäl inte arbeta på söndagar. När hon beordrades göra det vägrade hon och blev hon uppsagd med motive-

312 Se domarna Opsahl och Klecker i målet *Arrowsmith*. Se i litteraturen till exempel Crumper s 320 f, Evans (1999) s 394 ff, Evans (2001) s 72 ff och Lewis (2007).

313 Flygbladsutdelningarna var "a normal and recognised manifestation of pacifist belief" men "do not actually express the belief concerned".

ringen att hon inte följde det fastlagda arbetstidsschemat. Kommissionen godtog detta. Så hade skett även i *fallet Konttinen*.

Som anförts i referatet av fallen i kapitel 2 framstår de båda avgörandena som stränga mot den enskilde och som begränsande av religionsfriheten utöver vad som synes motiverat. Särskilt gäller detta Louise Stedman. Skälet är att reguljärt söndagsarbete infördes långt efter det att hon påbörjat sitt arbete. Hon hade alltså inte tagit arbetet i vetskap om att söndagsarbete förelåg som en reguljär företeelse.

Religionsfriheten omfattar enligt Artikel 9 uttryckligen rätten "att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning sedvänjor eller ritualer". Deltagande i religiösa sammankomster såsom gudstjänster uppfyller självfallet sambandsrekvisitet enligt *Arrowsmith-principen*. Om Kommissionen valt att koppla samman anställningarnas upphörande med arbetstagarnas iakttagande av sin religion och sina religiösa förpliktelser skulle det inte ha varit möjligt att godta att arbetstagarnas anställningar upphörde på det sätt som skedde. Kommissionen har i dessa två avgöranden satt de anställdas religiösa intressen efter arbetsgivarens intresse av verksamhetens behöriga bedrivande.

Religionsfrihet är emellertid ett av Europakonventionen skyddat intresse vilket däremot arbetsgivares verksamhetsintresse inte är. Den tyska Förbundsarbetsdomstolen intog i *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3) en ståndpunkt där en avvägning skedde mellan religionsfrihetsintresset och verksamhetsintresset. Med rätta pekade domstolen på "den särskilt höga ställning i ... artikel 9 i Europakonventionen som tros- och religionsfriheten har".[314] Denna "höga ställning" blev utslagsgivande i målet. Det kan hävdas att så borde ha skett även i fallet den kristna resebyråchefen (och *fallet Konttinen*).

Som exempel på avgöranden där ett förbud gjorts allmängiltigt oavsett religionstillhörighet och därmed godtagits kan pekas på *fallet Köse*.[315] Det rörde avstängning av 94 elever från skolor i Turkiet. De aktuella eleverna hade vägrat att ta av sig sina muslimska huvuddukar. Brott mot Artikel 9 ansågs inte föreligga eftersom förbudet mot huvudbonad gällde alla elever oavsett deras religiösa övertygelser.

Även i dessa två hänseenden kan sålunda hävdas att sambandsrekvisitet kunde ges ett vidare, ett mera generöst, innehåll. Detta skulle medföra ytterligare skydd för religionsfriheten. Även i detta hänseende är praxis ur den enskildes synvinkel sträng och närmast kränkande. I vart fall i situationer av den art som här förelåg, dvs där religionsfrihetsintresse står mot verksamhetsintresse, kunde ett annat synsätt antas utan att problem med prejudikattrohet uppstår. *Fallet den kristna rese-*

314 "des besonders hohen Stellenwertes der ... nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention ...gewährleisteten Glaubens- und Religionsfreiheit"; s 122.

315 Se inledande fotnot till *fallet Kurtulmus*, Konventionen 17.

byråchefen (och *fallet Konttinen*) kan utan rättsliga svårigheter ses som isolerade företeelser.

Sammanfattnings- och avslutningsvis kan alltså för det första konstateras att *forum externum* har ett brett tillämpningsområde, lika brett som *forum internum*, själva åsiktsfriheten, och att det har ett djup som *forum internum* saknar. För det andra kan dock samtidigt konstateras att det djup som *forum externum* har är begränsat. Det erforderliga sambandet enligt *Arrowsmith-principen* mellan åsikten/religionen och den yttre uttrycksformen av denna åsikt/religion är påtagligt nära. Det stränga sambandskravet mellan religion och uttrycksform begränsar starkt skyddet för religionsfriheten enligt Artikel 9.

4.3 Frihet *till* och frihet *från* religion. Positiv och negativ religionsfrihet

Utgångspunkten språkligt i Artikel 9(1) är rätten att åtnjuta religionsfrihet som en form av åsiktsfrihet, frihet *till* religion. Denna frihet *till* religion omfattar i första hand själva åsiktsfriheten, dvs rätten att hysa bestämda åsikter i religiöst avseende. Här inbegripes även rätt att ändra åsikt och att omfatta åsikter som tidigare inte omfattats. I detta ligger rätt att konvertera från en religion till en annan religion respektive att antaga en religion från att inte ha haft någon bestämd religiös åsikt. Som framgått i avsnitt 4.2 är denna del av religionsfriheten det som kallas *forum internum*.

Rätten till religion omfattar enligt Artikel 9(1) även rätt att "utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning, sedvänjor och ritualer". Religiösa uttrycksformer (manifestationer) utgör sålunda en del av det skyddade området. Som framgått i avsnitt 4.2 är denna del av religionsfriheten det som kallas *forum externum*.

Sammantaget utgör dessa två sidor av rätten *till* religion det som kallas den *positiva* religionsfriheten.

Ordalydelsen i Artikel 9(1) är emellertid sådan att även motsatsen omfattas. Härmed avses rätten att ha frihet till tanke, samvete och religion av vilket innehåll som helst. Detta omfattar rätten att *inte* ha någon religion, att *inte* vilja veta av någon religion, att *inte* behöva utsättas för andras religiösa uttrycksformer (manifestationer) och rätten att vara tvivlande, sökande, osäker, agnostiker, oberörd, likgiltig, negativ eller motståndare. Häri ligger också rätten lämna ett religiöst sam-

fund eller en kyrka.[316] I praxis har ofta pekats på att den enskilde som anser att en kränkning av religionsfriheten ägt rum har rätt att lämna det samfund som påstås ha ansvar för kränkningen.[317] Denna sida av religionsfriheten tillhör *forum internum* på samma sätt som friheten *till*. Denna sida av religionsfriheten är det som kallas den *negativa* religionsfriheten.

Till den negativa religionsfriheten hör sålunda även att inte behöva utsättas för andras religiösa uttryck. I *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20) framhölls detta särskilt. Krucifix (eller kors) skulle finna i varje skolrum i offentliga skolor. Domstolen underkände detta som ett otillåtet intrång i elevernas negativa religionsfrihet (liksom även föräldrarnas). Domstolen framhöll att det var omöjligt för eleverna att inte se krucifixen. Detta kunde inte godtas. "Den negativa religionsfriheten är inte begränsad till frånvaron av gudstjänster eller religiös undervisning utan även av handlande och symboler som uttrycker en övertygelse, en religion eller ateism, i bestämt hänseende eller allmänt. Denna negativa rätt behöver särskilt skydd om det är staten som uttrycker en övertygelse och personer med avvikande åsikt befinner sig i en situation som dom inte kan avlägsna sig ifrån med mindre de underkastar sig ansträngningar som är utan proportion och som innefattar uppoffringar".[318]

Termerna *positiv* kontra *negativ* religionsfrihet är olyckliga. Skälet är att det som anges som "positivt" kan uppfattas som något gott, något betydelsefullt, medan "negativt" kan uppfattas som något dåligt, något som är mindre värt, mindre betydelsefullt. Som framgått vid rättsfallsgenomgången, med början i *fallet Kokkinakis* (Konventionen 9), är detta dock inte alls avsikten med begreppsparet. Praxis visar att terminologin är strikt värdeneutral. Ett annat begreppspar vore "aktiv" kontra "passiv". Det lider emellertid i princip av samma svaghet som det vedertagna begreppsparet. Detta måste därför användas i brist på bättre.

Den *negativa* religionsfriheten är mycket fast förankrad i praxis. Utgångspunkten finns i *fallet Kokkinakis* (Konventionen 9). I magistrala ordalag slås där den

316 Religiösa samfund kan i viss grad uppställa formella eller andra krav för utträde men själva rätten att fritt utträda kan inte begränsas.

317 Se i praxis till exempel *prästfallet* (Konventionen 1) och där ytterligare angivna avgöranden.

318 Para 55. Engelsk originaltext finns i Appendix V. Se vidare referatet i avsnitt 2.2.

negativa religionsfriheten fast, *Kokkinakis-principerna*. Ordalagen har något nästan profetiskt över sig. De kan kännas skrivna i stenskrift.[319]

> "Som högtidligt fastslås i Artikel 9, utgör tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet en av grunderna i ett 'demokratiskt samhälle' i Konventionens mening. I sin religiösa dimension är den en av de mest väsentliga beståndsdelarna i det som bygger upp troendes identitet och deras uppfattning om livet, men den är också en värdefull tillgång för ateister, agnostiker, skeptiker och de oberörda. Denna pluralism kan inte skiljas från ett demokratiskt samhälle. Det demokratiska samhället, som har vunnits över ett tidsspann av sekler, är avhängigt av denna frihet.
>
> Medan religionsfrihet främst är en angelägenhet för det enskilda samvetet, innefattar den även, *bland annat*, 'frihet att utöva (sin) religion'. Att ge vittnesbörd i ord och gärningar är sammanflätat med förefintligheten av religiösa övertygelser".

Detta är mycket kraftfulla ordalag. Kraftfullare kan den negativa religionsfriheten knappast uttryckas. Ordalagen är i själva verket betydligt starkare än när det gäller upprätthållandet av den positiva religionsfriheten.

Separat har negativ religionsfrihet behandlats endast två gånger i praxis. Det första avgörandet är *fallet Buscarini* (Konventionen 12).[320] Den faktiska situationen där var emellertid sådan att det var uppenbart att ett intrång skett. Nyvalda parlamentsledamöter förelades att "avlägga ed på de Heliga Evangelierna" ("swear on the Holy Gospels"). Visserligen gjorde staten San Marino gällande att detta uttryck förlorat sin "ursprungliga religiösa prägel" ("original religious character"). Redan det förhållandet att de nyvalda ledamöterna reagerade mot orden visade emellertid att så inte var fallet. Europadomstolen underströk i påtagligt kraftfulla

319 I Appendix II återges uttalandet i den engelska språkdräkten. Uttalandet har blivit stilbildande. Det återkommer gång på gång i senare praxis. Se till exempel *Larissis* (Konventionen 11), *Buscarini*, (Konventionen 12), *Refah Partisi* (Konventionen 15) och *Leyla* (Konventionen 16). I flera senare fall, till exempel *Leyla*, har Europadomstolen med hänvisning till *Kokkinakis* och *Buscarini* lagt till följande mening: "Denna frihet omfattar, bland annat, friheten att hysa eller inte hysa religiösa övertygelser och att utöva eller inte utöva en religion" ("That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion.")

320 Se även Alexandridis mot Grekland, antecknat i den inledande noten till referatet av *Buscarini*.

ordalag den negativa religionsfriheten. Domstolen citerade ordagrant *Kokkinakis-principerna.*

Det andra avgörandet är *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20). Målet gällde om det var förenligt Europakonventionen att krucifix (eller kors) fann uppsatta i alla offentliga skolsalar i Italien. Europadomstolen ansåg att detta inte var förenligt med Konventionen. I religionsfrihetsrättsligt hänseende berodde detta främst på den negativa religionsfriheten. "Denna negativa rätt behöver särskilt skydd om det är staten som uttrycker en övertygelse och personer med avvikande åsikt befinner sig i en situation som de inte kan ta sig ur med mindre de underkastar sig ansträngningar som är oproportionerliga och som innefattar uppoffringar" (para 55).[321]

Den negativa friheten har varit före i ett stort antal avgörande efter *Buscarini*, till exempel *Karaduman* (Konventionen 7), *Dahlab* (Konventionen 14), *Leyla* (Konventionen 16). I dessa tre fall var den faktiska situationen betydligt mera komplex än i *Buscarini*. I *Karaduman* avvisades kravet från en student vid ett turkiskt universitet att bära muslimsk huvudduk av bland annat det skälet att huvudduken kunde kränka andras religionsfrihet, såväl den positiva som den negativa. Kommissionen hänvisar uttryckligen till den påtryckningseffekt huvudduken kan ha "på studenter som inte utöver den religionen eller som här till en annan religion".[322] Den muslimska sjalen uppfattas som en klart religiös uttrycksform ("manifestation") som ingalunda förlorat sin ursprungliga religiösa prägel ("original religious character"). Av detta skäl kan personer som inte bär huvudduk reagera. De kan vilja åberopa sin negativa religionsfrihet. Det finns inget stöd i utredningsmaterialet i målet för att andra studenter faktiskt uppfattat sin negativa religionsfrihet som kränkt. Detta understryker den negativa religionsfrihetens centrala roll i Konventionen. Denna finns alltid med som en del av den religiösa kartan.

I *Leyla* förs ett resonemang som nära överensstämmer med *Karaduman*. Det omfattande principresonemanget i *Leyla* har blivit stilbildande för Domstolen. En av kärnpunkterna i detta principresonemang är just den negativa religionsfriheten. Denna har därför numera fått en alldeles grundmurad plats i rättssystemet.[323]

Praxis rörande den negativa religionsfriheten i Europakonventionen visar att den tillerkänns betydande genomslagskraft. Det intryck som praxis förmedlar är i själva verket närmast att den negativa friheten åtnjuter ett starkare skydd än den

321 För den engelska originallydelsen hänvisas till Appendix V.

322 "on students who do not practice that religion or those who adhere to another religion"; s 108.

323 Principresonemanget är infört som Appendix IV.

positiva. Så är dock med säkerhet inte fallet. Inget i Artikel 9 tyder på något sådant. Balans skall råda mellan de två sidorna av religionsfrihet.

Å andra sidan förhåller det sig samtidigt så att en utövning av den positiva religionsfriheten typiskt sett blir mera synlig än utövning av negativ religionsfrihet. Det är över huvud taget ganska ovanligt att den negativa religionsfriheten *utövas*. Hur skall detta för övrigt tillgå? Man kan tänka sig att människor samlas för att fira att de inte har en religion. Man kan tänka sig att någon bär ett märke eller liknande som uttryckligen eller underförstått anger att bäraren tar avstånd från religiös tro i allmänhet eller i något specifikt hänseende. Exemplen visar hur föga vardagsanpassat ett utövande av negativ religionsfrihet i praktisk handling är!

I praxis har skyddet för den negativa religionsfriheten tillåtits påverka den positiva på det sättet att förbud mot positiva manifestationer av religion godtas. Detta är fallet i samtliga avgöranden enligt Konventionen där positiv religionsfrihet ställts mot negativ. I den meningen innebär praxis att den negativa friheten åstadkommit att samspelet positiv och negativ religionsfrihet blivit ett nollsummespel (zero-sum game). Tolerans, eftergift eller kompromiss för att möjliggöra ett plussummespel (plus-sum game) har hittills inte uppnåtts i något av de bedömda målen.

I *fallet Karaduman* (Konventionen 7) om bärande av muslimsk sjal på ett offentligt universitet i det sekulära Turkiet är denna motsättning särskilt klar. Målet avgjordes på den förutsättningen att bärandet av den muslimska sjalen uppfyller det erforderliga sambandskravet för att omfattas av Artikel 9(1) (*Arrowsmith-principen*), låt vara att Kommissionen undvek att ta ställning i det hänseendet. I *Karaduman* måste det anses att ett intrång skedde på Karadumans religionsfrihet sedd isolerad.[324] Sett isolerat utgjorde förbudet att bära sjalen ett intrång i Karadumans religionsfrihet. Hon förvägrades att bära huvudduk av just det skälet att detta bärande utgjorde en religiös manifestation. Inte desto mindre befanns att det inte förelåg ett intrång enligt Artikel 9. Den slutsatsen nåddes efter ett omfattande resonemang rörande omständigheterna i den föreliggande situationen. Dessa omständigheter visade att universitetet motiverats av religiösa hänsyn. Universitetet anförde motstående intressen av religionsfrihetsrättslig art, nämligen dels att universitetet var sekulärt (negativ religionsfrihet) dels att andra studenter inte skulle påverkas (negativ religionsfrihet). Eftersom Artikel 9(1) skyddar både positiv och negativ religionsfrihet måste en avvägning ske om en konflikt dem emellan uppstår. Den enskildes positiva religionsfrihet skall i en sådan situation inte ses isolerad. Hänsyn skall tas till andras religionsfrihet. Ett tillgodoseende fullt ut av den positiva religionsfri-

324 I den motsvarande situationen i *Leyla* uttalade Europadomstolen (para 78) att den i sitt resonemang utgick från att förbud att bära en muslimsk sjal innebar intrång i Leylas religionsfrihet.

heten kan medföra att det sker intrång på negativa religionsfrihetsintressen. Utgången i målet innebar sålunda att det inte skett något intrång i Karadumans religionsfrihet, även om bärandet av huvudduken skyddades av Artikel 9(1) som en religiös manifestation. Detta synes av Kommissionens sätt att resonera bero på att Karadumans positiva intresse och övriga studenters negativa intresse balanserar varandra och därmed i praktiken utesluter tillämpning av Artikel 9(1). Det positiva skyddet och det negativa skyddet tar ut varandra och slutresultatet blir ett noll, "ett nollsummespel".

Praxis kan ge intryck av att den negativa sidan är starkare än den positiva. Intrycket att den negativa religionsfriheten åtnjuter större skydd än den positiva har fog för sig på ett, så att säga, okulärt plan. Utövande av positiv religionsfrihet får ofta synliga uttryck medan så vanligen inte är fallet med utövande av den negativa, i den mån det över huvud förekommer. I praxis har det synliga uttrycket fått vika för önskemålet att andra inte utsätts för detta uttryck.

Principiellt sett finns med säkerhet ingen skillnad. I det tyska avgörandet *fallet Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1) uttalar Författningsdomstolen uttryckligen att "den negativa religionsfriheten har inget företräde framför den positiva. – Negativ religionsfrihet utgör ingen högre grundlagsrätt. Religionsfriheten innefattar ingen rätt att förhindra religion. Den nödvändiga utjämningen mellan negativ och positiv religionsfrihet skall lösas i tolerans".[325] Det är en åsikt som Europadomstolen säkert delar fast den inte uttryckligen sagt så.

Det intryck som praxis förmedlar är att den positiva och den negativa religionsfriheten *inom Konventionens ram* tillhopa utgör en sammanhållen storhet som de delar lika och där de har lika stort utrymme. Detta synes innebära att ingendera friheten *inom Konventionens ram* kan utvidgas utan att begränsa och därmed kränka den andra. Detta innebär, annorlunda uttryckt, att samspelet mellan de två sidorna av religionsfrihet utgör ett nollsummespel i Konventionen. Utvidgningar förutsätter något som inte finns i Konventionen, nämligen just sådant som tolerans, eftergift, kompromiss och respektfull samlevnad. Denna aspekt diskuteras vidare i avsnitt 5.4.

Begränsningar av religiösa uttrycksformer måste inte nödvändigtvis vara motiverade av att ett renodlat negativt intresse ställs mot ett positivt. Det kan vara så att

325 "Die negative Religionsfreiheit besitzt keinen Vorrang vor der positiven".
"Dabei ist die Negative Religionsfreiheit kein Obergrundrecht das die positiven Äußerungen der Religionsfreiheit im Falle des Zusammentreffens verdrängt. Das Recht der Religionsfreiheit ist kein Recht zur Verhinderung von Religion. Der notwendige Ausgleich zwischen beiden Erscheinungsformen der Religionsfreiheit muß im Wege der Toleranz bewerkstelligt werden ..." Se närmare referatet av rättsfallet i avsnitt 3.3.1.

olika uppfattningar finns inom en och samma religiösa samfällighet. Detta är ytterst vanligt inom alla religioner. Interna motsättningar hur religionen skall utövas, dvs hur den positiva sidan skall gestaltas, kan leda till att viss utövning måste begränsas. Så kan situationen uppfattas i *Karaduman*. Begränsningen där av bärandet av muslimsk sjal motiverades även av hänsyn till andra muslimska trosbekännare vilka hade en annan uppfattning om hur muslimsk tro skall utövas, manifesteras. På samma sätt kan negativ frihet ställas mot negativ frihet. I praktiken har denna dubbelsidighet dock knappast någon betydelse. Vid motsättningar inom en religiös grupp som föranleder begränsning av viss religiös manifestation, som i *Karaduman*, kan de som motsätter sig denna manifestation i den konkreta situationen sägas utöva negativ religionsfrihet trots att de baserar sin åsikt på sitt sätt att utöva religionen.

Sammanfattningsvis utgör alltså friheten *till* och friheten *från* religion och religiösa uttrycksformer (manifestationer) två sidor av samma storhet, religionsfriheten. Förenklat uttryckt utgör dessa friheter de två sidorna av ett och samma mynt. Enligt Europakonventionen åtnjuter de samma rättsliga skydd. De har samma berättigande som mänskliga rättigheter.

En fråga som kan ställas är om den negativa religionsfriheten getts ett alltför stort utrymme på bekostnad av den positiva? Denna fråga diskuteras här och i avsnitt 4.16.2.

Målen med den muslimska huvudduken motiverar frågan (Konventionen 7, Konventionen 14, Konventionen 16, Konventionen 17 och Konventionen 19). I alla dessa fall godtogs förbud att bära den muslimska sjalen med hänvisning till bland annat de intressen som personer som inte vill bära denna har. Fallet med kristen ed för parlamentsledamöter motiverar kanske inte frågan i lika hög grad eftersom svaret där var tämligen givet (Konventionen 12). I verkligt hög grad motiveras frågan däremot av fallet med kors i italienska skolor (Konventionen 20). Här rör det sig inte om ett begränsat antal individers intressen utan om hel befolknings intressen, ett helt lands intressen. Dessutom berör det ett synnerligen stort antal offentliga byggnader i ett helt land. Härtill kommer ytterligare att fallet avser något som är djupt förankrat i det aktuella landets kultur och traditioner. Detsamma kan sägas om motsvarande avgöranden avseende kors i offentliga skolrum i Bayern (Tyskland 1) respektive Schweiz.

Praxis rörande Europakonventionen tillhandahåller inget uttryckligt svar. Uttalanden av Europadomstolen (till exempel i Konventionen 9 och Konventionen 16) om vikten att skydda den negativa friheten är visserligen kraftfulla och kategoriska. De innebär dock inte att negativ religionsfrihet ges försteg framför positiv. Som angetts ovan har detta inte uttryckligen framhållits i praxis rörande Konventionen. I

tysk praxis (Tyskland 1, kors i Bayerns skolrum) har det däremot uttryckligen sagts och sagts i mycket kategoriska ordalag. Som också sagts ovan finns all anledning att tro att lika kategoriska uttalanden skulle ha kunnat uttalas av Konventionsorganen.

Som har framhållits ovan finns all anledning tro att positiv och negativ religionsfrihet har samma omfattning. Det finns anledning att uppfatta situationen så att religionsfriheten har ett givet totalutrymme. Detta delas till lika delar mellan positiv och negativ religionsfrihet. Ingendera har ett större utrymme än den andra. Utvidgningar av den ena kan inte heller ske eftersom det skulle innebära kränkningar av den andra.

Svaret på frågan om negativ religionsfrihet har getts ett alltför stort utrymme kan delvis ses som en fråga om vad som är själva kärnan i religionsfriheten i Europakonventionen. Rör det sig främst om en frihet *till* (den positiva sidan) eller en frihet *från* (den negativa sidan)? Frihet *till* har majoriteter i alla tider alltid tillagt sig. Frihet *från* har i det historiska perspektivet ofta inte funnits. Så har varit fallet i Europa under århundraden, årtusenden. Som Europas historia under 1900-talet visar står friheten *från* ständigt under hot även i tider då religionsfrihet i princip etablerats. Friheten *från* är under hot eller undertryckt i stora delar av världen än idag, särskilt i den muslimska världen. Europakonventionen kan i detta perspektiv ses som ett kraftfullt bålverk till försvar för friheten *från*. Att döma av de starka uttalandena om den negativa religionsfriheten i praxis rörande Konventionen skulle en iakttagare möjligen vara benägen att mena att Europadomstolen skulle instämma i ett sådant synsätt.

4.4 Positiva förpliktelser – aktiva åtgärder[326]

Artikel 1 i Europakonventionen ålägger konventionsstaterna att "garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges ... i denna konvention". I detta ligger inte bara det passiva elementet att godta rättigheterna enligt Konventionen utan även att främja åtnjutande av dessa. Detta är en generell princip som i tillämpliga delar gäller för hela Konventionen.[327]

I dokument antagna av Europarådet (Council of Europe) ges dessa positiva förpliktelser uttryckligt stöd. Som exempel kan pekas på den rekommendation 1999 om religion och demokrati. Där rekommenderar Europarådet medlemsstaterna att

326 Det skall noteras att terminologin i praxis rörande Europakonventionen inte gör någon åtskillnad mellan aktiva åtgärder och positiv särbehandling. Detsamma är fallet i ramdirektivet 2000/78/EG om likabehandling, Artikel 7. Termerna positiv särbehandling och aktiva åtgärder används där i princip synonymt. Så sker även i framställningen här.

327 Se härtill till exempel Danelius, avsnitt 6.4.

"inom de ramar som anges i Artikel 9 ... underlätta iakttagande av religiösa seder och bruk, till exempel i fråga om giftermål, klädsel, helgdagar (med möjlighet att ha ledigt) och militärtjänst".[328]

Ett utvidgande av den positiva friheten så att den negativa träds för när strider mot Europakonventionen. Huruvida det finns en "gråzon" mellan den positiva och den negativa religionsfriheten där stater kan stärka den ena eller den andra (eller bägge) sidorna av religionsfriheten har inte uttryckligen behandlats i praxis. Praxis rörande artikel 9(1) tyder på att så kan ske i viss mån eftersom positiva åtgärder för att främja religionsutövning tillåts. Praxis rörande artikel 9(2) kan också tyda på att så är fallet. Vid bedömningen enligt artikel 9(2) har staterna enligt fast praxis en bedömningsmarginal (se avsnitt 4.6). Om motstående intressen är religionsfrihetsrättslig art finns blir dock utrymmet mycket begränsat, eller obefintligt. Detta följer av bland annat *Karaduman* (Konventionen 7).

Såvitt avser Artikel 9 föreligger sålunda en skyldighet för staten (och dess organ eller inrättningar) att genom någon form av aktiv (positiv) åtgärd beakta en persons religiösa situation, den positiva och den negativa. Det är påfallande hur noggrant statens handlande granskas i praxis ur just detta perspektiv. Praxis är ofta situationsanpassad. De föreliggande omständigheterna tillmäts ofta stor betydelse. Ett viktig led i denna situationsanpassning är hur staten sökt tillgodose den religiösa situationen.

Hur långt sträcker sig denna skyldighet?

I *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) ställdes saken på sin spets. Skolmyndigheten hade vid vissa tillfällen kunnat tillmötesgå den muslimske lärarens önskemål om frånvaro från skolan några timmar på fredagar för deltagande i fredagsbönen trots att denna frånvaro ägde rum under schemalagd undervisningstid. På den skola där tvisten uppstod hade ledighet inte beviljats. Skolledningen där hade försökt hitta en lösning som medgav frånvaro. Det visade sig emellertid att frånvaro innebar "serious difficulties". Ytterligare aktiva åtgärder fick vika för dessa.

I samtliga fall utom *Karaduman* (Konventionen 7) som avsett bärande av den muslimska sjalen har den kvinnliga bäraren erbjudits dels samtal dels alternativa lösningar. I *fallet Dahlab* (Konventionen 14) hade lärarinnan erbjudits att bära sjalen utanför klassrummet men vägrat. I *fallet Dogru* (Konventionen 19, jämte *fallet Kervanci*) hade skolflickan erbjudits att istället för sjal bära en mössa men vägrat.

I *fallet Cha'are* med rituell judisk slakt (Konventionen 13) noterade Europadomstolen att konventionsstaten Frankrike hade vidtagit aktiva åtgärder för att tillmötesgå de ortodoxa judarnas önskemål. Tillåtelsen av rituell judisk slakt "gav prak-

328 Se Appendix I recommendation 1999 punkt 13 I b.

tisk innebörd åt statens aktiva strävan att säkerställa verkningsfull respekt för religionsfrihet".[329]

Aktivitetskravet måste bedömas från situation till situation. Omfattningen av skyldigheten blir beroende av ett flertal faktorer. Arbetsgivarens möjligheter och resurser får antas vare en, ehuru praxis ännu inte uttalat detta. Verksamhetens behöriga bedrivande är en annan. I praxis har bedömningen flera gånger varit avhängig av vilka motstående intressen som funnits. Generellt torde gälla att ju mindre motstående intressen som finns respektive ju lägre rang dessa har på skalan över värden (se kapitel 6) desto större krav kan ställas. Två avgörande i praxis belyser situationen.

Det motstående intresset kan vara av verksamhetskaraktär, dvs intresset att verksamheten skall kunna bedrivas på ett behörigt sätt. I offentlig verksamhet är det behöriga intresset ofta formulerat i författningar av rättsligt bindande natur för den som ansvarar för verksamheten. Så förhöll det sig i *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4). Skolan hade ett författningsenligt undervisningsuppdrag som det ålåg skolledningen att utföra. Hur långt sträckte sig skyldigheten att verka aktivt för Ahmads religionsutövning? Det utslagsgivande kriteriet enligt avgörandet var att skyldigheten sträckte sig till en punkt där det hotade att uppkomma "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties") om religionsintresset skulle tillgodoses. Här fick det författningsmässigt fastlagda verksamhetsintresset företräde.

Det är möjligt att normen i *fallet den muslimske läraren* kommer att ges generell tillämplighet i framtida praxis. Normen är tillämpbar i både offentlig och privat verksamhet. I privat verksamhet kan det tänkas att bedömningen av om det skulle uppkomma "serious difficulties" påverkas av att privat verksamhet vanligen inte är författningsreglerad utan styrs av ägarnas privata företagsintressen, ytterst att uppnå vinst. Detta är ett motstående intresse av lägre rang än det motstående intresset i författningsstyrd offentlig verksamhet med offentligt fastlagda mål i allmänhetens intresse. Det skulle i sådant fall krävas mera av privata än offentliga verksamheter ehuru normen "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties") skulle vara densamma. Något stöd i praxis rörande Konventionen för en sådan ståndpunkt finns dock inte i dagsläget. Avgörandet av den tyska Förbundsarbetsdomstolen i *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3) pekar dock på denna aspekt. Mot arbetsgivarens verksamhetsintresse stod arbetstagarens religiöst motiverade intresse. Domstolen pekade på "den särskilt höga ställning i ... artikel 9 i Europakonventio-

329 "gave practical effect to a positive undertaking on the State's part intended to ensure effective respect for freedom of religion"; para 76. Se vidare referatet avsnitt 2.2.

nen som tros- och religionsfriheten har".[330] Denna "höga ställning" blev utslagsgivande i målet.

Det motstående intresset kan vara av religionsfrihetsrättslig natur. Det kan röra sig om en konflikt mellan positiv och negativ religionsfrihet. I en sådan situation kan kravet på positiva åtgärder helt bortfalla. Situationen kan nämligen vara att aktiva åtgärder att främja den positiva religionsutövningen kan komma att innebära inkräktande på andras negativa religionsfrihet. För övrigt avser skyldigheten att bedriva aktiva åtgärder även den negativa religionsfriheten. När positivt religionsintresse står mot negativt synes kravet på aktiva åtgärder att bortfalla. Detta var situationen i *fallet Karaduman* (Konventionen 7). Där inte ens diskuterades aktivitetskravet. Det torde ha varit så uppenbart att detta krav inte hade tillämplighet i den föreliggande situationen just därför att motstående intressen av likvärdig natur fanns. Se härtill även avsnitten 4.4 och 5.4.

Kravet på positiva åtgärder har dock haft ett mycket undanskymt utrymme i den praxis som redovisas i denna bok. I vissa avgöranden har det rentav lyst med sin frånvaro. Detta är särskilt iögonfallande i *fallet den kristna resebyråchefen* (och det i samma avgörande refererade *fallet Konttinen*; Konventionen 8). Louise Stedman var privatanställd inom resebyråbranschen. Hon var kristen. Arbetsgivaren ville utöka hennes arbetsskyldighet på söndagar. Stedman motsatte sig detta med hänvisning till att söndagar är en helig dag för kristna. Arbetsgivaren godtog inte detta och Stedmans anställning upphörde. I avgörandet av Europakommissionen finns inte ens antytt att arbetsgivaren försökt underlätta för Stedman genom positiva åtgärder. Kommissionen inte ens antyder att en sådan skyldighet förelåg. Här stod sålunda arbetstagarens religiösa intresse mot arbetsgivarens verksamhetsintresse. Det var sålunda själva urtypen för en situation där positiva åtgärder kunde förväntas eller krävas. Möjligen har Kommissionen ansett att positiva åtgärder inte kunde krävas av en privat arbetsgivare eftersom den private arbetsgivaren inte är bunden av Konventionen. Här uppstår frågan om vilken verkan Konventionen har i privata rättsförhållanden. Detta behandlas i avsnitt 4.9. Som framgår där har konventionsstaterna ett ansvar för att konventionsnormer iakttas även av enskilda. Det innebär i fråga om positiva åtgärder att konventionsstaterna har ansvar för att positiva åtgärder vidtas även i privata rättsförhållanden. Så skedde inte i *fallet den kristna resebyråchefen* (respektive *fallet Konttinen*). Det synes svårt att godta Kommissionens tystnad i fråga om positiva åtgärder i en situation som den som förelåg i *fallet den kristna resebyråchefen*.

330 "Unter Berücksichtigung des besonders hohen Stellenwertes der ... nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention ...gewährleisteten Glaubens- und Religionsfreiheit"; s 122.

Sammanfattningsvis visar sålunda praxis rörande Europakonventionen att skyldighet att vidta positiva åtgärder finns. Praxis visar också att frågan om positiva åtgärder faktiskt vidtagits tillmäts betydelse. Samtidigt visar praxis att kravet på positiva åtgärder har haft en blygsam omfattning eller i vissa situationer (*fallet den kristna resebyråchefen* och *fallet Konttinen*) helt bortfallit.

Hur gestaltar sig situationen i det svenska perspektivet? Europakonventionen är gällande rätt i Sverige och därmed även skyldigheten att vidta aktiva (positiva) åtgärder för att främja både positiv och negativ religionsutövning. Synsätt och bedömningar i praxis rörande Europakonventionen är bindande för Sverige; se avsnitten 1.5 och 1.6. I det hänseendet finns inte någon fri bedömningsmarginal; se avsnitt 4.6.

Den svenska Diskrimineringslagen 2008 innehåller regler om aktiva åtgärder i kapitel 3. Dessa är inte begränsade till enbart skydd mot diskriminering utan ålägger arbetsgivare en generell skyldighet att samverka med arbetstagarsidan "för att uppnå lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett ... religion eller annan övertygelse" (3 kapitlet 1 §). I 3 kapitlet 4 § anges att arbetsgivare "ska genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena skall lämpa sig för alla arbetstagare oavsett ... religion eller annan övertygelse".

Stadgandet har en kategorisk formulering. Det uttrycker sig mycket mera kategoriskt än praxis enligt Europakonventionen. Kravet på aktiva åtgärder formuleras avsevärt mera obetingat än praxis enligt Europakonventionen. Går det för långt i förhållande till den överordnade normen i Europakonventionen? Svaret måste bli nekande. Det beror på ett enda ord i stadgandet. Det anges nämligen att det aktiva arbetet skall utformas så att förhållandena skall lämpa sig för "*alla*". Detta gör att stadgandet står i perfekt harmoni med Konventionen. Inget i lagförarbetena ens antyder dock att Konventionen beaktats när stadgandet formulerades.[331] Det har emellertid fått en konventionskonform utformning!

Åtgärderna skall alltså lämpa sig för "*alla*". I detta ligger en begränsning. Hänvisningen till "*alla*" medför att aktiva åtgärder endast får vidtas i sådan omfattning att det inte sker ett konventionsvidrigt intrång på andras religionsfrihet. Vad som är lämpligt för den ene är nämligen inte nödvändigtvis lämpligt för den andre. Det aktiva arbetet enligt Diskrimineringslagen 2008 måste utformas så att det tar hänsyn till att motstridiga intressen kan finnas. Det kan förhålla sig så att åtgärder som främjar positiv religionsutövning på arbetsplatsen för vissa innebär, till exempel, att

331 Stadgandet i lagen 2008 har övertagits utan ändring från tidigare lag. Ingenstädes i successiva förarbeten finns någon hänvisning till Europakonventionen.

andra får sin positiva religionsfrihet beskuren eller att de utsätts för icke-önskade religiösa uttrycksformer (manifestationer). I sådana situationer kan det mycket väl inträffa att Europakonventionen innebär att den positiva åtgärden inte får vidtas. Som framgått innebär praxis enligt Europakonventionen att tillgodoseende av det positiva och det negativa religionsfrihetsintresset innebära att bäggedera får stå tillbaka. Det blir ett nollsummespel.

Hänvisningen i stadgandet till att kravet att vidta aktiva åtgärder skall ske "med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt" passar likaledes perfekt ihop med vad som följer av praxis rörande de överordnande normerna i praxis rörande Konventionen. Skulle "omständigheterna i övrigt" vara sådana att det skulle uppkomma "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties"; *fallet den muslimske läraren*, Konventionen 4) för verksamhetens behöriga bedrivande kan den bortre gränsen för aktiva åtgärder vara uppnådd, helt i överensstämmelse med konventionspraxis. Hänvisningen till arbetsgivares resurser saknar uttryckligt stöd i konventionspraxis men som angetts ovan får det antas att Konventionen bygger på en sådan förutsättning.

Avser skyldigheten för arbetsgivare att anpassa arbetsförhållandena varje arbetsuppgift/arbetsbefattning eller endast arbetsförhållandena i allmänhet? Kan – annorlunda uttryckt – en arbetstagare som anställts för en viss arbetsuppgift hävda att 3 kapitlet 4 § skall tillämpas på honom/henne?

Läst ordagrant innebär 3 kapitlet 4 en förpliktelse att beakta arbetstagarens religiösa situation i det enskilda fallet. Det heter att arbetsgivaren skall vidta åtgärder för att "arbetsförhållandena skall lämpa sig för alla arbetstagare". Detta uttryck har inte bara en kollektiv innebörd utan även en individuell. Förpliktelsen gäller "alla och envar". Som en utgångspunkt torde därför gälla att arbetstagaren kan kräva att hänsyn skall till hans/hennes speciella situation. Detta har relevans för religiösa sedvanor m.m. såsom daglig bön, veckobön och klädsel, tex turban eller huvudduk. Formuleringen i 3 kapitlet 4 § innebär mer än att enbart *beakta* religiösa sedvanor hos alla arbetstagare. Lagtexten är dock inte så individuellt utformad som vissa andra regler med krav på anpassning, till exempel 3 kapitlet 3 § st 2 Arbetsmiljölagen. I förarbetena diskuteras inte hur individanpassade de aktiva åtgärderna skall vara. Hänvisning gjordes dock till dåvarande jämställdhetslagen.[332] Bestämmelsen där beaktade även enskilda arbetsuppgifter och befattningar. Skyldighet kan före-

332 4 § jämställdhetslagen 1991; Prop 1997/98:177, AU 1989/99:4. Förarbetena till de omfattande ändringarna i lagen 1999 som antogs 2003 (nr 308) hänvisar till förarbetena till lagen 1999; SOU 2002:43 s 482. I Prop 2002/03:65 med förslag till de nya reglerna synes saken inte ha berörts liksom inte heller i Prop 2007/08:95 med förslaget till den nuvarande Diskrimineringslagen 2008.

ligga att, till exempel, anpassa maskinell utrustning så att den passar även en kvinna. I litteraturen har som exempel på åtgärder anförts att tillhandahålla alternativa maträtter eller ledighet "i samband med andra religiösa högtider än de traditionellt kristna".[333]

Regeln i 3 kapitlet 4 Diskrimineringslagen kan dock inte läggas till grund för talan vid en rättegång vid domstol. Möjligt är dock att en domstol, i vart fall en prejudikatdomstol som Arbetsdomstolen, skulle kunna använda 3 kapitlet 4 Diskrimineringslagen som argument för att formulera en regel om "god sed på arbetsmarknaden".

Inom utbildningsområdet gäller enligt samma kapitel 3 Diskrimineringslagen på samma sätt skyldighet för utbildningsanordnare att "bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja lika rättigheter och möjligheter" för eleverna (3 kapitlet 14 §). Betoningen på "lika" rättigheter och möjligheter innebär även här att aktiva åtgärder endast får vidtas i sådan omfattning att det inte sker ett konventionsvidrigt intrång på andras religionsfrihet. Situationen inom utbildningen överensstämmer i det hänseendet med arbetslivet.

4.5 Majoritet kontra minoritet

Alla avgöranden i konventionspraxis (och i de länder som finns representerade i kapitel 3) avser länder med en majoritetsreligion, kristen eller muslimsk. Detta aktualiserar frågan om majoritetens uppfattning skall eller får tillmätas särskild tyngd eller om det istället är minoritetens intressen som skall tillgodoses. Har detta avspeglat sig i den praxis rörande religiösa uttrycksformer i arbetsliv och skola som redovisas i denna bok? Svaret är att så har skett. Tydligast är det i målen som avser Turkiet.

I *fallet Leyla* (Konventionen 16) pekade Domstolen på att Turkiet har en majoritet av muslimer men med en blandning av praktiserande muslimer, icke-praktiserande muslimer och icke-troende. Om bärandet av sjal framställdes som en religiös förpliktelse skulle det uppstå en diskriminering av andra, typiskt sett en minoritet, därför att "envar som vägrade att bära huvudduk otvivelaktigt" då skulle "betraktas som i motsättning till religion eller som icke-religiös".[334] Det förekommer visserligen stundom att enskilda intressen måste underordnas gruppintressen men demokrati betyder inte enbart att majoritetens uppfattning alltid måste råda utan en

333 Göransson & Karlsson (2004), s 25 och 111. Citatet på s 111.

334 "anyone who refused to wear the headscarf undoubtedly" då blev "regarded as opposed to religion or as non-religious"; para 39.

balans måste uppnås som säkerställer att minoriteter ges rättvis och korrekt behandling.

I Tyskland har Förbundsförfattningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) tagit ställning till majoritet kontra minoritet i *fallet Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1). Bayern är ett land med en katolskt kristen majoritet. I Bayern skulle klassrummen i alla offentliga skolor ha ett kors eller ett krucifix. Frågan gällde om detta stred mot den tyska förbundsförfattningen. Denna bygger i princip på statlig neutralitet i religiösa och konfessionella hänseenden. Den bayerska regeringen argumenterade för att befolkningens religiösa sammansättning skulle beaktas och rentav ges utslagsgivande betydelse. Domstolen höll inte med. "Avgörande är inte den antalsmässiga styrkan eller den sociala relevansen". Den konflikt som uppstår mellan en majoritet och en minoritet "låter sig inte lösas av flertalsprincipen ty den grundlagskyddade trosfriheten avser i särskild hög grad skydd för minoriteter".[335] Av detta skäl fann domstolen att skolrumskrucifixen stred mot Förbundsförfattningen. I anledning av domen ändrade Bayern sin lagstiftning rörande kors i offentliga skolrum. Som framgått i avsnitt 3.3.1 vid behandlingen av denna lagstiftning innehåller den dock en uttrycklig hänvisning till majoriteten. Konflikter i anledning av att kors finns i skolrummen skall om möjligt lösas i samförstånd och genom kompromiss. Lyckas inte detta ankommer det på skolledningen att hitta en ordning som innebär en rättvis avvägning mellan aktning för klagandens trosfrihet och de religiösa och världsåskådningsmässiga övertygelserna hos alla berörda i klassen; "därvid skall även majoritetens vilja såvitt möjligt beaktas".[336]

Fallet Italiens skolrumskrucifix (Konventionen 20) avsåg förefintlighet av kors i offentliga skolrum i Italien. Europadomstolen fastslog i tämligen kategoriska ordalag ...

Avgörandena rörande kors i offentliga skolrum i Bayern, Italien och Schweiz aktualiserar mer än enbart avvägningen mellan majoritet och minoritet. Det rör sig om länders självidentitet. Detta behandlas i avsnitt 5.3.

335 Auf die Zahlenmäßige Stärke oder die soziale Relevanz kommt es dabei nicht an"; s 17. "Der daraus entstehende Konflikt läßt sich nicht nach dem Mehrheitsprinzip lösen, denn gerade das Grundrecht der Glaubensfreiheit bezweckt in besonderem Maße den Schutz von Minderheiten"; s 24.

336 "dabei ist auch der Wille der Mehrheit soweit möglich zu berücksichtigen"; se vidare referatet i avsnitt 3.3.1.

4.6 Nationell bedömningsmarginal[337]

Artikel 9 består av två stycken. Artikel 9(1) anger det skyddade området för religionsfrihet. I sin tur består det av två led; se vidare avsnitt 4.2. Det första ledet avser själva åsikten, *forum internum*. Det andra ledet avser yttre uttryck för åsikten, *forum externum*. *Forum internum* är absolut. Här tillåts inga nationella begränsningar eller preciseringar. *Forum externum* är enligt ordalydelsen i Artikel 9(1) också absolut. Det kan emellertid bli föremål för preciseringar. Detta framgår av andra stycket i Artikel 9, Artikel 9(2). Detta stycke tillåter preciseringar men också inskränkningar av yttre uttryck för religion, dvs av *forum externum*. Artikel 9(2) anger förutsättningarna för sådana preciseringar och inskränkningar. Praxis har i omfattande grad sysslat med att klarlägga när rekvisiten för sådana preciseringar och inskränkningar är uppfyllda.

Enligt fast praxis har konventionsstaterna en egen, nationell, bedömningsmarginal ("margin of appreciation") för att fastställa preciseringar och inskränkningar. Denna praxis har inget stöd i själva konventionstexten utan är resultatet av bedömningar gjorda av domarna i konventionsorganen. Flera skäl ligger bakom denna bedömningsmarginal. Ett är att förhållandena skiljer sig avsevärt åt mellan konventionsländerna i många hänseenden. En fast norm kan få mycket olikartade följder i olika länder. Ett annat skäl är att det ofta inte finns någon samsyn bland konventionsländerna i ett visst hänseende. Då finns ingen norm att utgå ifrån. Detta resulterar i en marginal för bedömningar. Samtidigt har praxis med stor skärpa betonat att det ankommer på konventionsorganen att pröva om konventionsstaterna har överskridit sin bedömningsmarginal.

I den praxis som redovisas i denna bok har frånvaron av en konventionsnorm varit påtaglig när det gäller muslimsk (eller annan) utstyrsel i form av klädesplagg som elever bär i skolor och universitet. Hänvisning kan i detta avseende ske i synnerhet till *fallet Leyla*. Avvägningen mellan sekulär stat och religion är ett annat exempel där domstolen funnit att en bedömningsmarginal måste beaktas. Hänvisning kan här ske till exempel till *fallet Dogru*.

I svensk rättspraxis kan hänvisning ske till *fallet pastor Gren* (Sverige 1). Högsta domstolen (HD) anförde där att det avgörande för om en inskränkning kan ske enligt Artikel 9 är en värdering av "om inskränkningen är proportionerlig i förhållan-

337 Som framgått flerstädes i kapitel 2 används i praxis termen "margin of appreciation". Se härtill allmänt till exempel Danelius avsnitt 6.2 eller Palm s 746 f. Palm tycker att det inte finns någon "riktigt bra svensk översättning" på den engelska termen. Hon anger att "man skulle närmast kunna säga att det rör sig om det utrymme staterna ges för egen bedömning/tolkning i enlighet med de traditioner och betingelser som finns i staten"; s 746. Palm menar även att "också det engelska ordvalet är för övrigt otydligt".

de till det skyddade intresset" (dvs här begränsning av religionsfriheten i Artikel 9). Helt i överensstämmelse med praxis enligt Konventionen anförde HD att "(V)id bedömningen av en sådan fråga anses konventionsstaterna åtnjuta en viss frihet ("*margin of appreciation*")". På samma sätt förhåller det sig vid bedömningar enligt Artikel 10 "vid reglering av yttrandefriheten".[338]

Som framgår av uttalandet av HD skall en proportionalitetsprincip iakttas. Konventionsorganen har upprätthållit en sådan princip med stor noggrannhet. Proportionalitetsprincipen syftar i huvudsak på nödvändighetsrekvisitet i Artikl 9(2). För att inskränkningar skall få ske av yttre uttryck för religion enligt Artikel 9(1), dvs av *forum externum*, måste inskränkningarna vara "nödvändiga (i ett demokratiskt samhälle) med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter".

I *fallet Leyla* (Konventionen 16) resonerade Europadomstolen på följande sätt:[339]

> Eftersom åsikter om förhållandet mellan stat och religion kan skilja sig åt i betydande grad måste nationella beslutsfattare ges en särskild betydelse. Som den komparativa översikten visar finns det ingen gemensam europeisk uppfattning rörande bärandet av religiösa symboler i utbildningsanstalter. Detta innebär att regler i detta hänseende kommer att skilja sig åt i de olika länderna. Domstolens uppgift är att bestämma huruvida åtgärder vidtagna med stöd av denna vidsträckta bedömningsmarginal på nationell nivå är "i huvudsak berättigade och proportionerliga" ("justified in principle and proportionate").
>
> I fråga om bedömningsmarginalen ger Domstolen ger konventionsstaterna ett särskilt stort utrymme för nationella lösningar vad gäller bärandet av religiösa symboler. Detta motiveras av att synsätt skiljer sig åt mellan konventionsländerna. Det går inte att fastställa "en enhetlig uppfattning" ("a uniform conception"; para 108). Däremot pekar Domstolen med största kraft på en sådan enhetlig uppfattning i flera andra avseenden som var relevanta i målet, nämligen jämställdhet mellan kvinnor och män, pluralism och respekt för andras rättigheter.

Fallet Dogru (Konventionen 19) avsåg Frankrike och rörde bland annat den franska sekulära samhällsstrukturen, *laïcité*. Domstolen uttalade: "Med hänsyn till den bedömningsmarginal som konventionsstaterna måste ha i den känsliga ("delicate")

338 NJA 2005 s 805 på sidorna 828 och 829.
339 Se närmare referatet av *fallet Leyla* i avsnitt 2.2.

avvägningen mellan stat och kyrka framstår begränsning av religionsfriheten i anledning av principen om *laïcité* som legitim utifrån de värden som Konventionen vilar på".[340] Även i andra mål har Domstolen hänvisat till den känsliga relationen mellan stat och religion, till exempel i *fallet Cha'are* (Konventionen 13).[341]

Bedömningsmarginalen enligt praxis avser alltid inskränkningar av friheten att uttrycka religion. Kan utvidgningar tänkas med stöd en bedömningsmarginal? Svaret är för det första att inget finns härom i praxis. För det andra måste svaret i princip bli att utvidgningar inte är förenliga med Konventionen över huvud taget. Detta beror på en utvidgning av skydd utöver Konventionen i princip alltid kommer att innebära ett ingrepp på någon annans skyddade position enligt Konventionen. Därmed är utvidgningen konventionsstridig; se vidare avsnitt 4.3.

För svenskt vidkommande innebär praxis att bedömningsmarginalen i fråga om religiösa uttrycksformer får anses vara tämligen begränsad. Visserligen finns knappast någon europeisk samsyn vad gäller tillåtligheten av religiösa manifestationer, något som i och för sig motiverar en tämligen långtgående bedömningsmarginal. Å andra sidan är avvägningen mellan religion och stat inte lika känslig i Sverige som i många europeiska länder. Detta beror på att det svenska samhället under senare decennier har sekulariserats i betydande grad. Religionen har fått en alltmer undanskymd plats och toleransen mot annorlunda beteenden har ökat i betydande grad. Detta bör begränsa möjligheterna att inskränka friheten till yttre religiösa uttryck och alltså minska bedömningsmarginalen.

Samtidigt pågår emellertid en stark process i Sverige som återför religionen till det offentliga rummet. Detta medför att relationen mellan stat och religion blir känsligare. I sin tur medför detta att avvägningen också blir känsligare. I sin tur medför detta också att spänningarna ökar mellan yttre uttryck för religion och motstånd mot sådana, dvs mellan positiv och negativ religionsfrihet. Det kan förhålla

340 "Having regard to the margin of appreciation which must be left to the member States with regard to the delicate relations between Churches and States, religious freedom thus recognised and restricted by the requirements of secularism appears legitimate in the light of the values underpinning the Convention". I *fallet Kervanci,* som avgjordes tillsammans med *fallet Dogru,* är den franska lydelsen följande: « Eu égard à la marge d'appréciation qui doit être laissée aux États membres dans l'établissement des délicats rapports entre l'État et les églises, la liberté religieuse ainsi reconnue et telle que limitée par les impératifs de la laïcité paraît légitime au regard des valeurs sous-jacantes à la Convention »; para 72.

341 Det avslag som den ansökande sekten fick att anordna judisk slakt befanns inte vara alltför långtgående eller utöver proportionaliteten (inte "excessive or disproportionate"). Det föreligger nämligen en "margin of appreciation left to the Contracting States ..., particularly with regard to establishment of the delicate relations between the State and religions"; para 84.

sig så att toleransen mot annorlunda beteenden är på väg att minska. Om detta är fallet innebär det att möjligheterna att inskränka yttre religionsuttryck ökar, dvs att bedömningsmarginalen ökar. Annorlunda uttryckt kan proportionalitetsbedömningen i anledning av en utveckling mot mindre tolerans komma att leda till att längre gående begränsningar av yttre uttrycksformer för religion godtas. Detta synes vara en utveckling som pågår i Europa; se vidare avsnitt 5.4. Detta vore en olycklig utveckling när istället samförstånd och samlevnad borde leda till större tolerans.

4.7 Frivillig anslutning. Avtalsfrihet[342]

Kan den som tagit anställning på en arbetsplats eller som blivit elev vid en utbildningsanstalt bli föremål för begränsningar av sin religionsfrihet? Är, annorlunda uttryckt, frivillig anslutning till en arbetsplats eller en utbildningsanstalt med bestämda uppföranderegler en faktor av vikt för att bedöma om en kränkning skett av religionsfriheten enligt Artikel 9? Denna fråga har sysselsatt praxis i hög grad. I nästan alla i denna bok behandlade avgöranden har denna fråga aktualiserats.

Praxis visar mycket entydigt att frivillig anslutning till utbildning eller arbete är en viktig faktor för att bedöma om en kränkning av religionsfriheten skett när den som anslutit sig blir föremål för begränsningar av religiösa uttrycksformer. Ofta är frivillig anslutning en avgörande faktor. Detta är särskilt tydligt i *prästfallet* (Konventionen 1).[343] I andra fall är den frivilliga anslutningen en faktor av flera.

Några bilder ur praxis belyser situationen.

Prästfallet (Konventionen 1) rörde en präst inom den danska statskyrkan. Han ville i ett visst avseende utforma kyrkans ritual efter egna önskemål. Detta förbjöds han göra och han blev slutligen uppsagd. Uppsägningen godtogs. Ett skäl var att prästen frivilligt hade godtagit anställning i en statskyrka och därmed var anställd för att tillämpa och undervisa om en specifik religion.[344]

Fallet den muslimske läraren Ahmad (Konventionen 4) rörde en muslimsk lärare i Storbritannien. Han ville vara frånvarande från skolan några timmar under fredagar för att bevista fredagsbönen. Detta hade kunnat ordnas på vissa skolor. Vid den aktuella skolan visade sig detta emellertid stöta på "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties"). Frågan var om det kunde krävas att Ahmad följde skolans sche-

342 Se allmänt till exempel Danelius kapitel 12 avsnitt 3. För skarp kritik av praxis se till exempel Crumper s 314 ff.

343 Detsamma gäller de övriga prästfall som hänvisas till i referatet av *prästfallet* (Konventionen 1).

344 Motiveringen blev densamma i övriga "prästfall". Se referatet i avsnitt 2.1.

ma. Han var medveten om schemat när han tog anställning och han hade inte då upplyst skolan om sin önskan om ledighet några timmar på fredagar. Ahmad hävdade att det över huvud taget inte var möjligt att avtala bort något som för honom var så grundläggande som bevistandet av fredagsbönen i moskén. Kommissionen bemötte inte uttryckligen detta. Genom att inte tillåta läraren den eftersökta ledigheten tog Kommissionen emellertid indirekt ställning. Den religiösa förpliktelsen – "om en sådan religiös förpliktelse antas föreligga"[345] – fick vika för det frivilligt ingångna avtalet. Kommissionen fastslog att skolan "i princip var berättigad att stödja sig på sitt avtal med Ahmad".[346]

Fallet Yanasik (Konventionen 6) rörde en turkisk militärkadett. Han tillhörde en fundamentalistisk muslimsk rörelse och deltog i dess verksamhet. Yanasik blev disciplinärt bestraffad på grund just av detta religiösa handlande. Förelåg en kränkning av Yanasiks religionsfrihet? Europakommissionen svarade nekande. Bestraffningen "utgjorde inte en kränkning ... med hänsyn till att (Yanasik) frivilligt valt att gå sin militära bana inom systemets ram".[347]

Samma princip om betydelsen av frivillig anslutning tillämpas på anställningsavtal i privat tjänst, *fallet den kristna resebyråchefen* och det där behandlade *fallet Konttinen* (Konventionen 8).

Från utbildningsområdet kan hänvisas till *fallet Karaduman* (Konventionen 7). Det rörde en turkisk studentska som valt att utbilda sig vid ett statligt, sekulärt universitet. Hon bar muslimsk sjal överallt på universitetsområdet och ville göra det även på det foto på examensbeviset som hon ansökte om. Detta förvägrades henne. Förelåg en kränkning av hennes religionsfrihet? Europakommissionen svarade nekande. "Genom att välja att få sin högre utbildning på ett sekulärt universitet underkastar sig studenten universitetets regler. Detta kan innebära att students frihet att uttrycka sin religion underkastas begränsningar i fråga om plats och sätt. Syftet härmed är att tillgodose harmonisk samlevnad mellan studenter av olika åskådningar".[348] I *Dahlab* (Konventionen 14) och *Leyla* (Konventionen 16) ansåg sig

345 "if such religious obligation were assumed"; para 10, s 35.

346 "in principle entitled to rely on its contract with the applicant". Se vidare referatet i avsnitt 2.1.

347 inte "constitute an interference ... given that the applicant freely chose to pursue his military career within that system".

348 "The Commission takes the view that by choosing to pursue her higher education in a secular university a student submits to these university rules, which may make the freedom of students to manifest their religion subject to restrictions as to place and manner intended to ensure harmonious coexistence between students of different beliefs"; se vidare referatet i 2.1.

Europadomstolen inte behöva stödja på frivillig anslutning. Bägge målen avgjordes på mera principiella grunder; se närmare referaten i avsnitt 2.2.

Praxis har regelmässigt betonat att anslutningen skett frivilligt. I fråga om skol- och universitetsfallen där elever förvägrats bära muslimsk sjal har pekats på att eleverna haft tillgång till alternativ utbildning där klädfrågan inte skulle aktualiseras. Praxis har vidare regelmässigt framhållit att anslutningen fritt kan avslutas av den som anslutit sig. Detta har angetts som den "den yttersta garantin ... för religionsfriheten".[349] Inte någon gång har däremot behandlats om rätten att fritt avsluta anslutningen kan sägas utgöra en ändamålsenlig och tillfredsställande kompensation för den inskränkning av religionsfriheten som de av arbetsgivaren eller skolan/universitetet vidtagna åtgärderna innebär för den enskilde. Praxis framstår i detta hänseende som känslokall!

I tysk praxis kan hänvisas till *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3, avsnitt 3.3.3). Den tyska Förbundsarbetsdomstolen godtog att det finns ett utrymme för begränsningar av grundlagsskyddade rättigheter. Domstolen gick inte in på hur omfattande avtalsfriheten är. Domstolen placerar emellertid avtalsfriheten i ett grundlagsrättsligt perspektiv. Domstolen synes ha velat markera att avtal kan komma att få stå tillbaka för ett intresse av högre rang i den rättsliga hierarkin.

4.8 Personliga åsikter om religionsintrång

Vilken betydelse har den enskildes personliga åsikt huruvida religionsintrång enligt Artikel 9 skett? Religionsutövning är något mycket personligt. Den enskilde kan lägga in mycket av sin egen personlighet i de uttrycksformer som han eller hon låter sin religion få. Skall sådana personliga, subjektiva, åsikter tillmätas betydelse?

Svaret på frågan är nekande. Praxis är mycket klar i detta hänseende. Konventionsorganen avgör tvingande och objektivt om det nödvändiga sambandet föreligger mellan religion och religionsutövning som fordras för skydd enligt Artikel 9(1), den s.k. *Arrowsmith-principen*. Här kunde man kanske tycka att den enskildes subjektiva åsikt skulle tillmätas betydelse, i vart fall i någon mån, men så sker inte. Bedömningen är strikt objektiv. Konventionsorganen är medvetna om att detta kan innebära att handlingar som den enskilde uppfattar som självklara utflöden av den

349 Fallet Konttinen (Konventionen 8). För skarp kritik av praxis vad gäller rätten att fritt avsluta sin anslutning se till exempel Crumper s 314 ff.

skyddade religiösa åsikten inte ges skydd. Principen upprätthålls inte desto mindre mycket strikt och konsekvent.[350]

Praxis framstår emellertid som både naturlig och nödvändig. Det måste ankomma på konventionsorganen – numera endast Europadomstolen – att avgöra tillämpningsområdet för Konventionen. Enskilda kan inte tillåtas påverka den bedömningen.

Uppdelning i praxis har skett mellan "motiv för" ett visst handlande och frågan om det "mycket nära sambandet" mellan handling och religion föreligger. I *Arrowsmith* uttalade Kommissionen att skyddet enligt Artikel 9 inte omfattar "varje handling som motiveras eller påverkas av religion eller tro". Utdelning av flygblad med det aktuella innehållet kan visserligen ses som "en normal och erkänd manifestation av pacifism". Emellertid uttrycker själva utdelandet som sådant inte den aktuella åsikten".[351] I sitt särskilda yttrande till domen anförde domaren Opsahl att en gräns måste dras mellan "uttrycksform och motiv" ("manifestation and motivation"; para 2). Skälet är att om en sådan gräns inte dras kan skydd enligt Artikel 9 begäras för vilken handling som helst som kan visas vara motiverad av övertygelse.[352] Detta kan inte accepteras.

I till exemplet *fallet Yanasik* (Konventionen 6) uttalade Kommissionen följande om skyddet enligt Artikel 9. "Bestämmelsen skyddar främst området för privata, personliga övertygelser och inte varje handling i det offentliga rummet som är styrd av sådana övertygelser".[353] Vad gäller innebörden av ordet "sedvänjor" ("practice") i Artikel 9 uttalar Kommissionen följande: "En handling som inte direkt uttrycker en övertygelse utgör inte en 'sedvänja' som skyddas av denna artikel även om handlingen motiveras av eller påverkas av övertygelsen".[354]

Motivet för varje yttre handling som uttrycker religion är självfallet subjektivt.

350 Det kan här påpekas att den tyska Förbundsarbetsdomstolen uttrycker sig avsevärt mindre kategoriskt i *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3). Utan att detta uttryckligen sägs synes domstolen vara beredd att fästa avsevärd vikt vid den enskildes personliga åsikt.

351 Inte "each act which is motivated or influenced by a religion or belief" även om handlingarna kan ses som "a normal and recognised manifestation of pacifist belief" därför att handlingarna "do not actually express the belief concerned".

352 "Otherwise one could claim protection under Article 9 for any act shown to be motivated by the belief"; para 2.

353 "The provision primarily protects the sphere of private, personal beliefs, and not every act in the public sphere which is dictated by such convictions" (s 14, Article 9:a. Se även s 26 med hänvisning till praxis, nämligen fallen *Arrowsmith* (Konventionen 3) och *Ahmad* (Konventionen 4).

354 "An act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by that belief, is not a 'practice' protected by this provision" (s 14, Article 9:b; se även s 26).

Som framgått avgörs emellertid objektivt om en handling på grundval av detta motiv faller under skyddet enligt Artikel 9(1). Återigen: varför? Skälet är – återigen – att eljest varje handling som en enskild påstår vara omfattad av religion skulle omfattas av skyddet enligt Artikel 9(1). Detta skulle tydligtvis medföra att tillämpningsområdet för Artikel 9 bestämdes av den enskilde, inte av konventionsorganen. Praxis är i detta avseende alldeles fast. De uttalanden som gjordes i fallet *Arrowsmith* har blivit stilbildande.

I tysk praxis har samma ståndpunkt intagits i *fallet Ludin* (Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1). Motiveringen är dock mindre kategorisk än i praxis rörande Europakonventionen. Frågan var om den muslimska lärarinnan Ludin hade rätt att bära en muslimsk huvudsjal i klassrummen i en offentlig skola. Ludin ansåg att hon hade sådan rätt enligt religionsfrihetsbestämmelsen i den tyska grundlagen (se inledningen, avsnitt 3.3). Den tyska författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) delade inte denna uppfattning. Domstolen antar och utgår från (para 40) att den muslimska sjalen omfattas av skyddet i artikel 4(1) i grundlagen. Domstolen anför emellertid vidare att inte vilket som helst förhållningssätt som en människa iakttar kan anses omfattat av den särskilt skyddade trosfriheten enbart därför att vederbörande subjektivt så bestämmer. Man kan nämligen inte bortse från den uppfattning som religionsgemenskapen har om sig själv när man bedömer en enskilds förhållningssätt.[355]

I svenska perspektiv är praxis rörande Europakonventionen bindande för svenska rättsvårdande myndigheter; se avsnitten 1.5 och 1.6. Denna praxis skall därför iakttas till exempel vid tillämpning av Diskrimineringslagen 2008. Det kan sålunda inte röra sig om religiös diskriminering enligt Diskrimineringslagen om inte den aktuella handlingen faller under *Arrowsmith-principen* och sålunda omfattas av skyddet enligt Artikel 9(1). Det svenska avgörandet *handskakningsfallet* (Sverige 3, avsnitt 3.1) är ett exempel på att en svensk domstol inte beaktade innehållet i praxis rörande Europakonventionen. Handlingen i målet – underlåtenhet av en muslimsk man att ta en kvinna i hand som hälsning – omfattas med all sannolikhet inte av skyddet enligt Artikel 9. Handlingen var måhända motiverad av vad mannen uppfattade som religion men det erforderliga "mycket nära sambandet" mellan religion och handling förelåg med all sannolikhet inte. Domen blev av bland annat det skälet sakligt felaktig; se närmare referatet av och diskussionen om domen i avsnitt 3.1.

355 "Zwar kann nicht jegliches Verhalten einer Person allein nach deren subjektiver Bestimmung als Ausdruck der besonders geschützten Glaubensfreiheit angesehen werden; vielmehr darf bei der Würdigung eines vom Einzelnen als Ausdruck seiner Glaubensfreiheit reklamierten Verhaltens das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft nicht außer Betracht bleiben"; para 40.

Det må här tilläggas att den svenska regleringen beträffande trakasserier är annorlunda i Diskrimineringslagen 2008 (och dess föregångare). Här tillmäts subjektiva åsikter betydelse. Den enskildes åsikt huruvida det föreligger en ovälkommen särbehandling är avgörande. Skälet är att det inte finns en objektiv norm för vad som skall anses vara trakasserier. I princip är det därför den som utsätts för beteendet som avgör om beteendet är kränkande för henne eller honom. Bedömningen är sålunda subjektiv. Europakonventionen har ingen reglering av trakasserier. Den svenska regleringen är sålunda styrande.

Avslutningsvis skall följande tilläggas. Som framgått i avsnitt 4.1 och som närmare behandlas i avsnitt 4.2 uttrycker praxis att även handlingar som faller utanför skyddet enligt Artikel 9 – och därmed utanför Konventionen – omfattas av begreppet religionsfrihet i vid mening. Den enskildes personliga åsikter styr vad hon/han anser vare uttryck för hennes/hans religion. Som framhållits i avsnitt 4.2 innebär detta att praxis kan uttala att det föreligger en kränkning (*interference*) av en enskilds religionsfrihet när en religiöst motiverad handling utanför Konventionens skyddsområde förbjuds. I detta avseende tillmäts sålunda den enskildes personliga åsikter betydelse.

4.9 Privata parter

Europakonventionen har konventionsstaterna som adressat. Den ålägger konventionsstaterna förpliktelser. Konventionen är emellertid inte begränsad till offentliga förhållanden. I stor utsträckning avser den privata förhållanden. Så är i hög grad fallet med Artikel 9. Utgångspunkten är att Artikel 9 tillämpas i förhållandet mellan den enskilde och konventionsstaten. Frågan är emellertid om Artikel 9 även kan tillämpas i förhållandet mellan enskilda, alltså i privata anställningsförhållanden eller i privata skolor och universitet? Frågan om Konventionens tillämpning i privata förhållanden brukar betecknas med det tyska ordet *Drittwirkung*.[356] Detta ord betyder i sammanhanget i princip "*verkan för utanförstående tredje man*". Det är en omstridd och ännu långt ifrån klarlagd fråga om och i vilken utsträckning Konventionen har sådan *Drittwirkung*, alltså om den kan användas mellan enskilda. Denna fråga faller utanför denna bok men berörs i anledning av ett avgörande av Europakommissionen.

I den praxis som behandlas i denna bok är *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8) det avgörande som är relevant för frågan om Europakonventionens

356 Se härtill allmänt Van Dijk mfl (2006) s 28 ff och Westregård (2002), flerstädes, främst avsnitt 7.3.

tillämplighet på rättsförhållanden mellan enskilda. Det beror på att målet rörde ett enskilt anställningsförhållande. Alla övriga fall i denna bok avser rättsförhållanden med offentlig part på ena sidan.

Fallet den kristna resebyråchefen rörde en privatanställd kvinna, anställd på en resebyrå. Louise Stedman var kristen. Hon hade viss tjänstgöring på söndagar. Arbetsgivaren beslutade emellertid ensidigt att tjänstgöring på söndagar skulle bli en normal företeelse för henne. Hon ville inte finna sig i denna förändring av sina anställningsvillkor. Som skäl anförde hon att hon var kristen och att söndagar därför för henne var helgdagar som skulle ägnas annat än arbete. Arbetsgivaren godtog inte detta och anställningen upphörde. Louise Stedman ansåg att hennes religionsfrihet hade kränkts och förde talan mot uppsägningen.

Europakommissionen noterade att målet avsåg ett privat anställningsförhållande. Detta innebar, säger Kommissionen, att svarandestaten i målet "är sålunda inte direkt ansvarig för hennes uppsägning".[357] Detta var emellertid inte avgörande. Enligt Artikel 1 Konventionen åligger det konventionsstat att "garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges ... i denna konvention". Av detta följer att "ansvar för staten uppkommer om en kränkning av en av dessa rättigheter och friheter beror på att staten inte iakttagit skyldigheten att uppfylla denna garanti".[358] Med särskild hänvisning till Artikel 9 har konventionsstat, anför Kommissionen, enligt ett avgörande av Europadomstolen ansvar för att "säkerställa fredligt åtnjutande av den rättighet som garanteras i Artikel 9 till envar som hyser sådana övertygelser och åsikter".[359]

Detta innebär att Konventionen kan tillämpas av konventionsorgan även i tvister som avser enskilda. Talan måste dock vara riktad mot konventionsstaten eftersom det endast är konventionsstater som sådana som är bundna av Konventionen. Huruvida *fallet den kristna resebyråchefen* och praxis angiven där även innebär att talan av enskild kan riktas mot annan enskild vid domstol i konventionsland hade Europakommissionen inte att uttala sig om. Konventionen innehåller inget om genomdrivande inom konventionsländerna. Detta är en intern fråga för konventionsländerna.

För svenska vidkommande märks i detta sammanhang att Europakonventionen

357 "The respondent State is thus not directly responsible for her dismissal"; para 1.

358 "if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the domestic legislation, the responsibility of the State is engaged"; para 1. Kommissionen hänvisar till Europadomstolens dom Young, James och Webster mot Storbritannien, dom 25 november 1980, Series A 44 (1981), para 49.

359 "ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 (Art. 9) to the holders of those beliefs and doctrines". Hänvisningen avser målet Otto-Preminger-Institut mot Österrike, dom 25 november 1994, Series A 112 (1994).

införlivats i svensk rätt. Konventionen gäller som svensk lag; se avsnitt 1.5. Som sådan kan den tillämpas direkt av svenska domstolar. I vad mån detta även gäller tvister mellan enskilda är dock fortfarande oklart. Det kan göras gällande att Konventionen i vart fall skall gälla som rättsligen bindande "god sed", i vart fall på arbetsmarknaden. Som "god sed" skulle dess normer kunna åberopas direkt vid svensk domstol av enskilda i tvister mellan enskilda; se vidare kapitel 6.

4.10 Situationsanpassning

Äldre praxis hade en påtagligt kasuistisk prägel. Det förekom att detta särskilt påpekades. Som exempel kan pekas på *fallet Kokkinakis* (Konventionen 9) där Europadomstolen uttalade att domstolen "i görligaste mån kommer att begränsa sin uppmärksamhet till den fråga som har uppkommit i det speciella fall som förelagts domstolen".[360] Äldre praxis var vidare i mycket hög grad präglad av de faktiska omständigheterna i de behandlade fallen. Domstolen och Kommissionen har till stor del låtit dessa styra resonemang och slutlig bedömning.

Det är emellertid påfallande att Europadomstolen i senare praxis antagit ett avsevärt mera principiellt synsätt. Här kan hänvisas till *fallet Dahlab* (Konventionen 14) och *fallet Leyla* (Konventionen 16). Särskilt i *Leyla* befinner sig Domstolen på en mycket hög principiell nivå. Principerna tillämpas därefter på den föreliggande situationen men på ett ganska abstrakt sätt.

Det låter sig sålunda säga att en omsvängning synes ha skett i metodologin hos Domstolen. Äldre praxis karakteriseras av att Konventionsorganen arbetar sig nedifrån och uppåt för att nå ett resultat. I nyare praxis är metoden snarare den motsatta. Domstolen arbetar sig från ett principiellt plan nedåt för att nå ett resultat. Även med denna nya metod måste det dock sägas att omständigheterna i det enskilda fallet tillmäts synnerligen stor betydelse.

4.11 Religion som förmildrande omständighet

En känslig fråga är om religiösa bevekelsegrunder kan anföras som ursäkt eller förmildrande omständighet för att företa eller underlåta något som är förenat med an-

360 "The Court will confine its attention as far as possible to the issue raised by the specific case before it"; para 35.

svar enligt andra regler. Det är välbekant att så ofta sker, till exempel för att erhålla straffnedsättning vid s.k. hedersbrott.[361]

Praxis ger emellertid inget som helst stöd för något sådant. I flera mål har den enskilde parten blivit straffad för sitt handlande (till exempel *fallet Arrowsmith*, Konventionen 3). Inte i något av dessa mål har det emellertid ens hävdats att straffet som sådant skulle påverkas i förmildrande riktning av att det föranletts av religiösa bevekelsegrunder. Det finns sålunda inget som helst stöd i praxis för att religionsfriheten som ett överordnat intresse skulle påverka bedömningen i försonande riktning enligt de straffrättsliga regler som överträtts.

4.12 Orsakssamband

Vilket orsakssamband skall föreligga mellan den religiösa faktorn och den handling (eller passivitet) som påstås innebära ett intrång enligt Artikel 9? Denna fråga har inte diskuterats uttryckligen i praxis rörande Europakonventionen. Skälet torde vara att det i samtliga mål där ett intrång ansetts föreligga var uppenbart och ostridigt att handlingen hade skett *på grund av* den religiösa faktorn. Det har förelegat ett rakt, direkt orsakssamband. Orsakssambandet var alltså starkare än att handlingen enbart hade *samband med* den religiösa faktorn. Målen där intrång enligt Artikel 9(1) inte ansetts föreligga uppvisar en motsvarande, låt vara spegelvänd, bild. I till exempel *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) ansåg Kommissionen utrett att skolans handlande *inte* skett på grund av den religiösa faktorn. Handlingen hade inte ens samband med den religiösa faktorn. Detsamma ansåg Europadomstolen i *fallet Dahlab* (Konventionen 14) såvitt avsåg frågan om det förelåg diskriminering och i *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8).

Som jämförelse beträffande orsakssamband kan pekas på svensk reglering enligt 16 kapitlet 9 § Brottsbalken (BrB), olaga diskriminering, och diskriminering enligt Diskrimineringslagen 2008. För ansvar enligt BrB krävs att diskrimineringen skett *på grund av* den etniska faktorn. I till exempel NJA 1976 s 489 angavs det erforderliga sambandet med orden "den huvudsakliga anledningen" och i NJA 1996 s 768 med orden "det avgörande motivet". Det skall röra sig om ett s.k. starkt samband. I 1 kapitlet 4 § punkt 1 Diskrimineringslagen, direkt diskriminering, räcker det däremot med att det finns ett "samband". I propositionen till en föregångare till lagen 2008 (lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet) heter det att "det skall vara tillräckligt att den etniska tillhörigheten är en av flera orsaker

361 Sådana brott borde rätteligen kallas ohedersbrott. Prefixet "heder" kan ge intryck att det ligger något ädelt eller hedrande i brotten. Detta är dock ingalunda fallet. Det är istället i hög grad tvärtom.

till behandlingen för att diskriminering skall anses föreligga. Den etniska tillhörigheten behöver alltså inte ... ha varit avgörande för arbetsgivarens handlande".[362] Det räcker sålunda med ett s.k. svagt samband.[363] Enligt 1 kapitlet 4 § punkt 2 Diskrimineringslagen, indirekt diskriminering, förekommer inte ett motsvarande sambandskrav, i vart fall inte av samma innebörd, men under alla omständigheter är sambandskravet där inte strängare än i punkten 1.[364] Diskrimineringslagen 2008 bygger här på EU-rätten. Det finns inget i praxis rörande Europakonventionen som pekar på att den svenska regleringen skulle underkännas i konventionspraxis rörande diskriminering enligt Artikel 14.

4.13 Subjektiva rekvisit

Något subjektivt rekvisit, alltså krav på uppsåt eller oaktsamhet, uppställs inte i Artikel 9 Europakonventionen. Frågan har inte ens berörts i den praxis som genomgåtts här. Det kan bero på att det i samtliga fall där det förelåg ett direkt samband mellan den religiösa faktorn och handlingen detta samband var av sådan art att det vore uteslutet att tänka sig annat än att handlandet varit uppsåtligt. Emellertid förhåller det sig nog snarare så att ett intrång enligt Artikel 9 inte förutsätter uppsåt eller oaktsamhet. Ansvaret är strikt.

Som jämförelse må återigen pekas på svensk reglering i 16 kapitlet 9 § BrB, olaga diskriminering, och 1 kapitlet 4 § Diskrimineringslagen 2008, direkt respektive indirekt diskriminering. Olaga diskriminering enligt BrB är ett uppsåtsbrott. Ansvaret enligt Diskrimineringslagen 2008 är på sedvanligt arbetsrättsligt sätt strikt. Det krävs varken uppsåt eller oaktsamhet.[365] Diskrimineringslagen 2008 bygger även här på EU-rätten.

4.14 Bevisbörda

Frågor rörande bevisbörda har inte diskuterats i något av de refererade målen rörande Artikel 9. Uppbyggnaden av de två momenten i Artikel 9 är dock sådan att slutsatser kan dras. Enligt 9(1) är bevistemat huruvida ett intrång över huvud har skett. En viss bevisbörda måste ligga på den som hävdar ett intrång. Vid tillämpningen av Artikel 9(2) är det klarlagt att intrång skett och att alltså ett brott mot Artikel 9(1) föreligger. Den som är ansvarig för intrånget kan enligt Artikel 9(2) fria

362 Prop 1997/98:177 s 26; jfr s 57 och 59. Se även 1998/99:AU4 s 47 f.
363 Se beträffande termerna starkt respektive svagt samband SOU 2002:43 s 161.
364 1998/99:AU4 s 52. Jfr prop 1997/98:177 s 27.
365 Se till exempel Prop 1997/98:177 s 20, 23, 26 och 59 samt 1998/99:AU4 s 51 f.

sig från ansvar om förutsättningarna enligt 9(2) är uppfyllda. Bevisbördan härför åvilar den som är ansvarig för intrånget.

Hur omfattande är bevisbörden enligt Artikel 9(1)? Formuleringen av artikeln ger inget besked.

Det synes ligga nära till hands att se saken så att den som anser sig kränkt skall framlägga fakta som gör intrång i vart fall sannolikt. Sker detta har motparten/konventionsstaten att visa att handlingen (underlåtenheten) inte har samband med religion, att motstående intressen av positiv eller negativ religionsfrihetskaraktär föreligger eller att en begränsning av religionsfriheten är tillåten enligt Artikel 9(2).

Beträffande det erforderliga sambandsrekvisitet mellan religion och manifestation enligt Artikel 9(1), *Arrowsmith-principen*, synes det rimligt att ålägga den som påstår att ett samband föreligger en strängare bevisbörda. Det är den som påstår att samband föreligger som har den relevanta kunskapen om de religiösa kraven. Motparten har inte detta och kan ha svårt att föra motbevisning. Den som påstår att samband föreligger torde därför böra åläggas full bevisbörda. Konventionsorganen har dock möjlighet att inhämta yttrande från det religiösa samfundet eller från experter. Europadomstolen kan även själv utföra undersökningar. Så skedde till exempel i *fallet Leyla* (Konventionen 16) beträffande klädesplagg för elever vid skolor och universitet.

Bevisbördan enligt Artikel 9(2) måste i sin helhet åvila konventionsstaten. Det rör sig här om att försvara en av konventionsstaten införd begränsning av religionsfriheten enligt Artikel 9(1). Detta försvar måste i sin helhet åvila konventionsstaten. Det är påtagligt med vilken energi stater fört bevisning i dessa avseenden och vilken vikt Europadomstolen och Kommissionen fäst vid sådana omständigheter.

Det intryck som praxis förmedlar är sammanfattningsvis att frågor om bevisbörda ägnas mycket ringa uppmärksamhet. Vidare synes Konventionsorganen i stor utsträckning ha ansett sig själva kompetenta att på egen hand bedöma bevisfrågor. Praxis förmedlar nog ett intryck av att målen i stor utsträckning avgörs enligt principen "laga efter läglighet" varvid Konventionsorganen stått för "lagandet".[366]

4.15 Diskriminering

Artikel 14 Europakonventionen innehåller en regel om skydd mot diskriminering:

366 Evans (2001) bekräftar detta intryck, avsnitt 6.6.2 avslutningen. Sammanfattningsvis anför Evans följande beträffande bevisföring och bevisinhämtning: "Thus the 'objective' approach of the Court to manifestations does not seem to be based on objective criteria but instead involves a substitution of the Court or the Commission's judgement for that of the applicants".

> Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

Endast två frågor rörande diskrimineringsskyddet enligt Konventionen behandlas här.[367] För det första (1) behandlas kopplingen mellan diskrimineringsskyddet enligt Artikel 14 och självständiga bestämmelser i Konventionen som till exempel Artikel 9. För det andra (2) behandlas rättsläget vid föregiven religiös diskriminering när skydd inte föreligger för den aktuella religiöst motiverade manifestationen enligt Artikel 9.

Den första frågan är alltså kopplingen mellan Artikel 14 och Konventionens skyddsregler. Denna fråga har behandlats synnerligen ofta i praxis. Som framgår av lydelsen av Artikel 14 innehåller denna inte ett generellt förbud mot diskriminering. Skyddet enligt Artikel 14 omfattar endast diskriminering som avser åtnjutandet av "de fri- och rättigheter som anges i denna konvention", dvs endast diskriminering inom ramen för skyddsreglerna i Konventionen (samt tilläggsprotokollen).[368]

En standardformulering används i praxis för att beskriva rättsläget. Som exempel kan *fallet Cha'are* (Konventionen 13) citeras. Där anges att det är "fastlagd praxis att Artikel 14 endast kompletterar självständiga bestämmelser i Konventionen och Protokollen. Den har ingen självständig existens eftersom den har betydelse enbart i förhållande till 'åtnjutandet av rättigheter och friheter' skyddade av dessa bestämmelser. Ehuru Artikel 14 inte förutsätter en kränkning av en någon av dessa bestämmelser – och i den meningen är den självständig – finns inget utrymme att tillämpa den med mindre de förhandenvarande faktiska förhållandena ryms inom tillämpningsområdet ("ambit") för en eller fler av dessa självständiga bestämmelser".[369]

367 För översikter se till exempel Cameron avsnitt 5.3, Danelius kapitel 17, Jacobs, White and Ovey kapitel 19 eller Van Dijk mfl (2006) kapitel 33.

368 En generell diskrimineringsbestämmelse har intagits i Protokoll 12 (2000) till Konventionen. Detta protokoll har dock inte ratificerats av Sverige och är alltså inte gällande rätt i Sverige. Protokollet behandlas därför inte här.

369 Det är "established case-law" att "Article 14 only complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independence existence since is has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to that extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter"; para 86.

Detta uttalande är ett standarduttalande. Det återkommer rutinmässigt i praxis med exakt eller nära nog exakt samma formulering.[370]

För skydd mot religiös diskriminering enligt Artikel 14 är det sålunda en förutsättning att de faktiska omständigheter som påstås ligga till grund för diskrimineringen ryms inom tillämpningsområdet ("ambit") för Artikel 9. Som framgår av det citerade uttalandet förhåller det sig emellertid så att det inte i det enskilda fallet måste föreligga ett intrång i någon av dessa "rättigheter och friheter" i Konventionen för att Artikel 14 skall kunna tillämpas. Diskriminering på grund av religion kan sålunda föreligga även om det inte skett ett brott mot Artikel 9, förutsatt att de faktiska omständigheter som föreligger faller inom tillämpningsområdet för Artikel 9. Ett tänkt exempel kan vara detta. Antag att alla trossamfund inom en religion har erhållit rätt att förrätta lagligt bindande vigslar. Detta innebär att trossamfunden fått rätt att "utöva sin religion" och därmed föreligger ingen kränkning av Artikel 9. Antag emellertid vidare att vissa av dessa trossamfund har ålagts skyldighet att betala en avgift till staten för varje förrättad vigsel. Detta kan behandlas självständigt enligt Artikel 14 som en fråga om eventuell diskriminering.

Den andra frågan (2) avser den rättsliga situationen enligt Konventionen om den handling (eller underlåtelse) som saken rör inte omfattas av skyddet enligt Konventionen. I praktiken rör det sig om handlingar (underlåtelser) som saknar det erforderliga "mycket nära sambandet" till religionen enligt *Arrowsmith-principen*. Som konstaterats flerstädes i denna bok (se sammanfattningsvis avsnitt 4.2) faller sådana handlingar (underlåtelser) utanför skyddet enligt Konventionen trots att de kan vara motiverade av religion och trots att de av den enskilde kan upplevas som viktiga och centrala utflöden av den egna religionen. Som konstateras flerstädes i denna bok kan praxis uppfattas som sträng mot den enskilde eftersom sambandskravet enligt *Arrowsmith-principen* begränsar skyddet för religionsfrihet enligt Konventionen i tämligen hög grad. Som ävenledes konstateras flerstädes i denna bok är praxis emellertid klar och fast.

Konsekvensen av kravet på ett mycket nära samband mellan handling (underlåtelse) och religion, *Arrowsmith-principen*, är att när detta samband inte är uppfyllt föreligger inget skydd mot diskriminering enligt Artikel 14. När sambandsrekvisitet *inte* är uppfyllt faller handlingen (underlåtelsen) nämligen inte "inom tillämpningsområdet ("ambit") för en eller fler av dessa självständiga bestämmelser", dvs i fråga om religionsfrihet Artikel 9. Handlingen (underlåtelsen) är i Konventionens juridiska mening inte religion eller utövning av religion. Därmed kan självfallet sär-

370 För hänvisningar till annan praxis se till exempel Van Dijk mfl (2006) s 1029.

behandling av den som handlat (underlåtit att handla) inte utgöra bortfall av "fri- och rättigheter som anges i denna konvention ... på grund av ... religion".

Två exempel i praxis illustrerar situationen. I *fallet Arrowsmith* (Konventionen 3) var frågan om utdelning av flygblad till brittiska soldater med uppmaning till dem att vägra att tjänstgöra i Nordirland som då befann sig i ett krigsliknande tillstånd. Kvinnan som delade ut flygbladen var pacifist. Hon ansåg att hennes religionsfrihet enligt Artikel 9 kränkts när hon straffades för utdelningen. Europakommissionen ansåg att utdelningen inte omfattades av Artikel 9 trots att den i och för sig var ett naturligt och normalt sätt för en pacifist att uttrycka sin övertygelse. Kvinnan ansåg att bestraffningen utgjorde diskriminering och därför stred mot Artikel 14. Kommissionen uttalade att den "funnit att det inte förekommit någon kränkning i (Arrowsmiths) rätt att uttrycka sin religion. Kommissionen anser att fråga om diskriminering inte uppkommer i sammanhanget".[371] I *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8) förde den kvinnliga chefen Stedman talan för brott mot både Artikel 9 och Artikel 14. Frågan var om ett av arbetsgivaren ensidigt utfärdat arbetstidsschema med regelbunden tjänstgöring för Stedman på söndagar kränkte Stedmans religionsfrihet. Söndagar är ju i den kristna traditionen arbetsfria dagar och Stedman ville följa sin religiösa övertygelse i det avseendet. Stedman sades upp. Europakommissionen ansåg att Artikel 9 inte var tillämplig trots att Stedman av religiösa skäl vägrat att följa arbetstidsschemat utan att uppsägningen enbart skulle betraktas som arbetsvägran. Det fanns heller inget som tydde på att Stedman behandlades annorlunda än "anställda av vilken som helst annan religiös övertygelse. Under dessa omständigheter anser Kommissionen att det inte förelåg något uttryck för diskriminering av (Stedman)".[372] Artikel 14 var därför inte tillämplig.

Vilken är konsekvensen av Konventionen och praxis rörande denna för Sverige? Praxis enligt Konventionen är bindande för Sverige; se närmare avsnitt 1.5. Praxis har samma rättsliga ställning i hierarkin av regler som bestämmelser i Konventio-

371 "... the term "practice" ... does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief"; para 71.
"... a normal and recognised manifestation of pacifist belief. However, when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by Article 9.1, even when they are motivated or influenced by it"; para 71.
"The Commission has found that there has been no interference with the applicant's right to manifest her belief (Art. 9). It considers that no question of discrimination arises in this respect"; para 102.

372 "Nor is there any appearance ... she was treated in any way differently from employees of any other religious conviction. In these circumstances the Commission considers there is no appearance of any discriminatory treatment of the applicant"; punkt 3.

nen. Det innebär att praxis har högre rang än alla inhemska svenska rättsregler, till exempel regler i Diskrimineringslagen 2008. Om sådana inhemska regler, eller tillämpningar med stöd av reglerna, inte överensstämmer med Europakonventionen och praxis hos Konventionsorganen rörande denna skall sådana regler inte tillämpas. De strider mot en högre norm i den rättsliga hierarkin.

Den svenska Diskrimineringslagen 2008 innehåller regler om skydd mot diskriminering. Något sambandskrav av den art som gäller enligt Europakonventionen mellan en lagskyddad fri- och rättighet och en påstådd diskriminering finns inte enligt svensk rätt. Innebär detta att skyddet mot religiös diskriminering kan göras mera långtgående än vad som följer av de överordnade reglerna enligt Europakonventionen? Annorlunda uttryckt är frågan om skyddet för religion och religionsutövning kan göras vidsträcktare i svensk rätt och därmed även skyddet mot diskriminering? Svaret måste vara nekande. Regler om skydd för religion och religionsutövning som går utöver vad som följer av den överordnade normen i Europakonventionen är typiskt sett inte förenliga med denna överordnade norm. Detta följer av att sådan utvidgning av skyddet för religion och religionsutövning i princip alltid kommer i konflikt med den lika starkt skyddade rätten att inte ha religion eller utsättas för andras religionsutövning, dvs avvägningen mellan positiv och negativ religionsfrihet; se avsnitten 4.3 och 4.16.2. Sverige har en förpliktelse som konventionsland att ställa sig Konventionen till efterrättelse. I denna förpliktelse ingår att inte avvika från Konventionen.

I svensk rättspraxis har Europakonventionens överordnade ställning beaktats av Högsta domstolen i *fallet pastor Gren* (Sverige 1). Målet rörde dock inte diskriminering. Det gjorde däremot *handskakningsfallet* (Sverige 3). Där beaktades inte Konventionen. Av bland annat det skälet blev domen sakligt felaktig; se närmare behandlingen av domen i avsnitt 3.1.

4.16 Avslutande synpunkter på rättsläget

4.16.1 Visar praxis kristen slagsida?

En naturlig fråga är om praxis rörande Europakonventionen kan anses ha en slagsida till förmån för kristen religion. Är praxis etnocentrisk i denna mening? Kristendomen är den (i vart fall ännu) helt dominerande religionen i Europa. Kan praxis sägas spegla detta? Ger praxis uttryck för en kristen prägel eller slagsida?

Praxis har inte formulerat någon definition av begreppet religion. Här skulle etnocentrism lätt kunna komma i dagen. Detta har dock inte skett.

Praxis skulle i enskilda fall också kunna tänkas ha en kristen slagsida. Man skul-

le, till exempel, kunna tänka sig att praxis medgav kristna att i större utsträckning manifestera sin religiösa övertygelse i arbetsliv och skola. Som skäl kunde anges att kristna religiöst motiverade manifestationer och symboler är så vanliga och alldagliga att de inte nödvändigtvis skall uppfattas som religiösa uttryck över huvud taget (se vidare avsnitt 5.5). Det skulle kunna röra sig om att i större utsträckning tillåta förrättande av bön eller bärande av klädesplagg eller personlig utsmyckning, till exempel ett kors, än motsvarande företeelser i andra religioner till exempel muslimer (huvudduk) eller sikher (turban). Det finns emellertid inget som helst i praxis som pekar i den riktningen. Det är visserligen sant att det i samtliga fall där den muslimska huvudsjalen prövats har ansetts att staten haft stöd enligt Artikel 9(2) att förbjuda den. Det finns emellertid inget som pekar på att kristna symboler av lika påfallande slag skulle godtas. I exempelvis *fallet Dahlab, den muslimska lärarinnan* (Konventionen 14) anges detta uttryckligen i domskälen.

Det är kanske möjligt att bärande av kristna symboler skulle tillåtas i större omfattning än symboler för andra religioner, om saken prövades. Detta skulle dock kunna bero på att kristna symboler, till exempel ett litet kors i ett halsband, inte nödvändigtvis är avsett att vara en religiös manifestation och heller inte upplevs så. Det är ju högst vanligt i hela världen att även människor som inte är kristna har ett kors som utsmyckning.[373] Inget motsvarande förekommer beträffande till exempel sikhiska turbaner eller muslimskt utformade huvuddukar. Det kristna korset har, utom för kristna, i huvudsak "degenererat" (se vidare avsnitt 5.5). Det har blivit en dekoration bland andra. Uttryck för andra religioner har inte ens tillnärmelsevis alldagligjorts på samma sätt.

Återigen ställs frågan om praxis kan sägas ge uttryck för en kristen prägel eller slagsida? Svaret måste mycket bestämt bli att så inte är fallet. Inte i något mål har kristendomen ställts mot en annan religion och getts ett försteg. I ett antal mål kunde slagsida till förmån för kristen religion och kristen religionsutövning ha gett ett annat resultat än som blev fallet. De tydligaste är dessa tre. En pacifistisk kväkare ville slippa att inbetalad skatt kunde användas för militära ändamål men blev tämligen bryskt avvisad (Konventionen 5). En kristen resebyråchef fick besked att uppsägningen av henne för att hon av religiösa skäl inte ville arbeta på söndagar inte berodde på detta utan på att hon inte ville följa ett av arbetsgivaren ensidigt utfärdat arbetstidsschema (Konventionen 8). Italien har fått sig omtalat att kristna kors

373 Som illustration i praxis kan hänvisas till två avgöranden. I *fallet Dahlab*, Konventionen 14, uttalade den schweiziska Författningsdomstolen att ett mindre smyckekors måhända skulle kunna godtas. I det danska *fallet den muslimska skolpraktikanten*, Danmark 1, uttalade arbetsgivaren att ett halsband med kors kunde godtas men däremot förelåg förbud för huvudbonad, till exempel en muslimsk huvudduk.

och krucifix i offentliga skolor inte godtas (Konventionen 20). Detsamma har Bayern fått veta i ett tyskt avgörande (Tyskland 1) liksom en kommun i Schweiz (Schweiz 1). Avgörandena rörande Bayern, Italien och Schweiz är uppseendeväckande eftersom de berör hela länder (respektive en delstat och en kommun) och inte bara enstaka personer. De understryker på ett dramatiskt sätt att kristna symboler kan förklaras vara inte godtagbara i offentliga lokaler även i länder där dessa symboler är djupt förankrade och nära förbundna med nationens historia och självidentitet.

Andra religioner har mycket bestämt getts skydd. Positiva åtgärder för att underlätta religionsutövning har understrukits i mål rörande islam (Konventionen 4) och judaism (Konventionen 13). Det är sant att religiös fundamentalism har bemötts snävt (Konventionen 10, Konventionen 11 och Konventionen 15, alla avseende islam) men det finns absolut inget i praxis som säger att kristen fundamentalism skulle ha bemötts på ett generösare sätt.

Mål rörande anställda som vill utforma sitt arbete delvis efter eget huvud har bedömts på identiskt sätt oavsett om det rört sig om kristna (Konventionen 1 och där angivna ytterligare fall) eller muslimer (Konventionen 10 och Konventionen 11).

Sammanfattningsvis är sålunda det intryck som praxis förmedlar att praxis är neutral inför olika religioner och religiösa manifestationer. Det finns ingen kristen slagsida i praxis rörande Europakonventionen.

Exempel på vad som kan kallas en kristen slagsida finns dock i flera europeiska stater. Som framgått i avsnitt 3.3.1 förhåller det sig så att den tyska förbundsstaten Bayern har lagstiftning som tillåter uppsättande av kors eller krucifix i skolrummen i offentliga skolor. Denna lagstiftning har godtagits av den bayerska Författningsdomstolen. Som framgått i avsnitt 3.3.2 förhåller det sig vidare så att lagstiftning i sex tyska förbundsstater som förbjuder religiösa kläder eller symboler för vissa offentliganställda, främst lärare, har vissa undantag för kristna och västerländska traditioner. Här skall dock märkas att alla dessa förbundsstater är kristna sedan århundraden och att kristendomen utgör en djupt rotad del av samfundslivet. Kristendomen utgör en del av den nationella identiteten. Just genom att det kristna inslaget berör den nationella identiteten kan det dock ifrågasättas om det är träffande att tala om kristen slagsida.

4.16.2 Har negativ religionsfrihet alltför stort utrymme?

En annan fråga som kan ställas är om den negativa religionsfriheten har fått ett alltför stort utrymme på bekostnad av den positiva? Målen med den muslimska huvudduken motiverar frågan (Konventionen 7, 14, 16, 17 och 19). I alla dessa fall

godtogs förbud att bära den muslimska sjalen med hänvisning till bland annat de intressen som personer som inte vill bära denna har. Fallet med kristen ed för parlamentsledamöter motiverar kanske inte frågan i lika hög grad eftersom det var tämligen givet att negativ religionsfrihet skulle ges företräde (Konventionen 12). I verkligt hög grad motiveras frågan däremot av fallet med kors i italienska skolor (Konventionen 20). Här rör det sig inte om ett begränsat antal individers intressen utan om hel befolknings intressen, ett helt lands intressen. Dessutom berör avgörandet ett synnerligen stort antal offentliga byggnader i ett helt land. Härtill kommer ytterligare att fallet avser något som är djupt förankrat i det aktuella landets kultur och traditioner. Likväl tilläts den negativa religionsfriheten få företräde. Detsamma inträffade i motsvarande avgörande avseende kors i offentliga skolrum i Bayern (*fallet Bayerns skolrumskrucifix*, avsnitt 3.3.1, Tyskland 1) och i en kanton i Schweiz (avsnitt 3.5).

Som konstateras i avsnitt 4.3 tillhandahåller praxis rörande Europakonventionen inget uttryckligt svar. Uttalanden av Europadomstolen (till exempel i Konventionen 9 och 16) om vikten att skydda den negativa friheten är visserligen kraftfulla och kategoriska. De innebär dock inte att negativ religionsfrihet ges försteg framför positiv. Som konstaterats i avsnitt 4.3 har detta visserligen inte uttryckligen framhållits i praxis rörande Konventionen. I *fallet Bayerns skolrumskrucifix* har det däremot uttryckligen sagts och sagts i mycket kategoriska ordalag. Negativ religionsfrihet är "ingen överordnad grundsats, som kan leda till att positiv religionsutövning undanträngs. Rätten till religionsfrihet är ingen rätt till förhindrande av religion".[374] Det finns all anledning att anta att ett lika kategoriskt uttalande skulle ha kunnat uttalas beträffande Konventionen.

Som har framhållits i avsnitt 4.3 finns all anledning tro att positiv och negativ religionsfrihet har samma omfattning. Det finns anledning att uppfatta situationen så att religionsfriheten har ett givet totalutrymme. Detta delas till lika delar mellan positiv och negativ religionsfrihet. Ingendera har ett större utrymme än den andra. Utvidgningar av den ena kan inte heller ske eftersom det skulle innebära kränkningar av den andra. Annorlunda uttryckt kan de två sidorna av religionsfrihet uppfattas som de två sidorna på ett mynt.

Svaret på frågan om negativ religionsfrihet har getts ett alltför stort utrymme kan delvis ses som en fråga om vad som är själva kärnan i religionsfriheten i Europakonventionen. Rör det sig främst om en frihet *till* (den positiva sidan) eller en fri-

374 "Dabei ist die negative Religionsfreiheit kein Obergrundrecht, das die positiven Äußerungen der Religionsfreiheit im Falle des Zusammentreffens verdrängt. Das Recht der Religionsfreiheit ist kein Recht zur Verhinderung von Religion"; s 32. Se vidare referatet av rättsfallet.

het *från* (den negativa sidan)? Frihet *till* har majoriteter i alla tider alltid tillagt sig. Frihet *från* har i det historiska perspektivet ofta inte funnits. Så har varit fallet i Europa under århundraden, årtusenden. Som Europas historia under 1900-talet visar står friheten *från* ständigt under hot även i tider då religionsfrihet i princip etablerats. Friheten *från* är under hot eller undertryckt i stora delar av världen än idag, särskilt i den muslimska världen. Europakonventionen kan i detta perspektiv ses som ett kraftfullt bålverk till försvar för friheten *från*.

Samtidigt är det tydligt att praxis innebär att utrymmet för religiöst motiverad religionsutövning i arbetsliv och skola är mycket begränsat när manifestationen tar sig påtagligt synbara former som andra inte kan undandra sig. Detta gäller i lika hög grad kristna som icke-kristna manifestationer. Som konstateras i föregående avsnitt finns sålunda ingen slagsida i praxis till förmån för positiv religionsfrihet för kristna manifestationer. Den negativa religionsfriheten har tillåtits att neutralisera positiv kristen religionsutövning på ett stundom dramatiskt sätt, främst i skolrumsfallen i Bayern, Italien och Schweiz.

4.16.3 Finns utrymme för religiöst motiverat beteende i offentligt arbetsliv och offentliga skolor?

Praxis rörande Europakonventionen har gett religionsfriheten i arbetsliv, skola och likartade beroendesituationer enligt Artikel 9(1) en ytterst försiktig framtoning. Den inre kärnan, själva den religiösa tron (*forum internum*), är hård. Den har också stor åsiktsbredd men den omfattar inga eller få uttrycksformer. Den har, annorlunda uttryckt, föga djup. Det yttre skalet (*forum externum*), religiöst motiverade manifestationer eller beteenden, är påtagligt poröst. *Forum externum* har ett visst djup, i motsats till *forum internum*. Detta djup är dock ringa vad avser sådana uttryck för religion (manifestationer) som omfattas. Det stränga kravet på ett "mycket nära samband" mellan religion och religionsutövning begränsar starkt skyddet, *Arrowsmith-principen*. Endast religionsutövningar som har "ett mycket nära samband" ("intimate link") till själva religionen/åsikten skyddas. Detta innebär att även utflöden av religionen som den enskilda kan uppfatta som väsentliga och centrala inte skyddas.

Verksamhetsintresset har fått starkt stöd i praxis på bekostnad av religionsutövning. Om ett motsatsförhållande uppkommer mellan den religiösa manifestationen och offentlig verksamhets behöriga bedrivande föreligger inget intrång om verksamhetsintresset är sådant att manifestationen skulle medföra "allvarliga svårigheter", *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4). I vart fall gäller det om an-

strängningar har gjorts för att tillgodose det religiösa intresset. Den religiösa manifestationen tvingas då stå tillbaka för verksamhetsintresset.

Den negativa religionsfriheten påverkar starkt den positiva religionsfrihetsutövningen. Den negativa religionsfriheten har getts ett utrymme som motsvarar det som tillkommer den positiva religionsfriheten. Till denne religionsfrihet hör bland annat att inte behöva utsättas för andras religiöst motiverade yttre manifestationer. De två sidorna av religionsfrihet är i princip som de två sidorna på ett mynt. Skyddet av den negativa föreningsrätten har i praxis utan undantag lett till att förbud mot bärande av iögonfallande religiöst värdeladdade klädesplagg har godtagits med stöd av Europakonventionen. Detta är fallet även när bärandet sker på ett sätt som motsvarar normal användning och inte på något i sig utmanande sätt. Om den positiva religiösa manifestationen har förbjudits av hänsyn till negativ religionsfrihet föreligger sålunda inget intrång när det negativa intresset korresponderar med det positiva (se i praxis främst Konventionen 7, 14, 16, 17, 19 och 20). Religionsfrihetsintresset kan i den meningen tyckas starkare för negativ än för positiv religionsfrihet. Detta är dock en felsyn. Rätta förhållandet är att de två sidorna tar ut varandra. Samspelet mellan dem blir i praxis ett nollsummespel.

I fråga om klädesplagg (eller skägg) behöver det negativa intresset inte särskilt framhållas. Europadomstolen har godtagit att, om "skyldighet för elever att bära skoluniform och att inte täcka sina huvuden i skolan är en generell regel som är tillämplig på alla elever oavsett deras religiösa övertygelser", föreligger ingen kränkning av Artikel 9.[375]

Skyddet för iögonfallande, yttre, religiöst motiverade, manifestationer i offentligt arbetsliv och offentlig skola är sålunda begränsat till situationer då inga allvarliga verksamhetsproblem uppstår och det heller inte finns några motstående negativa religionsfrihetsintressen av korresponderande art. Sådana motstående negativa religionsfrihetsintressen har emellertid ansetts föreligga i samtliga avgöranden.

Sammanfattningsvis innebär det nu sagda följande. Praxis visar att hänsyn till negativ religionsfrihet fått till resultat att iögonfallande religiöst motiverade manifestationer i offentligt arbetsliv och offentlig skola förbjudits. Annorlunda uttryckt är situationen i praxis enligt Europakonventionen denna. Det har inte funnits något utrymme över huvud taget för religiöst motiverade manifestationer när manifestationen är iögonfallande, som vid bärande av en huvudduk eller anbringande av kors (krucifix) i skolrum.

375 Ingen kränkning om "the obligation imposed on pupils to wear a school uniform and not to cover their heads at school is a general rule applicable to all pupils irrespective of their religious beliefs"; Köse och andra mot Turkiet, mål 26625/02, ECHR Reports 2006-II, s 359. Målet är antecknat i noten till *fallet Kurtulmus*, Konventioonen 17.

Detta kan framstå som ett uppseendeväckande förhållande. Det kan leda till påståendet att det inte finns någon religionsfrihet i arbetsliv och skola. Detta är dock en felsyn. Praxis har nämligen ännu inte berört ett stort antal praktiska situationer med anknytning till religion i arbetsliv och skola. Några sådana diskuteras i kapitel 6. Som framgår där finns ett tämligen stort utrymme för religiöst motiverade önskemål och beteenden. Dessa rör dock beteenden som inte har den påtagliga yttre synbarhet som klädesplagg eller väggkors har.

Frågan kan vidare ställas om hittillsvarande praxis rörande Europakonventionen är relevant för att land som Sverige. I Sverige upprätthålls ingen strikt princip om sekularism som i Turkiet eller laïcité som i Frankrike. Under senare decennier har vidare en tämligen hög grad av likgiltighet i religiösa frågor gällt. Religion har också betraktats främst som en privatsak som inte angår andra. Förbud mot även iögonfallande religiöst motiverade manifestationer skulle verka i en radikalt annorlunda miljö än i Frankrike eller Turkiet. I till exempel *fallet Leyla* (Konventionen 16) hävdade den turkiska regeringen att ett förbud hade de legitima syftena att (1) upprätthålla allmän ordning vid universiteten, (2) upprätthålla principen om sekularism och (3) skydda andras rättigheter och friheter. I den svenska miljön saknar motivet (2) betydelse i de flesta fall. I vart fall hittills är detsamma i huvudsak fallet med motivet (1). Motivet (3) syftade på att säkerställa kvinnors rättigheter och att främja genderjämlikhet genom att förbjuda särbehandling av kvinnor. Detta motiv har samma slagkraft i Sverige som i till exempel Frankrike och Turkiet. Med hänsyn till den principiellt totala genderjämlikheten i Sverige har detta motiv kanske ännu större relevans än i Frankrike och Turkiet.

Situationen kan dock komma att förändras i Sverige även vad avser motivet (1) och (2) i takt med att religionen gör återintåg i det offentliga rummet. Motsättningar och spänningar kan börja uppstå där i huvudsak inga funnits under efterkrigstiden. Det behövs inte mycket för att så skall kunna ske. I till exempel *fallet Italiens skolrumskors* (Konventionen 20) får en enda förälders negativa religionsfrihet ett helt lands system i gungning. Detsamma inträffade i Bayern (*fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 1) och i en kanton i Schweiz (avsnitt 3.5).

Något generellt svar på frågan om förbud i Sverige mot iögonfallande religiöst motiverade beteenden i offentligt arbetsliv eller offentlig skola kan inte ges. Olika offentliga miljöer ställer olika krav. Det är stor skillnad mellan en skolelev och en lärarinna. Det är stor skillnad mellan en part i ett mål vid en domstol och en domare där eller mellan en åtalad och en åklagare. Det synes till exempel uteslutet att en lärarinna vid en skola eller en domare i en domstol skulle kunna bära en muslimsk huvudduk. Här gör sig samma synsätt gällande i Sverige som i *fallet Dahlab* (Konventionen 16) i Schweiz eller i *fallet Ludin* (Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1) i Tyskland.

Även i Sverige fordras därför avvägningar i det enskilda fallet. En analysmodell för sådana avvägningar presenteras i avsnitt 6.2.

4.16.4 Finns utrymme för religiöst motiverat beteende i privat arbetsliv och privata skolor?

Praxis rörande Europakonventionen har med få undantag avsett den offentliga sektorn. Det enda undantaget avser *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8). Där bortsågs emellertid från den religiösa faktorn. Detta gör att en behandling av utrymmet för religiöst motiverade beteenden måste göras utifrån mera allmänna överväganden. I sin tur innebär det att denna behandling inte skall göras här eftersom detta kapitel sammanfattar och analyserar rättsläget enligt praxis rörande Europakonventionen. Behandlingen görs istället i kapitel 6.

Kapitel 5

Skärningspunkter mellan religion och andra värden

5.1 Religionsfrihet: frihet *till* religion och frihet *från* religion[376]

Religion och religionsfrihet har två sidor, frihet *till* och frihet *från*. Religionsfrihet enligt alla internationella rättighetskataloger omfattar bägge.

Friheten *till* religion avser i första hand friheten att ha en religion, själva åsiktsfriheten. I andra hand avses att ge uttryck för denna. Den positiva religionsfriheten innefattar även rätten att anta en ny religion, alltså att konvertera från en religion till en annan. Den omfattar rätt att anta en religion, att bli "religiös", från att ha varit indifferent eller osäker. Detta är av stor betydelse i såväl anställningsförhållanden som skolan. Den som har tagit anställning utan att hysa några betänkligheter till arbetsuppgifterna kan ändra åsikt under anställningstiden till följd av att ha kommit att omfatta en religiös eller annan skyddad åsikt. På samma sätt förhåller det sig för den som påbörjat en utbildning vid en undervisningsanstalt.

Friheten *från* religion avser friheten att inte ha en religion. Denna frihet omfattar även att inte behöva utsättas för oönskad religiös påverkan, till exempel andras religiösa manifestationer. Detta kan leda till motsättningar eftersom den som motsätter sig religiöst motiverade manifestationer kan komma att framtvinga att dessa

376 I detta avsnitt görs några anteckningar av mera allmän art om frihet *till* och frihet *från* religion. För den strikt juridiska behandlingen enligt Europakonventionen och tysk praxis hänvisas till avsnitt 4.3. En viss överlappning förekommer med vad som sagts i avsnitt 4.3.

upphör. Praxis ger flera exempel på detta. Det kan gälla klädesplagg som den muslimska huvudsjalen eller det kristna korset.[377]

Friheten *till* religion kallas vanligen den positiva religionsfriheten. Friheten *från* religion kallas den negativa religionsfriheten. Termerna positiv och negativ är olyckliga eftersom den ena ger intryck av något gott och eftersträvansvärt medan den andra kan uppfattas som något ont, något mindre värt eller något som bör undvikas. Termerna används emellertid i neutral mening i europeisk domstolspraxis liksom i den religionsfrihetsrättsliga litteraturen. Som har framgått utförligt i avsnitt 4.3 har de bägge sidorna av religionsfriheten samma utrymme. Ingen sätts före den andra. De är två sidor av samma mynt.

Friheten *till* religion har historiskt haft det helt dominerande utrymmet i Europa. Den förhärskande religiösa övertygelsen i respektive land har åtnjutit skydd sedan århundraden. Religiös enhetlighet, *monism*, har i huvudsak varit förhärskande i århundraden i de olika länderna. "I mitt land får var och en bli salig på sitt manér" är ett uttalande som tillskrivs Fredrik II av Preussen.[378] Religiös tolerans av detta slag har dock i högsta grad varit undantaget i Europa. Motsatsen var i allra högsta grad regeln. I hur hög grad Fredrik II:s uttalande motsvarades av verklig religionsfrihet i Preussen lämnas här därhän.

I det historiska perspektivet är det sålunda friheten *till* religion som har varit förhärskande. Denna frihet har dock i huvudsak varit utan innehåll, illusorisk. Den har i verkligheten varit ett religionstvång. I alla europeiska länder har i århundraden härskat en religiös enhetskultur. En statsreligion har varit påbjuden. Ren indoktrinering har varit normen. Avfall – eller avvikelser – från denna religion har ofta(st) varit förenat med påföljder av det mest grymma slag, såsom landsförvisning, fängelse eller rentav döden. Det strängt ortodoxt protestantiska Sverige var under 1600-talet ett skrämmande exempel på detta.

Människor som inte ville finna sig i den stränga religiösa enhetligheten hade i princip endast ett val om religionsfrihet söktes, nämligen att lämna Europa och emigrera till främmande land. Emigrationen skedde tidigast från England till den nyupptäcka nordamerikanska kontinenten. Där slog sig människor ned för att till-

377 Se i praxis redovisad i kapitlen 2 och 3 följande fall: Konventionen 7 *fallet Karaduman* angående universitetsstudentskas muslimska huvudsjal, Konventionen 16 *fallet Leyla* angående universitetsstudentskas muslimska huvudsjal, Konventionen 17 *fallet Kurtulmus* angående professors muslimska huvudsjal, Konventionen 19 *fallet Dogru* skolelevers muslimska huvudsjal, Konventionen 20 *fallet Italiens skolrumskrucifix*, Tyskland 1 *fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 2 *fallet Ludin* angående lärarinnas muslimska huvudsjal och *fallet schweiziska skolrumskrucifix*.

378 "In meinem Staate kann jeder nach seiner Fasson selig werden". Fredrik den Store, 1712 – 1786, kung från 1740.

sammans med likasinnade kunna bekänna en viss religiös tro och uttrycka denna. Den östra delen av nordamerikanska kontinenten – det som idag ofta kallas "New England" – kom att erbjuda religiös frihet som moderlandet i Europa inte erbjöd.[379]

Upplysningstiden i Europa – med början i England och Frankrike – kom att inleda en ny epok. Ett inslag i upplysningstidens filosofi var religionsfrihet. Ett fältrop i det centrala Europa kom att bli "Krossa den skändliga" ("Écrasez l'infâme"), ett stridsrop som myntades av den franske filosofen och litteratören François Voltaire (1694–1778). Stridsropet riktade sig närmast mot den franska katolska kyrkan men avsåg i vidare mening de etablerade kyrkorna överallt. Parat med kravet på religionsfrihet var även rätten till åsikts- och yttrandefrihet. Ett annat bevingat ord som tillagts Voltaire står som symbol för detta. Under en period av exil i England påstås Voltaire till en meningsmotståndare ha yttrat att "jag förkastar vad du säger men jag är beredd att kämpa till döden för din rätt att säga det".[380] Rättigheter som religionsfrihet och yttrandefrihet skrevs in i den franska förklaringen om människo- och medborgarrättigheter som antogs i augusti 1789 under den franska revolutionens första tid. De var dock nog mera av deklamatorisk än verklig art.[381] Under alla omständigheter försvann dessa rättigheter snabbt när revolutionen ebbade ut och övergick i sin motsats. De har dock övertagits av den nu gällande franska författningen och är därför i hög grad levande idag.[382]

Den Katolska kyrkan var (och är) det enskilt största kristna samfundet. Religionsfrihet har historiskt sett varit alldeles främmande för Katolska kyrkan. Som angetts i avsnitt 1.1 var den Katolska kyrkans synsätt präglat av uttrycket "Utanför kyrkan finns ingen frälsning".[383] Så sent som 1864 utfärdade Påven Pius IX en förteckning över irrläror. Han fördömde där i kraftfulla ordalag ett stort antal åsikter och attityder som falska och stridande mot kristen tro.[384] Där fördömdes tanken att Katolska kyrkan inte längre skulle anses vara den enda tillåtna statsreligionen. Där fördömdes även tanken att "envar har frihet att omfatta den religion som han, ledd

379 Religionsfrihet fastslogs i den amerikanska grundlagen 1787 men kan sägas ha sitt ursprung i Självständighetsförklaringen 1776, Declaration of Independence.

380 I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.

381 Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. En ny deklaration antogs 1793.

382 Se 3.4.1 för den författningsmässiga situationen i Frankrike idag med citat från författningen.

383 "Extra ecclesiam nulla salus". Uttrycket anses stamma från biskopen Cyprianus av Karthago, död 258. Det avser den Katolska kyrkan men samma princip har varit förhärskande i länder med annan än katolsk kristenhet.

384 "Syllabus Errorum", dvs "Förteckning över irrläror". Förteckningen var bifogad hans rundskrivelse Quanta cura (encyklikan "Med vilken omsorg ...).

av förnuftets ljus, anser vara sann".[385] Mänskliga rättigheter bekämpades av den Katolska kyrkan som en form av uppror av människor mot Gud, mot den gudomliga ordningen. En total omsvängning har ägt rum i alla dessa hänseenden under 1900-talet. Från att ha varit motståndare till mänskliga rättigheter, inklusive religionsfrihet, har Katolska kyrkan med största övertygelse förvandlat sig till en försvarare av mänskliga rättigheter. Den påvliga rundskrivelsen 1963 "Fred på jorden" (encyklikan Pacem in terris) av Påven Johannes XXIII markerade genombrottet. Religionsfrihet som en oavytterlig mänsklig rättighet fastslogs av Andra Vatikankonciliet, ett kyrkomöte som hölls i Rom under åren 1962–1965, i det epokgörande dokumentet "Om mänsklig värdighet" (Dignitatis humanae). Där förklaras att "(A)lla människor har rätt till religionsfrihet, en rättighet som har sin grund i varje människas oavvisliga värdighet. Alla människor måste ha friheten att söka sanningen utan påtryckning".[386] Inför Världsfredsdagen den 1 januari 2011 beskrev Vatikanen religionsfriheten som "alla friheters frihet".[387]

Sverige var inget undantag från regeln om religiös intolerans. 1800-talet såg i Sverige visserligen en uppluckring av den strikta religiösa enhetligheten men denna uppluckring skedde långsamt och hade att kämpa mot starkt motstånd. Frikyrko-

385 Några uttalanden i denna syllabus om vad som är felaktigt är dessa (citerade på engelska från artikeln Syllabus of Errors i nätuppslagsboken Wikipedia):
"Statements the encyclical condemned as false include the following:
– "in the present day it is no longer expedient that the Catholic religion should be held as the only religion of the State, to the exclusion of all other forms of worship." (No. 77)
– "the Church ought to be separated from the State, and the State from the Church." (No. 55)
– "every man is free to embrace and profess that religion which, guided by the light of reason, he shall consider true." (No. 15)

386 "Declaration on religious freedom – Dignitatis humanae – on the right of the person and of communities to social and civil freedom in matters religious. Promulgated by his Holiness Pope Paul VI on December 7, 1965". Deklarationen finns tillgänglig på Vatikanens hemsida på Nätet. Översättning till svenska finns publicerad och hittas i Libris under titeln Dignitatis humanae. Denna översättning finns inte på Nätet.
"This Vatican Council declares that the human person has a right to religious freedom. This freedom means that all men are to be immune from coercion on the part of individuals or of social groups and of any human power, in such wise that no one is to be forced to act in a manner contrary to his own beliefs, whether privately or publicly, whether alone or in association with others, within due limits. The council further declares that the right to religious freedom has its foundation in the very dignity of the human person as this dignity is known through the revealed word of God and by reason itself.(2) This right of the human person to religious freedom is to be recognized in the constitutional law whereby society is governed and thus it is to become a civil right".

387 Temat som påven Benedikt XVI valt för fredsdagen var "Religious Freedom, the Path to Peace". Se flerstädes på Nätet. Se i svensk press till exempel tidskriften Katolskt Magasin, 2010:9, september, s 14.

rörelsen är exempel på detta. Religion som placerade sig utanför den lutherskt-protestantiska svenska statsreligionen möttes även under 1800-talet och långt in på 1900-talet av motstånd på alla plan, inklusive det rättsliga. I Sverige var det fallet för till exempel katolsk kristenhet. I skolorna gavs obligatorisk religionsundervisning. Den hade starkt lutherskt-protestantisk prägel. Närvaro vid daglig morgonbön i skolor var obligatorisk. Frånvaro ledde till anmärkning och i det yttersta fallet till avvisning från skolan. Obligatorisk religionsundervisning i skolor avskaffades först på 1960-talet.[388] Religiös edsavläggelse vid domstolar förekom ända in på 1970-talet.[389] Sverige fick en religionsfrihetslag först 1951. Sverige hade en statskyrka intill år 2000.

I dagsperspektivet kan detta sekellånga motstånd i alla europeiska länder framstå som besynnerligt, rentav verklighetsfrämmande. Intoleransen mot oliktänkande har emellertid varit ett allmäneuropeiskt kännemärke.

I det globala perspektivet framstår åsikts- och religionsfrihet fortfarande som utopiska mål och önskedrömmar i stora delar av världen. I stora delar av världen råder fortfarande åsiktsdiktatur och religionstvång parat med förföljelse av personer som hävdar negativ religionsfrihet. Så är fallet i alla länder där kommunismen fortfarande spelar en statsavgörande roll, som till exempel i Kina. Så är vidare fallet i större delen av den muslimska världen. Avfall från den muslimska läran kan till exempel ännu idag straffas med döden i många muslimska länder. En omfattande

388 Se härtill till exempel artikeln Religionsundervisning i Nationalencyklopedin (NE). Först i och med grundskole- och gymnasiereformerna på 1960-talet blev religionsundervisningen avkonfessionaliserad. En viktig milstolpe var grundskolans läroplan 1969.

389 Som en illustration från Sverige kan noteras att det var inte länge sedan juridiska eder i Sverige, till exempel domareden eller vittneseden, hade religiöst innehåll och rentav skulle avläggas med handen på Bibeln. Domareden sekulariserades år 1975 och slutligen även vittneseden. Som en personlig illustration tillåter jag mig att anteckna hur det gick till under den tid jag "satt ting" på (dåvarande) Södra Roslags domsagas häradsrätt år 1967–1968. Som notarie hade man att leda förhör med personer som kallats för att bekräfta uppgifter om sina tillgångar och skulder, så kallad bouppteckningsed. Jag och min i tjänsten några månader yngre tingsnotariekollega infann oss till sammanträden för avläggande av bouppteckningsed iklädda formell, mörk kostym. På bordet låg en Bibel. Den inkallade gavs av mig följande information om proceduren. "När Ni avlägger eden skall Ni stå upp, lägga handen på Bibeln, titta mig i ögonen och säga efter mig den ed som jag förestavar". Förestavandet skedde med högtidlighet av mig med notariekollegan likaledes stående framför den inkallade. Eden hade följande lydelse: "Jag N.N. lovar och försäkrar inför Gud den Allsmäktige och vid Hans heliga ord att jag skall säga ....." Sannolikt var detta förfarande ovanligt högtidligt. Det betraktades dock på intet sätt som uppseendeväckande av den rättsbildade personalen på domstolen. Naturligtvis innefattade detta förfarande ett brott mot den edsavläggandes negativa religionsfrihet men det hade jag, min kollega eller de edsavläggande inte en tanke på. Om någon hade begärt att få avlägga eden på ett sätt som inte innefattade de religiösa elementen hade det självfallet bifallits men ingen gjorde det!

undersökning offentliggjordes i december 2009, Global Restrictions on Religion.[390] Enligt undersökningen lever cirka 70 % av jordens befolkning i länder där begränsningsnivån är hög eller mycket hög. Muslimska länder som Iran, Pakistan och Saudi-Arabien hör till de länder där offentliga restriktioner och social fientlighet innebär största begränsningarna. I till exempel Kina är den sociala fientligheten inte framträdande medan däremot offentliga restriktioner är stränga. Länder som Japan, Storbritannien och USA hör till de länder som har minst inskränkningar

I historiskt perspektiv är det därför inte förvånande att det är friheten *från* religion som främst förtjänar stöd. Mänskliga rättigheter är i stor utsträckning en fråga om att *skydda mot*, att ge *frihet från*. En iakttagare anför följande: "Human rights is morally universal because it says that all human beings need certain specific freedoms 'from'".[391]

Det är denna frihet *från* religion som inte har funnits förrän under allra sista tid. Den är nu införlivad med Europakonventionen i Artikel 9. Europadomstolen har i det ofta citerade avgörandet *Kokkinakis* (Konventionen 9) uttalat följande:[392]

> "Som högtidligt fastslås i Artikel 9, utgör tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet en av grunderna i ett 'demokratiskt samhälle' i Konventionens mening. I sin religiösa dimension är den en av de mest väsentliga beståndsdelarna i det som bygger upp troendes identitet och deras uppfattning om livet, men den är också en värdefull tillgång för ateister, agnostiker, skeptiker och de oberörda. Denna pluralism kan inte skiljas från ett demokratiskt samhälle. Det demokratiska samhället, som har vunnits över ett tidsspann av sekler, är avhängigt av denna frihet".

De kraftfulla formuleringarna i *Kokkinakis* har som framgått sin historiska förklaring. Rättsligt skydd för negativ religionsfrihet har i det europeiska perspektivet tillkommit först genom Europakonventionen. Skyddandet av den negativa religionsfriheten i Europakonventionen innebär därför i ett historiskt perspektiv en kraftfull förstärkning av mänskliga rättigheter i konventionsländerna. Det utgör en betydande landvinning för alla människor där. Detta har skett i kamp och utgör en landvin-

390 Undersökningen är utförd av The Pew Research Center, som är en oberoende amerikansk tankesmedja ("think tank") baserad i Washington, D.C. Undersökningar finns tillgänglig i utskrivbar form på Nätet, http://pewforum.org eller enklare via sökmotorn Google.

391 Ignatieff, s 75.

392 I *fallet Buscarini* (Konventionen 12) gjordes ett tillägg. Se referatet av avgörandet i avsnitt 2.2. Se vidare avsnitt 4.3. Uttalandet i sin helhet är infört på engelska i Appendix II.

ning för mänskligheten som, för att ånyo citera *Kokkinakis*, "har vunnits över ett tidsspann av sekler".

Europakonventionen tillmäter den negativa religionsfriheten samma betydelse och skyddar den i exakt samma omfattning som den positiva. Praxis kan rentav ge intryck av att låta den negativa gå före vid en konflikt mellan de två sidorna. Detta är dock en felsyn. Den negativa sidan är inte en supranorm som är hierarkiskt överordnad den positiva sidan. De är jämbördiga. Friheten *från* har principiellt inte företräde framför friheten *till* religion och religionsutövning.

Erfarenheten visar att friheten *till* och friheten *från* religion och religionsutövning ofta kommer i konflikt. Detta ske vanligtvis när friheten *till* manifesterar sig i yttre former. Det kan röra sig om offentliga religiösa sammankomster, om religiösa parader eller processioner. Det kan röra sig om religiösa byggnader, till exempel kyrkor med torn och kyrkklockor eller moskéer med minareter och böneutropare (*muezzin*). Det kan röra sig om religiösa symboler eller klädesplagg, till exempel kristna kors, judisk kalott (*kippa*), sikhisk turban eller muslimsk huvudduk. Praxis rörande Europakonventionen handlar i tämligen stor utsträckning om denna konflikt. Praxis visar att denna konflikt ofta(st) leder till att den positiva utövningen av religionen får vika för den negativa friheten *från* religion. Detta innebär, som har framhållits i avsnitt 4.3, att friheten *till* och friheten *från* blir ett nollsummespel (zero-sum game) där ingen iögonfallande religiös utövning tillåts i skola eller universitet över huvud taget. I tysk praxis har detta resultat uttryckligen beklagats. Där har efterlysts att spänningsförhållandet mellan positiv och negativ religionsfrihet skall lösas genom harmonisk samlevnad, tolerans, samförstånd och kompromiss. Så har emellertid inte skett i de fall som prövats enligt Europakonventionen och heller inte i tysk rättspraxis. I många fall som prövats enligt Europakonventionen har visserligen en kompromiss erbjudits den som vill utöva rätten *till* religion men i inget av fallen har detta kompromisserbjudande godtagits.[393]

Nära nog dagligen konfronteras vi med någon händelse som angår religiöst motiverade manifestationer i skolan, på arbetsplatserna eller i vardagslivet. En livlig debatt pågår i snart sagt alla europeiska länder. Det kristna korset och muslimska kläder står i debattens centrum. Manifestationer av religion eller manifestationer som åberopar sig på muslimsk religion har blivit dagliga företeelser. Utvecklingen i våra vardagsliv synes peka på att friheten *till* håller på att ta överhanden över friheten *från* religiöst motiverat handlande. Det kan rentav göras gällande att vi i religionsfrihetens namn tycks hålla på att låta äldre tiders dominans av uttryck för

393 Se i praxis främst fallen *Dahlab*, Konventionen 14, och *Dogru*, Konventionen 19.

religion *till* ta överhanden.[394] I det juridiska systemet är det visserligen inte så enligt Europakonventionen men vardagen är en annan sak

En aspekt som inte mött domstolarna ännu är vilken betydelse som religiös likgiltighet (indifferens) skall tillmätas i spänningsfältet mellan positiv och negativ religionsfrihet. Ju religiöst likgiltigare människor i allmänhet är desto mindre känsliga för religiöst motiverade manifestationer borde de vara, kan det tyckas. Så är det emellertid inte nödvändigtvis. Likgiltighet kan betyda olika saker. Det kan hänföra sig till i vilken grad människor tillmäter religion och religiösa uttryck betydelse utan att de själva hyser en bestämd religiös uppfattning. Alternativt kan likgiltighet betyda att människor förlorat intresse för religion över huvud taget. I det förra fallet kan människor, utan att de själva har någon bestämd religiös tro, vara ytterst känsliga för andras religiösa eller religiöst motiverade manifestationer. Franska skollärare är exempel på detta. Den franska lärarkåren är den kanske starkaste förkämpen för åtskillnad i det franska samhället mellan stat och religion, det franska *laïcité*. Lärarna är av tradition starkt icke-religiösa och bekämpar alla religiöst motiverade manifestationer med stor kraft. Arbetsnedläggelse som protest mot iögonfallande religiösa symboler förekommer.[395] De åberopar den negativa religionsfriheten, friheten *från*. De nordiska länderna illustrerar det andra fallet. Här åberopas knappast negativ religionsfrihet. Likgiltighet råder inför andras religiösa eller religiöst motiverade manifestationer, kanske parad med förvåning, småleende eller rentav nedlåtenhet. I den franska situationen blir resultatet ett nollsummespel. I den nordiska situationen blir resultatet ett plussummespel till fördel för dem som ger uttryck för religion eller religiöst motiverat handlande. Det kan synas som om vi i de nordiska länderna i likgiltighetens namn tycks hålla på att låta äldre tiders dominans av uttryck för religion *till* ta överhanden. I det juridiska systemet är det, som sagt, inte så enligt Europakonventionen men vardagen är en annan sak.[396]

394 Exempel på det utgör den svenska domen i *handskakningsfallet* (Sverige 3 i avsnitt 3.1). Där tilläts en handling som med alla sannolikhet inte omfattas av religionsskyddet enligt Europakonventionen att få utslagsgivande betydelse. Handlingen – vägran att ta en person av motsatt kön i handen – var kanske motiverad av religion men en sådan handling är med all sannolikhet inte en av Europakonventionen skyddad utövning av religion. Det erforderliga "mycket nära sambandet" enligt *Arrowsmith-principen* mellan religion och yttre utövning finns inte. Domen måste dock betraktas som felaktig; se resonemanget efter referatet.

395 Se om en sådan i Flers (Orne) i avsnitt 5.2.

396 Återigen kan hänvisas till domen i *handskakningsfallet*; se föregående not.

5.2 Religionsfrihet kontra demokrati[397]

Europakonventionen är gällande rätt i en grupp av stater som alla har det demokratiska styrelseskicket som högsta samhällsnorm. Förhållandet mellan religion och demokrati har föranlett Europarådet att anta rekommendationer 1993 och 1999 där detta diskuteras och där värdenormer rangordnas.[398] När Europarådet utarbetade Europakonventionen var detta förhållande inte så känsligt som det sedermera har blivit. År 1950, då Konventionen antogs, var signatärstaterna i huvudsak monistiskt kristna stater. Fundamentalistiska religiösa tendenser fanns knappast. Idag är situationen annorlunda. Detta beror främst på invandringen av andra trosbekännare än kristna och framväxten av fundamentalistiska religionsuppfattningar. Spänningar, som inte fanns 1950, finns nu.[399] Detta påkallar klarlägganden av samspelet mellan religion och demokrati.

Europarådets rekommendationer 1993 och 1999 har en mycket positiv grundsyn på religion och religionsutövning. Samtidigt är undertonen närmast bekymrad och oroad. Anledningen är den religiösa extremism och fanatism som gör sig gällande. "Extremism är inte religion utan en förvrängning eller förvanskning av religion. Ingen av de stora åldershävdvunna religionerna predikar våld. Extremism är ett mänskligt påfund som avleder religionen från dess humanistiska bana för att förvandla den till ett instrument för maktutövning".[400] Uttalanden som detta görs dock ingalunda i en anda av europeisk självgodhet. I den rapport som ligger till grund för rekommendationen 1999 heter det bland annat följande:[401]

> Europa har ofta inte varit ett gott exempel på respekt för kulturella och religiösa identiteter. Brutal intolerans och herravälde har förekommit.

397 För en analytisk diskussion i internationellt och historiskt sammanhang av religion kontra demokrati i ett nutidsperspektiv kan hänvisas till Buruma (2010).

398 Utdrag ur rekommendationerna 1993 och 1999 återfinns i Appendix 1. Citat ur dokumenten återges i texten i detta avsnitt i svensk språkversion. Den engelska originaltexten finns i Appendix I. Rekommendationen 1999 är baserad på en utförlig rapport: Religion and democracy: Report. Committee on Culture and Education, 27 November 1998, document 8270, Explanatory memorandum by Mr de Puig, Introduction. Utdrag ur den återfinnes likaledes i Appendix I.

399 I en mycket uppmärksammad bok har det rentav gjorts gällande att konflikter i världen i framtiden inte längre kommer att ha sin rot främst i ekonomiska förhållanden utan i etniska och religiösa förhållanden; Samuel Huntington, The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order (1996). Händelseutvecklingen efter bokens publicering motsäger inte Huntingtons tes. De religiöst motiverade muslimska terroristattackerna i USA den 11 september 2001 kan kanske sägas ha ställt detta i blixtbelysning. Kriget i Afghanistan är måhända ett annat exempel.

400 Rekommendationen 1396 (1999), para 3.

401 Rapporten 1998, avdelningen Democracy and religion: tensions and affinities.

> Detta är oförsvarligt även om det kan förklaras i sitt historiska sammanhang: staterna var företrädare för makt och ett sätt på vilket de visade sin styrka var att påtvinga en religion och en världsåskådning.

Den bekymrade undertonen hindrar dock inte att rekommendationerna uppmanar medlemsstaterna att främja religion och religionsutövning. Religionsfriheten "har sin grund i människans värdighet och dess förverkligande betyder förverkligandet av ett fritt, demokratiskt samhälle".[402]

Rekommendationerna ställer värdenormer mot varandra, till exempel religion och marknadsekonomi respektive kommunism. I rekommendationen 1993 konstateras att "ett rent marknadssystem" ("pure market society") som det kommunistiska visat sig otillräckligt. Det finns i dagens Europa "en tydlig värdekris" ("a recognizable crisis of values"). Kan religionen fylla tomrummet? Kanske. "Hänvändelse till religionen som ett alternativ måste i sådant fall förlikas med principerna om demokrati och mänskliga rättigheter".[403]

Rekommendationerna ställer mot varandra även religion och demokrati. Demokratin ges det självklara företrädet. Demokratin ges den högre platsen även om religionen ges rollen av en tänkbar medarbetare. "Demokrati och religion behöver inte vara oförenligt; alldeles tvärtom. Demokrati har visat sig vara den bästa ramen för samvetsfrihet, trosutövning och religiös mångfald. Religionen kan för sin del ... vara en tungt vägande medarbetare till demokratin".[404] I den rapport som ligger till grund för rekommendationen 1999 sägs bland annat följande. "Endast demokratin har förmåga att garantera religionsutövning och samtidigt respektera varje enskild individ och det religiösa samfundet. De troende måste för sin del vara medvetna om att ingen religiös lärosats av något slag någonsin skall tillåtas säga emot de humanistiska värdena eftersom dessa är grunden för demokratins rättsliga och sociala struktur".[405]

Praxis rörande Artikel 9 Europakonventionen ger uttryck för spänningen mellan demokrati och religion. Demokratin har getts det självklara och mycket bestämda försteget. Det magistrala – nästan profetiska – principuttalandet i *fallet Leyla* (Konventionen 16) uttrycker detta på ett sätt som i fråga om klarhet och bestämdhet knappast kan överträffas.[406] Det är här inte fråga om enbart situationen i länder med sekularism i fransk eller turkisk mening. Principuttalandet är generellt formu-

402 Rekommendationen 1202 (1993), para 14.
403 Rekommendationen 1202 (1993), para 9.
404 Rekommendationen 1396 (1999), para 5.
405 Rapporten 1998, Introduction, s 11.
406 Uttalandet är intaget i sin helhet i Appendix IV.

lerat. Det avser alla konventionsländer. Den situationsanpassning som äldre praxis gav uttryck för (till exempel i *fallet Karaduman*, Konventionen 7) har här försvunnit.

Frågan om rangordningen mellan det sekulära samhället och det religiösa är förvisso inte ny i Europa. I själva verket går den som en röd tråd genom Europas historia. Kampen mellan den världsliga och den andliga makten är sekelgammal. Den har böljat fram och åter. Det har funnits tillfällen då den världsliga makten böjt sig för den andliga. Det allra mest iögonfallande exemplet på det är det som hände den tysk-romerske kejsaren Henrik IV. Han tvingades år 1077 bege sig till fots över Alperna till staden Canossa och där krypande på knä be den dåvarande påven Gregorius VII om förlåtelse i en tvist som rörde just den andliga maktens överhöghet över den världsliga.[407] I det längre europeiskt historiska perspektivet har dock den världsliga makten haft försteget framför den andliga.[408]

I det Europa där Europakonventionen gäller är rangordningen alldeles klar. Själva den religiösa övertygelsen (*forum internum*) – positiv eller negativ – är visserligen okränkbar. Som sådan befinner den sig högst på värdeskalan. *Forum internum* har betydelse främst som skydd mot religiös och åsiktsmässig indoktrinering. Det demokratiska samhället utgör det bästa skyddet för sådan indoktrinering.

Europarådets policydokument gör åtskillnad mellan religion och fundamentalism. Fundamentalismen behandlas som en avvikelse, en förvirring, "inte i sig religion utan en förvrängning eller förvanskning".[409] Verkligheten finns dock här. "I ett demokratiskt system har politikerna en skyldighet att förhindra att en hel religion förknippas med handlingar som, till exempel, utförs av fanatiska religiösa minoriteter".[410] Situationen är här densamma som det demokratiska samhället möter varje gång någon grupp eller rörelse utnyttjar det demokratiska samhällets öppenhet och tolerans på sådant sätt att denna öppenhet och tolerans hotas.

Detta var en frågeställning som stod i förgrunden i *fallet Refah Partisi* (Konventionen 15).[411] Fallet gällde ett politiskt parti i Turkiet, Refah Partisi. Detta parti hade en starkt muslimskt religiös inriktning. Frågan i målet var om partiet kunde förbju-

407 Investiturstriden, dvs striden mellan påven – den andliga makten – och den tysk-romerske kejsaren – den världsliga makten – om kyrkliga ämbetstillsättningar. Se till exempel Nationalencyklopedin (NE) under detta ord.

408 Uttrycket "cujus regio, ejus religio" illustrerar detta. Uttrycket är en del av den europiska historien. Uttrycket anger att "religionen följer fursten", dvs det är furstens religion som styr undersåtarnas religion. Uttrycket kan sägas sammanfatta "den augsburgska religionsfreden" 1555. Se om denna till exempel Nationalencyklopedin (NE) under ordet Augsburg. Se även avsnitt 1.1 ovan vid och i not 6.

409 Rekommendationen 1999, para 3

410 Rekommendationen 1999, para 8.

411 För de engelska originalformuleringarna i domen hänvisas till referatet i avsnitt 2.2.

das. Den aspekten förbigås här. Av intresse här är sambandet mellan demokrati och religion och partiets idéer om parallella rättsordningar beroende på religion. Europadomstolen uttalade att Preambeln till Konventionen "upprättar ett mycket klart samband mellan Konventionen och demokrati genom att förklara att vidmakthållandet och det fortsatta förverkligandet av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter bäst uppnås genom å ena sedan en verksam politisk demokrati och å andra sedan en allmän förståelse för och ett allmänt iakttagande av mänskliga rättigheter" (para 86). Domstolen anger att den "anser att demokrati inte kan existera utan pluralism" (para 89). Domstolen pekar på möjligheten att ett politiskt parti kan vilja dra nytta av de rättigheter som anges i Konventionen och därvid "kan tänkas vilja försöka att från Konventionen härleda en rätt att bedriva vad som i verkligheten utgör handlande som syftar till att förstöra de rättigheter och friheter som Konventionen anger och därmed göra slut på demokratin." Domstolen påpekar försynt att "det finns exempel på sådant i modern europeisk historia" (para 99). Domstolen anför vidare:

> Med hänsyn till det mycket klara sambandet mellan Konventionen och demokratin ... kan ingen tillåtas att stödja sig på bestämmelser i Konventionen för att försvaga eller förstöra det demokratiska samhället ideal och värderingar. Pluralism och demokrati är baserade på en kompromiss som kräver olika eftergifter av enskilda eller grupper av enskilda vilka stundom måste samtycka till begränsningar av de friheter som de åtnjuter i syfte att garantera större stabilitet för landet i dess helhet ... (para 99).

Refah Partisi hade som en av sina idéer tanken att införa ett system med flera rättsordningar i samhället där människor skulle lyda under en viss rättsordning beroende på religionstillhörighet. Tanken på ett sådant system underkändes helt. Ett sådant system skulle innebära att religiösa system fick försteg framför det demokratiska systemet. Effekten skulle bli att fri- och rättigheter skulle bero av religionen, inte av det demokratiska samhället. Fri- och rättigheter skall emellertid upprätthållas och tillgodoses av den demokratiska staten. En sådan stat "har en positiv skyldighet att tillse att envar inom dess jurisdiktion till fullo åtnjuter de rättigheter och friheter som Konventionen garanterar och utan att det är möjligt att avstå från dem".

En annan aspekt på relationen mellan religion och samhälle är hur samhället ser på särhållandet mellan stat och religion. Den grad till vilken religioner och religiöst motiverade manifestationer utgör ett hot mot ett givet samhälle beror till viss del på det aktuella samhällets struktur. Det är stor skillnad mellan å ena sidan samhällen

som har gjort sekularism till en grundsten i samhällskroppen och som låter sekularismen vara själva den centrala samhällsstrukturen och å andra sidan samhällen som inte har samma synsätt (ehuru de är sekulära). Frankrike och Turkiet är exempel på den första gruppen och de nordiska länderna på den senare. Även i sig ganska obetydliga och oskyldiga religiöst motiverade manifestationer kan anta betydande proportioner i den ena samhällstypen men inte i den andra. Den muslimska huvudduken erbjuder ett belysande exempel. I Frankrike och Turkiet kan den leda till betydande spänningar och konflikt. Om elever infinner sig med sådan huvudduk kan reaktionen bli mycket påtaglig, till exempel genom att lärarna vidtar en stridsåtgärd genom att helt enkelt lämna skolan.[412] I den praxis som redovisas i denna bok kan hänvisas främst till fallen *Karaduman* (Konventionen 7), *Leyla* (Konventionen 16), *Kurtulmus* (Konventionen 17) och *Dogru* (Konventionen 19) som alla avser bärande av muslimsk huvudduk i Frankrike respektive Turkiet. De tre avgörandena innebar att förbud mot bärandet av den muslimska huvudduken godtogs. I Frankrike har bärandet av iögonfallande klädesplagg sedan 2004 förbjudits i offentliga skolor; se avsnitt 3.4.1. I länder där staten visserligen är religiöst neutral men där sekularism som idé inte spelar någon framträdande roll i den offentliga debatten eller i samhällsstrukturen – som i de nordiska länderna – känner endast ganska få människor betänkligheter att skolflickor bär muslimsk huvudduk (men kan ha betänkligheter därför att huvudduken är ett uttryck för kvinnoförtryck och brist på jämlikhet mellan kvinnor och män). Möjligt är dock att betänkligheterna kommer att öka även i länder där sekularism inte spelar någon framträdande roll i samhällsdebatten i takt med att medvetenheten om innebörden av olika religiöst påverkade manifestationer ökar.

Ytterligare en aspekt på förhållandet mellan demokrati och religion är huruvida religion och religiöst motiverade manifestationer skall uppfattas som offentliga eller privata. Om religionen ses som en privatsak minskar tydligtvis spänningen mellan den religiösa manifestationen och det demokratiska systemet. Om återigen religionen ses som en offentlig angelägenhet ökar spänningen. Återigen aktualiseras skillnader mellan länder som å ena sidan Frankrike och Turkiet och å andra sidan de nordiska länderna. I de förra länderna uppfattas religiöst motiverade manifestationer som starkt offentligt präglade oavsett vad den enskilde själv anser om sitt reli-

412 Det mest kända exemplet på detta är den strejk i Frankrike som vidtogs i september 1998 av en majoritet av lärarna vid en skola i Flers (Orne). Lärarna hävdade att de strejkade för "den republikanska principen laïcité" (le principe républicain de laïcité) och mot könsdiskriminering. De strejkande lärarna fick rätt i den meningen att inga åtgärder vidtogs mot dem. Denna strejk inträffade före lagen 2004 som förbjuder iögonfallande religiösa symboler.

giöst motiverade handlande. I de nordiska länderna har motsatsen i hög grad varit fallet under efterkrigstiden. I och med att religionen nu åter gör sitt intåg i det offentliga rummet även i de nordiska länderna kan dock situationen i detta hänseende undergå en förändring. Religionen och religiöst motiverade uttryck blir synligare och får en mera offentlig karaktär.

Ytterligare en annan aspekt på förhållandet mellan stat och religion är om staten är baserad på separation mellan stat och religion. Den europeiska traditionen har varit att det funnits en statsreligion och alltså ingen åtskillnad mellan stat och religion. Sverige hade till exempel en statskyrka fram till år 2000. I Storbritannien finns fortfarande ett samband. De flesta konventionsländer gör emellertid numera en bestämd åtskillnad mellan stat och religion. Detta påverkar också i vilken mån religiöst färgat handlande kan tillåtas i offentlig verksamhet. I konventionspraxis illustrerar *fallet Dahlab* detta (Konventionen 14). Dahlab var lärarinna vid en offentlig skola i Schweiz. Hon ville bära en muslimsk huvudduk i skolan, även i klassrummet. Schweiz upprätthåller åtskillnad mellan stat och skola. Med hänvisning till bland annat detta förbjöds Dahlab att bära huvudduken. Detta godtogs av Europadomstolen. Utgången blev densamma *i fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20).[413]

Sammanfattningsvis kan sålunda följande konstateras. Det demokratiska samhället har placerat sig med företräde framför religionen. Det har förbehållit sig rätten att begränsa religiösa eller religiöst motiverade manifestationer som det betraktar som ogynnsamma eller fientliga mot idéer som det uppfattar som grundläggande för sin form av demokrati och sin sociala struktur. Praxis har bekräftat staters företrädesställning i detta avseende både i skolor (till exempel *fallet Dogru*, Konventionen 19), universitet (till exempel *fallet Leyla,* Konventionen 16) och på arbetsplatser (*fallet den muslimske läraren Ahmad*, Konventionen 4). Sekulära normer blir de högsta normerna, supranormerna, med företräde framför religiösa normer trots att dessa avser själva det innersta och väsentligaste i mänsklig natur och mänsklig självupplevelse. *Forum internum*, åsikts- och trosfriheten, är dock det allra högsta värdet och oangripligt. Den friheten är grunden för demokrati.

413 Samma princip tillämpats för att förbjuda kors och krucifix i klassrum i offentliga skolor i tysk praxis, *fallet Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1; avsnitt 3.3.1) och i schweizisk praxis i *fallet krucifix i schweiziska skolrum* (avsnitt 3.5).

5.3 Religiös mångfald eller majoritetsstyre? Majoritet kontra minoritet. Nationell identitet

Införande av regler om mänskliga rättigheter sker nära nog undantagslöst för att värna om minoriteter. Majoriteter tillgodoser i princip alltid sin situation och sina intressen på egen hand. Historien visar detta. Historien visar vidare att förtryck och förföljelse ofta sker i majoriteters namn. Majoritetsstatus har historiskt använts för att ge legitimitet åt förhållanden av olika slag som tillgodoser majoritetens önskemål. Ohyggliga förbrytelser har skett i majoriteters namn gentemot minoriteter under 1900-talet i Europa och sker fortfarande i vissa delar av världen.

Det är sålunda minoriteter som behöver regler om mänskliga rättigheter och skydd för sådana. Europakonventionen har sin udd riktad mot stater och maktambitioner hos stater. Konventionens adressat är staten. När Europakonventionen vänder sig till stater som adressater beror det bland annat på att minoriteter behöver skydd mot maktfullkomliga stater och majoriteterna där. Europakonventionen är i främsta rummet ett rättsligt instrument till skydd för minoriteter.

Europeiska länder har traditionellt varit mycket likriktade i religiöst hänseende. I varje land har en religion varit i princip absolut förhärskande, en majoritetsreligion. Religiösa minoriteter har varit ovanliga och ofta med starkt beskuren religionsfrihet. Förtryck och fördrivning har varit vanliga.[414] I det svenska perspektivet är det kristendom i protestantisk utformning som utgör den religiösa majoritetsuppfattningen. I vart fall fram till införandet av Religionsfrihetslagen 1951 var detta en väsentlig realitet. Skolan var till exempel ända in på 1960-talet präglad av protestantisk religion. Obligatoriska morgonböner och konfessionell religionsundervisning förekom. Arbetslivet hade dock aldrig någon konfessionell prägel.

Idag är det svenska samhället i stort sett konfessionslöst i den meningen att tvingande konfessionella inslag är obefintliga. Kristet konfessionella inslag hör visserligen till vardagen med till exempel klockringningar i kyrkor och andakter i radio. Den som vill undgå att utsättas för att sådana uttryck för kristen religion kan emellertid i stort sett göra det utan svårighet. Ett antal kristna högtider iakttas som helgdagar men har för den som så önskar förlorat allt eller det mesta av sin kristet religiösa karaktär. De har blivit ledighetsdagar rätt och slätt. Detta gäller även de kristna långhelgerna som jul, påsk och pingst. Endast tämligen få svenskar torde till exempel idag veta varför pingst firas som kristen helgdag. I den meningen förekom-

414 Ett av de mest brutala exemplen på detta är fördrivningen ur Frankrike av den protestantiska minoriteten, hugenotterna. Dessa hade fått en viss religionsfrihet genom det s.k. Ediktet i Nantes 1598. Detta upphävdes emellertid år 1685 och flera hundratusentals människor drevs i landsflykt. Se även avsnitt 1.1.

mer föga eller ingen protestantisk kristen majoritetspåverkan. Religiös sekularisering, eller kanske snarare likgiltighet, är ett kännemärke.

Samtidigt håller religionen som en faktor i samhällslivet dock på att få ökad aktualitet. Religionen är på väg att återta sin plats i det offentliga rummet. Det beror främst på invandringen av människor med annan religiös tradition än den protestantiskt kristna. Invandringen har radikalt ändrat situationen.[415]

Den traditionellt starka religiösa enhetligheten i de olika länderna i Europa är idag i upplösning. Religiös mångfald har blivit vanlig, nästan en huvudregel. Fortfarande har dock de flesta europeiska länder en stark majoritetsreligion. I vilken utsträckning tillåter Europakonventionen att sådana majoritetsreligioner har framsteg före minoriteter?

Det demokratiska styrelseskicket är grundat på majoritetsprincipen. Majoriteten efter val innehar i princip vid varje tillfälle till exempel regeringsmakten. Den politiska minoriteten får finna sig i en ofta undanskymd roll och med begränsad förmåga att påverka den politiska beslutsprocessen i samhället.

Mänskliga rättigheter känner inte till denna uppdelning på majoriteter och minoriteter. Mänskliga rättigheter omfattar vid alla tidpunkter alla, oavsett om de tillhör en majoritet eller en minoritet. Rättighetsskyddet är dock i praktiken i stor utsträckning en fråga om skydd för minoriteter.

Majoriteterna åtnjuter vanligen skydd i kraft av just sin majoritetsställning. Det finns alltid en risk att majoriteter förtrycker minoriteter, de må vara religiösa eller andra. I till exempel *fallet Karaduman* (Konventionen 7) och *fallet Leyla* (Konventionen 16) pekades på denna risk. Turkiet är ett i huvudsakligen muslimskt land. Muslimska religiöst motiverade manifestationer kan följaktligen innebära särskilt stor påverkan på icke-muslimer eller icke-praktiserande muslimer. Delvis av detta skäl har praxis intagit en negativ hållning till den muslimska sjalen. I *Karaduman* anförde Kommissionen: "I synnerhet i länder där en stor majoritet av befolkningen tillhör en viss bestämd religion kan manifestation av efterlevnad och symboler av denna religion som sker utan begränsning till plats eller sätt utgöra en påtryck-

415 Redan långt före den stora invandringsvågen efter andra världskriget fanns ett behov av hänsynstagande till en religiös minoritet, nämligen den judiska minoriteten. De judiska trosbekännarnas prekära situation under århundraden i Europa, inklusive Sverige, synes dock ha inneburit att de inte i någon nämnvärd grad ens påkallat hänsynstagande till sin situation. Den judiska religionen innehåller till exempel synnerligen stränga regler för vad människor får/inte får respektive skall/inte skall göra på sabbaten och många heliga dagar. Som exempel i praxis hänvisas till *fallet Prais*, avsnitt 3.2.

ning på studenter som inte utövar denna religion eller som tillhör en annan religion".[416] Här fick sålunda majoritetsintresset stå tillbaka för minoritetsintresset.

Praxis rörande Europakonventionen innebär emellertid även att hänsyn kan tas till majoriteten i det enskilda fallet. Ett exempel på detta är ett fall från Tyrolen i Österrike. Befolkningen där är i övervägande grad katolskt kristen. Målet rörde en film som upprörde många av religiösa skäl. Europadomstolen anförde att den "inte kan bortse från det faktum att den romersk-katolska religionen omfattas av en överväldigande majoritet av tyrolarna. När de österrikiska myndigheterna beslagtog filmen handlade de i syfte att säkerställa religiös fred i området och för att förhindra att en del människor skulle känna sig som föremål för attacker på deras religiösa övertygelser på ett opåkallat och stötande sätt".[417] Detta godtogs av Domstolen.

Konflikten mellan majoritet och minoritet har kommit till klart uttryck även i tysk praxis. *Fallet Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1, avsnitt 3.3.1) är belysande. Bayern är av tradition ett mycket katolskt land. Enligt bayersk skollag skulle det finnas ett kors (eller krucifix) i varje skolrum i den offentliga skolan. Regeringen i Bayern försvarade regeln med att peka på den starka ställning som katolicismen har i Bayern och det förhållandet att en majoritet av befolkningen hade röstat för ett skolsystem med kristen karaktär (*christliche Prägung*). Korset var en del av denna prägling. Den tyska författningsdomstolen lät sig inte övertygas. Domstolen pekade på konflikten mellan majoritet och minoritet och anförde: "Den konflikt som uppstår mellan dem kan inte lösas med flertalsprincipen eftersom den grundrättighet som trosfriheten utgör i särskild grad just avser skydd för minoriteter".[418] Här fick sålunda majoritetsintresset vika för minoritetsintresset. I den lagstiftning som Bayern genomförde efter domen i Förbundsförfattningsdomstolen gavs den enskilde ett visst skydd framför majoriteten. I det yttersta fallet kan en enskild få försteg framför majoriteten. Samtidigt togs emellertid dock uttrycklig hänsyn till majoriteten. I för-

416 "Especially in countries where the great majority of the population owe allegiance to one particular religion, manifestation of the observances and symbols of that religion, without restriction as to place and manner, may constitute pressure on students who do not practice that religion or who adhere to another religion"; s 108.

417 Otto-Preminger-Institut mot Österrike, dom 20 september 1994. "The Court cannot disregard the fact that the Roman Catholic religion is the religion of the overwhelming majority of Tyroleans. In seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. – the Court does not consider that the Austrian authorities can be regarded as having overstepped their margin of appreciation in this respect"; para 56.

418 "Der daraus entstehende Konflikt läßt sich nicht nach dem Mehrheitsprinzip lösen, denn gerade das Grundrecht der Glaubensfreiheit bezweckt in besonderem Maße den Schutz von Minderheiten"; s 24. Se vidare referatet i avsnitt 3.3.1 och den sammanfattande rättsliga analysen i avsnitt 4.5.

söken att finna en kompromiss mellan den enskilde i minoritet och skolan skall, säger den nya lagen, "majoritetens önskemål beaktas i görligaste mån".[419] Här återtog majoritetsprincipen i princip försteget (se även nedan detta avsnitt).

Även domstolspraxis i Tyskland visar att hänsyn till majoriteter kan tillåtas. Så skedde i *fallet Ludin* (Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1). Där gav den tyska Författningsdomstolen uttryckligen stöd åt hänsynstagande till majoriteter i de tyska förbundsländerna. Saken gällde om religiöst präglade symboler och uttryck skall godtas i offentlig verksamhet i de olika förbundsstaterna i Förbundsrepubliken Tyskland. Förbundsstaterna har olika religiös struktur. Dessa skilda religiösa strukturer "innebär att de olika förbundsländerna kan anta olikartade regleringar, varvid hänsyn även får tas till skoltraditioner, befolkningens konfessionella sammansättning och dess mer eller mindre starka religiösa förankring".[420]

Det vill förefalla som om det finns en samsyn mellan domstolarna. Hänsyn till majoriteter kan tas i det enskilda fallet om omständigheterna klart talar för detta. Religiös mångfald i främsta rummet men med tillbörligt – dock inte överdrivet – hänsynstagande till majoriteter synes vara den position som kan sägas gälla. Denna position kan sägas uttrycka en proportionalitetsprincip.

Den samhälleliga uppmärksamheten idag i fråga om religionsfrihet är koncentrerad till minoriteter. Uppmärksamheten gäller främst den muslimska minoriteten. Den muslimska befolkningens religiösa situation ägnas synnerligen omfattande uppmärksamhet och i vart fall delar av den muslimska minoriteten synes mycket aktivt arbeta för att så skall ske. Uppmärksamheten gäller emellertid i viss mån också annan än protestantisk kristenhet. Ett exempel är kristna i Irak som tagit sin tillflykt till olika europeiska länder, däribland Sverige, undan förföljelse av den muslimska majoriteten i Irak. Här är tonläget dock avsevärt lägre och den uppmärksamhet som dessa kristna påkallar är blygsam. Hur denna nya religiösa verklighet kan och skall tillgodoses i skola och arbetsliv behandlas i avsnitt 5.4 och kapitel 6. I Kapitel 6 presenteras en modell för tillgodoseende av religiös mångfald (pluralism). Där presenteras hur denna modell kan användas för att tillmötesgå den religiösa mångfald som blivit en verklighet i Sverige på senare decennier.

Spänningsförhållandet mellan majoritet och minoritet har blivit särskilt kännbart när det har kommit att angå nationell självidentitet. Så har blivit fallet i tre av-

419 "... dabei ist auch der Wille der Mehrheit soweit möglich zu berücksichtigen"; se vidare avsnitt 3.3.2.2.

420 "schließt ein, dass die einzelnen Länder zu verschiedenen Regelungen kommen können, weil bei dem zu findenden Mittelweg auch Schultraditionen, die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre mehr oder weniger starke religiöse Verwurzelung berücksichtigt werden dürfen" (para 47).

göranden i Europa, i alla tre fallen berörande kristna kors (eller krucifix) i klassrummen i offentliga skolor. Avgörandena avser Bayern, Italien och Schweiz.[421] Bayern och Italien, liksom delar av Schweiz, är av tradition starkt katolskt kristna. Den katolska kristendomen har varit en viktig beståndsdel i den nationella historien och har kommit att bli en självklar del av den nationella identiteten. I alla tre avgörandena fick emellertid respektive land (i Schweiz en kommun) sig omtalat att anbringande av kors (eller krucifix) i skolsalar stred mot den negativa religionsfrihet som minoriteter har. I anledning av domen avseende Bayern genomförde Bayern en lagändring för att rätta sig efter domen. Lagändringen speglar den vända och den smärta som domen vållat. Kors kommer även fortsättningsvis att finnas i varje klassrum. Detta sker av "hänsyn till Bayerns andliga och kulturella prägling" och "på grundval av kristna och västerländska värden med skyddande av trosfrihet". Å andra sidan kan klagomål förekomma. I sådant fall skall försök göras att "hitta en godtagbar samförståndslösning". Om detta inte lyckas ankommer det på skolledningen att finna "en ordning som innebär en rättvis avvägning mellan aktning för klagandens trosfrihet och de religiösa och världsåskådningsmässiga övertygelserna hos alla berörda i klassen; därvid skall även majoritetens vilja såvitt möjligt beaktas".

Ordalagen i den bayerska lagen synes spegla vända och nästan smärtfylld ångest hos lagstiftaren. Det känns nästan som om lagstiftaren haft en kniv i hjärtat. Nationell självidentitet och nationella djupskikt berörs och står på spel. Ordalagen synes spegla ett försvar för den egna identiteten, ett försvar för rätten att existera på egna villkor.

En kort jämförelse mellan Europa och USA kan vara på sin plats. Europa och USA skiljer sig radikalt åt i fråga om religionens plats i det nationella identitetssystemet.

I Europa har religionen i mångt varit en nationell angelägenhet. Länderna har haft – och har i vissa fall fortfarande – en nationell religion. Nation och religion har varit nära sammankopplade och är i många länder fortfarande det. Nationell självidentitet och religion har i mångt varit olika sidor av samma verklighet och är så fortfarande i många länder.

I USA spelar religionen en mycket stor roll i samhällslivet, väl så stor som i även religiöst präglade nationer i Europa. "In God We Trust" är ett nationellt uttryck som har och har haft stor genomslagskraft och är ett uttryck som många instämmer i.[422] Det som idag är USA byggdes ursprungligen av invandrare från Europa, i huvud-

421 *Fallet Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1, avsnitt 3.3.1), *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20) och *fallet krucifix i schweiziska skolrum* (avsnitt 3.5).

422 Se om detta uttryck även avsnitt 5.5.

sak från de engelska öarna men också från vad som idag är Frankrike respektive Nederländerna. Många av emigranterna kom för att söka en religiös fristad undan religiös förföljelse i hemlandet. Emigranterna hade olika religiösa inriktning. Religiös mångfald och tolerans mot religiöst oliktänkande var därför redan från början ett kännetecken på bosättningarna i Nordamerika. När Förenta Staterna tillkom som nation på 1780-talet var religionsfrihet ett viktigt inslag i samhällsbildandet. Religionsfrihet är fastslagen i den amerikanska Konstitutionen. Där upprätthålls också en strikt åtskillnad mellan stat och religion. "Kongressen (dvs den lagstiftande församlingen) skall inte anta lag som fastslår en religion eller att förbjuda fri utövning av religion", stadgar artikel 1 i tilläggen 1789 till författningen 1787.[423] Den amerikanska nationella identiteten har därför aldrig knutits till en bestämd religion. Religionen finns som en självklarhet i samhället.

Den amerikanska nationen byggdes av vita protestantiskt kristna människor. Begreppet "WASP" står som en sinnebild för denna folkgrupp, *W*hite *A*nglo-*S*axon *P*rotestant". Idag hör detta begrepp i stor utsträckning till det förflutna. Den tilltagande etniska mångfalden i förening med jämställdhet mellan folkgrupper och mellan religioner har medfört att gruppen WASP har förlorat sin särställning. Ett exempel bland flera på detta är sammansättningen av den högsta domsmakten i USA, the Supreme Court of the United States. Denna domstol befinner sig i centrum av det amerikanska samhället och den amerikanska identiteten. Domstolen består av nio ledamöter. Intill ganska nyligen var domstolen helt dominerad av personer som tillhörde gruppen WASP. Så är alls inte fallet idag (2010). Inte en enda ledamot tillhör gruppen WASP. Idag är sex ledamöter katolskt kristna och de övriga tre är judiskt-mosaiska. Detta speglar en djupgående och dramatisk förändring av den amerikanska samhällsstrukturen i religiöst avseende. Den nationella självidentiteten har dock knappast påverkats alls. I det hänseendet är USA detsamma som när WASP dominerade. Ingen bestämd religion är kopplad till nationen och till det nationella självmedvetandet. Tendenser på senare år går dock i riktning mot en betoning av kristendomen som en nationell enhetsfaktor. Muslimsk terrorism mot USA och amerikanska värden anförs ofta(st) som förklaring till detta.

Hur skall de europeiska staterna kunna anpassa sig till religiös mångfald som påverkar och berör även den traditionellt nedärvda nationella självidentiteten? Det rör sig här om att påverka månghundraåriga traditioner som sitter djupt i samhällskroppen. Framtiden får visa hur detta skall kunna ske. Få europeiska länder torde vara villiga att låta detta hända till följd av utifrån kommande impulser. Det kan

423 "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof".

därför förväntas att processen blir svår och smärtsam i alla länder. Risken är uppenbar att religiösa minoriteter kan komma att få finna sig i att möjligheterna för dem att iaktta yttre religiösa sedvänjor och manifestationer (för)blir kringskurna. Majoriteten kan komma att ange villkoren för minoriteterna i större utsträckning än som skett under de första decennierna med religiös mångfald. Hittills har påverkan från immigrerade religiösa minoriteter varit relativt blygsam och har därför godtagits utan större konflikter. Om och när påverkan kommer att beröra den nationella självidentiteten kan spänningsförhållandet komma att öka markant. Den kan förväntas att anpassningen blir svårare i länder där den nationella självidentiteten är sammankopplad med en bestämd majoritetsreligion.

Sverige synes i detta hänseende att inta en gynnsam position ur synvinkeln av godtagande av religiös mångfald. Skälet är att den svenska nationella identiteten idag knappast alls är knuten till en viss religion. "Fädernas kyrka i Sveriges land" var ett starkt känslomässigt laddat talesätt som många svenskar instämde i och som gav en viss religiös identitet.[424] Idag möter detta talesätt knappast någon förståelse alls, än mindre instämmande. Road nedlåtenhet är nog snarare gemene mans reaktion. Annorlunda uttryckt: den svenska självidentiteten är inte knuten till en bestämd religion eller en bestämd religiös institution.

5.4 Religiös mångfald: större eller mindre utrymme för religiösa manifestationer?

Har den tilltagande religiösa mångfalden lett till en striktare, mindre tillåtande, attityd gentemot religiöst motiverade manifestationer i skolor och på arbetsplatser eller är motsatsen fallet? Annorlunda uttryckt, har utrymmet för religiöst färgat handlande ökat eller minskat i takt med ökad religiös mångfald? Vilken väg bör väljas under förutsebar framtid?

Det kan inte råda någon tvekan om att den tilltagande religiösa mångfalden har lett till en mera tillåtande attityd generellt sett i vardagslivet gentemot människors religiösa manifestationer. Exempel på detta är att den muslimska sjalen har blivit en vanlig syn i alla västeuropeiska länder liksom den sikhiska turbanen.

Samtidigt har reaktioner och känslor väckts som har lett till livlig debatt. I stort sett handlar den om muslimska klädesplagg. Den muslimska huvudduken har till

424 Begynnelseorden i en högstämd och starkt nationellt präglad psalm av biskopen J A Eklund (1863 – 1945). Psalmen sjöngs ofta i offentliga sammanhang men har numera närmast fallit i glömska. Det är symtomatiskt att psalmen togs bort i 1986 års upplaga av psalmboken.

exempel förbjudits i offentliga franska skolor genom lagstiftning 2004.[425] Den heltäckande burkan vållar enorm debatt. Den förbigås här eftersom den inte rimligen kan betraktas som en religiöst färgad manifestation (men den berörs i avsnitt 5.6).[426]

I kapitel 6 diskuteras praktiska vardagssituationer i arbetsliv och skola. Som framställningen där visar kan utrymmet för religiöst motiverade handlingar i arbetsliv och skola göras avsevärt större utan att motreaktioner skall behöva uppkomma.

Hur gestaltar sig situationen i rättspraxis? Alltså: har den religiösa mångfalden lett till större eller mindre utrymme för religiösa motiverade manifestationer? Bör utrymmet öka? Europadomstolen presenterar frågeställningarna.

I till exempel *fallet Serif* uttalade Europadomstolen följande:

> ”Domstolen påminner om att tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet är en av grundpelarna i ett ’demokratiskt samhälle’ i Konventionens mening. Den mångfald som är oskiljaktig från det demokratiska samhället ... är beroende av dessa friheter. Samtidig förhåller det sig så att det i ett demokratiskt samhälle kan vara nödvändigt att begränsa religionsfriheten för att sammanjämka olika religiösa gruppers intressen (se *Kokkinakis* ...). Varje sådan begränsning måste emellertid

425 Se närmare avsnitt 3.4.1. Lärare får som offentliganställda inte visa några som helst religiösa präglade kännetecken i Frankrike. Det följer av den strikta åtskillnaden mellan stat och religion, la laïcité.

426 När detta skrivs under hösten 2010 har förbudslagstiftning antagits i Frankrike och sådan lagstiftning övervägs i flera europeiska och muslimska länder. I Europa kan pekas på Belgien, Nederländerna och Spanien. I den muslimska världen har till exempel Syrien i juli 2010 infört förbud mot burkan av lärare och universitetsstudenter (se tex tidskriften The Economist, July 17th 2010, s 38). De skäl som anförs i Europa avser allmän ordning och säkerhet samt kvinnors rättigheter och skydd mot kvinnoförtryck. Den sistnämnda aspekten har i den franska lagstiftningen medfört att den som tvingar en kvinna att bära burka kan straffas strängt, med fängelse i högst ett år och böter med 30.000 euro, med fördubbling i bägge avseendena om kvinnan är underårig.
Europarådets människorättsgrupp med representanter från alla 47 medlemsländerna antog i juni 2010 däremot enhälligt ett uttalande som fördömer generell förbudslagstiftning. Sådan lagstiftning skulle förbjuda kvinnor ”who genuinely and freely desire to do so” rätt att täcka sina ansikten.

> motsvaras av ett 'pressande socialt behov' och måste stå i 'proportion till det berättigade ändamål som eftersträvas".[427]

Europadomstolen varnar dock för en sådan händelseutveckling. Domstolen pekar i samma avgörande på hur situationen bör mötas.

> "Ehuru Domstolen inser att det är möjligt att spänning uppkommer i situationer där ett religiöst samfund eller vilket annat samfund som helst blir splittrat, anser Domstolen att detta är en av de oundvikliga konsekvenserna av mångfalden. Myndigheternas uppgift under sådana omständigheter är inte att avlägsna spänningen genom att avskaffa mångfalden utan att säkerställa att motstående grupper tolererar varandra".[428]

Europadomstolen har upprepat formuleringar som i *fallet Serif* i ett flertal avgöranden. Ofta(st) har Europadomstolen i dessa avgöranden dock pekat på nödvändigheten av att begränsa det fria valet av yttre religiöst motiverade handlingar. Så har skett flerstädes i fallet Leyla (Konventionen 16) och i till exempel fallet Dogru (med det anslutande fallet Kervanci; Konventionen 19).[429] I samtliga dessa fall har uttalandena om nödvändigheten av att begränsa fri religionsutövning använts för att rättfärdiga just begränsningar.

Sammanfattningsvis kan konstateras att praxis rörande Europakonventionen

427 "The Court recalls that freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. The pluralism indissociable from democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. It is true that in a democratic society it may be necessary to place restrictions on freedom of religion to reconcile the interests of the various religious groups (see the Kokkinakis judgement ...). However, any such restriction must correspond to a 'pressing social need' and must be 'proportionate to the legitimate aim pursued'"; Serif mot Grekland, mål 38178/97. ECHR Reports 1999-IX, December 14, 1999, para 49. Exakt samma formulering finns i Agga mot Grekland, mål 50776/99 och 52912/99, dom 17 oktober, 2002, para 56.

428 Fallet Serif, föregående not, para 53. "Although the Court recognizes that it is possible that tension is created in situations where a religious or any other community becomes divided, it considers that this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (see, *mutatis mutandis*, the Plattform "Ärzte für das Leben v. Austria ... Series A 139 para 32). Exakt samma formulering finns i Agga, se föregående not, para 60.

429 Samma hänvisningar förekommer i de sex mål som utförligt citerar *fallet Dogru* och som har angivits i noten till *fallet Dogru* i avsnitt 2.2.

visar att den tilltagande religiösa mångfalden kan leda till – och faktiskt leder till – begränsningar av friheten att visa sin religiösa tillhörighet genom yttre symboler som andra inte kan undvika. Hänsyn till andra och deras (negativa) religionsfrihet leder till att det religiösa rummet minskar.

Frågan har även nått domstolarna i Tyskland (och Schweiz). I *fallet Ludin* (Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1) ville en muslimsk lärarinna bära en muslimsk sjal i skolan, även i klassrummet. Skolmyndigheter och den federala Förvaltningsdomstolen (*Bundesverwaltungsgericht*) förbjöd detta. Domstolen pekade uttryckligen på tilltagande religiös mångfald som skäl för en striktare, mindre tillåtande, attityd gentemot religiöst motiverade manifestationer i offentliga skolor (som ett utflöde av statlig neutralitet i religiösa frågor). Domstolen anförde följande:

> ”Av det skälet tilltar betydelsen av neutralitetskravet i takt med tilltagande kulturell och religiös mångfald – med ett växande antal konfessionslösa skolelever – och kan inte på det sätt som (Ludin) menar luckras upp med hänsyn till att den kulturella, etniska och religiösa mångfalden i Tyskland vid det här laget även präglar skolan”.[430]

I ett pressmeddelande till domen skriver domstolen att

> ”(A)lla elever kan till följd av sin religionsfrihet ställa anspråk på inte via staten bli utsatta för inflytandet, i form av en symbol, för en främmande religion utan att kunna undandra sig denna. Även föräldrarna till de religionsomyndiga barnen kan kräva att staten förhåller sig neutral i religiösa och världsåskådningsmässiga frågor”.[431]

Den federala Författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) upphävde förbudet. Samtidigt anförde domstolen dock följande:

430 BverwG 2 C 21.01, 4. Juli 2002; se närmare avsnitt 3.3.2.1. ”Deshalb gewinnt das Neutralitätsgebot mit wachsender kultureller und religiöser Vielfalt – bei einem wachsenden Anteil bekenntnisloser Schüler – zunehmend an Bedeutung und ist nicht etwa im Hinblick darauf auszulockern, dass die kulturelle, ethnische und religiöse Vielfalt in Deutschland inzwischen auch das Leben in der Schule prägt, wie die Klägerin meint”; s 7.

431 ”Jeder Schüler hat aufgrund seiner Religionsfreiheit Anspruch darauf, vom Staat nicht dem Einfluss einer fremden Religion, auch in Gestalt eines Symbols, ausgesetzt zu werden ohne sich dem entziehen zu können. Auch die Eltern der religionsunmündigen Schülern können verlangen, dass der Staat sich in religiösen und weltanschaulichen Fragen neutral verhält”.

> "Skäl kan ... anföras att ta fasta på den tilltagande religiösa mångfalden i skolan och använda den som medel för frammana ömsesidig tolerans, för att på så sätt bidra till bemödandena att uppnå integration. Å andra sidan är den beskrivna utvecklingen förbunden med en betydande potential för tänkbara konflikter i skolan. Det kan därför finnas goda grunder för att tillerkänna den statliga neutralitetsplikten på skolområdet en striktare innebörd som mer än hittills skiljer stat från religion ...".[432] "Ett sådant beslut har avsevärd betydelse för förverkliganden av grundlagsskyddade rättigheter i förhållandet mellan lärare, elever, deras föräldrar och även staten".[433]

Ett motsvarande synsätt redovisas i *fallet Dahlab* (Konventionen 14). Den schweiziska regeringen synes ha argumenterat för religiös mångfald bör leda till en striktare, mindre tillåtande, attityd (s 459).

Sammanfattningsvis synes det kunna sägas att det på det rättsliga planet finns en europeisk samsyn rörande tillåtligheten av att begränsa iögonfallande religiöst motiverade symboler som andra inte kan undandra sig. Detta kan innebära en begränsning av den enskildes religionsfrihet enligt Artikel 9(1). Det är fallet om det erforderliga "mycket nära sambandet" ("intimate link") enligt *Arrowsmith-principen* är uppfyllt mellan religion och yttre uttryck. Så är möjligen fallet med den muslimska sjalen, den sikhiska turbanen, den judiska kippan, det kristna nunnedoket och den kristna munkhättan (men med största sannolikhet inte med den muslimska burkan eller den kristna munkdräkten). Som framgått godtas dock denna begränsning. Flera skäl anförs. Ett är den negativa religionsfriheten hos dem som utsätts för den religiöst motiverade symbolen (inklusive i elevers fall deras föräldrar). Ett annat är önskvärdheten att undvika spänningar mellan olika grupper.

Det synes vidare tydligt att det finns en gemensam europeisk farhåga att religiöst motiverade symboler skall ge upphov till religiösa konflikter. Europa har månghundraåriga erfarenheter av sådana konflikter. Dessa erfarenheter är ofta(st) myck-

432 "Es ließen sich deshalb Gründe dafür anführen, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung von gegenseitiger Toleranz zu nutzen, um so einen Beitrag in dem Bemühen um Integration zu leisten. Andererseits ist die beschriebene Entwicklung auch mit einem größeren Potenzial möglicher Konflikte in der Schule verbunden. Es mag deshalb auch gute Gründe dafür geben, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen..."; para 65.

433 "Eine solche Entscheidung hat erhebliche Bedeutung für die Verwirklichung von Grundrechten im Verhältnis zwischen Lehrern, Eltern und Kinder sowie den Staat"; para 69.

et bittra. Som enda exempel kan pekas på det trettioåriga krig som fördes på i huvudsak tysk mark åren 1618–1648. Kriget hade i mångt religiösa förtecken och motiv. Såren efter detta krig är ännu långt ifrån övervunna i Tyskland. Erfarenheterna från detta och andra krig i religionens namn talar starkt för att i görligaste mån undvika situationer där konflikter kan uppkomma. En viss begränsning av religionsfriheten kan då vara ett pris som måste betalas.

Sekulariseringen på senare decennier i ett land som Sverige har inneburit att religiöst motiverade manifestationer haft en helt annan karaktär än i ett land som till exempel Turkiet. I Sverige har sådana manifestationer typiskt setts som tämligen neutrala, som privata, som företeelser som inte berör andra och som andra inte tar mycket notis om. Detta får i sin tur konsekvenser för bedömningen av vad som kan godtas. Om en viss religiös manifestation är av ringa betydelse för omgivningen blir konsekvensen uppenbarligen att den kan godtas i större grad. Detta gäller oavsett vilken innebörd den enskilde lägger i den egna manifestationen. I detta hänseende kan dock en förändring tänkas. Återigen skulle en sådan omsvängning bero på den ökade religiösa mångfalden. Den har redan nu medfört en betydande ökning av religiöst motiverade symboler. I sin tur innebär detta en ökad risk för negativa reaktioner där den skyddade negativa religionsfriheten åberopas.

Som framgår i avsnitt 4.4 innebär Europakonventionen att konventionsstater skall främja enskildas åtnjutande av de rättigheter som Konventionen skyddar, till exempel religionsfrihet. En viss skyldighet att vidta positiva åtgärder för att uppnå detta finns. Även EU-rätten har sådant innehåll (avsnitt 3.2, *fallet Prais*). I än högre grad kan detta förväntas bli fallet eftersom skydd för mänskliga rättigheter genom Lissabonfördraget blivit en del av den bindande EU-rätten (se avsnitt 1.5). Den svenska Diskrimineringslagen bygger också på principen om aktiva åtgärder (se avsnitt 4.4).

En utveckling där religiöst motiverade manifestationer på arbetsplatser och i skolor godtas i tilltagande omfattning rymmer emellertid källor till spänningar. En överordnad synpunkt kan vara att arbetsplatser och skolor inte är arenor för religiösa manifestationer. Europadomstolen betonade detta i *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20) där den anförde att "(S)kolor skall inte vara arena för missionerande aktiviteter eller förkunnelse (para 47 c). Motreaktioner kan uppkomma där anställda med andra åsikter kan vilja manifestera dessa. Elakartade kedjereaktioner kan uppkomma. Positiv och negativ religionsfrihet kan komma att ställas mot varandra. Den domstolspraxis som presenteras i kapitlen 2 och 3 visar många exempel på detta. Om den negativa religionsfriheten åberopas med fog blir resultatet enligt praxis att religiöst motiverade manifestationer i huvudsak inte godtas.

Harmonisk samlevnad, religiös harmoni, ömsesidig tolerans samt undvikande

av konfliktsituationer är värden som Europadomstolen hänvisat till, liksom domstolar i konventionsstater, främst Tyskland. Detta kan ge upphov till frågan om huruvida Artikel 9 begär av människor att de i tilltagande grad skall godta religiöst färgat handlande av en art som de inte är bekanta med. Finns det, annorlunda uttryckt, ett inslag av tvångsmässig inlärning och tvång till förståelse som skall leda till ökad tolerans? Europadomstolen har inte diskuterat frågan i dessa termer. Själva begreppen harmonisk samlevnad, religiös harmoni och tolerans talar dock i den riktningen. Som en följd av detta kan det tänkas att utrymmet över tid för att med framgång hävda negativ religionsfrihet skulle minska vad gäller att slippa utsättas för andras religiöst motiverade manifestationer. Ju oftare människor utsätts för en viss religiöst motiverad handling desto mindre religiös påverkan borde den få, kan det hävdas. Europadomstolen har dock, som sagt, ännu inte uttalat sig om detta. Verkan av regelbundet och upprepat användande av religiöst motiverade symboler både på symbolerna som sådana och på iakttagarna diskuteras i nästa avsnitt.

5.5 Religion eller kultur? Alldagliggörande (degeneration)

Religionsfriheten har beröringar med många andra områden av mänskligt och socialt liv. En gränsdragning avser religion kontra kultur. Eftersom religion "är en väsentlig social företeelse" ("is a major social phenomenon") är det av just det skälet "svårt att skilja den från kultur" ("difficult to separate from culture").[434] En sedvänja eller en ritual kan för övrigt vara mångfacetterad och ge uttryck för flera skyddade företeelser, det må vara ras jämte etniskt ursprung och religion, eller annat. Som exempel kan hänvisas till ett mål i Sverige som rörde kvinnor klädda i vida, långa och tunga kjolar av visst slag.[435] Det anfördes där att sådana kjolar bars uteslutande av zigenska kvinnor från Finland men att trycket på dessa kvinnor att bära dem var stort. Kjolarna bar vittnesbörd om ras, etnicitet och vad som rimligen fick uppfattas som en religiös sedvänja.

I de flesta länder förekommer religiösa symboler överallt, låt vara att de skiljer sig åt mellan länderna beroende på den förhärskande övertygelsen. Det kristna korset (eller krucifixet) är ett exempel, den muslimska huvudduken i dess olika former ett annat. Om en symbol anses omfattad av Europakonventionen åtnjuter den skydd. Avgörande är om symbolen uppfyller kravet enligt *Arrowsmith-principen* på "mycket nära samband" till religionen. Samtidigt kan skyddade symboler och hand-

434 Council of Europe. Religion and democracy: Report. Committee on Culture and Education 27 November 1998, document 8270, Explanatory memorandum by Mr de Puig, Introduction.

435 NJA 1999 s 556, olaga diskriminering, 16 kapitlet 9 § Brottsbalken.

lingar också underkastas begränsningar till följd av andras negativa religionsfrihet. Detta är en vanlig situation i praxis.

Om en religiöst motiverad symbol eller handling inte omfattas av skyddet enligt Artikel 9(1) i Konventionen är situationen helt annorlunda. Symbolen eller handlingen blir då att uppfatta som en närmast kulturell manifestation. Kulturella manifestationer omfattas inte av Konventionen. Å andra sidan kan en sådan symbol eller handling heller inte begränsas av Europakonventionen. Kulturella manifestationer faller i princip utanför Konventionen och har därför ur Konventionens synvinkel fritt spelrum. Kulturella manifestationer kan däremot begränsas av enskilda länder i nationell lagstiftning. Är detta vanligt? Svaret är att få länder begränsar eller förbjuder kulturella manifestationer. Detta innebär att utrymmet för kulturella manifestationer är större än för religiösa. Undantag finns, till exempel när manifestationer kränker ett skyddat intresse. Som exempel kan pekas på manifestationer som är rasistiska eller som diskriminerar vissa människor exempelvis till följd av sexuell läggning eller kön, som till exempel är fallet med muslimska burkan. [436] Detta är dock undantag. Symboler och handlingar som är av kulturell eller liknande art är som huvudregel tillåtna.

Kan religiöst motiverade symboler eller religiöst motiverat handlingar förvandlas från religiösa till kulturella symboler eller handlingar? Svaret är jakande.

Sannolikt mest betydelsefullt i sammanhanget är hur vanlig manifestationen/symbolen är. Den religiösa effekten av att utföra en viss handling eller att bära en viss symbol behöver inte innebära att den religiösa effekten avtar. Kristna görs korstecken, ofta flera gånger om dagen, men den religiösa inlevelsen behöver inte minska. Korstecknet förlorar inte sin religiösa karaktär för den kristne. För den kristne övergår korstecknet inte till att bli en kulturell handling eller en handling utan egentlig mening. Annorlunda uttryckt: korstecknet degenererar inte för den praktiserande kristne.

Däremot är det rimligt att anta att den religiösa effekten av att utsättas för en viss manifestation eller symbol avtar ju vanligare förekommande den religiösa manifestationen eller symbolen är. Återigen erbjuder det kristna korset en utmärkt illustration. Korset spelar en central roll i kristendomen. Korset är i sig en mycket kraftfull religiös manifestation och mycket iögonfallande. Krucifixet är det i ännu högre grad eftersom det på ett synbart sätt illustrerar en särdeles grym metod att döda en människa på. Den inneboende meningen i ett tygstycke som den muslimska sjalen eller den sikhiska turbanen är obetydlig jämförd med den synnerligen kraftfulla

436 Burkan har förbjudits i ett antal länder och förbud övervägs i en rad länder; se föregående avsnitt.

inneboende meningen som ett kors (och i än högre grad med ett krucifix) har. Kors förekommer emellertid i stor utsträckning i offentliga byggnader i många länder, till exempel Bayern, Italien eller Polen. Vi är så vana vid att se dem att det kan framstå som verklighetsfrämmande att åberopa negativ religionsfrihet för att slippa utsättas för dem. Korset har blivit en del av den kulturella miljön, av vardagsmiljön.

Överväganden av dessa slag art har framförts vid många tillfällen för att tillåta eller förbjuda manifestationer som vissa anser vara religiösa. Några röster ur praxis får illustrera hur religiöst motiverade manifestationer anses – eller inte anses – ha degenererat!

Saken kom till diskussion i *fallet Ludin* (Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1) Målet gällde en lärarinna som vill bära muslimsk huvudduk i en offentlig skola, även i klassrummet. En majoritet av ledamöterna i den tyska Författningsdomstolen menade att "(H)uvudduken är – i motsats till det kristna korset – inte i sig en religiös symbol".[437] Delvis till följd av detta accepterade majoriteten lärarinnans ståndpunkt att sjalen inte kränkte den statliga neutraliteten i religionsfrågor.

I det schweiziska fallet med en muslimsk sjal i det offentliga klassrummet (*fallet Dahlab*, Konventionen 14) ansåg, å andra sidan, den schweiziska Författningsdomstolen att "det är knappast tänkbart att förbjuda krucifix ... och samtidigt ändå tillåta lärare att själva bära kraftigt verksamma religiösa symboler oavsett religionstillhörighet".[438]

Likartade argument framfördes med ännu större pregnans i fallet *Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1). En majoritet i domstolen anförde kategoriskt att "(K)orset är symbol för en bestämd religiös övertygelse och inte bara ett uttryck för en västerländsk kultur som kristendomen varit med om att prägla". Majoriteten anförde vidare att "(K)orset hör nu som tidigare till de specifika trossymbolerna för kristendomen. Det är faktiskt helt enkelt dess trossymbol". Som avslutning anfördes att "(D)et skulle innebära en för kristendomens och de kristna kyrkornas självförståelse motbjudande profanering av korset om man ... skulle betrakta det enbart

437 "Das Kopftuch ist – anders als das christliche Kreuz (...) – nicht aus sich heraus ein religiöses Symbol".

438 "it is scarcely conceivable to prohibit crucifixes ... and yet to allow teachers themselves to wear powerful religious symbols of whatever denomination"; *fallet Dahlab*, s 457.

som uttryck för västerländsk tradition eller som en kultsymbol utan inneboende trosinnehåll".[439]

I *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3) uttalade Förbundsarbetsdomstolen hur den såg på vad religionsfriheten innebär (punkt 3c aa). Domstolen utvecklar vad den anser att den muslimska sjalen uttrycker. "Huvudduken kan inte betraktas utan sammanhang med det muslimska trosinnehållet genom att reduceras till en allmän – kulturell – symbol för en etnisk grupp. Med hänsyn till den vikt som muslimska kvinnor tillmäter sjalen framstår den som sinnebild för en bestämd trosövertygelse, som uttryck för bekännelse av bäraren till islamisk tro och därmed som ett synbart tecken på utövande av hennes religion".[440]

Hur inverkar upprepade möten med en religiöst motiverad handling den som utsätts för den? Det måste antas att ju oftare förekommande och ju mera synlig en religiöst motiverad handling är desto mindre blir inverkan på betraktaren. Detta blir också resultatet om symbolen bärs i ett icke-religiöst sammanhang. Det är välkänt att kors bärs som små utsmyckningar av människor över hela världen i total ovetskap om att korset kan ha en religiös innebörd. Bägge dessa aspekter markerar steg på vägen mot alldagliggörande (degeneration) där manifestationen förlorar sin kraft som religiös manifestation. Ett argument som framfördes av minoriteten i *fallet Bayerns skolrumskrucifix* var att kors och krucifix finns överallt i Bayern. En följd av detta, hävdades det, är att "under sådana omständigheter hör även korset i klassrummet till det vanliga".[441]

Ett "degenerationsargument" framfördes också i *fallet Buscarini* (Konventionen 12). Fallet avsåg nyvalda ledamöter i den lagstiftande församlingen i San Marino.

---

439 "Das Kreuz ist Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung und nicht etwa nur Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur".
"Das Kreuz gehört nach wie vor zu den spezifischen Glaubenssymbolen des Christentums. Es ist geradezu sein Glaubenssymbol schlechthin".
"Es wäre eine dem Selbstverständnis des Christentums und der christlichen Kirchen zuwiderlaufende Profanisierung des Kreuzes, wenn man es ... als bloßen Ausdruck abendländischer Tradition oder als kultisches Zeichen ohne spezifischen Glaubensbezug ansehen wollte"; s 19f, se även s 24.

440 "Das Kopftuch kann nicht ohne spezifischen Bezug zu den Glaubensinhalten des Islams gesehen und auf ein lediglich allgemeines – kulturelles – Zeichen einer ethnischen Gruppe reduziert werden. Wegen die Bedeutung, die Muslime dem Kopftuch beilegen, gilt es als Sinnbild einer bestimmten Glaubensüberzeugung, als Ausdruck des Bekenntnisses der Trägerin zum islamischen Glauben und damit als sichtbares Zeichen für die Aufübung ihrer Religion"; punkt 3c aa, s 121 i domsamlingen. BAG hänvisar till den dom som avkunnades av Förbundsförvaltningsdomstolen i den tvist som sedermera slutligt avgjordes av Förbundsförfattningsdomstolen i *fallet Ludin*, Tyskland 2.

441 "Unter solchen Verhältnissen bleibt auch das Kreuz im Klassenzimmer in Rahmen des Üblichen"; s 33.

Det ålåg sådana att avlägga en ed "på den Heliga Evangelierna" ("on the Holy Gospels"). Några nyvalda vägrade och hänvisade till den negativa religionsfriheten i Artikel 9 i Europakonventionen. Regeringen å sin sida hävdade att eden "hade förlorat sin ursprungliga religiösa karaktär" och numera endast hade "historisk och social betydelse, grundad på traditionen".[442] Detta fann Europadomstolen vara att gå för långt när det faktiskt skedde en uttrycklig hänvisning till ett religiöst element.

I *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20) hävdade den italienska regeringen att krucifixet visserligen var en religiös symbol men att det också hade andra värden. Regeringen pekade på icke-våld, alla människors lika värde, rättvisa och rättvis fördelning, den enskildes företräde framför gruppen, valfrihet, åtskillnad mellan politik och religion samt kärleken till nästan som sträckte sig även till förlåtelse av egna fiender. Denna något förbluffande uppräkning fann inte stöd hos Europadomstolen. Den kunde visserligen hålla med om att krucifixet "har ett antal betydelser" men fortsatte med att säga att "den religiösa betydelsen är den mest framträdande" (para 51).

I *fallet Karaduman* (Konventionen 7) avvisades kravet från studenten att bära huvudduk med bland annat det skälet att huvudduken kunde kränka andras religionsfrihet, såväl den positiva som den negativa. Den muslimska sjalen uppfattas som en klart religiös manifestation som ingalunda förlorat sin "ursprungliga religiösa karaktär" ("original religious character"). Av detta skäl kan personer som inte bär huvudduk reagera. Deras negativa religionsfrihet kan kränkas.

Som framgår av praxis har domstolarna inte godtagit ståndpunkter som hävdat att vissa religiöst motiverade symboler förlorat sin religiösa karaktär, att de degenererat. Detta gäller det kristna korset och den muslimska huvudduken. Trots att bägge är ytterst vanligt förekommande behåller de sålunda sin religiösa karaktär inte bara för utövarna utan även för betraktarna. Vad gäller muslimska symboler torde utvecklingen snarast ha inneburit att det religiösa symbolvärdet ökat trots den starkt ökade utbredningen. Anledningen till detta torde i sin tur väsentligen vara framväxten i Europa av fundamentalistisk islam eftersom denna starkt kräver att kvinnor skall klä sig i enlighet med vad fundamentalisterna anser vara riktigt. Den muslimska sjalen har därför fått ett politiskt innehåll utöver det (eventuella) religiösa innehållet.

En utvikning till USA kan tjäna som illustration till att degeneration dock kan inträffa trots ett starkt religiöst inslag. Alla mynt i USA bär uttrycket "In God We Trust", "Vi förlitar oss på Gud". En person klagade på detta och menade att devisen

442 Eden "had lost its original religious character, as had certain religious feast-days which the state recognised as public holidays" och numera endast var "historical and social in significance and based on tradition"; para 32.

stred mot regeln i den amerikanska Konstitutionen om åtskillnaden mellan stat och religion. Som anges i avsnitt 5.4 stadgas där i Första tillägget (First Amendment) att Kongressen (dvs den lagstiftande församlingen) "skall inte anta lag som fastslår en religion" ("make no law respecting an establishment of religion". I en dom 1984 förklarade emellertid den amerikanska Högsta domstolen (US Supreme Court) att detta uttryck hade förlorat sitt religiösa innehåll till följd av det ständigt upprepades på ett mekaniskt sätt.[443]

En ytterligare illustration från USA är denna. En häftig diskussion uppstod i USA sommaren 2002 om orden "under God" i den nationella trohetsförklaringen. I USA är avläggande av denna s.k. The Pledge of Allegiance är vanlig företeelse. I till exempel många skolor inleds dagen med att läraren förestavar och skolbarnen reciterar trohetsförklaringen. I denna anges att USA är en nation "under God". Med hänvisning till dessa ord väckte en förälder talan för att få trohetsförklaringen i den delen förklarad stridande mot Första tillägget i den amerikanska Konstitutionen. En federal appellationsdomstol höll med. Formuleringen ansågs utgöra ett officiellt godtagande av monoteism och därmed vara otillåtet.[444]

I europeisk domstolspraxis finns, som visats ovan, inte något motsvarande uttalande. Tvärtom har religiösa motiverade symboler i samtliga avgöranden rörande Europakonventionen eller enligt tysk rätt antingen uttryckligen förklarats vara religiösa symboler eller tyst accepterats som sådana. Den amerikanska domen visar att det avgörande är i vilken utsträckning en religiös markering, i målet hänvisning till Gud, har övergått från att ha ett specifikt religiöst innehåll till att bli generiska uttryck för en medborgerlig, sekulär hållning eller attityd eller helt enkelt blivit ett meningslöst rabbel.

Hur skall situationen bedömas från ett svenskt perspektiv? Sverige är ett sekulariserat land. I flera decennier under 1900-talets senare del talades det sällan om skydd för negativ religionsfrihet. Människor i allmänhet och samhällsstrukturen i stort blev sekulariserade i så hög grad att rätten att avstå från religion och religiösa uttryck, dvs den negativa religionsfriheten, blev utgångspunkt och huvudregel i alla situationer och hänseenden. Den kristna religionen som bakgrund till och präglare av mycket, i vissa avseenden det mesta, i samhällsliv, arbetsliv och privatliv kom i skymundan (jfr avsnitt 1.2). Denna bakgrund och denna prägling kom att upp-

443 "religious significance had been lost through rote repetition"; Lynch v Donelly, 465 U.S. 668 (1984), s 716. Uttrycket In God We Trust hade dock år 1956 antagits av den amerikanska Kongressen som ett officiellt motto for USA.

444 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Newdow v U.S. Congress, 292 F 2d 597 (9th Circuit 2002), dom den 26 juni 2002. Frågan har ännu inte avgjorts av US Supreme Court. Se härtill ytterligare Fahlbeck (2002) s 535 f. För utförlig information kan hänvisas till artikeln "Pledge of Allegiance" i Nätencyklopedin Wikipedia.

levas utan sin religiösa innebörd. En allmän degenerering av det kristna arvet var tydlig.

På senare år kan en viss omsvängning iakttas. Det beror väsentligen på invandringen. De muslimska invandrarna manifesterar sin religiösa övertygelse på ett mycket synbart sätt. Detta gör att den religiösa faktorn åter får intåg i det officiella rummet.

Det är tydligt att bärandet av den främsta kristna symbolen, korset, i Sverige normalt inte har väckt några känslor under senare decennier. De flesta bärare och iakttagare av ett kors som en del av klädseln uppfattar det inte som en religiös manifestation. I Sverige (liksom i den västeuropeiska världen) har det i lång tid varit i stort sett verklighetsfrämmande att hävda att omgivningens negativa religionsfrihet skulle hotas av att någon bär ett kors som en del av klädseln.[445] Även i detta avseende kan en ändring kanske komma att ske i akt med ökad religiös mångfald. Hittills har dock veterligen så inte skett i något fall som förts till domstol. Kristna religiöst motiverade manifestationer av längre gående art har dock i vissa fall inte godtagit. Det rör sig om de tre avgörandena beträffande kristna kors i europeiska skolrum (*fallet Italiens skolrumskrucifix*, Konventionen 20, *fallet med Bayerns skolrumskrucifix*, avsnitt 3.3.1, och *fallet krucifix i schweiziska skolrum*, avsnitt 3.5). I Sverige försvann korsen ur skolrummen på 1960-talet. Något som motsvarar vad som hänt i Bayern, Italien och Schweiz kan därför inte hända i Sverige.

Utvecklingen i riktning mot en allmän degeneration av det kristna arvet som Sverige och i vart fall Västeuropa upplevt under senare delen av 1900-talet kan komma att ändras. En process som ger nytt liv åt det kristna arvet är måhända i sin början. Det skulle vara en egendomlig sidoeffekt av den ökade religiösa mångfalden som immigrationen medfört!

Avslutningsvis skall en annan aspekt på alldagliggörande (degeneration) diskuteras. En fråga som kan diskuteras är om alldagliggörande (degeneration) av ursprungligen religiösa symboler skulle vara en önskvärd utveckling? Kan fördelar vinnas med degeneration? Om harmonisk samexistens, undvikande av konflikter, religiös harmoni och tolerans är värden som skall eftersträvas kan det framstå som positivt att degenerationen inträffar. Vad som kan uppfatta som onödiga källor till konflikter kan elimineras. Harmonisk samexistens kan främjas. Den religiösa

445 Situationen skulle visserligen kunna förändras om det som bärs har en påtagligt kristet religiös karaktär och därför uppfattas som en religiös manifestation. Som exempel kan pekas på sådan klädsel som bärs av manliga och kvinnliga medlemmar av religiösa ordnar, till exempel dominikaner, franciskaner eller benediktiner. Flera ordnar och religiösa sammanslutningar, till exempel Opus Dei, tar emot även lekmän som har vanliga yrken i arbetslivet. Det finns dock tämligen få sådana människor i Sverige.

människan kanske inte skulle bejaka en sådan utveckling. Det skall dock märkas att den religiösa innebörden av en symbol inte nödvändigtvis påverkas för den religiösa människan. Den yttre degenereringen av den religiösa symbolen blir det pris som får betalas för att den skall godtas allmänt.

Detta talar starkt för att alldagliggörande och därmed degeneration vore av godo. Degenerationen kan dock även få en helt annan effekt. Den kan förstärka olikheter mellan könen. Som exempel kan pekas på den muslimska sjalen. Ju mera accepterad denna blir desto svårare kan det tänkas vara för muslimska kvinnor att inte bära den. Detta kan innebära att vad många även muslimska kvinnor uppfattar som förtryck blir allmänt godtaget, nästan institutionaliserat, och därmed ytterst svårt att undandra sig. Det inledningsvis anförda målet avseende finska romer illustrerar detta.

En degeneration av religiösa symboler kan sålunda få en alldeles motsatt effekt, nämligen att sådana symboler blir i tilltagande grad obligatoriska. I sin tur kan det innebära ett ökat religiöst förtryck. Detta är tydligen ett högt pris att betala för minskade spänningar mellan olika religiösa grupper. Spänningarna flyttas in i olika religiösa grupper, spänningarna internaliseras och blir mindre synliga utåt. Detta är en mycket allvarlig konsekvens av alldagliggörande. Den mänskliga kostnaden av detta överstiger måhända de positiva vinster som kan uppnås genom mer tolerans mellan olika religiösa grupper.

Det är dock inte säkert att ökad tolerans vinns. Den olikbehandling som ett alldagliggörande kan leda till kan i sin tur ge upphov till negativa reaktioner bland människor som är motståndare till olikbehandling, till att kvinnor behandlas annorlunda än män. Åsynen av kvinnor som tvingas vara annorlunda än män kan framkalla reaktioner som kan drabba hela den befolkningsgrupp som står bakom sådan särbehandling.

Denna aspekt på alldagliggörande (degeneration) leder naturligt över till frågan om religion och jämlikhet.

5.6 Religion och genderjämlikhet. Kvinnoförtryck

5.6.1 Den rättsliga situationen

Jämställdhet mellan könen har på senare decennier kommit att bli en hörnsten i västerländska samhällen. Alla länder har infört lagstiftning. I Sverige gäller Diskrimineringslagen 2008 men den har haft flera föregångare.[446] Lagen förbjuder särbehandling som beror på kön i ett antal situationer, främst i arbetslivet och inom

446 Se i litteraturen Göransson m fl, Diskrimineringslagen (2009).

utbildningsområdet. Reglerna om jämlikhet mellan könen är könsneutrala men i praktiken skyddas främst kvinnor.

Den 2 juli 2010 beslutade enhälligt de 192 medlemsländerna av Förenta Nationerna vid ett möte i Generalförsamlingen att upprätta ett paraplyorgan inom FN för att främja kvinnors ställning, kallat UN Women.[447] Det skall samordna allt arbete inom FN för att uppnå jämställdhet mellan kvinnor och män. Beslutet föranledde enligt tidningsuppgifter spontana applåder i Generalförsamlingen. Generalsekreteraren Ban Ki Moon betecknade beslutet som en vattendelare ("a watershed day").

Europarådet antog 2005 resolutionen "Women and religion in Europe". Som skall framgå nedan innebär denna resolution ett synnerligen skarpt angrepp på religion som täckmantel för särbehandling av kvinnor och för kränkning av kvinnors rättigheter. Resolutionen förklarar i kategoriska ordalag att det inflytande som religionen har på kvinnor "är sällan gynnsamt (*benign*): kvinnors rättigheter blir ofta inskränkta eller kränkta i namnet av religion. – Religiöst motiverade genderstereotyper har förlänat män en känsla av överlägsenhet som har lett till diskriminerande behandling av kvinnor av män och rentav till våld från deras sida".[448]

Religionsfrihet kontra könsdiskriminering har sålunda blivit en fråga av övergripande betydelse. Det beror på att kvinnor och män särbehandlas i vissa former av utövning av religioner. Mest iögonfallande är detta inom vissa delar av islam där kvinnor förväntas uppföra sig på annat sätt än män och även bli behandlade på annat sätt än män. Ett mycket iögonfallande uttryck för detta är att kvinnor inom vissa delar av islam förväntas täcka sina huvuden med en duk som täcker i vart fall håret. Än mer uppseendeväckande är mera heltäckande klädsel, i ytterlighetsfallet en heltäckande burka eller niqab.

I *fallet Dahlab* (Konventionen 14) och *fallet Leyla* (Konventionen 16) anlade Europadomstolen ett jämställdhetsperspektiv. En fråga där var: är den muslimska sjalen ett uttryck för religionsfrihet eller för diskriminering av kvinnor, kvinnoförtryck? Europadomstolen uttalade bland annat följande.[449]

> Det kan "inte utan vidare förnekas att bärandet av en huvudduk ... synes vara påbjudet för kvinnor genom ett påbud i Koranen och vilket ... är svårt att förena med principen om jämlikhet mellan könen. Det

447 Det fulla namnet är United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women. Chiles förra president Michelle Bachelet har utsetts till den första ordföranden.

448 Europarådets resolution 1464 (2005) punkt 2. Se originaltexten i Appendix I.

449 *Fallet Dahlab*; för originallydelse hänvisas till referatet i avsnitt 2.2. Domstolen hänvisar till detta uttalande i domen i *fallet Leyla* (Konventionen 16), para 111; se vidare referatet av *fallet Leyla*.

> framstår därför som svårt att förena bärandet av en muslimsk huvudsjal med det budskap om tolerans, respekt för andra och, framför allt, jämställdhet och icke-diskriminering som det ankommer på varje lärare i ett demokratiskt samhälle att förmedla till sina elever".
>
> Domstolen anförde vidare "att främjande av jämlikhet mellan könen är idag ett väsentligt mål för medlemsstaterna i Europarådet. Detta innebär att det fordras att mycket tungt vägande skäl framläggs för att olikbehandling på grund av kön skall betraktas som förenlig med Konventionen".

Av bland annat dessa skäl fann Europadomstolen att förbud för lärarinnan Dahlab att bära muslimsk huvudsjal i klassrummen var godtagbart enligt Konventionen. Domstolen fann förbudet innebära en avvägning mellan lärarens religionsfrihet och elevernas behov av skydd. Avvägningen ansågs principiellt berättigad, proportionell och "nödvändig i ett demokratiskt samhälle". Formuleringen i domen talar för att Domstolen betraktat huvudduken som ett uttryck för diskriminering av kvinnor.

I *fallet Leyla* uttalar Domstolen att jämställdhet är "en av nyckelprinciperna som Konventionen bygger på" och skall förverkligas av alla Konventionsstaterna (para 115).

Det förefaller tydligt att Europadomstolen i sina domskäl i *fallet Dahlab* ger jämlikheten mellan könen företräde framför den form av religiöst motiverad manifestation som var aktuell i målet. I domskälen hänvisar Domstolen till en allmänt använd grundsats för att tolka och tillämpa Europakonventionen, nämligen tolkning i enlighet med allmäneuropeisk samsyn. Här avser samsynen det förhållandet att "främjandet av jämställdhet mellan könen är idag är ett väsentligt mål i medlemsländerna". Domstolen anger inte varför jämställdheten skulle ges försteg framför religionsfriheten i den aktuella situationen. Sannolikt har Domstolen ansett att medan jämställdhetsintresset är allmänt omfattat av konventionsländerna är så inte fallet med den specifika form av religiöst motiverat intresse som behandlades i målet (bärande av muslimsk huvudduk). Inte ens inom islam råder samsyn i det hänseendet. Muslimska lärda är delade i frågan hur Koranen skall tolkas. Många muslimska grupper och länder anser inte att det finns något religiöst påbud för kvinnor att bära en sjal. Dessutom är det inte fastslaget i praxis rörande Konventionen att bärandet av muslimsk huvudduk faktiskt omfattas av skyddet i Konventionen över huvud taget. Av dessa skäl torde Domstolen ha ansett att den religiöst motiverade handlingen hade lägre berättigande och lägre hierarkisk rang än jämställdhetsintresset.

Avgörandet i *fallet Leyla* (Konventionen 16) är kanske ännu tydligare. Domstolen uttalar att ett förbud att bära sjalen kan vara ett sätt att uppfylla bland annat ändamålet att säkerställa kvinnors rättigheter, nämligen rätten att *inte* bära en huvudduk. Domstolen anförde beträffande förbudet att bära muslimsk huvudduk att detta "avser skyddet för 'andras rättigheter och friheter' samt 'upprätthållande av allmän ordning' i ett land där majoriteten av befolkningen ... uttrycker stark hängivenhet till kvinnors rättigheter och en sekulär livsform". Att påbjuda begränsningar kan därför uppfattas som ett sätt att "uppfylla ett angeläget socialt behov genom att eftersträva att uppnå bägge dessa legitima syften".[450] Med "bägge dessa legitima syften" avses dels kvinnors rättigheter dels en sekulär livsform.

Europarådets resolution 2005 "Women and religion in Europe" är högst avsevärt tydligare och skarpare formulerad. I resolutionen uppmanar Europarådet sina medlemsstater (däribland Sverige) att "tillse att religionsfrihet och respekt för kultur och tradition inte godtas som föreändningar för att kränka kvinnors rättigheter, inklusive att underåriga flickor tvingas underkasta sig religiösa regler (inklusive klädregler" (*dress codes*). Europarådet går ytterligare ett steg längre och uppmanar uttryckligen sina medlemsländer att "vägra att erkänna utländska familjeregler (*family codes*) och lagar rörande personlig status vilka grundar sig på religiösa principer som kränker kvinnors rättigheter och att sluta upp med att tillämpa dem inom sina respektive länder, och om så blir nödvändigt även omförhandla bilaterala fördrag". Medlemsländerna "måste kämpa mot religiöst motiverade stereotyper om kvinnliga och manliga roller från unga år, inklusive i skolor".[451] Dessa uttalanden är synnerligen skarpa. Genderjämställdhet ställs framför religiöst motiverad klädsel på ett synnerligen bestämt och kategoriskt sätt. Rangordningen dem emellan görs klar på ett sätt som i klarhet och bestämdhet inte gärna kan överträffas. Skarpare formuleringar kan heller knappast tänkas. Uttalandena sopar helt undan i princip all religiös retorik vad gäller könsbunden klädsel.

En jämförelse mellan Europarådets uttalanden i rekommendationerna 1993 (nr 1202) och 1999 (1396) å ena sidan och resolutionen 2005 å andra sidan visar att en dramatisk omsvängning skett. I rekommendationerna är tonen varm och förstående. Medlemsländerna anmodas 1993 att inta en positiv och generös hållning till

450 "the issues at stake include the protection of the 'rights and freedoms of others' and the 'maintenance of public order" in a country in which the majority of the population, while professing strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims ..."; para 115.

451 Europarådets resolution 1464 (2005) punkterna 5, 6, 7.1.2 och 7.4. Se originaltexten i Appendix I.

”olika religiösa seder (till exempel i fråga om klädsel ...)” och 1999 att ”underlätta ... att religiösa seder och bruk iakttas, till exempel i fråga om ... klädsel”.[452] I resolutionen 2005 är tonen en helt annan. Genderjämställdhet ställs framför religiöst motiverad klädsel på ett synnerligen bestämt och kategoriskt sätt. En annan betydelsefull skillnad är att år 2005 antogs en resolution, som i princip är bindande, där Europarådet uppfordrar (*calls on*) medlemsstaterna i ett antal punkter att förhindra kränkning av kvinnor i religionens namn. Uppfordringarna i dessa punkter har därtill en svepande och heltäckande formulering. En uppfordran går rentav så långt att medlemsländerna uppfordras att omförhandla avtal med stater som inte respekterar genderjämlikhet och skydd för kvinnor mot religiöst motiverat tvång. Uttalandena 1993 och 1999 har däremot formen av icke-bindande rekommendationer. Det är en dramatisk skillnad.

5.6.2 Synpunkter och argument. Diskussion

Kan den rättsliga bedömningen i *fallet Dahlab* och i *fallet Leyla* sägas innehålla ett inslag av könsdiskriminering av den kvinna som bar huvudduken? Annorlunda uttryckt: förvägras kvinnor på ett diskriminerande sätt en rätt som tillerkänns män?

Andra religioner innehåller påbud om särskilda klädespersedlar för män, till exempel den sikhiska turbanen, den judiska hättan, *kippan*, eller olika hattar som bärs av ortodoxt judiska män. Ingen (eller få) i den allmänna debatten hävdar att det här skulle röra sig om genderojämlikhet eller könsdiskriminering som måste förbjudas. I det perspektivet framstår förbudet mot den muslimska sjalen som könsdiskriminering.

Det går dock inte att hävda att *fallet Dahlab* uttrycker könsdiskriminering. Europadomstolen säger nämligen uttryckligen att ett förbud mot att bära en iögonfallande, religiöst motiverad, symbol ”skulle också kunna tillämpas på en man som, i en liknande situation, skulle bära kläder som klart identifierade honom som tillhörande en annan religion”.[453] Förbudet i *fallet Dahlab* var sålunda inte könsbestämt.

Varför synes det svårt att tänka sig förbud mot sikhiska eller judiska klädesplagg men tänkbart när det gäller muslimska? Svaret torde vid första betraktande vara att sikhiska och judiska klädesplagg bärs frivilligt. Detta är emellertid inte ett bra svar. Dessa religiösa symboler är ofrivilliga i den meningen att de bärs till följd av ett utifrån kommande påbud, dvs påbudet i religionen. Varför skulle då övervägas att för-

452 Rekommendationen 1993 punkt 16 ii och rekommendationen 1996 punkt 13 i b. Bägge rekommendationerna är intagna i utdrag i Appendix I.

453 ”could also be applied to a man who, in similar circumstances, wore clothing that clearly identified him as a member of a different faith”; s 464.

bjuda den muslimska sjalen men inte turbanen eller *kippan*? Svaret skulle vara att sjalen i realiteten är påbjuden av män, inte av religionen. Det är väl bekant att i många muslimska miljöer förekommer stark påverkan på kvinnor att bära huvudduk. Muslimska lärda är delade i frågan hur Koranen skall tolkas. Många muslimska grupper och länder anser inte att det finns något religiöst påbud för kvinnor att bära en sjal. Inget motsvarande finns vad gäller den sikhiska turbanen eller den judiska kippan. Europarådets resolution 2005 skräder inte orden när det gäller att fördöma religiöst motiverad klädsel som påtvingar kvinnor. Här framstår sådan klädsel som i princip alltid påtvingad.

Europadomstolen (och tidigare den schweiziska Författningsdomstolen) behandlar sålunda i *fallet Dahlab* den muslimska huvudduken som något påbjudet, inte som något frivilligt. Innebär detta att Europadomstolen förkastar idén att den muslimska huvudduken bärs frivilligt? Det förefaller så. Detta kan framstå som en vansklig ståndpunkt. I *fallet Karaduman* (Konventionen 7) hänvisade Europakommissionen till "vissa fundamentalistiska religiösa rörelser" (p 108). Kommissionen hänför inte kvinnor som bär en muslimsk huvudduk till sådana rörelser. Det ligger dock nära till hands att dra en sådan slutsats eftersom den enda muslimska religiösa manifestationen var just huvudduken. Även detta kan framstå som en vansklig ståndpunkt.

I anslutning till *fallet Dahlab* kan frågan ställas om lagstiftningen med skydd mot diskriminering kan – eller skall – användas för att tillåta eller förbjuda den muslimska sjalen i arbetsliv och skola? En förutsättning för att den svenska diskrimineringslagstiftningen skall vara tillämplig för att utfärda ett förbud mot att bära huvudduk är att påbud om sådan utstyrsel kommer från arbetsgivaren eller skolan. Sådana påbud förekommer emellertid inte i praktiken i sekulärt arbetsliv eller utbildningsväsende i Sverige. Detta innebär att frågan i det svenska perspektivet saknar praktisk betydelse. För att diskrimineringslagstiftningen skall kunna användas som stöd för att tillåta den muslimska sjalen fordras att andra religiöst motiverade klädesplagg eller utstyrslar godtas men inte den muslimska huvudduken. Ingen sådan situation har aktualiserats i praxis i Sverige.

Europadomstolen uttalade i *fallet Dahlab* att särbehandling av kvinnor skulle kunna godtas om det föreligger "mycket tungt vägande skäl". Domstolen uttalar sig dock inte om vilka skäl som skulle kunna godtas för särbehandling.

Europadomstolen ställer i sina domskäl i *fallet Dahlab* frågan hur en kvinnlig muslim kan undervisa barn om jämställdhet och icke-diskriminering när hon själv är underkastad ojämlikhet och diskriminering. Domstolen undvek att svara på sin egen fråga med det är tydligt att Domstolen tvivlar på att detta är möjligt.

Domstolen undvek i *fallet Dahlab* också försöka göra en generell avvägning mel-

lan religionsfrihet och jämlikhet mellan könen. Den uppgiften kan emellertid snart behöva fullgöras. Den har delvis redan fullgjorts av Europarådet i resolutionen 2005 "Women and religion in Europe". Där är avvägningen mycket klar och kategorisk. Jämlikheten mellan könen sätts bestämt och otvetydigt framför religiöst motiverat handlande. Resolutionen 2005 handlar emellertid om handlande som påtvingas kvinnor. Frågan kvarstår när det rör sig om en person som på genuint frivillig grund hävdar sig utöva en grundläggande mänsklig rätt – rätten att inom vissa gränser ge uttryck för sin religion – skall kunna förvägras denna rätt med hänvisning till att utövningen strider mot genderjämlikhet? Skall vederbörande – man eller kvinna – meddelas att hon/han i själva verket är föremål för diskriminering i förhållande till anhängare av motsatt kön av samma eller annan religion, låt vara att diskrimineringen är självvald? Vederbörande skulle förvägras en mänsklig rättighet av överordnad art därför att den kolliderar med ett intresse som bedöms vara av ännu mer överordnad art, jämställdhetsintresset.

Det rör sig om att förlika två väsentliga mänskliga rättigheter som kolliderar. Situationen är förbryllande eftersom kollisionen inte avser en kollision mellan två eller flera personer, eller mellan personer av motsatt kön, utan rör endast en person. Klädsel har i de flesta fall inget att göra med religion, kön eller könsförtryck. I den meningen är alla kläder religions- och könsneutrala. Emellertid är vissa klädesplagg inte religions- och könsneutrala. Den muslimska huvudduken är det inte och den kan dessutom ses som ett sätt att förtrycka kvinnor. Kvinnor som hävdar att de påtvingas att bära en huvudduk skyddas otvivelaktigt av diskrimineringslagstiftningen (under förutsättning att tvånget utövas i verksamhet som omfattas av Diskrimineringslagen, till exempel i arbetslivet eller skolan). Det föreligger direkt diskriminering.

Men vad skall gälla för kvinnor som hävdar att de vill bära en muslimsk huvudduk och att det är ett sätt för dem att manifestera sin religion? Annorlunda uttryckt: Kan människor av ett kön som uppriktigt och av fri vilja vill bära vissa klädesplagg eller ha annan utstyrsel förbjudas att göra det därför att människor av det andra könet inte gör det? Vems bedömning av godtagbart uppförande skall ges företräde? På ena sidan – förbudssidan – finns risk för nedlåtenhet, för godtycke, för självpåtaget förmynderi och för begränsning av religionsfrihet. På den andra sidan – godtagandesidan – finns risk för godkännande av olikbehandling av kvinnor och män, stick i stäv med det jämställdhetsmål som blivit ett överordnat intresse i västvärlden, och kanske risk för könsdiskriminering och kvinnoförtryck. I samtliga avgöranden i praxis rörande Europakonventionen som avser muslimsk huvudduk har Domstolen godtagit förbud trots att den som bär huvudduken angett att detta skett frivilligt. Detta innebär att Domstolen använder objektiva kriterier för att avgöra

om ett visst handlande skall godtas eller inte. Det är tydligt att de samhälleliga rättsreglerna i denna situation har sin hemvist annorstädes än i den andliga miljö som den berörda personen anser vara sin.

Domstolen har inte berört den svårighet som består i att fastställa om den person som åberopar religionsfriheten för att bära ett visst klädesplagg eller ha annan utstyrsel verkligen handlar frivilligt och av uppriktig egen vilja. Allmänmänsklig erfarenhet lär oss att socialt tryck på människor att uppföra sig på ett visst sätt kan vara mycket starkt. Det sociala trycket kan vara sådant att det blir illusoriskt att tala om fri vilja eller informerat samtycke.[454] Vidare skall märkas att samtycke inte alltid innebär ansvarsfrihet för den som hävdar att samtycke till viss handling föreligger. Som exempel kan hänvisas till kvinnlig könsstympning. Den som utför könsstympning undgår inte straffrättsligt ansvar enlig svensk lag genom att hävda att könsstympningen utfördes med kvinnans samtycke.[455] Detsamma är fallet med åtskilliga andra åtgärder vidtagna mot kvinnor (eller i förekommande fall män), till exempel slaveri, tortyr eller prostitution.

Europarådet har framhållit att samtycke inte alltid skall tillmätas betydelse. Europarådet uttalar i resolutionen 2005 att "(R)eligionsfrihet kan inte godtas som förevändning att för att rättfärdiga kränkningar av kvinnors rättigheter, de må vara öppna eller obestämbara (*subtle*), lagliga eller olagliga, utövade med eller utan ett föregivet (*nominal*) samtycke av offren – kvinnorna". Formuleringen är sådan att genuint frivilligt samtycke framstår som undantag och som osannolikt. Som framgår i föregående avsnitt riktar Europarådet i samma resolution att antal mycket skarpt formulerade uppfordringar till sina medlemsstater (däribland Sverige) med syfte att utrota religiöst motiverade kränkningar av genderjämlikhet och sammanhängande förtryck av kvinnor. Uttalanden är i resolutionen är synnerligen skarpa. Som konstateras i föregående avsnitt sopar de helt undan mycket av den religiösa retoriken vad gäller könsbunden klädsel.

I huvudsak syftar lagstiftningen om jämställdhet mellan kvinnor och män till att bekämpa olikbehandling av kvinnor. Den pågående rättsutvecklingen i västvärlden att nå fram mot genderjämlikhet har varit lång och besvärlig. Det är mycket nyligen som verksam jämställdhetslagstiftning genomförts. Processen att uppnå fullständig jämlikhet är långt ifrån över. Kvinnor är i många avseenden fortfarande diskrimi-

454 Hänvisning kan återigen ske till fallet NJA 1999 s 556, olaga diskriminering, 16:9 Brottsbalken. Det rörde kvinnor klädda i vida, långa och tunga kjolar av visst slag. Sådana bars uteslutande av zigenska kvinnor från Finland men det sociala trycket på dem var stort.

455 1 § lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor. Där stadgas att könsstympning "får inte utföras, oavsett om samtycke har lämnats till ingreppet eller inte". Den som bryter mot detta "döms till fängelse i högst fyra år"; 2 § 1 st samma lag. Det allmänna straffstadgandet om ansvar vid samtycke till brott finns i 24 kap 7 § BrB.

nerade i förhållande till män. Som Europadomstolen framhåller i *fallet Dahlab* har jämställdhet emellertid blivit ett överordnat värde i Europa. Kommer Europakonventionen och europeisk jämställdhetslagstiftning att bli ett redskap för en motsvarande utveckling i riktning mot genderjämlikhet även för muslimska kvinnor i Europa?

Det skulle kunna sägas vara något av en historisk ironi om detta skedde. I ett historiskt perspektiv kan europeisk kultur inte sägas ha främjat genderjämlikhet. Kristen tradition har inte heller gjort det. Det är sant att kristendomen är grundad på tanken att alla människor är Guds barn och att alla människor är lika inför Gud. Det är sant att kristendomen har spelat en mäktig roll för att förbättra kvinnors ställning i olika avseenden. Traditionell kristen lära om hur det medmänskliga och sociala livet skall ordnas och om vilken roll kvinnor skall ha återspeglar dock på intet sätt genderjämlikhet. Hänvisning kan ske till bibelställen sådana som Paulus första brev till korintierna 14:33–35 eller Paulus brev till efesierna 5:21–24. Det som Paulus skriver där är måhända i samklang med Bibeln i stort. Kristus har dock inte någonsin uttalat sig på ett sätt som ens tillnärmelsevis överensstämmer med vad Paulus skriver. Uttalandena av Paulus torde idag betraktas som döda bokstäver av nära nog alla kristna.

Idag är situationen nämligen radikalt annorlunda. Idag är till exempel den Katolska kyrkan (med vissa undantag, till exempel motstånd mot kvinnliga präster) en bestämd förespråkare för och försvarare av genderjämlikhet men det är en ståndpunkt som är mycket ny.[456] Kristendomen är cirka 600 år äldre än islam. Hur såg det ut med genderjämlikhet i den kristna världen för 600 år sedan, på 1400-talet? Det kvinnliga inslaget i kristendomen var i och för sig synnerligen starkt uttalat. Det räcker att hänvisa till den centrala roll som tillkom Maria, Kristi moder, och till att åtskilliga av de mest älskade och mest inflytelserika kristna helgonen var kvinnor. Genderjämlikhet var det dock inte fråga om och kvinnligt underordnande under mannen var en självklarhet. Med hänsyn till allt detta är det något av en historiens ironi när den traditionellt kristna europeiska kontinenten söker tvinga sin nyligen införda lagstiftning om genderjämlikhet på en motsträvig muslimsk befolkning inom dess gränser!

Det finns rentav en risk att sådana ansträngningar skulle motverka sitt eget syfte. Erfarenheten idag visar att människor i den muslimska befolkningen som tror att Koranen påbjuder huvudduken (eller andra religiöst motiverade påbud för kvinnor) inte har låtit sig övertygas av idén om genderjämlikhet, en idé som de dess-

456 Se kort avsnitt 5.1 om den Katolska kyrkan och mänskliga rättigheter.

utom kan anse grundlös eller rentav gudlös. Inte heller har det inträffat att de berörda kvinnorna samtycker till att arbeta eller komma till skolan barhuvade.

Strikta regler om påtvingad genderjämlikhet, inklusive förbud mot huvudduken, kan leda till att många unga flickor och kvinnor stannar hemma, frivilligt eller av tvång. Många flickor kan komma att avstå från skolutbildning, ett utbildningsförbud. Som illustration om en sådan åsikt kan hänvisas till uttalanden i följande avsnitt av Hanifa Cherifi om skolflickor. I praxis kan hänvisas till *fallet Dogru* (Konventionen 19, och det samtidigt avgjorde *fallet Kervanci*). Bägge avser muslimska flickor som avstängdes från sina skolor i Frankrike. Europadomstolen hänvisade bland annat till att flickorna kunde få distansundervisning utan närvarokrav. Detta skulle emellertid leda till just ökad social isolering. I sin rapport "Diskriminering i namn av jämlikhet" (Discrimination in the Name of Neutrality) diskuterar Human Rights Watch förbudet i vissa tyska förbundsstater mot iögonfallande religiösa symboler. Human Rights Watch hävdar att förbudet drabbar kvinnor som diskriminering, som förbud att utöva religionsfrihet och som ett de facto yrkesförbud.

Strikta regler om påtvingad genderjämlikhet kan sålunda leda till att många kvinnor avstår från arbete, ett yrkesförbud. Detta skulle resultera i att de blir än mera isolerade och instängda i en värld där kvinnor och män behandlas olika och där kvinnoförtryck kan förekomma. Risken är att huvudduken knyts allt hårdare runt huvudet.

I avsnitt 5.5 framkastades tanken att degeneration av religiösa symboler kanske vore en god idé. Tanken är att ett alldagliggörande av en religiöst motiverad symbol som den muslimska huvudduken skulle minska den symboleffekt som duken utövar. Symbolen skulle rentav helt kunna förlora sitt symbolvärde, dvs den skulle degenerera till något helt och hållet alldagligt.

Hur ter sig detta argument i ett genderperspektiv? Inte så bra! Om symbolen alldagliggörs finns risk att trycket på kvinnor att bära huvudduken ökar. Argumentet att huvudduken bärs frivilligt kan bli ihåligare. Olikheten mellan kvinnor och män kan komma att ökar. Könsdiskrimineringen kan komma att tillta.

Avslutningsvis kan dock några frågor ställas. Skall olikbehandling mellan kvinnor och män ges lagstöd? Något mera provocerande formulerad är frågan om diskriminering av kvinnor skall ges lagstöd? Ännu mera provocerande formulerad är frågan om kvinnoförtryck skall ges lagstöd?

Europarådets resolution 2005 "Women and religion in Europe" svävar inte på målet för att besvara frågorna. I de mest bestämda ordalag som kan tänkas upp-

fordras medlemsländerna att utrota all olikbehandling av kvinnor och män. Det finns anledning att citera valda delar ur resolutionen här.[457]

> "1. I många europeiska kvinnors liv fortsätter religionen att spela en viktig roll. –
>
> 2. Detta inflytande är sällan godartat. – Religiöst motiverade gender-stereotyper har förlänat män en känsla av överlägsenhet som har lett till diskriminerande behandling av kvinnor av män och rentav till våld från deras sida.
>
> 7. Europarådets Parliamentary Assembly uppfordrar medlemsstaterna i Europarådet att:
>
> –
>
> 7.2 vägra att erkänna utländska familjeregler (*family codes*) och lagar rörande personlig status vilka grundar sig på religiösa principer som kränker kvinnors rättigheter och att sluta upp med att tillämpa dem inom sina respektive länder, och om så blir nödvändigt även omförhandla bilaterala fördrag".

5.6.3 Några röster från Frankrike

Ingenstädes i Europa är situationen känsligare än i Frankrike i fråga om muslimska kläder. Ett skäl till detta är att Frankrike sedan 1905 har kommit att omfatta en synnerligen sträng uppdelning mellan stat och religion/kyrka (*la laïcité*; se avsnitt 3.4.1). Religiöst motiverade manifestationer i offentliga miljöer strider på ett grundläggande sätt mot principen om *la laïcité*. Ett annat skäl är sannolikt att den muslimska befolkningen är stor i Frankrike i förhållande till den sammanlagda befolkningen. Ytterligare ett skäl är förmodligen att många av de muslimska invandrarna kommer från tidigare franska kolonier i norra Afrika. Dessa känner sig ofta som hemma eftersom vissa av kolonierna, till exempel Algeriet, var en del av moderlandet Frankrike. En mycket livlig debatt äger pågår. Några röster får illustrera!

Fru Hanifa Cherifi är ledamot av Högsta Integrationsrådet (*Haut Conseil de l'Intégration*) och en välkänd offentlig person. Hon är själv muslim, av berbiskt ursprung, men hon uttalar sig med stor bestämdhet mot sjalen. Hon hävdar att "(S)jalen är en fälla som isolerar och marginaliserar". Hon hävdar vidare att "(D)enna ideologi är grundad på en sexuella apartheid. Alla som kräver att sjal skall bäras gör

457 För originallydelse hänvisas till Appendix I.

det i namn av en ytterst sträng tillämpning av islam, inte för att främja kvinnorna".[458] Hon är emellertid samtidigt en motståndare till ett totalförbud i offentliga skolor. Ett förbud skulle resultera i att helt utestänga många flickor från skolundervisning. "(F)ör mig är eleverna med sjal offer. Utestängning av dem är inte en tillfredsställande lösning. Den straffar personer som tillhör en missgynnad miljö". Sjalen är, menar hon, "mycket mer än ett klädesplagg. Den medför en begränsning av samlevnad, av individuell frihet och förstör jämställdhet mellan könen. Det är därför nödvändigt att ställa frågan om sjalens innebörd innan man frågar om bärandet är ett fritt val."[459]

Chahdorrt Djavann är immigrant från Iran. Där bar hon sjal men kände sig befriad när hon kunde ta av sig den i Frankrike. I en mycket uppmärksammad bok "Bort med sjalarna!" argumenterar hon med stor inlevelse för att förbjuda sjalen i offentliga lokaler och på alla arbetsplatser.[460] Hennes åsikt är att "Sjalen är inget mindre än könsstympning".[461]

Sedan den franska lagen 2004 om förbud mot vissa religiösa symboler i offentliga skolor (se avsnitt 3.4.1 och 5.6.3) har debatten om klädesplagg i Frankriken kommit att i hög grad handla om den heltäckande burkan. Som framgår i avsnitt 3.4.1 har en lag antagits som förbjuder burkan på offentliga platser. Tonläget i debatten är högt. Ett inslag i debatten avser burkan som tecken på genderojämlikhet. En välkänd röst tillhör en kvinnlig marockanskfödd regeringsledamot, själv praktiserande muslim. Hon kallade i uppmärksammade tal i juli 2008 burkan för ett fängelse. "Burkan, den är ett fängelse, en tvångströja, den är inte ett religiöst uttryckssätt utan det yttre tecknet på ett totalitärt politiskt projekt som predikar ojämlikhet mellan könen..." .[462] I ett annat uttalande säger hon att burkan " är inte ett

458 »Le voile est un piège, qui isolise et marginalise. Cette idéologie est fondée sur l'apartheid sexuel. Tous ceux qui réclament le port du voile le font au nom d'un islam rigoriste, non pas pour promouvoir les femmes" ; Le Monde, 15 december 2001, intervju med Catherine Simon.

459 « Pour moi les élèves voilées sont des victimes. Leur exclusion de l'école n'est pas une solution satisfaisante. Elle pénalise ces personnes appartenant à des milieux défavorisés" Sjalen "est bien plus qu'une tenue vestimentaire. Il renvoie à une restriction de la mixité, de la liberté individuelle, et met à mal l'égalité des sexes. Il faut donc s'interroger sur la signification du voile avant de se demander si c'est un libre choix ..." (L'Humanité, 30 april 2003, intervju med Mina Kaci).

460 Bas les voiles!, Editions NRF Gallimard, 2003.

461 »Le voile n'est pas moins grave que l'excision", L'Humanité, 9 oktober 2003, intervju med Dany Stive.

462 Fadela Amara. « Le burqa, c'est une prison, une camisole de force, ce n'est pas un signe religieux mais le signe visible d'un projet politique totalitariste prônant l'inégalité des sexes... ». Detta uttalande och andra likartade uttalanden av Fadela Amara kan läsas på mängder av sidor på Nätet.

tygstycke utan en politisk förvrängning av en religion som förslavar kvinnor och motsätter sig principen om jämlikhet mellan män och kvinnor, en grundläggande princip i vårt samhälle".[463]

5.6.4 Slutord

Europadomstolen kan sägas ha läst upprorslagen avseende förhållandet mellan demokrati och religion i *fallet Leyla* (Konventionen 16) och avseende den demokratiska skolan i det sekulariserade samhället i *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20). Europarådet kan på samma sätt sägas läsa upprorslagen avseende förhållandet mellan genderjämlikhet och religiöst motiverad behandling av kvinnor i resolutionen "Women and religion in Europe" 2005.

Praxis rörande religion och genderjämlikhet har gett jämlikheten försteg. Det har dock skett med en viss försiktighet. Europarådet uttryckte sig i resolutionen utan varje spår av försiktighet. I magistrala ordalag med största bestämdhet har religiöst motiverad särbehandling av kvinnor fördömts. Som framgår av citerade utdrag i resolutionen uppfordras medlemsländerna (däribland Sverige) i de mest bestämda ordalag att utrota all religiöst motiverad särbehandling av kvinnor. Genderjämställdhet ställs på det bestämdaste framför religiöst motiverad särbehandling av kvinnor. Uttryckligen anger resolutionen att det är män som står för den religiöst motiverade särbehandlingen av kvinnor. Utan att uttryckligen säga så synes resolutionen vila på tanken att särbehandlingen har sin grund i religiös extremism. Det kan vara på sin plats att citera Europarådet igen, denna gång rekommendationen 1999 om förhållandet mellan religion och demokrati. Där uttalar Europarådet bland annat följande:[464]

> "– Extremism är inte religion utan en förvrängning eller förvanskning av religion. Ingen av de stora, gamla religionerna predikar våld. Extremism är ett mänskligt påfund som avleder religion från dess humanistiska väg och gör den till ett instrument för maktutövning".
>
> Religioner "måste respektera uttrycken för mänskliga rättigheter, som de anges i Konventionen om mänskliga rättigheter, och i rättssamhället".

463 Huvudduken "represents not a piece of fabric but the political manipulation of a religion that enslaves women and disputes the principle of equality between men and women, one of the founding principles of our republic". Uttalandet finns på ett stort antal sidor på Nätet.

464 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Religion and Democracy, Recommendation 1396 (1999), punkterna 3 och 4. Se Appendix I.

5.7 Integration: likformighet eller mångfald, uniformitet eller multiformitet?

Ett ofta framfört argument av människor som i en ny miljö vill manifestera religiös tro är att detta kan underlätta och främja deras integration i den nya miljön. Vid ett tillfälle redogjorde en sakkunnig inför den tyska federala Författningsdomstolen för en undersökning som hon gjort rörande några muslimska kvinnor. Den sakkunnige anförde att "(B)evarandet av deras olikhet var enligt de tillfrågade kvinnornas uppfattning en förutsättning för deras integration". Huvudduken var i själva verket ett sätt att "bevara den egna identiteten i en diasporasituation", alltså i en miljö präglad av en annan religion och kultur.[465]

För människor som skapat den miljö som avses kan argumentet framstå som orimligt, rentav tokstolligt. Hur kan integration främjas genom ett uppträdande som är på ett iögonfallande sätt avvikande? Gäller inte de gamla satser som "När Du är i Rom, gör som romarna" eller "Man får ta seden dit man kommer"? Svaret på dessa frågor beror delvis på innebörden av begreppet "integration". Avses härmed "assimilering" eller något annat, till exempel att utforma sitt liv i enlighet med traditionerna i ursprungslandet och samtidigt leva ett liv i sociala och yrkesmässiga hänseenden i överensstämmelse med befolkningen i stort?

Ordet "assimilering" härleds från latinets "similis", dvs lik, likartad, liknande. Likformighet, uniformitet, är målet för en integration av denna art. Motpolen till assimilering är parallella miljöer, "parallella samhällen". Invandrade människor isolerar sig och behåller i det nya landet sitt hemlandsspråk och alla sitt ursprungslands seder och bruk. Exempel på "parallella samhällen" finns till exempel i turkiska miljöer i Tyskland. Smärre parallella miljöer finns kanske även på några ställen i Sverige, till exempel muslimsk parallell miljö i Rosengård i Malmö.[466]

Immigranter har traditionellt försökt att gå helt in i den existerande sociala ordningen för att anpassa sig så mycket som möjligt till den nya miljön. Europeiska länder har av tradition förordat likformighet som ett mål i sig, som ett uttryck för en "nationalkaraktär". Likformighet – konformitet – har varit en källa till både stolthet och skydd. Avvikelse har setts med oblida ögon. Social utstötning har ofta blivit

465 Dessa kvinnor hade företrätt åsikten att "(D)ie Bewahrung ihrer Differenz ist nach dem Verständnis der befragten Frauen Voraussetzung ihrer Integration". Sjalen var i själva verket ett sätt att "um in einer Diasporasituation die eigene Identität zu bewahren"; *fallet Ludin*, Tyskland 2, para 52.

466 Se om situationen på Rosengård en undersökning utförd som rapport vid Försvarshögskolan av Magnus Ranstorp och Josefine Dos Santos. Rapporten har dock starkt kritiserats som otillförlitlig av Mattias Gardell, professor i jämförande religionsvetenskap vid Uppsala universitet, till exempel i artikel Brännpunkt i Svenska Dagbladet, 6 februari 2009, Oseriös rapport om Rosengård.

nonkonformistens öde. Redan idén att man skulle kunna bli en accepterad och fullödig medlem av ett samhälle utan att anta dess seder och bruk har varit alldeles främmande för europeisk tradition. Medlemskap i en samfällighet har betytt likformighet, konformitet, uniformitet: assimilering.

På senare tid tränger sig en ny uppfattning fram och ett annorlunda förhållningssätt har blivit vanligt. Istället för likformighet, uniformitet, skall gälla mångfald, multiformitet. De muslimska kvinnor vars röster just hörts är exempel på detta. Integration betyder inte längre assimilering utan enhet i mångfald.

Återigen kan en jämförelse med USA vara på sin plats. I USA är uttrycket "Från mångfald till enhet" (E Pluribus Unum) ett nationellt motto.[467] Den amerikanska s.k. "smältdegeln" skall av mångfalden invandrare från alla länder med alla olika kulturer och religioner skapa en enhet. Det är och har dock alltid varit en enhet av annan art än den europeiska. Enheten i USA roterar kring de ledande idéerna från Självständighetsförklaringen 1776 såsom frihet, oavhängighet, jämlikhet och demokrati, och den är koncentrerad till sådant som Självständighetsförklaringen (Declaration of Independence), nationaldagen (Independence Day, Fourth of July) och Konstitutionen med dess tre maktcentra: lagstiftaren (Kongressen), exekutiven (Presidenten) och den dömande makten (Högsta domstolen, US Supreme Court). Mycket av mänskligt liv ligger utanför dessa maktcentra, till exempel religiös och social enhetlighet. Här härskar mångfald. Det är därför en väsensartad skillnad mellan att infogas som medborgare i samhällskroppen i amerikansk respektive traditionell europeisk mening.

Hur förhåller sig en utveckling i riktning mot religiös mångfald, multiformitet, snarare än likformighet, uniformitet, till Europakonventionen? Kan en sådan utveckling godtas av Artikel 9 i Europakonventionen?

I policydokument 1993 och 1999 har Europarådet (Council of Europe) lagt fast principer för religionen i demokratiska samhällen. Dessa principer har även relevans för integrationen av invandrare. I till exempel Rekommendationen 1999 uttalar Europarådet bland annat följande.[468] Medlemsstaterna skall uppmanas att "garantera samvetsfrihet och religiös tro för alla medborgare inom ramen för den Europeiska Människorättskonventionen och i synnerhet att säkerställa religiös mångfald genom att tillåta alla religioner att utvecklas under lika villkor, och att, med de begränsningar som framgår av Artikel 9 Människorättskonventionen, främja religiösa uttrycksformer och sedvänjor, till exempel såvitt avser äktenskap, helgdagar (med möjlighet att då ha ledigt) och militärtjänst". Vidare uppmanas medlemssta-

467 Uttrycket ingår som en del av det offentliga statssigillet, "the Seal of the United States".
468 Utdrag ur Punkt 13. Rekommendationen finns intagen i Appendix I.

terna att "säkerställa fri och jämlik tillgång till utbildning för alla medborgare oavsett deras religiösa åsikter, sedvänjor eller uttrycksformer såvitt avser kläder, som till exempel att bära eller inte bära huvudduk".

Dessa policyrekommendationer är synnerligen tillmötesgående mot invandrare. De pekar på att invandringspolitiken skall syfta till integration men inte till assimilering.

Den bild som möter i Europadomstolens praxis avviker från dessa policyuttalanden. Det sätt på vilket positiv och negativ religionsfrihet avvägts mot varandra i praxis innebär att religiös mångfald, religiös multiformitet, ofta inte godtagits i det enskilda fallet. De två sidorna av religionsfrihet har i praxis inte funnits kunna samexistera, om med samexistens menas att samtidigt finnas inom samma område. Den ena – eller bägge – kan tvingas att ge efter. Detta illustreras i ett stort antal avgöranden, till exempel fallen *Karaduman* och *Leyla* (Konventionen 7 respektive 6) liksom *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20). I praxis har sålunda religiösa uttrycksformer som är iögonfallande vanligen förbjudits, till exempel den muslimska huvudduken och det kristna korset. Avstängning av franska skolflickor med huvudduk har godtagits (*fallet Dogru*, Konventionen 19, med det anslutande *fallet Kervanci*). Praxis förmedlar bilden av förbud och begränsningar snarare än den öppenhet och generositet som präglar policydokumenten från Europarådet.

Någon motsättning mellan Europarådets rekommendationer och praxis i Europadomstolen finns dock knappast. Domstolen har att avgöra precist avgränsade frågor där motsatta åsikter står mot varandra. I sådana situationer måste konkreta avgöranden träffas i enskilda fall. Den övergripande situationen som policyrekommendationerna befattar sig med ligger utanför Europadomstolens arbetsområde. Det skall dock noteras att Europadomstolen gjort i vart fall ett policyuttalande av generell natur, nämligen om förhållandet mellan demokrati och religion (*fallet Leyla*, se Appendix IV). Europadomstolen har vidare vid flerfaldiga tillfällen pekat på öppenhet för mångfald (pluralism) som ett kännemärke för den demokratiska staten. I den meningen har även Europadomstolen uttalat sig för en öppenhet och generositet av det slag som Europarådets rekommendationer pekar på.

Som framgår flerstädes i denna bok (se tex avsnitt 4.3) har i Europadomstolens praxis hittills den positiva religionsfriheten alltid fått vika vid en konfrontation med den negativa. Det synes därför motiverat att säga att de två sidorna tar ut varandra, neutraliserar varandra, när de kommer i konflikt. Rör det sig, annorlunda uttryckt, om ett nollsummespel här? Svaret hittills i praxis kan synas vara jakande.

I annan praxis, särskilt *fallet Dahlab* (Konventionen 14) har Europadomstolen emellertid fört in nya faktorer sådana som harmonisk samexistens, undvikande av konflikt, tolerans och proportionalitet mellan manifestation och potentiell påver-

kan. Vissa av dessa begrepp finns inte i Europakonventionen. De är däremot välkända i några medlemsländer, till exempel Schweiz och Tyskland. I *fallet Dahlab* citerar Europadomstolen till exempel ofta och utförligt det avgörande som den schweiziska Federala domstolen tidigare träffat i målet. Om begrepp sådana som harmonisk samexistens, kompromiss, undvikande av konflikt, och i synnerhet religiös harmoni och tolerans, ges ett substantiellt innehåll kommer bilden av praxis att bli helt annorlunda. Hittills har dock sådan öppenhet inte kommit till konkret uttryck i praxis. Som påpekas fortlöpande i denna bok har dock sådana attityder fått ringa genomslagskraft. Skälet har genomgående varit att någon av eller bägge sidorna saknat kompromissvilja.

Sammanfattningsvis innebär sålunda den öppenhet som Europarådet rekommenderar, och som Europadomstolen pekar på, att integration betyder mångfald, multiformitet, snarare än assimilering, uniformitet.

5.8 Religion kontra näringsfrihet. Privata arbetsgivare och religionsfriheten[469]

Privat närings- och undervisningsverksamhet omfattas av samma synsätt och regler som offentliga. Europakonventionen gäller både offentlig och privat verksamhet. De synpunkter och argument som framförs i praxis rörande Europakonventionen och den diskussion som förs där är tillämplig även i privat verksamhet med undantag för hänsyn till offentlig neutralitet i religiöst avseende. Två förhållanden behöver dock särskilt framhållas.

Det första förhållandet som särskilt skall framhållas är detta. Europakonventionen förpliktar medlemsländerna att aktivt främja att de rättigheter som Europakonventionen garanterar kan åtnjutas. Denna förpliktelse är inte begränsad till situationer där staten själv är part. Det åligger även konventionsstaterna att tillse att sådan reglering finns i konventionslandet så att envar kan komma i åtnjutande av Konventionens fri- och rättigheter. I praxis har situationen behandlats i *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8); se härtill närmare referatet i avsnitt 2.1 och avsnitt 4.7. Fallet rörde en kristen privatanställd kvinna i England. Den engelska staten var därför inte ansvarig för hennes anställningsförhållanden. Detta var emellertid inte avgörande. Enligt Artikel 1 Konventionen åligger det konventionsstat att "garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges ... i denna konvention". Av detta följer att "ansvar för staten uppkommer om en kränkning av en av dessa rättigheter och friheter beror på att

469 Se härtill även avsnitt 4.9.

staten inte iakttagit skyldigheten att uppfylla denna garanti".[470] Med särskild hänvisning till Artikel 9 har konventionsstat, anförde Kommissionen, ansvar för att "säkerställa fredligt åtnjutande av den rättighet som garanteras i Artikel 9 till envar som hyser sådana övertygelser och åsikter".[471]

Den omfattande diskrimineringslagstiftningen i konventionsländerna under senare tid är exempel på hur konventionsländerna uppfyllt denna förpliktelse, till exempel genom att ålägga arbetsgivare att aktivt främja religiös mångfald på arbetsplatser, privata som offentliga. I Sverige anger Diskrimineringslagen 2008 att arbetsgivare "ska genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena skall lämpa sig för alla oavsett ... religion eller annan trosuppfattning" (3 kapitlet 4 §).

Det andra förhållandet som särskilt skall framhållas är detta. I offentlig verksamhet spelar religiös neutralitet en betydande roll. Statlig neutralitet i förhållande till religioner och religiöst motiverade handlingar samt särskiljande av stat och religion är ofta(st) av avgörande betydelse i praxis rörande offentlig verksamhet enligt Artikel 9 i Europakonventionen och i nationell praxis. I privat verksamhet saknas motsvarighet till statlig neutralitet, till exempelvis på privata arbetsplatser eller i privatskolor.

Någon motsvarighet i privat verksamhet till statlig neutralitet finns sålunda inte. Detta innebär att privata arbetsgivare eller skolor inte kan åberopa neutralitetshänsyn för att förbjuda religiöst motiverade handlingar. Detta har behandlats av den tyska Förbundsarbetsdomstolen i *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3, avsnitt 3.3.3). Fallet rörde en kvinna som meddelade att hon avsåg att börja bära en muslimsk huvudduk i sitt arbete på ett varuhus i en tysk småstad. Arbetsgivaren vägrade och kvinnan blev uppsagd. Uppsägningen ansågs inte sakligt grundad. Den private arbetsgivaren åberopade som stöd för sin åtgärd bland annat att han ville iaktta neutralitet i religiöst hänseende, alltså att religion och privat näringsverksamhet skulle hållas åtskilda på det sätt som sker i offentlig verksamhet. Domstolen lämnar snabbt detta neutralitetsargument bakom sig. Analogier i detta hänseende med den offentliga anställningen som tjänsteman (*Beamte*) godtogs inte.

Ett liknande avgörande i Frankrike i oktober 2003 har också tilldragit sig stor uppmärksamhet (*fallet Dalila Tahri*, Frankrike avsnitt 3.4.2). En arbetstagare hade

470 "if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the domestic legislation, the responsibility of the State is engaged"; para 1. Kommissionen hänvisar till Europadomstolens dom Young, James and Webster mot Storbritannien, dom 21 februari 1986.

471 "ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 (Art. 9) to the holders of those beliefs and doctrines". Hänvisningen avser målet Otto-Preminger-Institut mot Österrike, dom 25 november 1994.

i flera år burit en sjal. Hon förflyttades till huvudkontoret men hade ingen direkt kontakt med kunder. Inga incidenter med kunder hade inträffat. Hon blev emellertid uppsagd när hon vägrade att bära en mindre iögonfallande sjal. Företaget hävdade att skälet för dess handlande var neutralitet. På samma sätt som den tyska domstolen förkastade även den franska domstolen detta argument.

Något rättsligt avgörande som avser privat skolverksamhet finns veterligen inte. Principen att neutralitet inte kan åberopas för att förbjuda religiöst motiverade handlingar måste emellertid gälla även skolor utan särskild inriktning i religiöst eller världsåskådningsmässigt hänseende.

Detta för över till en annan konsekvens av frånvaro av neutralitetsplikt. Denna konsekvens är att privata arbetsgivare eller skolor inte begränsas av några hänsyn till religiös neutralitet. I det stora hela kan de ge sin verksamhet den profil de önskar. Om de vill att deras verksamhet skall ha en viss religiös prägel har de i princip frihet att handla därefter. Privata skolor med viss bestämd religiös inriktning skyddas av Europakonventionen som ett led i skyddandet av religiösa samfund. Lärare och elever i sådana skolor har godtagit skolans profil när de kom till skolan som lärare eller elever. Sådan frivillig anslutning är bindande för den som anslutit sig. Detta gäller både deltagande i religiöst präglad verksamhet och avstående från handlande som står i motsats till den religiösa profilen. Konsekvenserna av frivillig anslutning har behandlats i avsnitt 4.7.

Sammanfattningsvis är sålunda situationen den att privata och offentliga arbetsplatser i avseende på neutralitet är två skilda världar.

Privata arbetsgivare kan sålunda inte freda sig mot oönskat religiöst motiverat handlande genom att hänvisa till religiös neutralitet. Det är emellertid samtidigt uppenbart att privata arbetsplatser inte är arenor för religiösa manifestationer. I Danmark har vuxit fram ett system där arbetsgivare har tämligen stor möjlighet att fastställa klädsel för de anställda (se avsnitt 3.6). Sådana klädselregler kan innebära förbud mot religiöst motiverade klädesplagg. Regler av detta slag har godtagits i praxis under vissa förutsättningar, främst att reglerna gäller alla anställda och att de tillämpas konsekvent.

I Sverige har inte vuxit fram något system som liknar det danska. Här gäller som en stående arbetsrättslig princip att arbetstagare har stor frihet att klä sig efter behag. Samtidigt kan arbetsgivaren ha ett bestämt intresse av hur de anställda framträder för till exempel kunder och affärsförbindelser. En avvägning får göras mellan motstridiga intressen. Vilka faktorer skall beaktas? Detta behandlas i kapitel 6.

Kapitel 6

Positiva åtgärder för att främja religionsfrihet i arbetsliv och skola. Analysmodell. Praktiska vardagssituationer.

6.1 Skyldighet att bedriva aktiva åtgärder

I avsnitt 4.4 behandlas att Artikel 1 i Europakonventionen ålägger konventionsstaterna att "garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges ... i denna konvention". I detta ligger inte bara det passiva elementet att godta rättigheterna enligt Konventionen utan även att främja åtnjutande av dessa. Detta är en generell princip som i tillämpliga delar gäller för hela Konventionen.[472]

Artikel 9 ålägger sålunda staten (och dess organ eller inrättningar) att vara aktiv för att beakta enskildas religiösa situation. Som behandlas i avsnitt 4.3 omfattar religionsfriheten enligt Europakonventionen både rätten *till* religion och religiöst motiverade handlingar (den positiva religionsfriheten) som rätten *från* religion och religiöst motiverade handlingar (den negativa religionsfriheten). Dessa två sidor är av samma rättsliga och mänskliga betydelse. Principerna har fastslagits gång på gång i praxis rörande Europakonventionen och är fast förankrade i det rättsliga systemet. Efter det avgörande där de först fastslogs har de kallats *Kokkinakis-principerna*.[473]

Denna förpliktelse är inte begränsad till situationer där konventionsstaten själv

472 Se härtill allmänt till exempel Danelius, avsnitt 6.4.
473 Se *fallet Kokkinakis*, Konventionen 9 och Appendix II.

är part. Det åligger konventionsstaterna att tillse att sådan reglering finns i konventionslandet att envar kan komma i åtnjutande av Konventionens fri- och rättigheter, alltså även i privata förhållanden.[474]

Hur långt sträcker sig enligt Europakonventionen dessa positiva förpliktelser, denna skyldighet att bedriva aktiva åtgärder? Som framgått i avsnitt 4.4 är skyldigheten enligt Konventionen tämligen blygsam. Detta sammanhänger med flera faktorer.

En anledning är att aktiva åtgärder *för* religion måste vägas mot skyddet *från* religion (eller vice versa, dvs aktiva åtgärder *från* religion kontra skyddet *för* religion). Dessa två sidor av religionsfriheten har samma omfattning och utrymme. De delar lika på en storhet, kan det uttryckas. Såvitt kan ses av praxis rörande Europakonventionen finns ingen "gråzon" mellan dessa två sidor. De utgör två sidor av samma mynt. Detta innebär att aktiva åtgärder *för* inte kan bedrivas om de kommer att innebära intrång på rätten till skydd *från*, oavsett om de aktiva åtgärderna avses främja utövning av religion (den positiva sidan) eller främja skydd mot att behöva utöva religion eller utsättas för religiöst motiverade handlingar (den negativa sidan).

Vid en bedömning av om det finns motstående positiva eller negativa religionsfrihetsintressen spelar den religiösa situationen i de olika länderna en viktig roll. Sekulariseringen i ett land som Sverige innebär att religiöst motiverade manifestationer har en helt annan karaktär än i ett land som till exempel Turkiet. I Sverige framstår sådana manifestationer typiskt sett som tämligen neutrala, som privata, som företeelser som inte berör andra och som andra inte tar mycket notis om. Detta får i sin tur konsekvenser för bedömningen av om det föreligger ett beaktansvärt negativt religionsfrihetsintresse. En viss religiöst motiverad manifestation kan i ett land uppfattas som starkt iögonfallande men i ett annat land som närmast osynlig. Detta påverkar i hög grad om den religiöst motiverade manifestationen kan godtas eller inte. I praxis hittills har dock förbud mot religiöst motiverade manifestationer alltid godtagits, bland annat därför att motstående negativt religionsintresse förelegat. Detta gäller även länder som Schweiz och Tyskland. I dessa två länder är religiöst motiverade manifestationer inte lika känsliga som i Frankrike och Turkiet, där en strikt princip om åtskillnad mellan stat och religion råder (sekularism).

En annan faktor av betydelse för utrymmet för positiva åtgärder är hur en viss manifestation uppfattas av betraktare. Som exempel kan pekas på bärande av den främsta kristna symbolen, korset. I de flesta västerländska samhällen väcker detta

474 Se i praxis *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8); se härtill närmare referatet i avsnitt 2.1 samt avsnitten 4.9 och 5.8.

knappast några känslor.[475] De flesta bärare och iakttagare av ett kors som en del av klädseln uppfattar det antingen inte som en religiös manifestation eller som en religiös manifestation som är privat. I den västerländska världen är det i stort sett verklighetsfrämmande att hävda att omgivningens negativa religionsfrihet hotas av att någon bär ett kors som en del av klädseln.[476] I andra miljöer kan situationen vara annorlunda. Detta är fallet i till exempel Turkiet. Även en i sig till synes så anspråkslös religiös manifestation som att bära en huvudduk kan vara synnerligen känslig. Fallen *Karaduman* och *Leyla* (Konventionen 7 och 16) vittnar om detta.

Motsättningen mellan skydd för positiv och negativ religionsfrihet har sålunda hittills i praxis i hög grad påverkat bedömningarna i praxis. De två sidorna har i praktiken på det hela taget slagit ut varandra. Resultatet har blivit ett nollsummespel. Det finns inget utrymme för positiva åtgärder i någondera riktningen.

Som framgår i avsnitt 6.3 nedan är dock utrymmet för positiva åtgärder omfattande. Det beror på att det i de flesta fall av positiva åtgärder för att främja religiösa intressen i arbetsliv och undervisning inte finns något motstående religionsfrihetsintresse av begränsande art.

En annan anledning till att positiva förpliktelser för arbetsgivare och undervisningsinrättningar är tämligen blygsamma enligt praxis är att verksamhetens behöriga bedrivande är en faktor som beaktas i praxis. Det ledande avgörandet i praxis är *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4). Läraren önskade bevista fredagsbönen i moskén. Ledighet för det hade kunnat beviljas på vissa skolor men vid en skola visade detta sig svårt. Skolmyndigheten försökte aktivt att hjälpa läraren. Det visade sig emellertid att det skulle uppstå ”allvarliga svårigheter” (”serious problems”) i verksamheten om lärarens önskemål skulle tillgodoses. Detta kunde skolmyndigheten inte godta och läraren fick inte ledigt. Med hänvisning till bland annat de ”allvarliga svårigheter” som skulle uppstå godtog Europakommissionen detta. En verksamhetsrelaterad måttstock för den yttersta gränsen för aktiva åtgärder enligt Europakonventionen skulle alltså vara den där ”allvarliga svårigheter” inträffar.

I andra avgöranden har gränsen för positiva förpliktelser rentav bestämts på ett sätt som innebär att verksamhetens intressen helt tar överhanden. Så skedde i *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8). Målet rörde Louise Stedman, en privatanställd kristen resebyråchef i England. Med hänvisning till sin kristna tro ville hon inte godta ett arbetstidsschema som arbetsgivaren förelade henne därför att det innebar regelbundet arbete på söndagar. Hon blev uppsagd. Europakommis-

475 Undantag finns. Offentliga skolor i Frankrike är ett sådant. Se om principen *la laïcité* i Frankrike avsnitt 3.4.1.

476 Se dock avsnitt 5.5 vid och i not 445.

sionen godtog uppsägningen med motiveringen att Louise Stedman inte följt ett förelagt arbetstidsschema.[477] Inget sades i avgörandet om den religiösa faktorn. Kommissionen valde helt enkelt att bortse från denna faktor, den faktor som för arbetstagaren var den helt avgörande.

Praxis rörande positiva åtgärder kontra verksamhetens intressen visar sålunda på två motpoler, den ena där avsevärd vikt läggs vid positiva åtgärder på bekostnad av verksamhetens intressen och en motsatt motpol där verksamhetens intressen tillmäts utslagsgivande betydelse på det religiösa intressets bekostnad. Praxis ger hittills inget svar på när den ena respektive den andra motpolen kan tillämpas. Rättsläget synes därför oklart, ett mycket otillfredsställande förhållande.

I Sverige innehåller Diskrimineringslagen 2008 regler om skyldighet att bedriva aktivt arbete. Arbetsgivare skall "genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena skall lämpa sig för alla oavsett ... religion eller annan trosuppfattning" (3 kapitlet 4 §). Utbildningsanordnare har en motsvarande skyldighet (3 kapitlet 14 §). Dessa regler står i god överensstämmelse med de överordnade och styrande reglerna i Europakonventionen. För arbetsgivare gäller nämligen att åtgärderna skall vara sådana att arbetsförhållandena skall lämpa sig "*för alla*" (min kurs). Utbildningsanordnare skall främja "*lika rättigheter och möjligheter*" (min kurs) för alla nuvarande eller kommande elever. Dessa uttryckssätt passar utmärkt ihop med överordnade reglerna i Europakonventionen. Ett jämviktsläge skall eftersträvas.[478]

6.2 Analysmodell[479]

I detta avsnitt presenteras en modell för att bedöma religiöst motiverade handlingar och manifestationer av olika slag i arbets- och undervisningsverksamhet. Ana-

477 I målet hänvisades även till ett tidigare avgörande av liknande art och med samma utgång; se referatet i avsnitt 2.1. I svensk praxis kan hänvisas till ett avgörande av Arbetsdomstolen 1986, "turbanmålet". AD bortsåg där helt från den religiösa aspekten. Ur den sikhiske mannens synvinkel måste domen ha framstått som alldeles verklighetsfrämmande. Se härtill Fahlbeck (2002), s 506 f.

478 Inget tyder visserligen på att lagstiftaren haft Europakonventionen i åtanke när reglerna i Diskrimineringslagen (och dess föregångare) skrevs. Detta har dock ingen betydelse. Av betydelse är enbart att reglerna i den svenska lagen följer det överordnade regelsystemet i Europakonventionen.

479 Denna analysmodell bygger på en modell som jag började utforma i en bok om arbetsrätt i USA. Den har sedermera utvecklats av mig i artiklar. I sin avhandling Integritetsfrågor i arbetslivet (2002) utvecklar Annamaria Westregård i hög grad ytterligare modellen. Bidrag till den modell som presenteras här har vidare erhållits av den tyska Förbundsarbetsdomstolens dom i *fallet den muslimska försäljerskan* (Tyskland 3, avsnitt 3.3.3).

lysmodellen återfinnes i Appendix VI. Modellen syftar till att göra bedömningar av detta känsliga slag intellektuellt klara och samtidigt befriade från känslomässiga inslag.

Som skall framgå är modellen endast ett analytiskt hjälpmedel. Modellen hjälper till att nå fram till svar vid bedömningar. Modellen ger däremot inte själv några svar. Modellen testas i avsnitt 6.3.

Modellen innehåller två komponenter, två sidor. De är helt skilda från varandra. När modellen här presenteras med de två komponenterna i en gemensam tabell måste modellen alltså studeras med detta i minnet. Kolumnen mellan de två huvudkolumnerna är endast ett särskiljande mellanrum utan betydelse för modellen.

Kolumn 1 i tabellen anger i ett antal rutor den krets av personer som kan tänkas bli berörda av en viss religiöst motiverad handling eller manifestation. Vissa manifestationer berör ett stort antal personer. Ett exempel på detta är religiöst motiverad klädsel. Den syns av alla som kommer i närheten av den och den kan även påverka personer som inte ser den, till exempel föräldrar till barn som möter lärare som bär religiöst motiverade klädesplagg. Även medborgarna i allmänhet kan beröras i egenskapen av att vara som de som i en demokrati är ytterst ansvariga för förhållandena i offentlig verksamhet. Andra religiöst motiverade handlingar kan beröra endast ett fåtal personer. Ett exempel på detta är separata toaletter för vissa grupper eller andaktsrum för vissa grupper. Förefintligheten av andaktsrum berör knappast andra än dem som använder andaktsrummen, den huvudman som tillhandahåller andaktsrummen och lokalvårdare.

För varje religiöst motiverad handling eller varje religiöst motiverat förhållande skall på detta sätt analyseras vilka persongrupper som berörs.

Kolumn 2 i tabellen avser vilket intresse som respektive berörda persongrupp har i anledning av den religiöst motiverade manifestationen (till exempel klädsel) eller det religiöst motiverade förhållandet (till exempel andaktsrum). Detta intresse varierar i flera hänseenden.

Arten av intresset (ruta 1). Detta kan röra religionsfrihet, särskilt negativ religionsfrihet. Som exempel kan återigen pekas på religiöst motiverad klädsel. Sådan klädsel kan kollidera med betraktarnas skyddade rätt enligt Europakonventionen att inte behöva utsättas för andras religiöst motiverade manifestationer. Detta är ett intresse av religionsfrihetsart av samma art som den manifesterandes intresse. Den berördes intresse kan vara av annan art. Som exempel kan pekas på arbetsgivarens eller huvudmannens intresse vad avser andaktsrum. Det intresset är vanligen inte av religionsfrihetsart. Intresset avser sådant som god personalvård och kostnader för att tillhandahålla andaktsrummen.

Vilka personer berörs utöver den som påkallar att få utöva den religiöst motiverade handlingen? Detta bedöms med ledning av Kolumn 1.

Intressets hierarki (ruta 2). Religionsfrihetsintresset har hög hierarki. Om den religiöst motiverade handlingen skyddas av Europakonventionen har intresset mycket hög eller högsta rang eftersom religionsfrihet enligt Europakonventionen har sådan rang. Som framgått i avsnitt 5.2 måste det manifesterande religionsfrihetsintresset stå tillbaka för demokratin men har i övrigt högsta rang. Om den religiöst motiverade handlingen inte omfattas av skyddet i Europakonventionen har den lägre hierarkisk rang.[480] Den hierarkiska platsen får bestämmas för varje manifestation för sig med hänsyn tagen till vilken vikt intresset har i religionen i fråga. Befrielse från att äta svinkött har hög rang hos till exempel muslimer medan till exempel separata toaletter inte har samma rang. I vart fall önskemålet om separata toaletter har dock inte "det mycket nära" samband till religionen för att vara skyddat av Konventionen.

Angelägenhetsgraden av manifestationen (intensiteten) (ruta 3). Vissa manifestationer framstår för den enskilde som synnerligen väsentliga som uttryck *för* eller *från* religion. Återigen kan pekas på muslimers önskan att inte äta svinkött, judiskt religiösa personers intresse av att äta kött som slaktats på judiskt korrekt sätt (*kosher*) eller kristnas önskan att kunna bevista söndagsgudstjänst. Andra manifestationer eller förhållanden kan vara mindre betydelsefulla som till exempel separata toaletter eller hälsningsformer. Åter andra manifestationer kan ha ytterst hög angelägenhetsgrad, till exempel att bära visst klädesplagg som den judiska kippan, den sikhiska turbanen eller den muslimska huvudduken.

På samma sätt skall intensiteten bestämmas av den som utsätts för manifestationen. Om vissa anställda inte vill äta svinkött påverkas arbetsgivaren och kökspersonalen. Denna påverkan har dock typiskt sett föga intensitet. Det rör sig om tämligen enkla praktiska frågor. Om anställda vill vara frånvarande från arbetet för att bevista gudstjänst kan arbetsgivarens intresse ha hög angelägenhetsgrad. Detta är fallet om frånvaron bereder allvarliga problem för verksamheten och i än högre grad om frånvaron innebär risk att av myndighet föreskrivna regler inte kan iakttas. Om anställd bär ett religiöst motiverat klädesplagg kan intensiteten att slippa uppleva detta vara mycket stark hos dem som utsätts för plagget.

Förefintligheten av avtal eller frivillig anslutning (ruta 4).

Avtal med eller frivillig anslutning till en verksamhet har stor betydelse för bedömningen av religiöst motiverade manifestationer; se avsnitt 4.7. Praxis innebär

480 Se om uppdelningen mellan omfattade och inte omfattade religiöst motiverade manifestationer främst avsnitt 4.2. Uppdelningen följer *Arrowsmith-principen*; se Appendix III.

att den som frivilligt tagit anställning på en arbetsplats eller frivilligt påbörjat utbildning på en undervisningsanstalt i princip har att följa reglerna där. Detta begränsar den enskildes möjligheter att utföra religiöst motiverade handlingar. Det innebär på motsvarande sätt möjlighet för arbetsgivaren eller undervisningshuvudmannen att planera verksamheten utifrån förutsättningen att den anställde respektive eleven/studenten följer verksamhetens regler och verksamhetens behöriga bedrivande.

En speciell situation uppstår dock om den enskilde inte hade en viss religiös uppfattning när anställningen ingicks eller utbildningen påbörjades. Europakonventionen skyddar inte bara "ursprungliga" religiösa uppfattningar utan också rätten att anta en religiös uppfattning eller att gå över från en religiös uppfattning till en annan (konversion). Detta kan innebära att en person som anställdes för vissa arbetsuppgifter sedermera kommer att uppfatta dessa som stridande mot den religiösa uppfattning som personen har kommit att omfatta under anställningen. Som exempel kan pekas på den ateistiske läkare som anställs på en gynekologisk klinik och där utan samvetsbetänkligheter utfört aborter. Om läkarens sedermera kommer att omfatta en religiös uppfattning som betraktar aborter som avbrytande av liv vill läkaren inte längre utföra aborter. Här inträder ett moment där avtalet förlorar betydelse. Se vidare resonemanget i avsnitt 6.3.5.

Ändamål, nödvändighet, effektivitet (rutorna 5 - 7).

Innehållet i dessa rutor motsvarar innehållet i Artikel 9(2), dvs den del av Artikel 9 som tillåter begränsningar av religiösa manifestationer som skyddas av Artikel 9(1).

Ändamålet har i praxis varit knutet till faktorer som social frid och fred, undvikande av konflikter och allmän ordning. Effektiviteten syftar på proportionalitet. Här skall bedömas om åtgärden går utöver vad som fordras för att uppnå det godtagbara ändamålet. [481]

Nödvändigheten av begränsningar har i praxis främst avsett skydd för det demokratiska samhället med dess inslag av mångfald och tolerans av oliktänkande. Den personkrets som berörs är därför medborgarna som det demokratiska samhällets yttersta beslutsfattare och staten i dess tre roller.[482] Vidare avses arbetsmiljö och säkerhet.[483] Ytterligare kan avses det demokratiska samhällets rätt att med försteg framför den enskilda besluta om gemensamma angelägenheter som till exempel

481 Se i bäggedera hänseendena till exempel *fallet Leyla* (Konventionen 16).

482 Se även här till exempel *fallet Leyla* (Konventionen 16). I sitt avgörande fastslår Europadomstolen viktiga principer. Dessa citeras i Appendix IV.

483 Se i praxis *turbanfallet* (Konventionen 2).

försvar.[484] I privat verksamhet avser nödvändigheten främst arbetsmiljö och säkerhet. I såväl privat som offentlig verksamhet hör även hänsyn till verksamhetens behöriga bedrivande hit.[485]

6.3 Praktiska vardagssituationer[486]

Praxis rörande Artikel 9 Europakonventionen har berört endast ett fåtal av de situationer som diskuteras i det följande. De situationer som behandlas har hittills inte i någon nämnvärd grad skapat problem i Sverige, med undantag för kläder (avsnitt 6.3.8). Detta kan dock vara under förändring allteftersom religionen åter inträder som en faktor i det offentliga rummet.

De situationer som behandlas i det följande är i många fall sådana att de faller utanför Europakonventionens skydd för religiöst motiverade manifestationer. Detta gäller punkterna 6.3.1 – 6.3.3. De övriga fem punkterna har beröringspunkter till religiöst motiverade intressen som i varierande grad kan tänkas vara omfattade av skyddet i Europakonventionen.

Personalpolitiska överväganden behandlas inte här. Sådana hänsyn kan leda till ett större tillgodoseende av olika arbetstagargruppers önskemål än vad som framkommer i det följande.

6.3.1 Toaletter och hygienutrymmen

Människor kan ha religiöst motiverade önskemål som avser toaletter och hygienutrymmen. Dessa önskemål kan avse sådant som separata utrymmen och hur dessa

484 Se i praxis *skattefallet* (Konventionen 5).

485 Som exempel rörande privat verksamhet kan hänvisas till *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8). Europakommissionen lät här verksamhetsintresset gå före religionsfrihetsintresset.

486 EU:s forskningsorgan för arbetsmarknadsfrågor heter the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Denna stiftelse har gjort en omfattande studie med rubriken "Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace". Studien bygger på nationella rapporter från 15 länder. Alla dessa har publicerats. Ett sammanfattande European Compendium of Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace har publicerats. Det innehåller många exempel på frivilliga positiva åtgärder även avseende religionsutövning. Wrench, John, European Compendium of Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace (Office for Official Publications of the European Communities, 1997, ISBN 92-828-1960-4). Alla nationella rapporter finns på stiftelsens hemsida (www.eurofound.ie/publications). Av de nordiska länderna är Danmark och Finland representerade. Kompendiet finns på nätet bara i form av en kort sammanfattning.
Framställningen i detta avsnitt bygger inte till någon del på studien eller på kompendiet.

utrymmen är inredda. Dessa önskemål ligger utanför Europakonventionen men kan inte desto mindre upplevas som viktiga av människor med viss religion.

Tillgodoseende av önskemål av detta slag torde, utöver arbetsgivaren (utbildningsanordnaren), i normalfallet inte beröra andra personer än de berörda arbetstagarna och eleverna själva (Kolumn 1 i analysmodellen).

De berörda arbetstagarnas (elevernas) intresse kan ha viss höjd i hierarkin och ha viss intensitet (Kolumn 2 ruta 2 respektive 3 i analysmodellen). Arbetsgivarens (utbildningsanordnarens) intressen är främst ekonomiska. I fråga om hierarki och angelägenhetsgrad har dessa intressen principiellt sett lägre valör än de berörda arbetstagarnas (elevernas) men skillnaden torde dock i praktiken normalt inte vara stor, om den ens finns.

Sammanfattningsvis innebär det nu sagda att det vägledande riktmärket för aktiva åtgärder främst är av personalpolitisk art med endast smärre inslag av religionsfrihet.

6.3.2 Bön och andaktsrum

Människor kan ha religiöst motiverade önskemål som avser tillfälle till bön under dagen och tillgång till separata andaktsrum. Önskemål av denna art ligger i och för sig utanför skyddsreglerna i Europakonventionen men passar väl ihop med tanken i Konventionen att positiva åtgärder skall bedrivas. Diskrimineringslagens bestämmelser om aktiva åtgärder (3 kapitlet 4 respektive 14 §) uttrycker samma princip.

Arbetstagares och elevers religiöst motiverade önskemål om bönestunder och andaktsrum torde ha ganska hög, eller hög, hierarkisk rang liksom även angelägenhetsgraden (intensiteten) (rutorna 3 och 4 i Kolumn 2 i analysmodellen). Erforderliga insatser av arbetsgivare (utbildningsanordnare) för att tillgodose önskemål om andaktsrum torde vanligen vara tämligen obetydliga. Skälet är att de religionsutövare som främst är aktuella (kristna, mosaiska, muslimska) vanligen har högst anspråkslösa anspråk på utrymmets storlek, utsmyckning och inredning, till exempel med bönemattor och bönpallar. I alla dessa hänseenden skiljer sig situationen avsevärt från önskemål om separata hygienutrymmen.

Önskemål om bönestunder kan på arbetsplatser och utbildningsanstalter vanligen tillgodoses inom ramen för verksamhetens normala bedrivande. Enligt Arbetstidslagen 1982 skall arbetsgivaren "ordna arbetet så att arbetstagarna kan ta de pauser som behövs utöver rasterna" (17 §). I undervisningsverksamhet förekommer regelmässigt raster mellan lektioner.

Önskemål om bönestunder och andaktsrum kan angå även andra intressenter än de berörda arbetstagarna (eleverna). Elevernas föräldrar kan vara en grupp. De

har ett religionsfrihetsintresse av samma art som eleverna (deras barn) och det har samma hierarkiska rang och angelägenhetsgrad. Övriga arbetstagare är en annan grupp liksom även tänkbara framtida arbetstagare (elever). Dessa grupper kan ha högst olika intressen, från det negativa religionsfrihetsintresset att arbetsplatser (skolor) inte skall vara arenor för religiösa manifestationer och intresset av att inte behöva utsättas för andras religiösa manifestationer, till det motsatta, nämligen önskan att arbetskamrater (skolkamrater) skall få uttrycka sina religiösa behov. Dessa intressen är beaktansvärda liksom även angelägenhetsgraden. Bedömningar måste göras för den enskilda arbetsplatsen (skolan). Kravet i Diskrimineringslagen att förhållandena skall "lämpa sig för alla arbetstagare oavsett ... religion eller religiös trosuppfattning" (3:4) respektive inom utbildningen att utbildningsanordnaren skall "aktivt främja lika rättigheter och möjligheter (3:14) är styrande.

Sammanfattningsvis innebär det nu sagda att det vägledande riktmärket för aktiva åtgärder är en blandning av personalpolitisk och religionsfrihet där den religiösa aspekten har ett betydande utrymme. Reglering om arbetstid och skolscheman medger och lämpar sig för betydande hänsynstagande till religiösa behov.

6.3.3 Hälsningsformer

Hälsningsformer speglar sociala seder och bruk. Hälsningsformer saknar egen inneboende betydelse. Det rör sig om sociala konventioner.

I den västerländska världen är den normala hälsningsformen ett handslag. Detta utväxlas mellan män, mellan kvinnor samt mellan kvinnor och män, vare sig de är bekanta med varandra eller inte. Inga begränsningar förekommer.

I andra kulturer iakttas andra hälsningsceremonier. I till exempel Indien är den hövliga hälsningsformen att handflatorna förs samman framför ansiktet i kombination med ett leende och en svag huvudbugning. I Japan är kroppsbugning i givaktställning den hövliga hälsningsformen. Kroppsbugningens djup speglar den hälsandes sociala rang. I åter andra länder förekommer andra hälsningsformer.

Konventionella hälsningsformer kan vara starkt etablerade. De kan vara djupt förankrade i det sociala mönstret. Så är fallet med handskakningen i Sverige. Utöver själva hälsningen uttrycker handslaget sådant som respekt, allvar och uppriktighet. I affärssammanhang kan det ha en alldeles speciell undermening. Det kan betyda det högtidliga bekräftandet av en överenskommelse, ett avtal. Ett vägrat handslag kan uppfattas som motsatsen till allt detta.

Det synes uteslutet att hälsningsformer av vad slag det vara må skulle kunna omfattas av skyddet för religiöst motiverade manifestationer i Europakonventionen. Handskakning har ännu inte bedömts av Europadomstolen och veterligen inte hel-

ler av någon annan domstol av högsta instans. Underrättspraxis förekommer i flera länder, till exempel Nederländerna, men den behandlas inte här med undantag för det svenska *handskakningsfallet* (avsnitt 3.1, Sverige 3). Det kan tänkas att delar av en hälsningsform kan "motiveras eller påverkas av en religion". Som exempel kan pekas på att inte ta obekanta personer i hand vid ett första möte eller undvika all kroppskontakt med personer av motsatt kön, till exempel i form av handskakning. Som framgår i praxis är det dock inte tillräckligt att ett visst beteende "motiveras eller påverkas av en religion" för att beteendet skall skyddas av Europakonventionen. Det fordras att det föreligger "ett mycket nära samband" mellan religion och beteende (handling eller underlåtelse) för att beteendet skall omfattas av religionsfrihetsskyddet. Kravet på ett "mycket nära samband" innebär att även handlingar som utgör "en normal och erkänd manifestation" av en viss åsikt inte omfattas när "handlingen inte som sådan uttrycker den aktuella åsikten", *Arrowsmith-principen*.[487]

Det är uppenbart att handskakning eller underlåten handskakning inte i sig själv uttrycker en bestämd religiös åsikt, inte uttrycker "den aktuella åsikten". Det är en social handling av alldaglig natur. Den är åsiktsmässigt neutral trots att den kan vara socialt och kulturellt betydelsebärande. Detta påverkar i sin tur den hierarkiska rangen av hälsningsformer (Kolumn 2 ruta 2 i analysmodellen avsnitt 6.2). Denna rang kan möjligen variera mellan olika religiöst troende men den förblir på en avsevärt lägre nivå än skyddade religiösa manifestationer (för att inte tala om själva åsikten).

Flera andra intressenter än de som hälsar på varandra kan tänkas. Övriga anställda är en grupp. Andra personer, till exempel kunder, som har anledning att utbyta hälsning är en annan grupp. Arbetsgivaren är en intressent. Andra intressenters motstående intressen kan tänkas ha samma eller högre rang som den som vill iaktta ett avvikande hälsningsbeteende.

Ett intresse utanför religionsfrihetsområdet är jämställdhet mellan kvinnor och män. Det innebär i sammanhanget att ingen skillnad skall göras mellan kvinnor och män i fråga om hälsningsform. Jämställdhet mellan könen är ett intresse av hög, högsta, hierarkiska rang i den västerländska världen och detta intresse har i praxis tillmätts stor, största, betydelse vid avvägning mellan religiöst motiverad manifestation och jämlikhet.[488] Praxis innebär att detta intresse har högre hierarkisk rang än ett intresse som visserligen "motiveras eller påverkas av en religion" men som inte når upp till religionsfrihetsrättsligt skyddsvärd nivå.

Ett arbetsgivarintresse (utbildningsintresse) är att alla arbetstagare (elever) skall

487 Konventionen 3. Citaten i texten är från detta avgörande. Där formulerades för första gången sambandsrekvisitet; se referatet i avsnitt 2.2 och Appendix II.

488 I praxis kan särskilt hänvisas till *fallet Dahlab*, Konventionen 14. Se vidare avsnitt 5.6.

iaktta sedvanliga uppträdanderegler. Särskilt markant är detta intresse när avvikande uppträdande kan väcka anstöt eller konflikt. Sedvanliga uppträdanderegler utgör en del av en verksamhets sätt att fungera. Praxis har fäst stor betydelse vid att respekt visas för de normer som finns på arbetsplatsen (skolan). Detta har gällt vitt skilda personkategorier, från präster till skolelever. Praxis visar att verksamhetens behöriga bedrivande tillmäts stor betydelse liksom även att den som ansluter sig till en viss verksamhet anses godta reglerna där. I praxis har därför undantagslöst verksamhetens normer getts försteg framför religionsfrihetsintressen när anslutning till verksamheten skett frivilligt. [489] Detta påverkar även bedömningen av hälsningsformer.

Angelägenhetsgraden av hälsningsbeteenden kan vara hög (Kolumn 2, ruta 3 i analysmodellen). Detta kan gälla arbetsgivares (skolors) intresse av att undvika anstöt eller konflikt. Detta gäller med stor intensitet kvinnors och mäns intresse av att inte bli särbehandlade på grund av sin gendertillhörighet. Detta kan gälla att inte ha fysisk kontakt med person av annat kön. Det kan rentav gälla att inte ha fysisk kontakt med någon, oavsett kön, som en del av en hälsningsform. En sådan attityd kan motiveras av helt andra skäl än religion eller gender, till exempel hygien eller önskan att undvika överförande av smitta.

Hälsningsformer är konventionella beteenden. Det låter sig inte säga att den ena är bättre eller sämre än den andra. I ett internationaliserings- och globaliseringsperspektiv kunde det därför sägas att alla hövliga och anständiga hälsningsformer skall godtas. En sådan förändring av sociala beteenden kan dock inte påkallas med hänvisning till religion, religionsfrihet eller Europakonventionen. Den kan däremot påkallas med hänvisning till genderjämlikhet. Sociala och medmänskliga skäl av allmän art kan dessutom åberopas.

Sammanfattningsvis synes sålunda följande gälla. Hälsningsformer har inte skydd av Europakonventionen. Etablerade handlingsmönster på arbetsplatser och inom skola utgör skick och bruk där. Den som frivilligt ansluter sig till en verksamhet godtar enligt fast praxis rörande Europakonventionen handlingsmönster där. Hänsyn till genderjämlikhet talar starkt emot skilda hälsningsformer mellan kvinnor och män.

489 Se beträffande behörigt bedrivande särskilt Konventionen fallen 4 och 8. Se beträffande frivillig anslutning sammanfattningsvis avsnitt 4.7.

6.3.4 Ledighet

Många arbetstagare (och elever) vill ha ledigt för att delta i religiösa sammankomster eller religiösa högtider. Det svenska arbets- och undervisningslivet är anpassat till den kristna religionen.[490] Söndagar är arbetsfria dagar för de flesta arbetstagare och nära nog alla de viktigaste religiösa högtiderna under kyrkoåret har gjorts till arbetsfria helgdagar. Inget motsvarande finns för andra än kristna trosbekännare.

Som framgår av flera avgöranden rörande Europakonventionen kan denna inte åberopas som stöd för en ovillkorlig rätt att få sina önskemål om ledighet för religionsutövning tillgodosedda. Anställningsavtalet med dess konsekvenser för bland annat möjligheterna att avlägsna sig från arbetsplatsen spelar en stor eller avgörande roll. I *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) markerades dock att arbetsgivare har positiva förpliktelser att tillmötesgå arbetstagares önskemål. Så hade också skett. Det visade sig emellertid skola uppstå "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties") för arbetets behöriga bedrivande på skolan om arbetstagarens önskemål skulle tillgodoses. Detta låg utöver vad som kunde krävas av skolan. I andra avgöranden har arbetstagarens intressen däremot inte tillmätts någon betydelse alls. Detta är situationen i *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8). Som angetts i avsnitt 6.1 bildar dessa två avgöranden motpoler som är svåra att förlika.

Europarådets rekommendationer 1993 och 1999 har en generös attityd till ledighet på helgdagar. Bägge hänvisar till att konventionsstaterna skall beakta olika gruppers "holy days".[491]

Traditionella arbetsrättsliga regler i Sverige ger inte arbetstagare rätt till ledighet från arbetet för att bevista religiösa manifestationer. En statlig utredning föreslog 2002 att det i Sverige skulle införas en lag om flexibel ledighet.[492] Lagförslaget har inte lett till lagstiftning. Från synpunkten av skyldigheten för arbetsgivare att bedriva aktivt arbete i Europakonventionens anda är detta beklagligt. Lagen skulle ge arbetstagare rätt att efter i huvudsak eget gottfinnande ta ut sammanlagt 40 timmars ledighet per år. En del av den lagstadgade semestern om fem veckor skulle också kunna disponeras av arbetstagaren. Förslaget hade inget direkt samband med religionsfrihet men det är tydligt att ledigheterna skulle kunna användas av arbetstagare för att tillgodose önskemål att bevista till exempel gudstjänster. I den meningen kunde förslagen ses som en positiv åtgärd för att främja arbetstagares religionsutövning. De framstod i det perspektivet dessutom som synnerligen väl utformade. Det finns knappast något motstående intresse av religiös art. Ingen berät-

490 Se närmare avsnitt 1.2.
491 Appendix 1. Recommendation 1993 punkt 16 ii respektive 1999 punkt 13 i b.
492 SOU 2002:58, Tid för arbete och ledighet.

tigad konflikt med annans positiva eller negativa religionsfrihet torde därför kunna uppstå.

Många kollektivavtal innehåller regler om permission. Härmed förstås frånvaro från arbetet för något angivet skäl. I kollektivavtalen utgör deltagande i religiöst motiverade manifestationer inte skäl till permission. Detta speglar det förhållandet att arbetslivet är anpassat till den kristna religionen och något påtagligt behov av särskilda ledighetsregler har därför inte förelegat. Invandringen har ändrat på detta.

Detta avspeglar sig i tilltagande grad i svenska kollektivavtal. Alltfler avtal innehåller regler som innebär att arbetstagare kan vara lediga för religiösa behov och arbeta in sådan ledighet vid annat tillfälle. Sådana kollektivavtalsregler står i bästa samklang med Europakonventionen och Diskrimineringslagen; se avsnitt 6.1.

Arbetstagares önskemål att vara lediga för religiösa ändamål berör, utöver arbetsgivaren, i normalfallet knappast andra grupper (Kolumn 1 i analysmodellen, avsnitt 6.2). Tänkbara arbetssökande är dock en grupp som kan sägas vara berörd i ett mångreligiöst samhälle. Elever berörs knappast eftersom undervisningen skall fortgå på normalt sätt, låt vara eventuellt med en annan lärare. Om övriga anställda berörs i det enskilda fallet skall deras intressen i sådant fall beaktas. De intressen som dessa kan ha (Kolumn 2) lär inte i något fall vara av negativ religionsfrihetsrättslig art. Både i fråga om hierarkisk placering (ruta 2) och angelägenhetsgrad (ruta 3) lär intressena ha låg grad.

Sammanfattningsvis betyder detta att utrymmet för positiva åtgärder för att möjliggöra ledighet för religiösa sammankomster, helgdagar och sammanhängande perioder (till exempel judiska eller muslimska högtider) är stort.

6.3.5 Arbetsuppgifter

Arbetsuppgifter kan vara motbjudande eller rentav förbjudna för arbetstagare av religiösa skäl. Arbetstagare kan vilja avstå från att utföra eller delta i vissa arbetsuppgifter. Som exempel kan pekas på operationer av olika slag, till exempel abort. Ett annat medicinskt exempel är arbete med embryonala stamceller. Lärare kan vilja slippa undervisa om sådant som strider mot den egna religiösa uppfattningen, exempel om universums uppkomst eller om andra religioner.

Arbetstagare kan vägra att ta befattning med vissa produkter, till exempel preventivmedel. Detta var fallet i ett mål rörande en apotekare i Frankrike. Han vägrade av religiösa skäl att sälja preventivmedel. Licenstvång för att driva apotek förelåg i Frankrike och ett villkor för att erhålla licens var att apotekaren förband sig att

sälja alla licensierade produkter. Apotekaren straffades. Bestraffningen godtogs därför att apotekaren hade godtagit licensen.[493]

En grupp om tre avgöranden avser en speciell arbetstagargrupp, nämligen präster i en statskyrka.[494] I dessa mål kunde präster inte med framgång anföra religiösa bevekelser för att utföra sitt arbete på det sätt de önskade. Präster i en statskyrka "är anställda för att tillämpa och förkunna en viss religions lära. Deras individuella tanke-, samvets- och religionsfrihet utövas vid det tillfälle då de godtar eller avvisar anställning som präst". Präster kan lämna sin prästtjänst "och deras rätt att lämna kyrkan garanterar deras religionsfrihet".[495]

Som framgår är domskälen påtagligt kategoriska. Detta är inte förvånande eftersom det rör sig om en arbetsgivare som har till uppgift att förmedla ett bestämt budskap. De flesta arbetsgivare har inte det. Inte desto mindre låter sig domskälen tillämpa på vilken typ av arbete som helst. Situationen är även i andra anställningar än prästerliga den att en person som godtar anställning på en arbetsplats i princip måste följa arbetsordningen där.[496] Trots de speciella omständigheterna i just prästfallen leder dessa fram till följande generella slutsats. En person som vet att han/hon inte vill utföra vissa arbetsuppgifter skall antingen inte ta anställning eller förhandla till sig regler anpassade för den egna religionsutövningen.

Denna stränga ståndpunkt måste emellertid modifieras med hänsyn till skyldigheten att vidta positiva åtgärder för att underlätta för arbetstagare att utöva sin religion. Tydligt är dock att ingen sådan skyldighet finns i verksamheter där en bestämd religiös lära förkunnas. Praxis medger inget svar på frågan hur långt denna skyldighet sträcker sig i annan verksamhet. Uppenbarligen kan en arbetstagare inte påräkna anpassning som innebär att anställningsavtalet får en annan inriktning än avsett. Kanske kan den mätsticka som användes i *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) tjäna som vägledning. Om arbetstagarens önskemål inte leder till "allvarliga svårigheter" ("serious difficulties") bör i vart fall hänsyn tas till önskemålen. Stadgandena om aktiva åtgärder i Diskrimineringslagen (3 kapitlet 4 respektive 14 §) talar i samma riktning.

Mot en arbetstagares önskan att av religiösa skäl ej utföra vissa arbetsuppgifter kan typiskt sett inte ställas motstående intressen av samma hierarkiska rang (Kolumn 2 ruta 2, analysschemat avsnitt 6.2). Varken arbetsgivaren, övriga anställda eller andra eventuellt berörda intressenter, till exempel patienter, kan rimligen an-

493 Pichon och Sajous mot Frankrike, ECHR 2001-X.

494 *Prästfallet*, Konventionen 1, och senare domar rörande präster i en statskyrka; se not till målet Konventionen1.

495 *Prästfallet*, Konventionen 1. Se vidare referatet i avsnitt 2.1.

496 Se vidare avsnitt 4.7.

föra ett negativt religionsfrihetsintresse som motargument. De motstående intressena hänför sig främst till arbetets behöriga bedrivande. Sådana intressen har arbetsgivaren. Även övriga anställda har sådana intressen liksom personer som berörs av denna arbetsvägran, till exempel patienter eller skolelever. Patienter kan dock ha motstående intressen av lika hög rang som religionsfrihetsintresset i form av önskemål om adekvat medicinsk behandling för att bevara livet eller få vård av personer som är positiva till den aktuella vården. Även intresset att få abort utförd torde ha hög(sta) hierarkiska status. Här föreligger dock den skillnaden att behandlingen kan utföras av en annan person som inte hyser religiösas betänkligheter. Normalt sett förhåller det sig alltså så att den samvetsömmes intressen har högre hierarkisk rang än de motstående intressena. Det förhållandet att detta motstående intresse har lägre dignitet påverkar typiskt sett avvägningen till den samvetsömmes fördel.

En sådan ordning innebär något nytt. Den klassiska arbetsrättsliga regleringen innebär att arbetstagare har en vidsträckt arbetsskyldighet inom ramen för anställningsavtalet.[497] I princip är arbetstagare skyldiga att utföra alla arbetsuppgifter som faller inom det tillämpliga kollektivavtalet och den egna kompetensen. Arbetsgivare har vidare arbetsledningsrätt. Denna innefattar rätt att fortlöpande tilldela arbetstagare arbetsuppgifter inom ramen för arbetsskyldigheten. Under förutsättning att den avtalsslutande fackföreningen inte ingripit genom att utöva tolkningsföreträde enligt 34 § Medbestämmandelagen, kan arbetstagare inte vägra att ställa sig arbetsgivarens order till efterrättelse så länge denna ges i god tro beträffande arbetsskyldighetens omfattning och ordern inte strider mot lag eller goda seder på arbetsmarknaden. Anvisning att utföra arbetsuppgifter som normalt förekommer på arbetsplatsen strider självfallet inte mot god sed. Det strider heller inte mot god sed att beordras utföra arbete i enlighet med vad som anses vetenskapligt beprövat. Arbetsvägran under sådana omständigheter utgör i princip saklig grund för uppsägning. Religiösa betänkligheter utgör som huvudregel ingen ursäkt enligt de klassiska reglerna.

Som framhålls i avsnitt 6.1 och 6.3.5 uppstår en speciell situation om den enskilde inte hade en viss religiös uppfattning när anställningen ingicks. Europakonventionen skyddar inte bara "ursprungliga" religiösa uppfattningar utan också rätten att anta en religiös uppfattning eller att gå över från en religiös uppfattning till en annan (rätt till konversion). Detta kan innebära att en person som anställdes för vissa arbetsuppgifter sedermera kommer att uppfatta dessa som stridande mot den

497 Arbetsskyldighetens omfattning har fastlagts i praxis av Arbetsdomstolen. Ledande är avgörandet 1929 nr 29. De där fastlagda principerna brukar kallas "29:29-principerna".

religiösa uppfattning som personen har kommit att omfatta under anställningen. Som exempel pekas i 6.2 på den ateistiske läkare som anställs på en gynekologisk klinik och där utan samvetsbetänkligheter utfört aborter. Om läkarens sedermera kommer att omfatta en religiös uppfattning som betraktar aborter som avbrytande av liv vill läkaren inte längre utföra aborter. Motsvarande situation kan uppkomma i flera andra sammanhang, till exempel läraren som ändrar åsikt i ett av Europakonventionen skyddat hänseende. Här blir situationen den att det ursprungliga avtalet förlorar betydelse. Kan det hävdas att läkaren (eller läraren eller vem det nu är som berörs) är skyldig att antingen avgå eller att utföra arbetsuppgiften? Det finns inget svar på den frågan i praxis rörande Europakonventionen eller i annan rättskälla.[498] Här får göras en avvägning med bortseende från det ursprungliga anställningsavtalet. Den avvägningen får ske med användande enbart av rutorna 1 – 3 i Kolumn 2 i analysmodellen. Sett isolerat har arbetstagarens skyddade religionsfrihetsintresse högsta rang enligt ruta 2 i Kolumn 2. De motstående intressen som arbetsgivaren och andra (till exempel patienter eller elever) har avser normalt inte religionsfrihet utan hänför sig till verksamhetens behöriga bedrivande. Det är ett intresse som inte samma hierarkiska rang som arbetstagarens religiöst motiverade intresse.[499] Detta bör innebära att den samvetsömme arbetstagaren skall få sina intressen tillgodosedda.

Praxis rörande Europakonventionen stöder emellertid kanske ändå inte en sådan slutsats. I situationer där inget åsiktsbyte skett har verksamhetens behöriga bedrivande getts företräde.[500] Detta är inte den situation som diskuteras här. I vart fall i ett avgörande har dock samma princip upprätthållits när *arbetsgivaren* ensidigt ändrat förutsättningarna för anställningen på ett sätt som påverkat den enskildes religiösa situation. Så skedde i *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8). Där ålades en kristen kvinna i Storbritannien regelbundet arbete på söndagar. Hennes invändning att hon av religiösa inte ville arbeta på söndagar vann inget gehör. Hennes vägran att godta söndagsarbetet betraktades som en vägran att följa arbetstidsschemat, inte som en kränkning av hennes religionsfrihet. Det kan tyckas att det synsättet borde ha legat närmare till hands. Europakommissionen pekade dock inte ens på denna möjlighet.

Sammanfattningsvis leder resonemanget till följande. Praxis innebär att den som frivilligt tar anställning (eller påbörjar utbildning) ansluter sig till de regler

498 Undantag får göras för präster i en statskyrka. De har enligt praxis att följa kyrkans lära eller avgå; se texten ovan med hänvisning till *prästfallet*, Konventionen 1.

499 Som illustration i praxis kan hänvisas till resonemanget i domskälen i det tyska *fallet den muslimska försäljerskan*, Tyskland 3, avsnitt 3.3.3.

500 Se främst fallen Konventionen 1, 4, 6, 7, 8, 10, 17 och 19.

som gäller för anställningen (utbildningen). Religionsfriheten utövas när anslutningen sker och kan vidare utövas genom att anställningen (utbildningen) avbryts. Full avtalsfrihet föreligger när anslutningen sker men om inget särskilt avtalats mellan den enskilde och arbetsgivaren (skolan) sker anslutningen på verksamhetens villkor.

Om den enskilde under den tid anslutningen pågår ändrar åsikt på ett sätt som skyddas av Europakonventionen är den rättsliga situationen oklar. Religionsfrihetsrättsliga argument talar starkt för att den samvetsömmes intressen skall ges företräde. Praxis ger emellertid inget stöd för en sådan åsikt. Möjligen talar praxis istället för att verksamhetens behöriga bedrivande även här ges företräde.

En ny situation har emellertid delvis inträffat år 2010 genom att Europarådets parlamentariska församling (Parliamentary Assembly) i oktober det året antog en resolution om "rätt till vägran av samvetsskäl i lagligt utövad medicinsk vård" ("The right to conscientious objection in lawful medical care").[501] Punkt 1 anger följande: "Ingen person, inget sjukhus och ingen inrättning skall tvingas, hållas ansvarig för eller bli diskriminerad på något sätt till följd av vägran att utföra, anpassa för, hjälpa till med ... abort, felaktigt framkallat missfall, eutanasi eller, av vad skäl det vara må, någon handling som kan orsaka att ett mänskligt foster eller embryo dör". Resolutionen hänvisar till att konventionsländerna har skyldighet att respektera den rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet som tillkommer de som tillhandahåller medicinsk vård. Resolutionen "inbjuder" konventionsländerna att utforma "heltäckande och klart utformade regler som definierar och reglerar vägran av samvetsskäl i hälsovård och medicinsk verksamhet".[502] Denna "inbjudan" avser även Sverige eftersom regler om samvetsfrihet i de berörda hänseendena inte finns (och aldrig har funnits) i Sverige.[503]

Resolutionen innebär enligt sin lydelse en vittgående rätt för personer att av

501 Resolution 1763 (7 oktober 2010). Punkt 1: "No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason".
Den engelska texten använder beträffande missfall orden "the performance of a human miscarriage". Detta uttryckssätt framstår som otydligt. I den franska versionen heter det: « une fausse couche provoquée ». Detta uttryck torde bättre ange vad som avses.

502 Punkt 4: "... the obligation to ensure respect for the right of freedom of thought, conscience and religion of healthcare providers ...".
Punkt 4.1: "... invites ... member states to develop comprehensive and clear regulations that define and regulate conscientious objection with regard to health and medical services ...".

503 I 1809 års Regeringsform fanns i § 16 en bestämmelse om samvetsfrihet; se avsnitt 1.1 not 10. Stadgandet hade dock inget innehåll i sak för svenska medborgare.

samvetsskäl – religiösa eller andra – vägra att i någon som helst form medverka till eller ta befattning med de angivna handlingarna. Resolutionen är emellertid inte juridiskt bindande. Den är vad som med en engelsk term brukar kallas *soft law*, mjuk lag. I detta fall måste dock antagas att denna soft law likväl är ganska hård. Skälet är att det rör sig om en resolution snarare än en rekommendation och att den har antagits av det organ inom Europarådet som utser domarna i Europadomstolen. Samtidigt skall det emellertid påpekas att Europadomstolen i sin praxis inte i något av de i denna bok behandlade fallen hänvisat till resolutioner eller rekommendationer av Europarådet och än mindre låtit sig styras av sådana. Som framhålls i avsnitt 5.7 kan det rentav synas att praxis inte lever upp till de normer som angetts i rekommendationer av Europarådet.[504]

Europarådets resolution kan nu och framdeles åberopas av arbetstagare som stöd för att inte behöva medverka till eller ta befattning med handlingar som omfattas av resolutionen. Det är svårt att se att sådan vägran i Sverige skulle anses utgöra brott mot anställningsavtalet i och med att resolutionen finns. Detta skulle innebära att resolutionen inom sitt tillämpningsområde skulle få genomslag i svensk arbetsmarknadspraxis och ändra den. I vilken utsträckning så blir fallet när en fråga om samvetsfrihet i de aktuella hänseendena förs till domstol återstår att se.[505]

6.3.6 Identitetshandlingar med foto[506]

ID-handlingar förekommer i och utanför arbetslivet och undervisningen. Arbetstagare eller elever kan vilja bli fotograferade på visst sätt, till exempel med eller utan visst klädesplagg. I *fallet Karaduman* (Konventionen 7) behandlades en sådan situation. En kvinnlig studerandes önskan att bära muslimsk huvudduk på fotot på ett examensbevis avslogs. Avslaget godtogs av Europakommissionen. Avgörandet avser Turkiet där muslimsk separatism och fundamentalism bekämpas som en del av landets grundläggande struktur. Vad gäller i Sverige där omständigheterna är mindre konfliktladdade?

Först kan några anteckningar göras om foto på svenska id-handlingar. Rikspolisstyrelsen har beslutat om föreskrifter och allmänna råd om pass och nationellt

504 Rekommendationerna 1202 (1993) och 1396 (1999); se Appendix I.

505 Det kan noteras att den svenska ledamot i Europarådets parlamentariska församling (Carina Hägg, s) som ursprungligen motionerade om samvetsfrihet hade föreslagit att samvetsfriheten skulle begränsas vid abort. Den resolution som antogs gick i detta hänseende tvärs emot den ursprungliga motionen!

506 Se härom allmänt SOU 2007:100 Id-kort för folkbokförda i Sverige.

identitetskort.[507] Där föreskrivs följande: "Huvudbonad får inte bäras. Undantag från förbudet att bära huvudbonad får medges för den som i dagligt bruk bär detta av religiösa eller andra särskilda skäl". Som allmänt råd anges följande: "Om en sökande åberopar religiösa eller andra särskilda skäl för att bära huvudbonad, behöver skälen inte styrkas". Öra behöver inte synas men ("P)upillerna ska synas tydligt" (punkt 4).

Andra av offentlig myndighet utfärdade id-handlingar torde undantagslöst bygga på samma princip. I till exempel Skatteverkets föreskrifter om identitetskort anges följande: "Sökanden får endast bära huvudbonad om denne gör det dagligen av religiösa eller medicinska skäl".[508]

Privat utfärdade id-handlingar förekommer. Vissa banker utfärdar sådana. Företag kan utfärda id-kort till sina anställda, till exempel för in- och utpassering till företaget. Inga lagregler finns om företagskort.

Den rättsliga bakgrunden i Sverige är denna. Arbetsgivare kan i kraft av arbetsledningsrätten kräva personallegitimation och ge anvisningar om hur denna skall utformas. Här, liksom eljest, begränsas arbetsgivarens handlingsfrihet av kravet på att arbetsledning skall utövas i enlighet med god sed. Mindre tillåtande villkor än de som gäller för pass och nationellt identitetskort är inte i och för sig olagliga. Det är dock uppenbart att regler rörande pass och andra allmänt använda id-handlingar påverkar bedömningen av vad som är god sed i arbetsliv och skola såvitt avser personal- och elevlegitimation.

Här får ske en bedömning av motstående intressen i det enskilda fallet. Mot arbetstagarens eller elevens intressen skall ställas andra intressenters intressen, främst arbetsgivarens eller skolans. Andra arbetstagare kan beröras, till exempel de som skall framställa handlingen eller som skall utföra identitetskontroll. Om id-handlingen skall användas för att visa att bäraren är anställd på en viss arbetsplats, till exempel en affär, blir även kunderna berörda. Det blir även allmänheten eftersom id-handlingen får en viss mån offentlig karaktär. Det torde dock nog undantagslöst vara så att andra intressenters motstående intressen är av lägre rang på den hierarkiska skalan (Kolumn 2 ruta 2 i analysmodellen) än det religiöst motiverade intresse som den person har som vill bära en religiöst motiverad symbol, till exempel ett kors eller en huvudbonad. Vidare torde gälla att dessa motstående intressen har låg angelägenhetsgrad (Kolumn 2 ruta 3) i motsats till den höga angelägenhetsgraden hos bäraren. Undantag kan dock tänkas där till exempel arbetsgivares krav

507 Rikspolisstyrelsens författningssamling RPSFS 2009:14, 13 augusti 2009, 3 § punkt 5.
508 Skatteverkets författningssamling SKVFS 2009:14, 15 maj 2009, 8 §.

på identifiering av säkerhetsskäl måste vara ytterst stränga och där därför både hierarkisk rang och angelägenhetsgrad har höga värden.

Sammanfattningsvis torde situationen beträffande företags och skolors id-handlingar för sina anställda vara följande. Som dominerande huvudregel skall gälla tillåtelse att på foton bära huvudbonad (till exempel turban, kippa, munkkåpa, nunnedok eller huvudduk, kristen eller annan). Vad som skall gälla i fråga om andra religiöst motiverade symboler, som till exempel kors, är en öppen fråga. Resonemanget bör dock här vara detsamma som när det gäller huvudbonader. Detta innebär att sådan utsmyckning som huvudregel är tillåten om den ryms på fotot.

6.3.7 Personalmatsalar och mat

Europakonventionen innehåller inga regler om matsalar eller mat till anställda eller elever. Detsamma gäller svensk anställningslagstiftning. Arbetstidslagen 1982 innehåller regler om raster (15–16 §§) men reglerna anger ingen skyldighet att tillhandahålla personalmatsal eller mat. Personalmatsalar och mat är en fråga för arbetsgivaren ensam eller för avtal i samarbete med arbetstagarsidan. Kostnaderna för lokal och mat är en avtalsfråga eller en fråga för arbetsgivaren att besluta om ensidigt som ett led i personalpolitiken. Religionsfriheten har här inget spelrum.

Kristendomen har få påbud rörande vilken mat vi kan äta och hur den skall komma till oss från fälten, grönsaksodlingarna, havet eller slakthusen. Anvisningarna i Gamla testamentet hur slakt skall gå till uppfattas till exempel inte i den kristna traditionen som bindande. Men i judisk och muslimsk tradition är så fallet.[509]

I praxis har den judiska slakten (*kosher*) och intresset av att äta kött slaktat enligt judisk tradition betraktats som omfattad av religionsfriheten.[510] Det finns inget rättsligt avgörande rörande muslimsk slakt (*halal*).

För muslimer är det förbjudet att äta griskött. Koranen förbjuder det på flera ställen, till exempel 5:3: "Förbjudet för er är ... svinkött och sådant (kött) som har slaktats i annat namn än Guds". Ätande av griskött förbjuds även i Gamla testamentet men detta förbuds efterlevs inte i kristen tradition.[511]

Såväl Europakonventionen som dess underordnade reglering i Sverige, dvs Diskrimineringslagen 2008, innefattar skyldighet att främja rättigheter som omfattas, till exempel religionsfrihet. Om personalmatsal med matservering finns på

509 Se härtill allmänt Demokratiutredningens betänkande, Att slakta ett får i Guds namn – om religionsfrihet och demokrati, författat av Göran Gunner, SOU 1999:9.

510 *Fallet kosherslakt*, Cha'are Shalom, Konventionen 13. Se referatet i avsnitt 2.2.

511 Se till exempel Tredje Mosebok 11:7–8 och Femte Mosebok 14:8; "Av deras kött får ni inte äta ...". Förbud finns också hos profeten Jesaja 65:2–5.

arbetsplatsen är frågan vilken mat personalmatsalar skall erbjuda. Muslimer har rätt att få sina religionsfrihetsintressen beaktade och muslimer äter inte svinkött. Det är tydligt att det går att ordna personalmatsalars utbud så att det rymmer även annan mat än svinkött. Avgörande är i första hand "arbetsgivarens resurser" (Diskrimineringslagen 3 kapitlet 4 §). Andra intressentgrupper finns knappast eller är små, till exempel köks- eller serveringspersonal. Motstående intressen hos andra är normalt av praktiskt slag, som ökat arbete med råvaruanskaffning och matlagning. Dessa är intressen av lägre hierarkisk rang och har dessutom normalt låg angelägenhetsgrad.

Judiskt religiösa människor vill äta *kosher-slaktat* kött (liksom muslimer, vilka – som framgår av citatet ur Koranen – vill att kött skall vara religiöst slaktat, *halal*). Religiös slakt av dessa arter är förbjudna i Sverige men kött slaktat på detta sätt kan köpas i Sverige. Det motstående intresse som arbetsgivare kan ha att erbjuda även religiöst slaktat kött är tydligtvis större än att erbjuda även annat än svinkött. Skälet är att religiöst slaktat kött är dyrare och mindre lätt att anskaffa. Detta är faktorer att beakta vid avvägningen mellan det religiöst motiverade intresset och verksamhetsintresset. Styrande är normen "arbetsgivarens resurser" i Diskrimineringslagen.

6.3.8 Kläder, klädesplagg och personlig utsmyckning

6.3.8.1 Bakgrund

Klädesplagg med religiös innebörd tilldrar sig enorm uppmärksamhet. Mest uppmärksammade är den muslimska huvudduken som bärs av kvinnor och turbanen som bärs av sikhiska män.[512] Åtskilliga avgöranden rörande Europakonventionen berör klädesplagg, främst *turbanmålet* (Konventionen 2) och ett antal avgöranden där den muslimska huvudduken står i centrum.[513]

Inledningsvis kan klädfrågan sättas in i ett arbetsrättsligt perspektiv i Sverige. Rättsregler saknas för arbetslivet i allmänhet om arbetstagares klädsel. Regler i lag eller författning kollektivavtal finns inte annat än avseende skyldighet att bära

512 Dåvarande DO gjorde i slutet av 1900-talet uttalanden rörande dessa. Uttalandena innebar allmänt taget att arbetstagare (och arbetssökande) ansågs ha rätt att använda dessa klädesplagg om inte särskilda, sakligt godtagbara, skäl talade emot detta. Uttalandena gjordes utan kontakt med praxis rörande Europakonventionen. Uttalandena saknar därför aktualitet idag. Beträffande huvudduk kan hänvisas till uttalande 1999-10-14, Dnr 697-98, och skrivelse 1999-09-02, Dnr 834-98, till Arbetsdomstolen i mål 1999 nr 84. Beträffande turban hänvisas till uttalande 1986-12-19, Dnr 213/86.

513 Fallen Konventionen 7, 14, 16, 17 och 19. I tysk praxis hänvisas till Tyskland 2, *fallet Ludin*.

skyddsutrustning (2 kapitlet 7 § Arbetsmiljölagen) och i viss offentlig tjänst att bära kläder av särskilt slag, till exempel uniform. I kollektivavtal finns stundom regler. Det finns inte heller lagregler rörande vem som skall tillhandahålla arbetskläder och vem som skall betala för dem. Arbetstagares utseende och uppträdande på arbetsplatser faller visserligen delvis under arbetsgivares arbetsledningsrätt, till exempel krav på viss klädsel inom serviceyrken såsom hotellreceptionist eller serveringspersonal. I det stora hela har arbetstagare emellertid frihet att klä sig efter tycke och smak. Klädsel faller i huvudsak inom den privata sfären.

Beträffande huvudduk och turban kan anföras att de kan framstå som lämpliga delar av arbetsklädseln. De är hygieniska. Det är inte ovanligt att klädesplagg som liknar dessa bärs utan religiösa motiv antingen av tradition eller av hygieniska skäl, till exempel kockmössor inom restaurangbranschen eller hårnät inom livsmedelsproduktion.

Till den personliga utsmyckningen hör även olika former av sminkning (*make-up*). Denna har inte religiös innebörd bland västerländska kvinnor. I till exempel den hinduiska traditionen är saken emellertid annorlunda. Markeringar, särskilt på pannan, har ofta religiös innebörd. Sådana markeringar är emellertid inte i sig mera uppseendeväckande än annan sminkning som många kvinnor har som en självklarhet även på arbetsplatsen.

Den sedan länge föreliggande arbetsrättsliga situationen i Sverige innebär sålunda att arbetstagare kan välja kläder, klädesplagg och personlig utsmyckning i tämligen stor utsträckning efter eget tycke. Detta har även gällt kläder, klädesplagg eller utsmyckning som har – eller kan uppfattas ha – kristet religiös innebörd, till exempel ett kors. Sådan personlig utsmyckning har inte väckt uppmärksamhet och därför inte påkallat rättslig bedömning.

Invandringen har förändrat situationen. Med invandringen har följt nya religiösa mönster och nytt, religiöst motiverat, beteende. Kläder, klädesplagg och religiöst motiverad utsmyckning har stigit in i det offentliga rummet. Är religiöst präglad klädsel fortfarande i huvudsak en privatsak? Svaret är att praxis rörande Europakonventionen tydligt visar att så inte är fallet. Rättslig bedömning påkallas. En juridifieringsprocess pågår.

Europarådet har uttalat sig med synnerlig skärpa i resolutionen "Women and religion in Europe" 2005. Som framgår flerstädes i avsnitt 5.6 fördömer Europarådet i betydande grad religiöst betingad klädsel för kvinnor. Europarådet framhåller att samtycke inte alltid skall tillmätas betydelse därför att det kan vara föregivet (*nominal*). Europarådet uppmanar sina medlemsstater (däribland Sverige) att "tillse att religionsfrihet och respekt för kultur och tradition inte godtas som föreändningar för att kränka kvinnors rättigheter, inklusive att underåriga flickor tvingas under-

kasta sig religiösa regler (inklusive klädregler)" (*dress codes*)." Europarådet uppfordrar sina medlemsländer att "vägra att erkänna utländska familjeregler (*family codes*) och lagar med regler om personlig status vilka grundar sig på religiösa principer som kränker kvinnors rättigheter och att sluta upp med att tillämpa sådana regler inom sina respektive länder". Medlemsländerna "måste kämpa mot religiöst motiverade stereotyper om kvinnliga och manliga roller från unga år, inklusive i skolor".[514] Som konstateras i avsnitt 5.6.2 och 5.6.4 är dessa uttalanden är synnerligen skarpa. De sopar helt undan mycket av den religiösa retoriken vad gäller könsbunden klädsel och därmed legitimiteten för sådan klädsel.

6.3.8.2 Arbetsplatser och skolor, offentliga och privata

Hur gestaltar sig religiöst motiverad klädsel när den sätts in i ett religionsfrihetsrättsligt sammanhang? Situationen förändras dramatiskt från att ha varit i huvudsak en privatsak för den enskilde till att bli en angelägenhet för många persongrupper.

Flera faktorer skiljer situationen med iögonfallande manifestationer från de situationer som behandlats i avsnitten 6.3.1 – 6.3.7. Yttre religiöst motiverade manifestationer som kläder, klädesplagg och iögonfallande personlig utsmyckning är alla i hög grad synliga. Detta är en särskiljande faktor. De yttre manifestationerna kan vidare i varierande grad inte undvikas och de påtvingas i varierande grad andra.[515] Detta får till följd att antalet persongrupper som berörs ökar drastiskt (Kolumn 1, analysmodellen i avsnitt 6.2). En ytterligare följd är att dessa andra persongruppers intressen dels får en högre hierarkisk rang dels större angelägenhetsgrad.

Alla sju persongrupperna i Kolumn 1 i analysmodellen berörs. Arbetskamrater

514 Europarådets resolution 1464 (2005) punkterna 6, 7.1.2 och 7.4. Se originaltexten i Appendix I.

515 Dessa aspekter har diskuterats i varierande grad i praxis. Särskilt utförlig är behandlingen i det tyska *fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 1. Målet gällde tillåtligheten av att kristna kors (eller krucifix) fanns uppsatta i alla offentliga skolrum i förbundsstaten Bayern. Domstolen fäste särskild vikt vid att eleverna inte kunde undgå att se korset (krucifixet). Exponeringen för korset (krucifixet) var dessutom påtvingad. Situationen var densamma i *fallet Dahlab*, Konventionen 14. Det rörde en schweizisk lärarinna som ville bära huvudduk i klassrummet. Detta förbjöds henne. Europadomstolen godtog förbudet men avgjorde målet utan att särskilt peka på detta den påtvingade elementet eller på att det för eleverna var oundvikligt att utsättas för manifestationen. *Fallet Leyla*, Konventionen 16, rörde en studentska. Hon ville bära huvudduk på universitetet, i undervisningssalar, vid examination och enskild handledning. Det förvägrades henne. Här var den yttre manifestationen mycket mindre påträngande och kunde i tämligen stor utsträckning undvikas av andra genom att titta åt ett annat håll. Förbudet godtogs ändå. Utgången har blivit densamma i alla andra mål rörande den muslimska sjalen, Konventionen 7, 17 och 19.

och elever berörs eftersom de direkt utsätts för den religiöst motiverade manifestationen. De kan heller inte helt undandra sig den. Om en arbetsledare eller en lärare vill bära ett visst klädesplagg eller om ett skolrum ges viss utformning är exponeringen fullständig. Den är också påtvingad eftersom arbetskamraterna (eleverna) vanligen inte samtyckt till den. Kunder eller andra som kommer i kontakt med den religiösa manifestationen utsätts för denna. Här är graden av exponering beroende på omständigheterna. En kund i en affär som inte vill utsättas för manifestationen kan gå till en annan affär eller titta åt ett annat håll liksom i viss grad medpassagerare på tåg eller tunnelbana. Elevers föräldrar berörs indirekt. Som förmyndare för sina barn bestämmer föräldrar bland annat om barnens religiösa uppfostran.[516]

Arbetsgivaren berörs. Arbetsgivaren ansvarar för att "arbetsförhållandena ska lämpa sig för alla" i bland annat religiöst avseende (Diskrimineringslagen 3 kapitlet 4 §).

Medborgarna är berörda i denna egenskap eftersom utrymmet för religiöst motiverade manifestationer har anknytning till samhällsklimatet liksom också till genderjämlikhet. Staten är berörd av samma skäl men också som den som har att tillse att gränsdragningen mellan stat och religion iakttas.

Alla berörda grupper kan ha intressen av religionsfrihetsrättslig art, dvs intressen av samma art och av samma rang i den rättsliga hierarkin som intresset att iaktta ett iögonfallande religiöst beteende.

Angelägenhetsgraden kan vara stark, lika stark som hos den som vill manifestera religiöst motiverat beteende. Detta kan vara fallet om manifestationen är iögonfallande och dessutom svår eller omöjlig att bortse ifrån och än mera så om den är påtvingad som i relationen mellan lärare och elever. Även här intar arbetsgivaren en särställning. Angelägenhetsgraden av arbetsgivarens intresse kan variera mellan försumbar och avsevärd. Angelägenhetsgraden beror på hur starkt andra berörda grupper reagerar. Arbetsgivaren kan bli ett nära nog slumpmässigt offer för andra berörda gruppers känslor och arbetsgivaren kan inte göra mycket för att lindra sin situation. Åtskilliga undantag finns dock. Det finns många exempel på att arbetsgivare tillsammans med sina anställda lyckats hitta en lösning på ett klädproblem som alla är nöjda med, till exempel en enhetligt utformad huvudbonad. Danmark erbjuder ett exempel på hur samförståndslösningar har kunnat uppnås; se avsnitt 3.6.

Staten har intressen som innebär både att främja religionsfrihet och att tillse att den inte drivs för långt. Religionsfrihet är ett viktigt inslag i det pluralistiska samhället. Europarådet inbjuder därför uttryckligen sina medlemsländer att till exem-

516 I praxis har denna situation särskilt uppmärksammats i *fallet Italiens skolrumskrucifix* (Konventionen 20) och det tyska *fallet Ludin, den muslimska lärarinnan*, Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1.

pel "underlätta ... utövandet av religiösa seder och bruk, till exempel i fråga om ... klädsel".[517] Å andra sidan måste staten vaka över att andra medborgare inte utsätts för påträngande uttryck för religion. Sådana uttryck kan på ett otillbörligt sätt ingripa i deras rätt att inte behöva utsättas för oönskade religiöst motiverade manifestationer, alltså kränkningar av deras negativa religionsfrihet. Angelägenhetsgraden i statens intressen är hög, bland annat upprätthållandet av det pluralistiska samhället med dess krav på tolerans och respekt för andra.

En avvägning i det enskilda fallet fordras mellan dessa många grupper. De kan alla ha hierarkiskt höga intressen som dessutom kan ha hög angelägenhetsgrad. Detta gör att avvägningen mellan de motstående intressena mycket väl kan tänkas ge till resultat att alla grupper inte blir tillfredsställda, ja att ingen grupp blir helt tillfredsställd.

Om genderjämlikhet också förs in som en avvägningsfaktor blir bilden ännu mera komplicerad. Genderjämlikhet har blivit ett grundläggande värde i västerlandet. Som påpekades av domstolarna i *fallet Dahlab, den muslimska lärarinnan* (Konventionen 14) framstår det "som svårt att förena bärandet av en muslimsk huvudsjal med ... tolerans, respekt för andra och, framför allt, jämställdhet och icke-diskriminering". Domstolen framhöll att "främjandet av jämställdhet mellan könen är idag ett överordnat mål i Konventionsstaterna. Detta innebär att mycket tungt vägande skäl måste kunna framläggas för att en skiljaktig behandling på grund av kön skulle kunna anses vara förenlig med Konventionen".[518] Som framgår i föregående avsnitt och flerstädes i avsnitt 5.6 synes Europarådets resolution "Women and religion in Europe" 2005 inte se några skäl alls för skiljaktig behandling. Resolutionen

517 Para 13 i Europarådets rekommendation 1999. Rådet inbjuder medlemsstaterna att "facilitate ... the observation of religious rites and customs, for example with regard to ... dress ...".
En intressant skillnad föreligger mellan förslaget till rekommendationen 1999 och den antagna rekommendationen. Förslaget går i ett hänseende något längre i fråga om aktiva (positiva) åtgärder. I såväl förslaget som den antagna rekommendationen heter det följande, nämligen att medlemsländerna bör "ensure freedom and equal rights of education to all citizens regardless of their religious belief, customs and rites relating to clothing". I förslaget tilläggs därefter följande ord: "such as wearing or not head scarves". Formuleringen verkar nästan vara en avsiktlig hänvisning till *fallet Karaduman* (Konventionen 7). I rekommendationen har orden inte medtagits. Måhända ansågs de alltför långtgående. I såväl förslaget som den antagna rekommendationen konstateras att respekt för den enskildes religionsfrihet även innefattar respekt för andras religionsfrihet. I *fallet Karaduman* ställdes (den positiva) friheten att bära ett visst religiöst präglat klädesattribut uttryckligen mot andras anspråk på respekt för att slippa sådan religiös påverkan, den negativa friheten. Som framgår i rättsfallsreferatet och som diskuteras flerstädes i denna bok (tex avsnitt 4.3 och 4.16.2) gavs den negativa friheten företräde.

518 De fullständiga uttalandena finns i rättsfallsreferatet i avsnitt 2.2.

synes ta avstånd från all religiöst motiverad klädsel som kvinnor bär och utrota all särbehandling i detta hänseende.

Europarådets resolution har inte föranlett några lagstiftningsåtgärder i Sverige. Detta innebär att offentliga arbetsgivare och skolor befinner sig i en hart när omöjlig situation. Å ena sidan risk att arbetsgivaren anses diskriminera vissa arbetstagare om religiöst motiverade manifestationer förbjuds. Å andra sidan risk att arbetsgivaren anses diskriminera andra arbetstagare om religiöst motiverade manifestationer tillåts. En typisk "Moment 22-situation"!

Situationen är emellertid inte nödvändigtvis av denna art. Praxis rörande Europakonventionen i offentlig verksamhet innebär genomgående att den positiva rätten att manifestera religion får stå tillbaka för den negativa rätten att slippa utsättas för andras religiöst motiverade manifestationer. Detta gäller när manifestationen är iögonfallande och dessutom är omöjlig att undandra sig (eller svår, som i *fallet Karaduman*, Konventionen 7) och kanske dessutom påtvingad.

Europarådets resolution 2005 pekar i samma riktning och gör så på ett ännu bestämdare sätt än vad praxis gör.

Som framhålls i avsnitt 4.16.3 är praxis dock inte nödvändigtvis relevant för eller tillämpbar i Sverige. Det kan inte med visshet sägas att Europadomstolen skulle godta förbud i Sverige mot iögonfallande religiöst motiverat beteende i offentligt arbetsliv eller skola på samma omfattande sätt som skett med de länder som berörts i Europadomstolens praxis (Frankrike, Schweiz och Turkiet).

Denna praxis finns emellertid. Så gör även Europarådets uppfordran i resolutionen 2005 till medlemsländerna att "tillse att religionsfrihet och respekt för kultur och tradition inte godtas som föreändningar för att kränka kvinnors rättigheter, inklusive att underåriga flickor tvingas underkasta sig religiösa regler (inklusive klädregler)". Offentliga arbetsgivare och skolor kan – och skall – ta praxis som riktmärke för bedömningar, kanske i den anda som Europarådets resolution uppfordrar till. I Sverige kan hänvisas till en utredning som Skolverket gjorde 2003 med titeln "Flickor med burka/niqab i skolan".[519] Utredningen byggde i stor utsträckning på Europakonventionen. Den utmynnade i att skolor kan förbjuda burka/niqab om så fordras av ordningsmässiga och/eller pedagogiska skäl. Denna slutsats ligger väl i linje med praxis i Europadomstolen (ehuru inget avgörande hittills avser just burka).

I ett beslut 2010 har Diskrimineringsombudsmannen (DO) bedömt förbud mot niqab i offentlig svensk skola. Med hänvisning till uttalanden i regeringens proposition med förslag till den nuvarande Diskrimineringslagen 2008 uttalade DO som

519 Dnr 58-2003:2567, 2003-10-23.

sin mening "(A)tt genom ett generellt förbud mot niqab utestänga en elev från undervisning, är därför enligt DO:s bedömning inte förenligt med DL" (Diskrimineringslagen).[520] DO anförde att Skolverkets utredning 2003 gjordes före dessa uttalanden. DO har emellertid inte i något avseende beaktat Europakonventionen, praxis i Europadomstolen eller Europarådets uppfordran 2005. Den verklighet som där framträder är en helt annan än den som finns hos DO. DO:s uttalande saknar sålunda stöd i överordnade regler. Som framgår flerstädes i denna bok (se särskilt avsnitt 1.5 och 1.6) är Sverige bundet av Europakonventionen och praxis i Europadomstolen. Skolverkets utredning 2003 vilar på dessa överordnade regler. DO:s uttalande gör det inte. Uttalandet måste bedömas därefter. Beslutet var inte överklagbart och kommer därför inte att prövas av sakkunnig domstol, ytterst Europadomstolen.

Innebär det nu sagda att också kors som bärs som utsmyckning kan förbjudas? Svaret torde vara att de som utsmyckning i princip har förlorat sitt religiösa innehåll. Små smyckekors har dessutom föga synlighet och kan därmed bortses ifrån. De påtvingas heller inte andra. Allt detta innebär att de kan bäras.[521] Undantag kan tänkas om korset till sin utformning kommer att få en påtaglig och synlig prägel av religiös manifestation.

6.3.8.3 Privata arbetsplatser och skolor

Praxis rörande religionsfrihet i arbetsliv och skolor har med få undantag avsett den offentliga sektorn.[522] Som framhölls i avsnitt 4.16.4 innebär detta att en behandling av utrymmet för religiöst motiverade beteenden i privata verksamheter måste göras utifrån mera allmänna överväganden.

I privat verksamhet är situationen annorlunda än i offentlig i flera avseenden.

En första skillnad är att det i privat verksamhet inte finns någon motsvarighet till det rättsliga kravet i offentlig verksamhet att hålla stat och religion åtskilda. I privat verksamhet kan religiös neutralitet inte åberopas för att förhindra religiöst motiverade beteenden. Detta gjordes i det tyska *fallet den muslimska försäljerskan* (avsnitt 3.3.3) men den tyska Förbundsarbetsdomstolen avvisade kategoriskt detta åberopande utan att ens bemöta det i sak. Samma ståndpunkt intog den franska

520 Beslut Dnr ANM 2009/103, 30 november 2010. Uttalandena finns i proposition 2007/08:95 "Ett starkare skydd mot diskriminering" som innehåller förslaget till den nuvarande Diskrimineringslagen 2008.

521 Det nu sagda har stöd i uttalanden i *fallet Dahlab, den muslimska lärarinnan*, Konventionen 14.

522 De enda undantagen avser *fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8) och det däri refererade avgörandet 24949/94, Konttinen mot Finland. Där bortsågs emellertid från den religiösa faktorn.

domstolen i *fallet Dalila Tahri* (avsnitt 3.4.2). Detta innebär i sin tur att privat verksamhet inte är underkastad den begränsning att utforma verksamheten som neutralitetskravet innebär. Fältet är öppet för religiös utformning av verksamheten, inom ramen för Artikel 9 Europakonventionen. Ytterligare en begränsning är att arbetsgivare ansvarar för att "arbetsförhållandena ska lämpa sig för alla" i bland annat religiöst avseende enligt 3 kapitlet 4 § Diskrimineringslagen. Privata skolor har ett motsvarande ansvar gentemot elever enligt 3 kapitlet 14 § Diskrimineringslagen.

En andra skillnad är att det i privat verksamhet inte finns något rättsligt ansvar för att värna om det demokratiska och pluralistiska samhället.

En tredje skillnad är att det i privat verksamhet inte finns något rättsligt ansvar för att säkerställa allmän ordning och säkerhet.

Den första skillnaden innebär som sagts att privat verksamhet kan tillåta religiöst motiverat beteende i en omfattning som inte är möjligt i offentlig verksamhet. De två andra skillnaderna medför däremot begränsningar jämfört med offentlig verksamhet att förbjuda religiöst motiverade beteenden i verksamheten. I offentliga verksamheter har förpliktelsen att värna om det pluralistiska samhället och att säkerställa allmän ordning och säkerhet utgjort skäl att förbjuda religiöst motiverat beteende. I privat verksamhet kan detta endast ske i begränsad omfattning. Särskilt i skol- och annan undervisningsverksamhet gör sig dock intresset att upprätthålla ordning och säkerhet gällande i betydande grad. Här finns knappast någon skillnad mellan offentlig och privat verksamhet.

I privat verksamhet har arbetsgivaren (skolan) om långtgående rätt att leda och fördela arbetet och att som en följd av detta utforma verksamheten efter egna önskemål. Det är tillåtet för privata arbetsgivare att av affärsmässiga hänsyn utforma arbetsplatsen på det sätt som arbetsgivaren önskar. Arbetsgivaren kan vilja ge arbetsplatsen en viss stil.[523]

Sammanfattningsvis betyder det nu sagda att utrymmet för iögonfallande religiöst motiverade beteenden är avsevärt större i privat än i offentlig verksamhet. Det kan däremot inte göras mindre eftersom Europakonventionens normer är tillämpliga även i privat verksamhet.[524]

Vid de avvägningar som fordras för att bestämma utrymmet i det enskilda fallet för iögonfallande religiöst motiverade manifestationer berörs alla sju persongrupperna i analysmodellen i avsnitt 6.2. I detta hänseende råder överensstämmelse med

523 Denna aspekt diskuteras av den tyska Förbundsarbetsdomstolen i fallet *den muslimska försäljerskan*, avsnitt 3.3.3. Den har även haft stor betydelse för rättsutvecklingen i Danmark; se avsnitt 3.6.

524 Se vidare avsnitt 4.9.

offentlig verksamhet. Detsamma kan vara fallet med de intressen som dessa persongrupper har och angelägenhetsgraden (intensiteten).

Skillnader finns dock mellan privat och offentlig verksamhet. En skillnad avser det intresse som den privata respektive offentliga verksamheten har. Som angetts i föregående avsnitt kan den offentliga verksamhetsansvarige ha intressen av religionsfrihetsrättslig art av samma hierarkiska rang som den enskilde arbetstagaren (eleven) som vill iaktta ett religiöst motiverat beteende. I privat verksamhet är detta knappast fallet. Här är intresset väsentligen eller "enbart" av affärsmässig art, rätten att driva näringsverksamhet och att självständigt utforma den. Detta intresse har lägre hierarkisk rang än religionsfrihetsintresset.[525] I mötet mellan arbetstagaren (eleven) och arbetsgivaren (skolan) borde därför i detta hänseende religionsfrihetsintresset i princip ges företräde (ruta 2 Kolumn 2 i analysmodellen avsnitt 6.2).

En annan skillnad mellan privat och offentlig verksamhet är att den privata verksamheten i betydligt större utsträckning är beroende av reaktioner från övriga berörda persongrupper, främst andra anställda, kunder och andra affärskontakter (personkretsarna i rutorna 2–4 i kolumn 1 i analysmodellen). Detta är ett beroende som i hög grad påverkar angelägenhetsgraden hos arbetsgivarens näringsfrihetsintresse. Annorlunda uttryckt kan arbetsgivarens intresse av verksamhetens behöriga bedrivande ha mycket hög angelägenhetsgrad till följd av övriga persongruppers reaktioner på iögonfallande religiöst motiverat beteende. Denna aspekt har haft stor betydelse i Danmark. Den har påverkat rättsutvecklingen där och lett till att arbetsgivare i långtgående grad kan bestämma om personalens klädsel utan att religionsfrihetsintresset anses kränkt. Krav ställs på reglerna. Som konstaterades i den avslutande kommentaren i avsnitt 3.6.3 är emellertid dessa krav sådana att en aktsam arbetsgivare i allmänhet kan räkna med att omsorgsfullt utarbetade klädesregler som tillämpas konsekvent är tillåtliga.

I de två fall som finns i praxis bortsågs helt från den religiösa faktorn.[526] Uppmärksamheten var helt inriktad på verksamhetsintresset. Det kan dock inte gärna vara så att utgången i dessa avgöranden skall vara styrande. Avgörandet i *fallet den muslimske läraren* (Konventionen 4) synes bättre svara på frågan om avvägningen mellan den enskildes önskan att iaktta ett iögonfallande religiöst motiverat beteende och verksamhetsintresset. Avgörandet vilar på principen att religionsfrihetsintresset skall vara styrande under förutsättning att det inte förorsakar "allvar-

525 Denna aspekt uppmärksammas och diskuteras av den tyska Förbundsarbetsdomstolen i fallet *den muslimska försäljerskan*, avsnitt 3.3.3.

526 *Fallet den kristna resebyråchefen* (Konventionen 8) och det där samtidigt behandlade målet 24949/94, Konttinen mot Finland, beslut 3 december 1996, opublicerat.

liga svårigheter" ("serious difficulties"). Det är möjligt att den måttstock som här användes kan tjäna som allmän princip i förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Arbetstagare kan påräkna utrymme även för iögonfallande religiöst motiverade kläder, klädesplagg eller utsmyckningar så länge dessa inte förorsakar "allvarliga svårigheter" för arbetsgivaren. Principen kan användas även i skolan och annan undervisningsverksamhet.

Som exempel kan hänvisas till en utredning som Skolverket gjorde rörande tillåtligheten av ett förbud för en elev vid friskolan Minervaskolan i Umeå att bära muslimsk slöja/sjal.[527] Skolverket granskade förbudet och bedömde det med ledning av den svenska skollagen (9 kapitlet 2 §, öppenhetskravet för fristående skolor) och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever. Skolverket påpekade att enligt den svenska regeringsformen (2 kapitlet 23 §) får inte i lag eller annan föreskrift meddelas bestämmelse i strid med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen. Skolverket uppmärksammade ett avgörande i Europadomstolen (*fallet Leyla, den muslimska studentskan*, Konventionen 16). Skolverket kom till slutsatsen att förbudet stred mot öppenhetskravet i skollagen och att det innefattade indirekt diskriminering av eleven. Skolverket beaktade emellertid inte praxis rörande den negativa religionsfriheten som andra berörda har (till exempel andra elever eller deras föräldrar) och denna negativa religionsfrihets betydelse för tillåtligheten att bära iögonfallande religiöst motiverade klädesplagg. Inte heller behandlades genderjämlikheten, en viktig komponent i praxis. Slutsatserna i utredningen vilar därför inte på de hierarkiskt överordnade reglerna i praxis rörande Europakonventionen.[528]

Som tidigare sagts är arbetsgivares och skolors situation här, liksom i offentlig verksamhet, dock i hög grad beroende av reaktioner från andra persongrupper, främst andra anställda, andra elever, elevers föräldrar, kunder och andra affärskontakter.

Vid avvägningen vilka iögonfallande religiöst betingade beteenden som kan komma ifråga inom privat verksamhet skall nämligen även andra persongrupper beaktas. Övriga anställda (eller elever) kan till exempel utsättas för den iögonfallan-

527 Promemoria 2007-01-23, Dnr 52-2006:2782.

528 Utredningen har heller inte uppmärksammat hur den muslimska huvudduken betraktats i praxis enligt Europakonventionen. Praxis innebär att det inte med bestämdhet kan sägas att bärandet av muslimsk huvudbonad uppfyller det krav på "mycket nära samband" till religionen som fordras för skydd enligt Europakonventionen; Arrowsmithprincipen (Konventionen 3, Appendix II). I praxis har ett sådant samband visserligen antagits men de avgöranden där så skett har ändå undantagslöst inneburit att förbud mot huvudduken godtagits med stöd av Europakonventionen. Se i praxis Konventionen fallen 7, 14, 16, 17 och 19 samt i tysk praxis *fallet Ludin*, avsnitt 3.3.2.1.

de religiösa manifestationen på sätt som kränker deras negativa religionsfrihet. Dessa anställdas (eller elevers) intresse är i sådant fall av samma hierarkiska rang som den berörda arbetstagaren (eleven)(ruta 2 Kolumn 2 i analysmodellen). Även angelägenhetsgraden kan vara lika påtaglig för dessa andra anställda (elever) som för den berörda arbetstagaren (eleven). I situationer av denna art har i praxis utan undantag det positiva religionsfrihetsintresset att manifestera iögonfallande religiöst motiverat beteende fått vika för det negativa religionsfrihetsintresset.[529]

Liksom i offentlig verksamhet måste sålunda även i privat verksamhet göras avvägningar i varje enskilt fall. Principen "allvarliga svårigheter" kan vara vägledande som yttersta avvägningsfaktor.

Innebär detta att kors som bärs som utsmyckning kan förbjudas? Svaret blir i privat verksamhet detsamma som i offentlig verksamhet. Kors som personlig utsmyckning har i princip förlorat sitt religiösa innehåll. Små smyckekors har dessutom föga synlighet och kan därmed bortses ifrån. Allt detta innebär att de kan bäras. Undantag kan tänkas om korset till sin utformning kommer att få en påtaglig och synlig prägel av religiös manifestation.

Avslutningsvis skall hänvisas till Europarådets resolution "Women and religion in Europe" 2005. Som framgår flerstädes i avsnitt 5.6 och i avsnitten 6.3.8.1 och 6.3.8.2 innebär resolutionen ett kraftfullt avståndstagande från allt särskiljande mellan kvinnor och män. Kläder nämns särskilt. Om Europarådets uppfordringar till medlemsländerna följs eller om Europadomstolen utformar praxis i enlighet med resolutionen blir resultatet att religiöst motiverad klädsel i det offentliga rummet, inklusive arbetsplatser och skolor, i stort sett skall försvinna helt och hållet.

529 Se främst avsnitten 4.3 och 4.16.2.

Källor

Europarådet (Council of Europe)

Religion and democracy: Report. Committee on Culture and Education 27 November 1998, document 8270, Explanatory memorandum by Mr de Puig, Introduction.

Recommendation 1396 (1999) Religion and Democracy

Recommendation 1202 (1993) on religious tolerance in a democratic society.

Resolution 1464 (2005), Women and religion in Europe

Resolution 1763 (2010), The right to conscientious objection in lawful medical care

Rättsfall Avdelning I

I boken refererade avgöranden

Europakommissionen

Konventionen 1/ X mot Danmark, mål 7374/76, beslut 8 mars 1976, D&R 5 s 157, *prästfallet*

Konventionen 2/ X mot Storbritannien, mål 7992/77, beslut 17 juli 1978, D&R 14 s 234, *turbanfallet*

Konventionen 3/ Arrowsmith mot Storbritannien, mål 7050/75, beslut 12 oktober 1978, D&R 19 s 5, *fallet Arrowsmith, flygbladsfallet*

Konventionen 4/ Ahmad mot Storbritannien, mål 8160/78, beslut 12 mars 1981, D&R 22 s 27, *fallet den muslimske läraren, fredagsbönen*

Konventionen 5/ C mot Storbritannien, mål 10358/83, beslut 15 december 1983, D&R 37 s 142, *skattefallet*

Konventionen 6/ Yanasik mot Turkiet, mål 14524/89, beslut 6 januari 1993, D&R 74 s 14, *fallet Yanasik*

Konventionen 7/ Karaduman mot Turkiet, mål 16278/90, beslut 3 maj 1993, D&R 74 s 93; *fallet Karaduman, den muslimska studentskan*

Konventionen 8/ Louise Stedman mot Storbritannien, mål 29107/95, beslut 9 april 1997, D&R 104 s 89-A (1997), *fallet den kristna resebyråchefen, söndagsledighet*

Europadomstolen

Konventionen 9/ Kokkinakis mot Grekland, dom 25 maj 1993, ECHR Reports 260-A; *fallet Kokkinakis, negativ religionsfrihet*

Konventionen 10/ Kalaç mot Turkiet, dom 1 juli 1997, ECHR Reports 1997-IV; *fallet Kalaç*

Konventionen 11/ Larissis och andra mot Turkiet, dom 24 februari 1998, ECHR Reports 1998-I, *fallet Larissis*

Konventionen 12/ Buscarini och andra mot San Marino, dom 18 februari1999, ECHR Reports 1999-I, *fallet Buscarini, edsavläggande*

Konventionen 13/ Cha'are Shalom VE Tsedek mot Frankrike, dom 27 juni 2000, ECHR Reports 2000-VII, *fallet Cha'are, fallet kosherslakt*

Konventionen 14/ Dahlab mot Schweiz, dom 15 februari, 2001, ECHR Reports 2001-V), *fallet Dahlab, den muslimska lärarinnan*

Konventionen 15/ Refah Partisi och andra mot Turkiet, dom 13 februari 2003, ECHR Reports 2003 – II, *fallet Refah Partisi, politiska partiet*

Konventionen 16/ Leyla Sahin mot Turkiet, dom 10 november 2005, ECHR Reports 2005-XI, *fallet Leyla, den muslimska studentskan*

Konventionen 17/ Kurtulmus mot Turkiet, mål 65500/01, dom 24 januari 2006, ECHR Reports 2006-II, *fallet Kurtulmus, den kvinnliga muslimska professorn*

Konventionen 18/ Kosteski mot Makedonien, mål 55170/00, dom 13 april 2006, ej publicerat, *fallet Kosteski, muslimska helgdagar*

Konventionen 19/ Dogru mot Frankrike, mål 27058/05, slutlig dom 4 mars 2009 Kervanci mot Frankrike, mål 31645/04, dom (på franska) 4 mars 2009, ännu ej publicerade, *fallet Dogru, den muslimska skolflickan*

Konventionen 20/ Lautsi mot Italien, mål 30814/06, dom 3 november 2009, hänskjutet till Plenum, ännu ej publicerat, *fallet Italiens skolrumskrucifix*

Konventionen 21/ Ahmet Arslan och andra mot Turkiet, mål 41135/98, dom (på franska) 23 februari 2010, ansökan att få målet hänskjutet till Plenum; *fallet Ahmet,*

Sverige

Sverige 1/ Högsta domstolen, NJA 2005 s 805, *fallet pastor Gren*

Sverige 2/ Arbetsdomstolen 2005 nr 21, *fallet äldreaktiveraren*

Sverige 3/ Stockholms tingsrätt, T 7324/08, dom 2 februari 2010, *handskakningsfallet*

Europeiska unionen

EU 1/ Vivienne Prais mot Europeiska gemenskapernas råd, mål 130/75, REG 1976 s 1589, *fallet Prais*

Tyskland

Tyskland 1/ Federala Författningsdomstolen (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG 93, 1 BvR 1087/91, 16. Mai 1995), *fallet Bayerns skolrumskrucifix*

Tyskland 2/ Federala Författningsdomstolen (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, 2 BvR 1436/02, 24. September 2003), *fallet Ludin*

Tyskland 3/ Federala Arbetsdomstolen (*Bundesarbeitsgericht*, 2 AZR 472/01, 10. Oktober 2002), *fallet den muslimska försäljerskan*

Frankrike

Frankrike 1/ La Cour d'Appel de Paris, 15 juin 2003, Tahri v. Téléperformance, RJS 2003/767, *fallet Dalila Tahri*

Schweiz

Bundesgericht (Tribunal Fédéral, Högsta domstolen), Arrêts du Tribunal Fédéral, BGE volume 116 I 252, 26 september 1990; *fallet krucifix i schweiziska skolrum.* Domen är avfattad på italienska med slutsatserna i punktform på franska och tyska. Domen finns i en officiell tysk översättning i Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991 s 89 ff.

Bundesgericht (Tribunal Fédéral, Högsta domstolen), Arrêts du Tribunal Fédéral BGE 123 I 296, 12 november 1997, lärarinna med muslimsk huvudduk (se i referatet av *fallet Dahlab*, Konventionen 14)

Danmark

Danmark 1/ Östre Landsret, 10 augusti 2000, Ugeskrift for Retsvaesen 2000/2, domssamling s 2350 *fallet den muslimska skolpraktikanten*

Danmark 2/ Höjesteret, HD, 21 januari 2005, Ugeskrift for Retsvaesen 2005/2, domssamling s 1266, *fallet den muslimska varuhusanställda*

Rättsfall avdelning II

I boken inte särskilt refererade avgöranden

Europakommissionen

Mål 7291/75, X mot Storbritannien, D&R 11 (1978) 137
Mål 8741/79, X mot Tyskland, D&R 24 (1981) 135
Mål 10491/83, Angeleni mot Sverige, D&R 51 (1990) 136
Mål 10678/83, V mot Nederländerna, D.R 39 (1984) 41
Mål 11045/84, Knudsen mot Norge, D&R 42 (1985) 31
Mål 11308/84, Vereinigung Rechtswinkels Utrecht mot Nederländerna, D&R 46 (1986) 41
Mål 11567/85 och 11568/85, Le Cour Grandmaison och Fritz mot Frankrike, D&R 53 (1991) 136
Mål 12356/86 Karlsson mot Sverige, D&R 57 (1988) 31
Mål 16311/90, 16312/90 och 1613/90, Hazar, Hazar och Acik mot Turkiet, D&R 51 (1994) 136
Mål 19459/92, F.P. mot Tyskland, beslut 29 mars 1993, opublicerat 135, 136
Mål 22838/93, Van den Dungen mot Nederländerna, D&R 80-A (1995) 34, 41, 43
Mål 24949/94, Konttinen mot Finland, beslut 3 december 1996, opublicerat 47, 136

Europadomstolen

Mål 7601/76 och 7806/77, Young, James och Webster mot Storbritannien, Series A 44 (1981) 169, 235
Mål 7511/76 och 7743/76, Campbell och Cossans mot Storbritannien, Series A 48 (1982) 136
Mål 9697/82, Johnston m.fl. mot Irland, Series A 112 (1987) 136
Mål 13470/87, Otto-Preminger-Institut mot Österrike, Series A 295 (1994) 169, 201, 235
Mål 133/96, United Communist Party of Turkey och andra mot Turkiet, ECHR Reports 1998-I 59
Mål 38178/97, Serif mot Grekland, ECHR Reports 1999-IX 206, 207
Mål 41754/98, Johannische Kirche och Peters mot Tyskland, ECHR Reports 2001-VIII 140
Mål 49853/99, Pichon och Sajous mot Frankrike, ECHR Reports 2001-X 41, 140, 251
Mål 50776/99 och 52912/99, Agga mot Grekland, dom 17 oktober 2002, opublicerad 207

Mål 26625/02, Köse och 93 andra mot Turkiet, beslut 24 januari 2006, No 82, ECHR Reports 2006-II 70, 144, 182
Mål 14618/03 Blumberg mot Tyskland, beslut 18 mars 2008, No. 106 136
Mål 35753/03, Phull mot Frankrike, ECHR Reports 2005-I 33, 74
Mål 19516/06, Alexandridis mot Grekland, dom 21 februari 2008, No. 105 51, 147
Mål 24479/07 Mann Singh mot Frankrike, beslut 13 november 2008, No 113 33, 141
Gemensamt pressmeddelande 17 juli 2009 avseende sex samma dag meddelade beslut i mål mot Frankrike avseende avstängning från skola av kvinnliga muslimska elever och manliga sikhiska elever som vägrade att taga av sig huvudduk respektive turban i skolan, mål 43563/08 Aktas, mål 14308/08 Bayrak, mål 18527/08 Gamaleddyn, mål 29134/08 Ghazal, mål 25463/08 J Singh och mål 27561/08 R Singh. 75

Sverige
Högsta domstolen
NJA 1999 s 556, olaga diskriminering, 16:9 Brottsbalken 21, 211, 225
Arbetsdomstolen
AD 1929 nr 29, arbetsskyldighetens omfattning 252
AD 1986 nr 11, "turbanmålet" 27, 240
Stockholms tingsrätt
T 3-107/87, DT 536/87, dom 11 juni 1987, "turbanmålet" 27

EU-domstolen
Mål C-84/94 Storbritannien mot Europeiska unionens råd, ECR I-5755 (1996), arbetstidsdirektivet 16

Tyskland
Bundesverfassungsgericht (Förbundsförfattningsdomstolen), BVerfG 35, 366 (1974). Se *fallet Bayerns skolrumskrucifix* (Tyskland 1) och *fallet schweiziska skolrumskrucifix* 96, 126
Bundesverfassungsgericht (Förbundsförfattningsdomstolen), 1 BvR 2858/07, 1 december 2009, affärsöppethållande på adventssöndagarna 16
Bundesverwaltungsgericht (Förbundsförvaltningsdomstolen), BVerwG 2 C 21.01, 4 juli 2002 (se vidare *fallet Ludin*, Tyskland 2, avsnitt 3.3.2.1) 208

Verfassungsgerichtshof Bayern (Författningsdomstolen i Bayern), Bay VerfGH, dom 1 augusti 1997, krucifix i skolrum i Bayern (se vidare i referatet *fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 1). Domen finns återgiven i Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1997 s 447 ff. 100

Verfassungsgerichtshof Bayern (Författningsdomstolen i Bayern), Bay VerfGH 60, 1, 15 januari 2007, (se avsnitt 3.3.2.2) 110

Verwaltungsgericht Regensburg (Förvaltningsdomstolen Regensburg), BayVBl 1991, s 345 (se vidare *fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 1) 94

Verwaltungsgericht Augsburg (Förvaltningsdomstolen Augsburg), 14 augusti 2008, Au 2 K 07.347 (se vidare i referatet *fallet Bayerns skolrumskrucifix*, Tyskland 1) 101

Frankrike

Cour de Cassation, chambre social, 28 mai 2003, Montribot v. SAGEM 122

Le Conseil d'État, Avis du 27 novembre 1989, 346.893. Se *fallet Dogru* och *fallet Kervanci*, Konventionen 19 120

Le Conseil d'État, Avis du 3 mai 2000, 217.017 120

Cour Administrative d'Appel de Lyon, 27 novembre 2003, 03LYO1392, IR 32, Nadjet Ben Abdallah 122

USA

US Supreme Court, Stone versus Graham, 449 US 39 (per curiam, 1980) 126

US Supreme Court, Lynch versus Donelly, 465 U.S. 668 (1984) 216

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Newdow versus U.S. Congress, 292 F 2d 597 (2002) 216

Litteratur (böcker, artiklar, rapporter)

Ahrén, Per-Olof, Stat och trossamfund i Sverige efter den 1 januari 2002. *Ingår i* Christoffersen, Lisbet, redaktör, Samfundsvidenskabelige syn på det religiöse (Jurist-og Ökonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2001)

Altiparmark, Kerem & Karahanogullari, Onur, After *Sahin*: The debate on headscarves is not over, Leyla Sahin v.Turkey, *European Constitutional Law Review*, 2006, s 268

Bauhn, Per, & Demirbag-Sten, Dilsa, Till frihetens försvar. En kritik av den normativa multikulturalismen (Norstedts, 2010)

Bernitz, U, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, *Juridisk Tidskrift* 1994–95

Berthou, Katell, The Issue of the *Voile* in the Workplace in France: Unveiling Discrimination, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, volume 21 (2005)

Buruma, Ian, Taming the Gods: Religion and Democracy on Three Continents (Princeton University Press 2010, svensk översättning Emili André *Att tjäna gudarna – Om religion och demokrati*, Natur och Kultur, 2010)

Cameron, Ian, An Introduction to the European Convention on Human Rights (5th Revised Edition, Iustus Förlag 2006)

Chahrokh, Halel, se Human Rights Watch

Christoffersen, Lisbet, Modéer, Kjell Å & Andersen, Svend, editors, Law & Religion in the 21st Century – Nordic Perspectives (Djöf Publishing, Copenhagen 2010)

Corell, Hans, Sverige och Europakonventionen: *Ingår i* Gustaf Petrén. Minnesskrift den 3 juni 1991(Medborgarrättsrörelsen ISBN 91-630-1352-5)

Cumper, Peter, The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century, *Law and Religion – Current Legal Issues 2001*, Volume 4, O'Dair, R, and Lewis, A, editors (Oxford University Press, 2001)

Danelius, Hans Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (tredje upplagan, Norstedts Juridik, 2007)

Discrimination in the Name of Neutrality, se Human Rights Watch

Evans, Carolyn, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights (Oxford University Press, 2001)

" – ", Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception. *In*: Religion and International Law, Janis, Mark W, & Evans, Carolyn (editors; Martinus Nijhoff Publishers, 1999)

Evans, Malcolm, Manual on wearing of religious symbols in public areas (Council of Europe Publishing, ISBN 978-871-6616-6, 2009)

" – ", Religious liberty and international law in Europe (Cambridge University Press, 1997)

Fahlbeck, Pontus, Regeringsformen i historisk belysning (Norstedt & Söners förlag, 1909)

Fahlbeck, Reinhold, Ora et Labora – Bed och arbeta. Om religionsfrihet i arbetslivet, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2002. En kortversion av denna artikel finns i Mänskliga rättigheter – Från forskningens frontlinjer, redaktörer Diana Amnéus & Göran Gunner (Iustus, 2003)

" – ", Ora et Labora – On Freedom of Religion at the Work Place: A Stakeholder cum Balancing Factors Model, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 20, 2004

" – ", Ora et Labora: Clash of Civilisations?, *Festschrift to Bill Dufwa*, 2006. En kortversion på svenska av denna artikel finns i Mänskliga rättigheter och Samhällets skyldigheter, redaktörer Göran Gunner & Anders Mellbourn (Ordfront, 2005).

" – ", Fahlbeck, Reinhold, Vägrat handslag faller inte under religionsfrihet, *Svenska Dagbladet* 2010-02-24 ("understreckare")

Fura, Elisabet, Europarådsarbetet under Europakonventionen, systemets uppbyggnad och en kort historisk bakgrund. *Ingår i* Mänskliga rättigheter – juridiska perspektiv (Lundberg, Anna, redaktör, Liber 2010)

Gardell, Mattias, Oseriös rapport om Rosengård, *Svenska Dagbladet* 2009-02-06 ("Brännpunkt")

Gunner, Göran, Att slakta ett får i Guds namn – om religionsfrihet och demokrati, (Demokratiutredningens betänkande, SOU 1999:9)

Gunner, Göran, & Namli, Elena, redaktörer, Allas värde och lika rätt. Perspektiv på mänskliga rättigheter (Studentlitteratur, 2005)

Gunner, Göran – Spiliopoulou Åkermark, Sia, Mänskliga rättigheter – Aktuella forskningsfrågor (Iustus, 2001)

Gunner, Göran, & Mellbourn, Anders, redaktörer, Mänskliga rättigheter och Samhällets skyldigheter (Ordfront, 2005)

Göransson, Håkan, & Karlsson, Anders, Diskrimineringslagarna (3 upplagan, Norstedts Juridik, 2004)

Göransson, Håkan Gabinus, Flemström, Stefan, & Slorach, Martina, Diskrimineringslagen (Norstedts Juridik, 2009)

Hicks, Douglas A, Religion and the Workplace: Pluralism, Spirituality, Leadership (Cambridge University Press, 2003)

Hjärpe, Jan, Rättsteologi. *Ingår i* Rättsteologi – ett seminarium för inventering och analys, redaktör Sven-Åke Selander, Lunds universitet, Centrum för teologi och religionsvetenskap – Kyrkovetenskap, 2002

Human Rights Watch, Discrimination in the Name of Neutrality. Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany (Report 1-56432-441-9, February 2009, researched and written by Halel Chahrokh, ISBN 1-56432-441-9)

Huntington, Samuel, The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order (Simon & Schuster, New York, 1996)

Ignatieff, Michael, Human Rights as Politics and Idolatry (Princeton University Press, 2001)

Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights, Fifth Edition by Robert C. A. White, Clare Ovey and Francis Geoffrey Jacobs (Oxford University Press, 2010)

Janis, Mark W, & Evans, Carolyn, editors, Religion and International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 1999)

Laïcité et République, Rapport au Président de la République, Commission présidé par Bernard Stasi (Documentation française, Paris 2004)

Lewis, Tom, 2007. What not to wear: Religious rights, the European Court, and the margin of appreciation, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 56, s 395–414

Lyon, Dawn – Spini, Debora, 2004. Unveiling the headscarf debate, *Feminist Legal Studies*, Volume 12 Number 3, s 333–345.

Marshall, Jill, 2006. Freedom of Religious Expression and Gender Equality: Sahin v Turkey, *The Modern Law review*, Volume 69, s 452–561

Martinez-Torrón, Javier, Human Rights and Religion. *Ingår i* Law and Religion – Current Legal Issues 2001, Volume 4, O'Dair, R, and Lewis, A, editors (Oxford University Press, 2001)

Modéer, Kjell Å, Law and Religion: Rätt och religion. En översikt av en senmodern rättsvetenskaplig diskurs, *Retfaerd, Nordisk juridisk tidsskrift* 2004:4

- " -, Rättsteologi som rättskultur. Ett senmodernt sätt att förklara rättens djupa struktur. *Ingår i* Rättsteologi – ett seminarium för inventering och analys, redaktör Sven-Åke Selander, Lunds universitet, Centrum för teologi och religionsvetenskap – Kyrkovetenskap, 2002

Palm, Elisabeth, Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna, *Juridisk Tidskrift* 2003-04, s 739–749

Ranstorp, Magnus, & Dos Santos, Josefine, Hot mot demokrati och värdegrund – en lägesbild från Malmö. Centrum för Asymetriska Hot och TerrorismStudier (CATS och Försvarshögskolan Rapport 2009-01-28)

Religious Expressions in the Workplace – Religion in the Workplace. Proceedings from a Conference co-hosted by the University of Illinois' Program in Comparative Labor and Employment Law & Policy and the University of Nantes' Institute for Advanced Studies, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 30, Number 3 (2009; med bland annat länderrapporter från Canada, France, Germany, Turkey, United Kingdom och United States)

Ret og religion i en nordisk kontekst, temanummer i tidskriften *Retfaerd, Nordisk juridisk tidskrift* 2004:4

Reuterskiöld, Carl Axel, Vår Regeringsforms Magna Charta, Statsvetenskaplig Tidskrift 1899, s 71–85

Rorive, Isabelle, 2009. Religious symbols in the public space: In search for a European answer, *Cardozo Law review*, Volume 30, s 2669–2699

Roth, Hans Ingvar, Diskriminering (Natur och Kultur, 2008)

" – ", Vad är mänskliga rättigheter? (SNS Förlag, 2007)

Rättsteologi – ett seminarium för inventering och analys, redaktör Sven-Åke Selander, Lunds universitet, Centrum för teologi och religionsvetenskap – Kyrkovetenskap, 2002

Sarkozy, Nicolas, La République, les Religions, l'Espérance. Entretiens avec Thibaud Collin et Philippe Verdin (Les Èditions du Cerf, Paris, 2004)

Schiek, Dagmar, 2004. "Just a Piece of Cloth? German Courts and Employees with Headscarves", *Industrial Law Journal*, Volume 33 Number 1, s 68–73

Stasi, Bernard, se Laïcité et République

Strömberg, Håkan, Religion och mänskliga rättigheter, *Juridisk Tidskrift* 2001-02

Sundberg, Halvar G F, Kyrkorätt (Institutet för offentlig och internationell rätt, 1948)

Van Dijk, Pieter, med flera, Theory and Practice of the European Convention of Human Rights (fjärde upplagan, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006).

Vickers, Lucy, Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law (European Commission 2007, ISBN 92-79-03114-7)

" – ", Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace (Hart Publishing, Oxford, UK, 2008)

Vogel, Hans-Heinrich, Religion, Belief and Private School Education under the European Convention of Human Rights – A Brief outline of the Law, *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, 2005

Westregård, Annamaria, Integritetsfrågor i arbetslivet (Juristförlaget i Lund, 2002)

Wrench, John, European Compendium of Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace (Office for Official Publications of the European Communities, 1997, ISBN 92-828-1960-4. Finns tillgänglig på Nätet på www.eurofound.ie/publications).

Appendix I

Utdrag ur dokument från Europarådet (Council of Europe):

1/ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1202 (1993) on religious tolerance in a democratic society

9. There is a recognizable crisis of values (or rather the lack of them) in present day Europe. The pure market society is revealed as inadequate as was communism for individual well-being and social responsibility. The recourse to religion as an alternative has, however, to be reconciled with the principles of democracy and human rights.

14. The universal importance of religious freedom .... has to be affirmed. This freedom is rooted in the dignity of man and its realization implies the realization implies the realization of a free democratic society.

16. The Assembly recommends that the Committee of Ministers call upon the governments of the member states, the European Community as well the responsible authorities and organizations:

Legal guarantees and their observance

i. –

ii. to allow for flexibility in the accommodation of different religious practices (for example in dress, eating and observance of holy days);

2/ Council of Europe, Religion and democracy, Report, Committee on Culture and Education, 27 November 1998, document 8270, Explanatory memorandum by Mr LLuis Maria de Puig, Introduction.

Draft recommendation

1. –

5. Democracy and religion need not be incompatible. Quite the opposite. Democracy has proved to be the best framework for freedom of conscience, the exercise of faith and religious pluralism. For its part, religion, through its moral and ethical commitment,

the values it upholds, its critical approach and its cultural expression, can be a valid partner of democratic society.

6. Democratic states, whether secular or linked to a religion, must allow all religions to develop in the same conditions, and enable them to find an appropriate place in society.

–

13. The Assembly consequently recommends that the Committee of Ministers invite the governments of the member states:

    i. to guarantee freedom of conscience and religious expression for all citizens and, in particular, to:

        a. safeguard religious pluralism by allowing all religions to develop in identical conditions;

        b. facilitate, within the limits set by in the European Convention on Human Rights, the observation of religious rites and customs, for example with regard to marriage, dress, holy days (with scope for adjusting leave) and military service;

        c. –

        d. ensure freedom and equal rights of education to all citizens regardless of their religious belief, customs and rites relating to clothing, such as wearing or not head scarves;

        e. –

Page 11: Only democracy is capable of guaranteeing the exercise of religion, at the same time respecting both every individual and the religious community. Believers must, for their part, be aware that no religious dogma of any kind should ever contradict the values of humanism which are the basis of the legal and social structure of democracy.

3/ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Religion and Democracy, Recommendation 1396 (1999)

(3) – Extremism is not religion itself, but a distortion or perversion of it. None of the great-old religions preaches violence. Extremism is a human invention that diverts religion from its humanist path to make it an instrument of power.

(4) It is not up to the politicians to decide on religious matters. As for religions, they must not try to take the place of democracy or grasp political power; they must respect the definition of human rights, contained in the Convention on Human Rights, and the rule of law.

(5) Democracy and religion need not be incompatible: quite the opposite. Democracy has proved to be the best framework for freedom of conscience, the exercise of faith and religious pluralism. For its part, religion, through its moral and ethical commitment, the values it upholds, its critical approach and its cultural expression, can be a valid partner of democratic society.

(6) Democratic states, whether secular or linked to a religion, must allow all religions that abide by the conditions set out in the European Convention on Human Rights to develop under the same conditions, and enable them to find an appropriate place in society.

(8) – In a democratic system, politicians have a duty to prevent an entire religion from being associated with actions carried out, for instance by fanatical religious minorities.

(9) Religious extremism that encourages intolerance, prejudice and/or violence is also a symptom of a sick society and poses a threat to a democratic society. As it compromises public order, it must be fought with those means in conformity with the rule of law, and as it is an expression of a social malaise, it can only be combated if the authorities tackle society's real problems.

13. The Assembly consequently recommends that the Committee of Ministers invite the governments of the member states:

    i. to guarantee freedom of conscience and religious expression within the conditions set out in the European Convention on Human Rights for all citizens and, in particular, to

        a. safeguard religious pluralism by allowing all religions to develop in identical conditions;

        b. facilitate, within the limits set out in Article 9 of in the European Convention on Human Rights, the observation

of religious rites and customs, for example with regard to marriage, dress, holy days (with scope for adjusting leave) and military service;

c. –

d. –

e. –

ii. –

iii. –

iv. to promote the cultural and social expression of religions and, in particular, to:

a. –

b. –

c. safeguard cultural traditions and different religious festivals;

d. encourage the social and charitable work undertaken by religious communities and organizations;

e.

f. ensure freedom and equal rights of education to all citizens regardless of their religious belief, customs and rites relating to clothing, such as wearing or not head scarves;

4/ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Women and religion in Europe, Resolution 1464 (2005)

1. In the lives of many European women, religion continues to play an important role. Whether they are believers or not, most women are affected in one way or another by the attitude of different faiths towards women, directly or through their traditional influence on society or the State.

2. This influence is seldom benign: women's rights are often curtailed or violated in the name of religion. While most religions teach equality of women and men before God, they attribute different roles to women and men on earth. Religiously motivated gender stereotypes have conferred upon men a sense of super-

iority which has led to discriminatory treatment of women by men and even violence at their hands.

3. At one end of the spectrum lie the extreme violations of women's human rights such as so-called "honour" crimes, forced marriages and female genital mutilation, which – although still rare in Europe – are on the rise in some communities.

4. At the other end are more subtle and less spectacular forms of intolerance and discrimination which are much more widespread in Europe – and which can be just as effective in achieving the subjection of women, such as the refusal to put into question a patriarchal culture which holds up the role of wife, mother and housewife as the ideal, and the refusal to adopt positive measures in favour of women (for example, in parliamentary elections).

5. All women living in Council of Europe member states have a right to equality and dignity in all areas of life. Freedom of religion cannot be accepted as a pretext to justify violations of women's rights, be they open or subtle, legal or illegal, practised with or without the nominal consent of the victims – women.

6. It is the duty of the member states of the Council of Europe to protect women against violations of their rights in the name of religion and to promote and fully implement gender equality. States must not accept any religious or cultural relativism of women's human rights. They must not agree to justify discrimination and inequality affecting women on grounds such as physical or biological differentiation based on or attributed to religion. They must fight against religiously motivated stereotypes of female and male roles from an early age, including in schools.

7. The Parliamentary Assembly thus calls on the member states of the Council of Europe to:

   7.1. fully protect all women living in their country against all violations of their rights based on or attributed to religion by:

      7.1.1. putting into place and enforcing specific and effective policies to fight all violations of women's right to life, to bodily integrity, freedom of movement and free choice of partner, including so-called "honour" crimes, forced marriage and female genital mutilation, wherever and by whomever they are committed, however they are justified, and regardless of the nominal consent of the victim; this means that freedom of religion is limited by human rights;

7.1.2. refusing to recognise foreign family codes and personal status laws based on religious principles which violate women's rights, and ceasing to apply them on their own soil, renegotiating bilateral treaties if necessary;

7.2. take a stand against violations of women's human rights justified by religious or cultural relativism everywhere in the world, including in international fora such as the United Nations or the Inter-Parliamentary Union;

7.3. guarantee the separation between the Church and the State which is necessary to ensure that women are not subjected to religiously inspired policies and laws (for example, in the area of family, divorce, and abortion law);

7.4. ensure that freedom of religion and respect for culture and tradition are not accepted as pretexts to justify violations of women's rights, including when underage girls are forced to submit to religious codes (including dress codes), their freedom of movement is curtailed or their access to contraception is barred by their family or community;

7.5. where religious education is permitted in schools, ensure that this teaching is in conformity with gender equality principles;

7.6. take a stand against any religious doctrine which is antidemocratic or disrespectful of human rights, especially women's rights, and refuse to allow such doctrines to influence political decision making;

7.7. actively promote respect of women's rights, equality and dignity in all areas of life when engaging in dialogue with representatives of different religions, and work on achieving full gender equality in society.

Appendix II

Kokkinakis-principerna
(Kokkinakis mot Grekland, dom 25 maj 1993, 260-A ECHR, para 31; Konventionen 9)

31. As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been won over the centuries, depends on it.

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

"That freedom entails, inter alia, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion".[1]

1 Sista stycket har tillkommit i senare praxis; se referatet i avsnitt 2.2, Konventionen 9.

Appendix III

Arrowsmith-principen
(Denna återges här genom citat från domen Van den Dungen mot Nederländerna, Kommissionen mål 22838/93, beslut 22 februari 1995, D&R 80-A s 145.)

"The Commission recalls that Article 9 of the Convention primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the forum internum. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as worship or devotion which are aspects of practice of religion or belief in a generally recognised form (cf. No 11308/84, Dec. 13.4.86, D&R 46 p 200).

However, in protecting this personal sphere, Article 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief. The Commission has constantly held that the term 'practice' Article 9 para 1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief (cf. No 11308/84 supra; No 10358/83, Dec 15.12.83, D&R 37 p 142).

The Commission notes that the applicant's activities were primarily aimed at persuading women not to have an abortion. The Commission considers that the activities at issue do not constitute expression of belief within the meaning of Article 9 para 1 of the Convention".

Appendix IV

Utdrag ur Leyla Sahin mot Turkiet
(mål 44774/98, dom 10 november 2005; avsnitt 2.2, Konventionen 16)
(I domen förekommer riklig hänvisning till rättspraxis. Dessa hänvisningar återges här i förenklad och förkortad version.)

The Court's assessment
(i) General principles

104. The Court reiterates that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion (see, among other authorities *Kokkinakis* ... and *Buscarini*).

105. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to manifest one's religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Article 9 lists a number of forms which manifestations of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance (see, *mutatis mutandis*, Cha'are Shalom ...).

    Article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief (see, among other authorities, *Kalaç* ..., *Arrowsmith* ..., *C v. the United Kingdom*". (*skattefallet*, Konventionen 5, avsnitt 2.1.)

106. In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (see *Kokkinakis* ... § 33). This follows both from paragraph 2 of Article 9 and the State's positive obligation under Article 1 of the convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein.

107. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conductive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece* ... *Hasan and Chaush v. Bulgaria* ... *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* ...) and that it requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups... Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (see *Serif v. Greece* ...).

108. Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a 'democratic society'. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids the abuse of a dominant position (see, *mutatis mutandis, Young, James and Webster v. the United Kingdom* ...). Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (see, *mutatis mutandis,* ... *Refah Partisi* ...). Where these 'rights and freedoms' are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights and freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundations of a 'democratic society' (see ...).

109. Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (see, *mutatis mutandis, Cha'are Shalom Ve Tsedek* ..., and *Wingrove v. the United Kingdom* .... This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially (as the comparative-law materials illustrate – see paragraphs 55–65 above) in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of

the significance of religion in society (see *Otto-Preminger-Institut v. Austria* ...), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, *Dahlab v. Switzerland* ...). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (...). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context (see, *mutatis mutandis, Gorzelik and Others*, ..., and *Murphy v. Irland* ...).

110. This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see ...). In delimiting the extent of the margin of appreciation in the present case, the Court must have regard to what is at stake, namely the need to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society (see, *mutatis mutandis, Kokkinakis* ...).

111. The Court also notes that in the decisions in *Karaduman v. Turkey* (...) and *Dahlab* the Convention institutions found that in a democratic society the State may limit the freedom to manifest a religion, for example by wearing an Islamic headscarf if it was incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety. In *Karaduman*, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who did not practice their religion or who belonged to another religion were not considered to constitute interference for the purpose of Article 9 of the Convention. Consequently, it is established that institutions of higher education may regulate the manifestation of the rites and symbols of a religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful coexistence between students of different faiths and thus protection public order and the beliefs of others (see, among other authorities, *Refah Partisi* ...). In *Dahlab*, which concerned the teacher of a class of small children, the Court stressed among other matters the 'powerful external symbol' which her wearing a headscarf represented and questioned whether it might have some kind of proselytising effect. Seeing that it appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equa-

lity. It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils.

(ii) Application of the foregoing principles to the present case

Se referatet i avsnitt 2.2.

Appendix V

Utdrag ur Lautsi mot Italien, fallet Italiens skolrumskrucifix, den pluralistiska skolan, Konventionen 20

3. The Court's assessment

a. General principles

47. As regards the interpretation of Article 2 of Protocol No. 1 in relation to exercise of the functions the State assumes in the field of education and teaching, the Court has established in its case-law the principles set out below, which are relevant in the present case (see, in particular, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, pp. 24-28, §§ 50-54; Campbell and Cosans v. the United Kingdom, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, pp. 16-18, §§ 36-37; Valsamis v. Greece, judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, pp. 2323-2324, §§ 25-28; and Folgerø and Others v. Norway [GC], 15472/02, ECHR 2007-VIII, § 84).

(a) The two sentences of Article 2 of Protocol No. 1 must be interpreted not only in the light of each other but also, in particular, of Articles 8, 9 and 10 of the Convention (see Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, cited above, p. 26, § 52).

(b) It is on to the fundamental right to education that is grafted the right of parents to respect for their religious and philosophical convictions, and the first sentence does not distinguish, any more than the second, between State and private teaching. The second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 aims at safeguarding the possibility of pluralism in education which possibility is essential for the preservation of the "democratic society" as conceived by the Convention. In view of the power of the modern State, it is above all through State teaching that this aim must be realised.

(c) Respect for parents' convictions must be possible in the context of education capable of ensuring an open school environment which encourages inclusion rather than exclusion, regardless of the pupils' social background, religious beliefs or ethnic origins. Schools should not be the arena for missionary activities or preaching; they should be a meeting place for different religions and philosophical convic-

tions, in which pupils can acquire knowledge about their respective thoughts and traditions.

(d) The second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 implies that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded

(e) Respect for parents' religious convictions and for children's beliefs implies the right to believe in a religion or not to believe in any religion. The freedom to believe and the freedom not to believe (negative freedom) are both protected by Article 9 of the Convention (see, in relation to Article 11, Young, James and Webster v. the United Kingdom, 13 August 1981, §§ 52-57, Series A no. 44).

The State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any kind of power on its part to assess the legitimacy of religious convictions or the ways of expressing those convictions. In the context of teaching, neutrality should guarantee pluralism (see Folgerø, cited above, § 84).

b. Application of the above principles

48. The Court takes the view that these considerations entail an obligation on the State's part to refrain from imposing beliefs, even indirectly, in places where persons are dependent on it or in places where they are particularly vulnerable. The schooling of children is a particularly sensitive area in which the compelling power of the State is imposed on minds which still lack (depending on the child's level of maturity) the critical capacity which would enable them to keep their distance from the message derived from a preference manifested by the State in religious matters.

49. In applying the above principles to the present case, the Court must consider whether the respondent State, when imposing the display of crucifixes in classrooms, ensured that in exercising its functions of educating and teaching knowledge was passed on in an objective, critical and plu-

ralist way, and respected the religious and philosophical convictions of parents, in accordance with Article 2 of Protocol No. 1.

50. In order to examine that question, the Court will take into account in particular the nature of the religious symbol and its impact on young pupils, especially the applicant's children, because in countries where the great majority of the population owe allegiance to one particular religion the manifestation of the observances and symbols of that religion, without restriction as to place and manner, may constitute pressure on students who do not practise that religion or those who adhere to another religion (see Karaduman v. Turkey, Commission decision of 3 May 1993).

51. The Government (see paragraphs 34-44 above) justified the obligation to display (or the fact of displaying) the crucifix by referring to the positive moral message moral of Christian faith, which transcended secular constitutional values, to the role of religion in Italian history and to the deep roots of religion in the country's tradition. They attributed to the crucifix a neutral and secular meaning with reference to Italian history and tradition, which were closely bound up with Christianity. They submitted that the crucifix was a religious symbol but one which could equally represent other values (citing the Veneto Regional Administrative Court's judgment no. 1110 of 17 March 2005, § 16, see paragraph 13 above).

In the Court's opinion, the symbol of the crucifix has a number of meanings among which the religious meaning is predominant.

52. The Court considers that the presence of the crucifix in classrooms goes beyond the use of symbols in specific historical contexts. It has moreover held that the traditional nature, in the social and historical sense, of a text used by members of parliament when swearing loyalty did not deprive the oath to be sworn of its religious nature (Buscarini and Others v. San Marino [GC], no. 24645/94, ECHR 1999-I).

53. The applicant alleged that the symbol conflicted with her convictions and infringed her children's right not to profess Catholicism. Her convictions are sufficiently serious and consistent for the compulsory presence of the crucifix to be capable of being understood by her as being incompatible with them. She sees the display of the crucifix as a sign that the State takes the side of Catholicism. That is the meaning officially accep-

ted in the Catholic Church, which attributes to the crucifix a fundamental message. Consequently, the applicant's apprehension is not arbitrary.

54. Ms Lautsi's convictions also concern the impact of the display of the crucifix on her children (see paragraph 32 above), who at the material time were aged eleven and thirteen. The Court acknowledges that, as submitted, it is impossible not to notice crucifixes in the classrooms. In the context of public education they are necessarily perceived as an integral part of the school environment and may therefore be considered "powerful external symbols" (see Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V).

55. The presence of the crucifix may easily be interpreted by pupils of all ages as a religious sign, and they will feel that they have been brought up in a school environment marked by a particular religion. What may be encouraging for some religious pupils may be emotionally disturbing for pupils of other religions or those who profess no religion. That risk is particularly strong among pupils belonging to religious minorities. Negative freedom of religion is not restricted to the absence of religious services or religious education. It extends to practices and symbols expressing, in particular or in general, a belief, a religion or atheism. That negative right deserves special protection if it is the State which expresses a belief and dissenters are placed in a situation from which they cannot extract themselves if not by making disproportionate efforts and acts of sacrifice.

56. The display of one or more religious symbols cannot be justified either by the wishes of other parents who want to see a religious form of education in conformity with their convictions or, as the Government submitted, by the need for a compromise with political parties of Christian inspiration. Respect for parents' convictions with regard to education must take into account respect for the convictions of other parents. The State has a duty to uphold confessional neutrality in public education, where school attendance is compulsory regardless of religion, and which must seek to inculcate in pupils the habit of critical thought.

The Court cannot see how the display in state-school classrooms of a symbol that it is reasonable to associate with Catholicism (the majority religion in Italy) could serve the educational pluralism which is essential for the preservation of "democratic society" within the Convention meaning of that

term. It notes in that connection that the Constitutional Court's case-law also takes that view (see paragraph 24).

57. The Court considers that the compulsory display of a symbol of a particular faith in the exercise of public authority in relation to specific situations subject to governmental supervision, particularly in classrooms, restricts the right of parents to educate their children in conformity with their convictions and the right of schoolchildren to believe or not believe. It is of the opinion that the practice infringes those rights because the restrictions are incompatible with the State's duty to respect neutrality in the exercise of public authority, particularly in the field of education.

58. Consequently, there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 taken together with Article 9 of the Convention.

Appendix VI

Council of Europe, Parliamentary Assembly
Resolution 1464 (2005), Women and religion in Europe

1. In the lives of many European women, religion continues to play an important role. Whether they are believers or not, most women are affected in one way or another by the attitude of different faiths towards women, directly or through their traditional influence on society or the State.

2. This influence is seldom benign: women's rights are often curtailed or violated in the name of religion. While most religions teach equality of women and men before God, they attribute different roles to women and men on earth. Religiously motivated gender stereotypes have conferred upon men a sense of superiority which has led to discriminatory treatment of women by men and even violence at their hands.

3. At one end of the spectrum lie the extreme violations of women's human rights such as so-called "honour" crimes, forced marriages and female genital mutilation, which – although still rare in Europe – are on the rise in some communities.

4. At the other end are more subtle and less spectacular forms of intolerance and discrimination which are much more widespread in Europe – and which can be just as effective in achieving the subjection of women, such as the refusal to put into question a patriarchal culture which holds up the role of wife, mother and housewife as the ideal, and the refusal to adopt positive measures in favour of women (for example, in parliamentary elections).

5. All women living in Council of Europe member states have a right to equality and dignity in all areas of life. Freedom of religion cannot be accepted as a pretext to justify violations of women's rights, be they open or subtle, legal or illegal, practised with or without the nominal consent of the victims – women.

6. It is the duty of the member states of the Council of Europe to protect women against violations of their rights in the name of religion and to promote and fully implement gender equality. States must not accept any religious or cultural relativism of women's human rights. They must not agree to justify discrimination and inequality affecting women on grounds such as physical or biological differentiation based on or attributed to religion. They must fight against religiously motivated stereotypes of female and male roles from an early age, including in schools.

7. The Parliamentary Assembly thus calls on the member states of the Council of Europe to:

   7.1. fully protect all women living in their country against all violations of their rights based on or attributed to religion by:

      7.1.1. putting into place and enforcing specific and effective policies to fight all violations of women's right to life, to bodily integrity, freedom of movement and free choice of partner, including so-called "honour" crimes, forced marriage and female genital mutilation, wherever and by whomever they are committed, however they are justified, and regardless of the nominal consent of the victim; this means that freedom of religion is limited by human rights;

      7.1.2. refusing to recognise foreign family codes and personal status laws based on religious principles which violate women's rights, and ceasing to apply them on their own soil, renegotiating bilateral treaties if necessary;

   7.2. take a stand against violations of women's human rights justified by religious or cultural relativism everywhere in the world, including in international fora such as the United Nations or the Inter-Parliamentary Union;

   7.3. guarantee the separation between the Church and the State which is necessary to ensure that women are not subjected to religiously inspired policies and laws (for example, in the area of family, divorce, and abortion law);

   7.4. ensure that freedom of religion and respect for culture and tradition are not accepted as pretexts to justify violations of women's rights, including when underage girls are forced to submit to religious codes (including dress codes), their freedom of movement is curtailed or their access to contraception is barred by their family or community;

   7.5. where religious education is permitted in schools, ensure that this teaching is in conformity with gender equality principles;

   7.6. take a stand against any religious doctrine which is antidemocratic or disrespectful of human rights, especially women's rights, and refuse to allow such doctrines to influence political decision making;

   7.7. actively promote respect of women's rights, equality and dignity in all areas of life when engaging in dialogue with representatives of different religions, and work on achieving full gender equality in society.

Appendix VII

Intressenter (berörda personer/aktörer) avseende religiöst motiverade handlingar i arbetsliv och undervisning samt faktorer av betydelse för intressebalanseringen mellan dessa intressenter.

Kolumn 1 **Intressenter (berörda personer)**	¤¤¤	**Kolumn 2** **De berörda personernas intressen**
1/ Berörd arbetstagare	¤¤¤ ¤¤¤	1/ Arten av respektive aktörs intresse
2/ Andra arbetstagare redan anställda potentiella nyanställda	¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤	2/ Intressets hierarki a) intressenas plats i den rättsliga hierarkin b) hierarkisk ranking av intressena
3/ Personer utsatta för manifestationen a) påtvingad exposition, tex elever i förhållande till läraren b) icke-påtvingad exposition, tex kunder på ett varuhus, medresenärer på tåg eller tunnelbana	¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤	3/ Angelägenhetsgrad (intensitet) av manifestationen med hänsyn till a) frihet till/från religion b) frihet till andra faktorer, till exempel (1) rätt att bedriva företagande (2) rätt att bedriva privatskolor
4/ Personer relaterade till personer under 3 a), tex föräldrar till skolbarn	¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤	4/ Avtal eller frivillig anslutning a) utrymme för begränsning av religionsfrihet b) kompensation för begränsning c) tidpunkt för avtal/anslutning, nämligen före eller efter religionsanknytningen
5/ Arbetsgivare till berörd arbetstagare a) privat anställning b) offentlig anställning c) religiös eller eljest "åsiktsarbetsgivare"	¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤	5/ Syfte/ändamål med begränsningen a) social fred b) konfliktundvikande c) allmän ordning och säkerhet
6/ Medborgarna i allmänhet (homo politicus)	¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤	6/ Nödvändighet av begränsningen a) det pluralistiska samhället b) arbetsmiljö och säkerhet c) det kollektiva medborgarintresset d) behörigt bedrivande av arbetet
7/ Staten som garant för det allmänna bästa som a) exekutiv (regering och administration) b) lagstiftare (riksdag eller fullmäktige) c) dömande (domstolar)	¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤ ¤¤¤	7/ Begränsningens grad av effektivitet för att uppnå syftet (proportionalitet)

Sak- och personregister

A
adventssöndagarna 16, 273
Arbetarskyddsstyrelsen 24
assimilering 231, 232, 233, 234
ateism 78, 136, 146
Augsburgska religionsfreden 195
Auschwitz 136

B
Ban Ki Moon, FN:s generalsekreterare 219
Barnkonventionen 24
Benediktinorden 15, 217
Benedikt XVI 108, 188
burka 121, 206, 209, 212, 219, 229, 263, 264
bönematta 41, 245
böneutropare (muezzin) 191
bönpall 245

C
Canossa 195
Cherifi, Hanifa 227, 228
Chirac, Jacques 118
cujus regio, ejus religio 13, 195

D
Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 1789 117, 187
Declaration of Independence, 1776 187, 232
Dignitatis humanae, påvlig encyklika 188
Djavann, Chahdorrt 229
Djurskyddsmyndigheten 24, 25
domared. Se edsavläggelse
Drittwirkung 22, 168

E
edsavläggelse 78, 125, 189
embryo 250, 254
E Pluribus Unum 232
European Foundation 244
eutanasi 254
Extra ecclesiam nulla salus 14, 187
extremism 193, 230, 282

F
Flers, Frankrike 192, 197
foster 34, 254
Fredrik II av Preussen, kung 14, 186
fri vilja, frivillighet. Se samtycke
Fröding, Gustaf 137
fundamentalism 104, 109, 179, 195, 255
Fädernas kyrka i Sveriges land 205
förintelsen. Se Holocaust

G
Gamla testamentet 18, 257
Gregorius VII 195
Gregorius XIII 15
griskött 18, 257

H
halal 24, 257, 258
harmoni 44, 55, 56, 57, 59, 64, 156, 164, 191, 210, 211, 217, 233, 234
hedersbrott. Se ohedersbrott
Henrik IV, tysk-romersk kejsare 195
Holocaust 135, 136
hugenotter 13, 199
Human Rights Watch 112, 227
hårnät 259

I
indoktrinering 28, 139, 186, 195
In God We Trust 203, 215, 216
integration 108, 209, 228, 231, 232, 233, 234
Investiturstriden 195

J
Jehovas vittnen 9, 48, 85, 86, 141
Jesaja 18, 257
Johannes XXIII 188

K
Katolska kyrkan 14, 76, 187, 188, 226
klädesregler 129, 130, 133, 266
kockmössa 259
kommunism 136, 189, 194
Koranen 18, 56, 219, 220, 223, 226, 257, 258
korstecken 18, 212
kosher 24, 52, 242, 257, 258
Kristus 137, 226
kvinnoförtryck 57, 197, 206, 218, 219, 224, 227
könsstympning 24, 225, 229

L
laïcité 17, 73, 74, 75, 117, 118, 119, 120, 121, 161, 162, 183, 192, 197, 206, 228, 239
Lateranfördragen 76
Lehman, Karl 107
Lucretius 137
Ludvig XIV av Frankrike, kung 13

M
makeup 259
minaret 191
missfall 254
Moment 22 263
monism, religiös 13, 15, 186
Mosebok 15, 18, 257
munkhätta, munkdräkt 209

N
Nantes, Ediktet i 13, 199
nationell självidentitet 179, 202, 203, 204, 205
nikab (niqab). Se burka
nollsummespel 127, 149, 150, 157, 182, 191, 192, 233, 239
nunnedok 209, 257

O
Ofena, Italien 75
ohedersbrott 171
omskärelse 24
Opus Dei 217
Ora et labora, bed och arbeta 15

P
Pacem in terris, encyklikan 188
parallella samhällen (rättsordningar) 196, 231
Pascal, Blaise 137
pass 256
Paulus 226
Pew Research Center 190
Pius IX 187
Pledge of Allegiance 216
preventivmedel 251
prostitution 225
Protokoll 12, Europakonventionen 174
Pyrrhusseger 107

R
Ramadan 50, 131
Ratzinger. Se Benedikt XVI
Rau, Johannes 107
Regeringsformen 1809 14, 254
Religionsfrihetslagen 1951 14, 22, 23, 189, 199
Rikspolisstyrelsen 256
Riot Act. Se upprorslagen
Rom 13, 75, 76, 137, 188, 195, 201
romer 218
Rosengård, Malmö 231

S
samlevnad 150, 163, 164, 191, 210, 211, 229
samtycke 69, 80, 112, 225, 227, 259
samvetsfrihet 14, 18, 19, 24, 28, 32, 34, 48, 51, 55, 63, 72, 93, 118, 123, 124, 125, 135, 138, 139, 147, 190, 194, 206, 232, 254, 255

Sarkozy, Nicolas 118, 119, 120
Schröder, Gerhard 108
sharia 58, 60, 81
Sjundedagsadventism 9, 136
Skatteverket 256
Skolverket 263, 264, 267
slakt 18, 24, 52, 53, 54, 140, 153, 162, 242, 257, 258
slaveri 225
sminkning. Se makeup
smycke, smyckekors 55, 58, 178, 264, 268
soft law 255
stamceller 250
Stanford Law School 16
Steiner, Rudolf 94
Stoiber, Edmund 108
Syllabus Errorum 187, 188
Syrien 206
Södra Roslags häradsrätt 189
söndagsöppet 16

T
The right to conscientious objection, resolution av Europarådet 2010 254, 268
tolerans 55, 56, 57, 59, 64, 65, 76, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 104, 149, 150, 162, 163, 186, 191, 195, 204, 210, 211, 217, 218, 220, 233, 234, 244, 262
tortyr 225
trakasserier 168

U
unter dem Kreuz 96, 126
UN Women 219
upprorslagen (Riot Act) 67, 79, 119, 230
US Constitution 55
US Supreme Court 126, 204, 216, 232, 274

V
WASP, White, Anglo-Saxon Protestant 204
Vatikanen 76, 188
Weimargrundlagen 1919 16
Wicca 137
vittnesed. Se edsavläggelse
Voltaire, François 187

Women and religion in Europe, resolution av Europarådet 2005 219, 221 224, 227, 230, 259, 262, 268, 269
vox populi, vox dei 67

Z
zero-sum game. Se nollsummespel

JURIDISKA FAKULTETEN
BIBLIOTEKET
2015 -10- 01

Juridiska fakultetens bibliotek
Lund

BED OCH ARBETA

OM RELIGIONSFRIHET I ARBETSLIV OCH SKOLA

Får man ha muslimsk sjal på sig i skolan? Varför får man inte vara ledig på fredagar istället för söndagar? Måste man skaka hand när man hälsar på någon?

BED OCH ARBETA (*ora et labora*) är en gammal levnadsregel som visar hur genomsyrat det västerländska livet är av den kristna religionen. Den sätter till stor del ramarna för det dagliga livet och arbetet. Men denna situation förändras. Religiös mångfald håller på att bli en realitet. Nästan dagligen möter vi någon religiöst motiverad manifestation i skolan eller på arbetsplatsen.

Förväntningarna idag i religiöst hänseende är att religionsfrihet skall råda principiellt och praktiskt. Med religionsfrihet skall förstås frihet *till* religion, religionsutövning, religiös mångfald och religiös jämställdhet men också frihet *från* religion och religionsutövning. Religiös enhetlighet skall bytas mot religiös mångfald.

Denna bok behandlar religionsfrihet i arbetsliv och skola. Uppmärksamheten är främst inriktad på omfattningen och tillåtligheten av manifestationer som anger sig vila på religiös grund. Vägran av samvetsskäl att utföra uppgifter inom anställningens ram eller som omfattas av elevrollen behandlas också. Jämställdhet mellan kvinnor och män är ett genomgående tema.

Reinhold Fahlbeck är professor emeritus vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet.

Liber

www.liber.se

Best.nr 47-09649-7
Tryck.nr 47-09649-7-00

9 789147 096497