

Hur ska prioriteringen göras vid en krock mellan religionsfriheten och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön?

- En studie utifrån exemplet att inte ta en person av motsatt kön i hand på grund av religiös övertygelse

Isabell Björkman & Emelie Hägerström

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HARH16

HT 16

Handledare

Annamaria Westregård



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	1
1.1 Bakgrund	1
1.2 Syfte och frågeställning	2
1.3 Metod och material	3
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Disposition.....	6
2. Rätten till positiv religionsfrihet	7
2.1 Skyddet för religionsfrihet i Europakonventionen	7
2.2 Den positiva religionsfriheten i artikel 9 (1)	8
2.2.1 Kravet på ett nära samband.....	9
2.3 Diskrimineringslagens skydd för positiv religionsfrihet	11
2.3.1 Åtgärder för att främja positiv religionsfrihet.....	12
2.3.2 Definition av religion eller annan trosuppfattning.....	13
2.4 Sammanfattning – är vägran att skaka hand en religiös manifestation?.....	14
3. Rätten till negativ religionsfrihet	15
3.1 Skyddet för negativ religionsfrihet i artikel 9 (2)	15
3.1.1 Det nationella tolkningsutrymmet.....	16
3.2 Anställningsavtalets begränsning av religionsutövning	17
3.3 Sammanfattning - skyddet för negativ religionsfrihet	18
4. Rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön	18
4.1 Diskrimineringslagens skydd mot diskriminering på grund av kön.....	18
4.1.1 Aktiva åtgärder för att motverka diskriminering på grund av kön	19
4.1.2 Kan vägran att skaka hand utgöra diskriminering på grund av kön?.....	21
4.2 Kravet på en god arbetsmiljö.....	22
4.2.1 Kan vägran att skaka hand utgöra kränkande särbehandling?	23
4.3 Praxis från Europadomstolen.....	24
4.4 Europarådets resolution om kvinnor och religion i Europa.....	24
4.5 Sammanfattning - rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön	25
5. Om de två skyddade intressena krockar, hur ska prioriteringen göras dem emellan?	26

Förkortningar

AFS Arbetsmiljöverkets författningssamling

AML Arbetsmiljölagen (1977:1160)

DL Diskrimineringslagen (2008:567)

DO Diskrimineringsombudsmannen

EU Europeiska Unionen

FN Förenta Nationerna

BrB Brottsbalk (1962:700)

RF Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

SFI Svenska för invandrare

Sammanfattning

I takt med att det svenska samhället blir mer pluralistisk och mångkulturellt uppstår allt fler situationer där olika sedvänjor och beteenden krockar. Att inte ta en person av motsatt kön i hand på grund av religiös övertygelse är ett sådant exempel, då denna manifestation kan ställas mot det skyddade intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön. Staten har ett ansvar att skydda bägge intressen för att säkerställa likabehandling. Det kan därför bli problematiskt att avgöra vilket intresse som ska ges företräde i en sådan situation. Syftet med uppsatsen är att undersöka om det går att avgöra vilket av intressena religionsfrihet och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön som väger tyngst om det uppstår en krock mellan dem. Fokus ligger på exemplet att på grund av religiös övertygelse inte skaka hand med en person av motsatt kön.

Utifrån tidigare praxis från Europadomstolen kan manifestationen att inte ta en person av motsatt kön i hand på grund av religiös övertygelse anses hamna utanför skyddet för religionsfrihet i artikel 9 av Europakonventionen. Manifestationen kan begränsas för att skydda andras fri- och rättigheter, och på arbetsplatsen kan avtalsförpliktelsen få gå före religionsutövningen. Skyddet mot könsdiskriminering är starkt och intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön skulle kunna ges företräde på arbetsplatsen. Europadomstolens resonemang i målet *Eweida och övriga mot Storbritannien* påvisar dock att manifestationen kan antas omfattas av skyddet i artikel 9. Balansen mellan motstående intressen blir mer central än avtalsförpliktelsen, vilket gör det svårare att avgöra vilket intresse som väger tyngst vid en krock. Vid avvägningen måste en proportionalitetsbedömning göras där hänsyn tas till omständigheterna i det specifika fallet.

Nyckelord: manifestation, likabehandling, religionsfrihet, kön, diskriminering, skaka hand

Abstract

The Swedish society is becoming more pluralistic and multicultural which causes conflicts between different traditional and cultural behaviourists. Not shaking hands with a person of the opposite gender because of a religious belief is an example of a situation where freedom of religion can be put against the right not to be discriminated on grounds of gender. The state has a responsibility to protect both interests to ensure equal treatment. It can be problematic to determine which interest shall be given precedence. The purpose of this thesis is to investigate if it is possible to determine which one of the two interests religious freedom and the right not to be discriminated against on grounds of gender should be given priority in case of a conflict. Focus will lie on the example not shaking hands with a person of the opposite gender because of a religious belief.

Based on previous rulings from the European Court of Human Rights, the manifestation not to shake hands with a person of the opposite gender because of a religious belief falls outside the protection of religious freedom in article 9 of the European Convention on Human Rights. The manifestation can be limited to protect the freedoms and rights of others, and the contractual obligation in the workplace can precede the right to manifest a religion. The legal protection against discrimination on grounds of gender is strong and this right could possibly take precedence over the manifestation. The reasoning by the Court in *Eweida and others against Britain* makes it however possible to assume that the manifestation is protected by the Convention. The balance between conflicting interests is given a more central position than the contractual obligation, which makes it more difficult to determine which interest should be given priority in a conflict. A proportionality assessment has to be made where the circumstances in the specific case is taken into account in order to decide the priority.

Key words: manifestation, equal treatment, freedom of religion, discrimination, gender, handshake

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Samhällsstrukturen i västvärlden är uppbyggd kring kristendomen vilket präglar samhällsmedborgares liv. Globalisering och immigration har emellertid bidragit till att olika kulturer och religioner möts. I Sverige har vi gått från religiös enhetlighet till att bli ett flerreligiöst land där pluralism och mångfald numera värderas högt. Detta medför ökade krav på möjligheterna till religionsutövning.¹ Samtidigt är jämställdhet och könsfrågor högt prioriterade i det svenska samhället. Att på grund av religiös övertygelse inte ta en person av motsatt kön i hand är en manifestation som blivit omdiskuterad, då den kan ställas mot det skyddade intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön.

Inspiration till undersökningen har inhämtats från två rättsfall, vilka är unika i sitt slag då de berör manifestationen att inte ta en person av motsatt kön i hand på grund av religiös övertygelse. Det så kallade handskakningsmålet från år 2010² avgjordes i Stockholms Tingsrätt, där en muslimsk man fått sin anvisning till ett arbetsmarknadspolitiskt program återkallat av Arbetsförmedlingen. Detta efter att han av religiösa skäl vägrat ta en kvinnlig företagsledare i hand vid en arbetsintervju för en praktikplats. Tingsrätten bedömde att mannen blivit direkt diskriminerad på grund av sin religion, då en hypotetisk jämförelseperson som av annan anledning varit förhindrad att ta en person av motsatt kön i hand inte skulle ha blivit behandlad på samma vis. Arbetsförmedlingen kunde enligt tingsrättens mening inte motbevisa presumtionen att diskriminering förelegat och mannen erhöll skadestånd för den kränkning diskrimineringen ansågs ha orsakat honom.

I det så kallade handhållningsmålet från år 2015³ erhöll en kvinnlig patient skadestånd då hon nekats vård av en manlig läkare för att hon vägrat ta honom i hand under ett läkarbesök. Målet dömdes av Hässleholms Tingsrätt, som i likhet med handskakningsmålet kom fram till att patienten missgynnats i förhållande till hur en hypotetisk jämförelseperson skulle ha behandlats om denne av någon annan anledning inte hade velat ta läkaren i hand. Direkt diskriminering som har samband med religion ansågs därför ha förelegat. Domen överklagades till Hovrätten som inte delade tingsrättens bedömning. På grund av bristande bevisning ändrade Hov-

¹ Prop 1997/98:16, Sverige, framtiden och mångfalden – från invandrapolitik till integrationspolitik, s. 68.

² Stockholms Tingsrätts beslut 2010-02-08, mål T 7324-08.

³ Hässleholms Tingsrätts beslut 2015-04-08, mål T 1370-13.

rätten tingsrättens domslut, då kärke inte kunnat visa omständigheter som gjort det antagligt att diskriminering förelegat. Talan lämnades därför utan bifall.⁴

I handskakningsmålet och handhålningsmålet återopades aldrig diskrimineringsgrunden kön, och målen avgjordes på andra grunder än de vi ämnar behandla. Då prejudicerande domar på området saknas finns risken att rättsfallen ändå har fått en vägledande betydelse, där arbetsgivare hellre förlikas än tar ärendet vidare av rädsla att dömas för diskriminering på grund av religion. Det är av vikt att belysa problematiken kring intressekonflikten för att få en djupare förståelse för rättsläget. Det blir därför intressant att undersöka hur prioriteringen skall göras mellan intressena religionsutövning och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön om det uppstår en konflikt dem emellan. Är denna prioritering överhuvudtaget möjlig att göra?

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka vilket skyddat intresse som väger tyngst av religionsfriheten och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön om de krockar med varandra. Vi undersöker om en prioritering mellan rätten till religionsfrihet och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön är möjlig att göra, och i så fall hur denna prioritering ska göras. Detta med fokus på exemplet att av religiös övertygelse vägra ta en person av motsatt kön i hand.

Vi ämnar svara på följande huvudfråga:

Om de två skyddade intressena krockar, hur ska prioriteringen göras dem emellan?

För att besvara huvudfrågan undersöker vi följande två underfrågor:

- Är vägran att skaka hand en religiös manifestation?
- Kan vägran att skaka hand utgöra diskriminering eller kränkande särbehandling?

⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut 2016-04-14, T 1157-15.

1.3 Metod och material

I uppsatsen har traditionell rättsdogmatisk metod tillämpats för att fastställa gällande rätt (*de lege lata*).⁵ Ett objektivt förhållningssätt har vidhållits vid användandet av den rättsdogmatiska metoden för att förhindra att en viss ställning till lösningar intas som går emot dem vi finner störst engagemang till. För att åskådliggöra analysen för den utomstående läsaren har en genomgående transparens eftersträvat.⁶

Vid undersökningen av vilken rättighet som kan ges företräde vid en krock har vi utgått från exemplet att på grund av religiös övertygelse inte ta en person av motsatt kön i hand. Detta är en specifik situation mellan två parter med olika intressen. Det rör sig om två olika perspektiv på samma fråga där rätten att utöva religion ställs i förhållande till rätten att slippa utsättas för en sådan manifestation och att inte bli diskriminerad på grund av kön. Vi har därför delat upp den andra partens rättigheter i två delar vilka utgörs av negativ religionsfrihet och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön. Valet av uppsatsens underfrågor baseras på det givna exempel vi utgår från. För att besvara huvudfrågan utifrån detta exempel blir underfrågorna ett naturligt steg i undersökningen.

De rättskällor som har använts för att besvara frågeställningen är lagtext, förarbeten, praxis och rättsvetenskapligt material. Dessa rättskällor samspelar och har därför tolkats i en gemensam kontext mot varandra.⁷ Då lagtext är den primära rättskällan med högst dignitet har den värderats högst.⁸ Här har Europakonventionen⁹ artikel 9 tillämpats då den är den högsta rättskällan som berör religionsfriheten. Europakonventionen är även inkorporerad i svensk lag¹⁰ och när vi hänvisar till konventionen hänvisar vi därmed samtidigt till svensk lag. Då rätten att utöva religion har redogjorts för har Europakonventionen artikel 9 (1) tillämpats. Vid redogörelse för rätten att inte bli utsatt för religiösa uttryck har Europakonventionen artikel 9 (2) tillämpats. Rättsakter från EU har tagits i beaktande vid redogörelse för skyddet för jämställdhet och icke-diskriminering. Här presenteras Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt samt arbetslivsdirektivet¹¹ och likabehandlingsdirektivet.¹² Dessa direktiv har

⁵ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 43.

⁶ Fredric Korling & Mauro Zamboni. *Juridisk metodlära*. Uppl 1:4. Lund: Studentlitteratur, 2013, s. 37.

⁷ Joel Samuelsson & Jan Melander. *Tolkning och tillämpning*. 2 uppl. Uppsala: Iustus Förlag, 2010, s. 51.

⁸ Samuelsson & Melander, 2010, s. 31.

⁹ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁰ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹¹ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.

införlivats i svensk rätt genom DL. Utifrån DL undersöks diskrimineringsgrunderna kön och religion eller annan trosuppfattning. Utifrån AML undersöks vikten av en god arbetsmiljö och om detta kan ha en avgörande roll i avvägningen mellan de olika rättigheterna. I samband med det har även Arbetsmiljöverkets förskrift från 2015 om organisatorisk och social arbetsmiljö tillämpats.¹³ Vid tolkning av lagtext har propositionen tillämpats då denna motiverar lagförslaget och ska värderas högst av förarbetena.¹⁴ Förarbetet till DL har tagits i beaktande vid tolkning av de två diskrimineringsgrunderna kön och religion eller annan trosuppfattning. Europarådets resolution om kvinnor och religion i Europa beaktas då den är av betydelse för frågeställningen eftersom den på ett tydligt och informativt sätt framhåller kvinnors rättigheter i förhållande till religionsfriheten. Resolutionen är dock inte rättsligt bindande för medlemsländerna, men den verkar uppmanande och vägledande.

För att tolka Europakonventionens rättsakter och få vägledning i våra rättsfrågor har praxis från Europadomstolen och Europakommissionen¹⁵ beaktats. Då det inte finns prejudicerande domar som berör situationen att vägra ta en person av motsatt kön i hand har andra domar med ett resonemang av betydelse för frågeställningen valts ut. Vissa citat från Europadomstolen och Europakommissionen har inte översatts från engelska till svenska. Detta är ett medvetet val för att undvika att citaten får en annan innebörd vid översättning vilket försämrar tolkningen.

Avsaknad av rättsfall som utgör prejudikat har resulterat i att vi endast inhämtat inspiration och inte vidare undersökt beslut från lägre instanser. De resonemang som tingsrätten anför är inte rättsligt bindande på grund av den status som ett underinstansavgörande utgör. I tingsrättens beslut gällande handskakningsmålet från år 2010 aktualiserades inte diskrimineringsgrunden kön eftersom en arbetstagare inte kan diskriminera en arbetsgivare. Målet fyller därmed ingen funktion för uppsatsen. Jämställdhetsaspekten kan komma i fråga, men endast som ett allmänt resonemang och inte som ett rättsligt. I handhållningsmålet från år 2015 åberopades inte heller diskrimineringsgrunden kön. Vidare nämns i uppsatsen ett unikt myndighetsbeslut från DO som behandlar krocken mellan rättigheterna, eftersom det skulle kunna ge riktlinjer för vår frågeställning. Det ska nämnas att beslutet rör studenter som studerar SFI, och

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning).

¹³ AFS 2015:4, Organisatorisk och social arbetsmiljö.

¹⁴ Samuelsson & Melander, 2010, s. 44.

¹⁵ Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna var verksamma fram till år 1999 och granskade brott mot Europakonventionen innan Europadomstolen blev det granskande organet.

det kan därför vara problematiskt att likställa dem med arbetstagare. Då det rör sig om en kommunal skola kan det även diskuteras huruvida skolan kan anses vara arbetsgivare gentemot eleverna. Myndighetsbeslutet har lägst dignitet eftersom det inte innehar samma ställning som lag eller praxis från domstol.

1.4 Avgränsningar

Förhållandet mellan rätten att manifesteras en religion och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön är komplext och frågan hur prioriteringen emellan dem ska göras täcker ett brett spektrum av rättsregler. För att smälta av uppsatsens omfattning utgår vi enbart från en typ av religiös manifestation, att av religiösa skäl inte skaka hand med en person av motsatt kön. Denna manifestation har valts ut för att den har blivit omtalad i dagens samhälle då det råder delade meningar om rättsläget i en situation där den manifesteras. En sådan situation ger också ett tydligt exempel på en krock mellan skyddade intressen. Andra typer av manifestationer berörs inte på grund av det begränsade utrymme en kandidatuppsats har.

Uppsatsen är inte en komparativ studie mellan skyddet för religionsfrihet och skyddet mot diskriminering på grund av kön. Detta då tre intressen kan urskiljas i uppsatsens exempel om vägran att ta i hand, där rätten till religionsutövning ställs mot både rätten att slippa utsättas för religiösa påtryckningar och rätten att inte bli könsdiskriminerad. Dessa tre intressen är inte oberoende av varandra utan uppstår i en gemensam kontext. I uppsatsen redogörs därför för om manifestationen att inte skaka hand erhåller rättsligt skydd och om den kan begränsas till förmån för andra fri- och rättigheter. Därefter ställs manifestationen i förhållande till det motstående intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön. Detta genom att undersöka huruvida manifestationen kan utgöra diskriminering på grund av kön. Utifrån denna aspekt behandlas enbart direkt diskriminering, indirekt diskriminering och trakasserier då dessa skulle kunna göras antagliga i situationen. Övriga typer av diskriminering i DL kan inte aktualiseras då de rör funktionsnedsättning, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera. Utifrån situationen kommer vi även redogöra för om manifestationen kan utgöra kränkande särbehandling, då även det kan göras antagligt.

Skyddet för religionsfrihet kan *i vissa fall* förstärkas genom artikel 14 av Europakonventionen. Artikeln innehåller ett diskrimineringsförbud där kravet ställs på staterna att skydda medborgarnas rättigheter och friheter *i lika stor grad* oavsett religion, där ingen individ eller grupp

får ha sämre skydd.¹⁶ Artikeln har inte någon självständig existens, eftersom den blir tillämplig först när den sammanförts med de övriga fri- och rättigheter som skyddas av konventionen.¹⁷ Därför kommer den inte att beröras ytterligare.

BrB kommer inte att behandlas då olaga diskriminering inte aktualiseras i situationen.

Det står inte helt klart om Europakonventionen artikel 9 är applicerbar mellan enskilda och erhåller s.k *Drittwirkung*, även om det är troligt att så är fallet.¹⁸ Denna aspekt kommer inte att undersökas vidare då vi anser att det ligger utanför ramen för uppsatsen att fastslå. I uppsatsen skiljer vi inte heller på privat och offentlig sektor då de bindande rättsakter som behandlas kan tillämpas i bägge fall utifrån uppsatsens givna exempel.

1.5 Disposition

I det inledande kapitlet presenteras bakgrunden till uppsatsen. Därefter beskrivs hur studien har genomförts genom en presentation av syfte och frågeställning, metod och material samt avgränsningar.

I andra kapitlet behandlas skyddet för positiv religionsfrihet, det vill säga rätten att ha en religion och rätten att manifesteras denna i internationell och svensk rätt. Här redogörs även för huruvida manifestationen att vägra ta en person av motsatt kön i hand åtnjuter skydd av Europakonventionen artikel 9 och DL och om den således är en religiös manifestation, eller om den inte erhåller rättsligt skydd och därmed är en kulturell manifestation.

I tredje kapitlet belyses rätten till negativ religionsfrihet, det vill säga rätten att slippa utsättas för religiösa påtryckningar, och hur religiösa manifestationer kan begränsas. Europakonventionen artikel 9 och anställningsavtalets begränsningar av religiösa manifestationer tas i beaktning.

Fjärde kapitlet utgörs av rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön där skyddet för jämställdhet samt skyddet mot diskrimineringsgrunden kön redogörs för i internationell och svensk reglering och praxis. Vidare behandlas frågan om den aktuella manifestationen kan utgöra diskriminering på grund av kön eller kränkande särbehandling.

¹⁶ Vickers, Lucy, *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart, Oxford, 2008, s. 114.

¹⁷ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 549.

¹⁸ Dijk, Pieter van & Hoof, Godefridus Josephus Henricus van, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3. ed., Kluwer, The Hague, 1998, s. 30.

I femte kapitlet sammanförs det material och de resonemang som förts i uppsatsen för att söka svara på frågan hur prioriteringen ska göras mellan de två skyddade intressena om de krockar.

2. Rätten till positiv religionsfrihet

Rätten till positiv religionsfrihet innebär rätten att ha en religion eller tro och rätten att manifesteras denna. All religionsutövning omfattas dock inte av begreppet positiv religionsfrihet. I nedanstående avsnitt redogörs för frihetens rättsliga skydd. Vidare behandlas frågan om vägran att ta en person av motsatt kön i hand är en sådan manifestation som omfattas av skyddet för positiv religionsfrihet.

2.1 Skyddet för religionsfrihet i Europakonventionen

Religionsfrihet är en grundläggande mänsklig rättighet.¹⁹ Europakonventionen är den främsta rättskällan gällande religionsfrihet. Svenska domstolar ska således förhålla sig till rättspraxis från Europadomstolen vid tolkning av skyddet för religionsfriheten.²⁰ Konventionen bygger på FN:s deklaration från år 1948 om de mänskliga rättigheterna²¹ och stadgar de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Enligt artikel 1 ska alla konventionsstater garantera var och en de fri och rättigheter som anges i konventionen. Konventionen riktar sig i första hand till konventionsstaterna, som åläggs att genom ett reglerat system upprätthålla de regler som konventionen anger gentemot sina medborgare. I artikel 53 stadgas att konventionen inte får begränsa de rättigheter och friheter som skyddas i konventionsstaternas nationella lagar. Konventionen anger därmed en minimistandard för en skyddsnivå som ska vara enhetlig i samtliga konventionsstater. En stat hindras dock inte att i vissa hänseenden tillämpa en högre skyddsnivå än vad konventionen anger.²² Skyddet för religionsfriheten behandlas i artikel 9 av konventionen, som i sin tur är uppdelad i två underartiklar. Artikel 9 (1) stadgar rätten att inneha en religion eller tro, medan artikel 9 (2) anger tillåtna begränsningar av artikel 9 (1). Genom artikel 9 (2) kan en balans mellan individens intresse av att utöva sin religion, och konventionsstaternas intresse av att säkerställa att denna utövning inte inkräktar på andras fri-

¹⁹ Förenta Nationernas allmänna förklaring om skydd för de mänskliga rättigheterna, artikel 18.

²⁰ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 109.

²¹ Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten, 4., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 91.

²² Danelius, 2015, s. 55.

och rättigheter upprätthållas.²³ Det finns ingen definition av begreppet religion i konventionen. Orsak till detta kan tänkas vara den känslighet som kan medfölja av en föreskriven avgränsning av begreppet.²⁴ Begreppet får istället innebörd i praxis.

2.2 Den positiva religionsfriheten i artikel 9 (1)

Artikel 9 (1) i Europakonventionen stadgar rätten att inneha en religion eller tro, vilket benämns som den positiva religionsfriheten.²⁵ Av artikel 9 (1) följer att;

”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 och ritualer.”

En motsvarighet till artikeln går att finna i artikel 10 av EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Här fastslås religionsfriheten och rätten till fri religionsutövning.²⁶ Ingen definition av begreppet religion går att finna här. I svensk lag är den positiva religionsfriheten grundlagsskyddad i RF 2 kap 1 §. Här stadgas att var och en gentemot det allmänna är tillförsäkrad religionsfrihet och friheten att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion.²⁷ Inte heller här definieras begreppet religion. Artikel 9 (1) har två dimensioner vilka i Europadomstolens och Europakommissionens uttalanden benämnts som *forum internum* och *forum externum*.²⁸ *Forum internum* utgörs av själva åsikten och innebär rätten att inneha en religion eller tro. Denna rätt är absolut, okränkbar och kan inte begränsas under konventionen.²⁹ Till *forum externum* hör istället rätten att manifestera och uttrycka sin religion.³⁰ Det är *forum externum* som manifestationen att inte skaka hand med en person av motsatt kön möjligen hör till. Utövning av religion, hädanefter religiösa manifestationer, kan således riskera att hamna i

²³ Vickers, 2008, s. 133.

²⁴ Fahlbeck, Reinhold, *Bed och arbeta = Ora et labora : om religionsfrihet i arbetsliv och skola : juridik, samhälle, praktik*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2011, s. 138.

²⁵ Fahlbeck, 2011, s. 145.

²⁶ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s.144.

²⁷ Fransson & Stüber, 2015, s. 106.

²⁸ Begreppen har inte vidare förklarats av domstol eller kommission men används i litteratur om religionsfrihet, se Evans, Carolyn, *Freedom of religion under the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 72.

²⁹ Vickers, 2008, s. 95.

³⁰ Evans, 2001, s. 73.

konflikt med andra intressen.³¹ Rätten att manifesteras sin religion kan därmed begränsas i enlighet med artikel 9 (2).³²

Artikel 9 (1) skyddar fyra typer av manifestationer; gudstjänst, undervisning, sedvänjor och ritualer.³³ Begreppet sedvänjor är svårast att definiera eftersom innehållet kan bli väldigt brett.³⁴ Om vägran att skaka hand är en religiös manifestation och skyddas av artikel 9 skulle denna manifestation i så fall omfattas av begreppet sedvänjor. Europadomstolen och Europakommissionen har i tidigare praxis dock valt att tolka begreppet restriktivt.³⁵ Begreppet omfattar härmed inte alla handlingar som är motiverade av religion eller tro.³⁶ En del handlingar åtnjuter inget som helst skydd av artikel 9 (1). En handling som faller utanför konventionens skydd kan enligt professor Reinhold Fahlbeck istället benämnas som en kulturell manifestation. En sådan handling har inget, eller endast lite samband med religion.³⁷

2.2.1 Kravet på ett nära samband

Problematiken kring omfånget av begreppet sedvänjor gav i målet *Arrowsmith mot Storbritannien*³⁸ upphov till vad som kommit att kallas för Arrowsmithprincipen. Denna princip har verkat som hjälpmedel för att avgöra var gränsdragningen går mellan en handling som skyddas av artikel 9 och vad som faller utanför konventionens skydd.³⁹ Europakommissionen delgav i målet att "...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".⁴⁰ Annars skulle skyddet i artikel 9 kunna åberopas för alla handlingar som är motiverade av en religion.⁴¹ De handlingar som enbart är motiverade av religion skyddas enligt kommissionens uttalande inte av artikel 9 om de inte är ett faktiskt uttryck för religionen.⁴² För att principen ska bli tillämplig måste den klagande, det vill säga den part som anser sig ha fått sin religionsfrihet inskränkt, påvisa att ett utövande i religionens tecken är *nödvändigt* för dennes religion. Mellan religion och manifestation ställs kravet att ett *nära*

³¹ Vickers, 2008, s. 96.

³² Fahlbeck, 2011, s. 145.

³³ Evans, 2001, s. 103.

³⁴ Evans, 2001, s. 106-110.

³⁵ Se mål X mot Storbritannien, mål 8160/78, beslut 12 mars 1981, D.R. 22

³⁶ Evans, 2001, s. 115, se även Kommissionens uttalande i mål *Arrowsmith mot Storbritannien*, mål 7050/75, beslut 12 oktober 1978, D&D 19, paragraf 71.

³⁷ Fahlbeck, 2011, s.212.

³⁸ *Arrowsmith mot Storbritannien*,

³⁹ Evans, 2001, s. 115.

⁴⁰ *Arrowsmith mot Storbritannien*, paragraf 71.

⁴¹ *Arrowsmith mot Storbritannien*, paragraf 2.

⁴² Vickers, 2008, s. 97.

samband ska föreligga.⁴³ Kommissionen preciserade i målet aldrig vad som avgör om en handling enbart är motiverad av religion eller om det är en faktisk religiös manifestation. Kravet på ett *nära samband* har således ingen klar definition och blir särskilt svårt att tillämpa i de fall då en handling inte behandlats tidigare i praxis.⁴⁴

Europakommissionen och Europadomstolen har i tidigare praxis framhållit en objektiv bedömning av vilka handlingar som utgör en religiös manifestation.⁴⁵ Den enskildes bedömning av om dennes manifestation är nära sammankopplad med religion har inte tagits i beaktning. Genom en sådan bedömning av om vägran att skaka hand med en person av motsatt kön utgör en religiös manifestation skulle det kunna argumenteras för att handlingen inte är nödvändig för religionen. Manifestationen används exempelvis inte av alla som tillhör religionen. Ur en sådan synvinkel skulle sambandskravet enligt Arrowsmithprincipen saknas. Handlingen får i detta hänseende enbart anses vara motiverad av religionen och inte ett faktiskt uttryck för den.

Europadomstolen tillmätte emellertid bedömningen av om en handling är konventionskyddad enligt artikel 9 eller inte ett subjektivt perspektiv i målet *Eweida och övriga mot Storbritannien*.⁴⁶ Här framhöll domstolen att ”...there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question”.⁴⁷ Enligt domstolens resonemang innebar sambandskravet således inte att den enskilde måste visa att syftet med manifestationen var att uppfylla en religiös plikt. Det ansågs tillräckligt att handlingen i målet var *direkt motiverad* av den enskildes religiösa övertygelser för att handlingen skulle ses som en religiös manifestation och därmed vara skyddad av artikel 9.⁴⁸ Enligt domstolens resonemang i *Eweida*-målet är det inte upp till konventionsstaterna att avgöra vilka religiösa uttryck som ska skyddas och vilka som hamnar utanför konventionens skydd.⁴⁹ Europadomstolens riktlinjer för vad som avgör om en manifestation är av religiös art eller enbart motiverad av religion skiljer sig från Arrowsmithprincipen och kommissionens resonemang. Domstolens resonemang i *Eweida*-målet tillmäter den enskildes egen tolkning av vad som klassas som en religiös manifestation betydelse. En förklaring till detta kan vara att domstolen ämnar göra religionsfriheten mer nyanserad då sambandskravet ansetts vara för strikt

⁴³ Evans, 2001, s. 115.

⁴⁴ Zillén, Kavot, *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård*, Uppsala universitet, Juridiska institutionen, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2016, Uppsala, 2016, s. 133.

⁴⁵ Se exempelvis Arrowsmith mot Storbritannien.

⁴⁶ Mål *Eweida och övriga mot Storbritannien*, mål 48420/10 59842/10, 51671/10 och 36516/10, dom 15 januari 2013, ECHR Reports.

⁴⁷ Mål *Eweida och övriga mot Storbritannien*, 2013, para 82.

⁴⁸ Mål *Eweida och övriga mot Storbritannien*, 2013, para 108.

⁴⁹ Mål *Eweida och övriga mot Storbritannien*, 2013, para 81.

och otillräckligt.⁵⁰ Den enskilde fordras inte här bevisa att dennes manifestation är kopplad till en viss religion. Fransson & Stüber tolkar domstolens uttalanden i målet som att vägran att skaka hand på grund av religiösa skäl faller under artikel 9 (2) och därmed är en religiös manifestation som kan begränsas. De menar att det är utan betydelse att manifestationen inte tillämpas utav alla med samma tro.⁵¹ Vidare nämner de att begreppet religion i RF, där en definition av begreppet saknas, dock innefattar en personlig övertygelse eller tro som inte måste vara ansluten till en viss religion.⁵² Utgår man från domstolens och Fransson & Stübers resonemang vid bedömningen av om vägran av att ta en person av motsatt kön i hand är en religiös manifestation skulle en sådan handling möjligen omfattas av skyddet i artikel 9.

2.3 Diskrimineringslagens skydd för positiv religionsfrihet

På arbetsplatsen skyddas den positiva religionsfriheten genom ett diskrimineringsförbud av religion eller annan trosuppfattning. Den positiva religionsfriheten kan även skyddas av arbetsgivarens skyldighet att bedriva ett målinriktat arbete för att främja lika rättigheter och möjligheter oavsett religion eller annan trosuppfattning genom att vidta aktiva åtgärder.

DL grundas i flera EU-direktiv, bland annat arbetslivsdirektivet om inrättande av en allmän ram för likabehandling.⁵³ Direktivet föreskriver en ram för att bekämpa diskriminering på grund av bland annat religion i arbetslivet. Direktivet är ett minimidirektiv som tillåter medlemsstaterna att behålla eller införa mer fördelaktiga bestämmelser om likabehandling än vad direktivet anger.⁵⁴ Genom införandet av direktivet blev diskrimineringslagstiftning obligatorisk för samtliga medlemsstater. Diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning infördes i svensk diskrimineringslagstiftning i samband med att direktivet skulle införas i svensk rätt.⁵⁵ Inte heller direktivet anger dock någon definition av begreppet religion. För att få klarhet i vilken innebörd begreppet har i svensk reglering får DL och dess förarbeten tas i beaktning.

DL är allmän lag och syftar till att värna principen om alla människors lika värde och rätt att bli behandlade på lika villkor.⁵⁶ Lagen anger arbetsgivarens förpliktelser gentemot arbetstaga-

⁵⁰ Zillén, 2016, s. 133.

⁵¹ Fransson & Stüber, 2015, s. 109.

⁵² Fransson & Stüber, 2015, s. 107.

⁵³ Direktiv 2000/78/EG.

⁵⁴ Direktiv 2000/78/EG, artikel 8.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95, Ett starkare skydd mot diskriminering, s. 121.

⁵⁶ Prop. 2007/08:95, s. 79.

ren gällande förbudet mot diskriminering. Lagen är tvingande där en av diskrimineringsgrunderna är religion eller annan trosuppfattning.⁵⁷ Gällande områden där diskrimineringsförbud råder anger lagen, helt i enighet med arbetslivsdirektivet, ett vidare spektrum än vad arbetslivsdirektivet anger. Exempelvis omfattas hälso- och sjukvården av diskrimineringsförbudet i DL.⁵⁸

2.3.1 Åtgärder för att främja positiv religionsfrihet

På arbetsplatsen har arbetsgivaren en viss skyldighet att tillgodose arbetstagarens behov av religionsutövning genom aktiva åtgärder. I DL 3 kap 3 § stadgas att arbetsgivaren ska bedriva ett målinriktat arbete för att främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Kravet i lagen ska verka pådrivande för att motverka diskriminering.⁵⁹ Bestämmelserna är av mer kollektiv natur och är i första hand inte ämnade att tillämpas på enskilda fall.⁶⁰ De krav på genomförandet av aktiva åtgärder som ställs på arbetsgivaren beror av verksamhetens storlek och resurser.⁶¹ I 3 kap 4 § stadgas att åtgärderna ska vara sådana som kan krävas med hänsyn till arbetsgivarens resurser och övriga omständigheter. För diskrimineringsgrunderna etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning föreskrivs i förarbetena att arbetsgivaren bör anpassa arbetsorganisationen och arbetsplatsen till arbetstagarnas behov.⁶² I 3 kap 1 § ställs även krav på samverkan mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, då det i förarbetena föreskrivs att arbetstagarna också bör ha ett ansvar för att diskriminering motverkas. Samverkan bör därför gälla alla former av diskriminering i arbetslivet och inte enbart begränsas till arbetet med aktiva åtgärder.⁶³ Arbetsgivaren bär dock det yttersta ansvaret för att lagen efterföljs.⁶⁴

Det är av vikt att nämna att det även finns bestämmelser om förebyggande åtgärder i AML. I 3 kap 3 § föreskrivs att arbetsgivaren skall ta hänsyn till arbetstagarens särskilda förutsättningar för arbetet genom att anpassa arbetsförhållandena eller vidta annan lämplig åtgärd. I 3 kap 2 a § delges att arbetsgivaren ska verka för en god arbetsmiljö genom att systematiskt planera, leda och kontrollera verksamheten. Även i AML ställs kravet på samverkan mellan

⁵⁷Gabinus Göransson, Håkan, Slorach, Martina, Flemström, Stefan, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, 3.,[uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013, s. 49.

⁵⁸ Se Diskrimineringslagen (2008:567) samt direktiv 2000/78/EG.

⁵⁹ Prop 2007/08:95 s. 324.

⁶⁰ Prop 2007/08:95 s. 317.

⁶¹ Göransson Gabinus, 2013, s. 100.

⁶² Prop 2007/08:95 s. 330.

⁶³ Prop 2007/08:95, s. 324.

⁶⁴ Prop 2007/08:95, s. 324.

arbetsgivare och arbetstagare.⁶⁵ Arbetsmiljöverket har även givit ut föreskrifter för att motverka kränkande särbehandling.⁶⁶

Med utgångspunkt i DL, och även AML, bör en religiös manifestation härmed tillgodoses av arbetsgivaren i den mån det är möjligt för verksamheten samtidigt som den arbetstagare som vill utöva sin religion har ett ansvar att verka för icke-diskriminering samt en god arbetsmiljö på arbetsplatsen. Den enskildes behov av att utöva sin religion på arbetsplatsen, i detta fall att inte ta någon av motsatt kön i hand, ställs här mot den övriga personalens behov av att inte bli utsatt för en sådan manifestation. Då det motsatta intresset i detta fall är att inte bli diskriminerad på grund av kön på arbetsplatsen blir situationen problematisk eftersom detta motstående intresse erhåller skydd i lag.

2.3.2 Definition av religion eller annan trosuppfattning

Definition av religion eller annan trosuppfattning saknas i svenska förarbeten och lag då en definition i förarbetena benämns kunna leda till problem av begreppets tolkning och tillämpning.⁶⁷ I förarbetena nämns att ateism, buddism och agnosticism omfattas av begreppet samt att politiska åsikter, etiska och filosofiska värderingar utan samband med religion och rasistisk övertygelse inte omfattas.⁶⁸ I förarbetena nämns att begreppet trosuppfattning ska ha sin grund i eller samband med en religiös åskådning för att omfattas av diskrimineringskyddet.⁶⁹ Regeringen föreskrev i propositionen att det är egalt att definiera skillnaden mellan kulturella, traditionella och religiösa förhållanden. En legaldefinition bedömdes som vansklig då regeringen inte ämnade ge vägledning i ställningstaganden som dessa. Regeringen ansåg att det inte går att dra en enkel skiljelinje mellan religiösa och kulturella eller traditionella förhållanden. Av propositionen framgår att det typiskt sett enligt regeringens mening dock kan sägas att det "... många gånger faller sig naturligt att anamma ett synsätt som utgår från att uttryck och traditioner av det slag som här åsyftas vid tillämpning av diskrimineringslagstiftningen är att uppfatta som uttryck för religion eller annan trosuppfattning".⁷⁰ Då det ter sig oklart huruvida det

⁶⁵ Arbetsmiljölagen (1977:1160) 3 kap 1 a §.

⁶⁶ *Den organisatoriska och sociala arbetsmiljön – viktiga pusselbitar i en god arbetsmiljö*. Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4 <https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/bocker/den-organisatoriska-och-sociala-arbetsmiljon-viktiga-pusselbitar-i-en-god-arbetsmiljo-vagledning-h457.pdf>, 2016-12-14.

⁶⁷ Prop 2002/03:65, Ett utvidgat skydd mot diskriminering, s.82.

⁶⁸ Prop 2007/08:95, s. 121.

⁶⁹ Prop 2002/03:65, s. 82.

⁷⁰ Prop. 2007/08:95, s. 122.

rör sig om trosuppfattning eller kultur och tradition är utgångspunkten att ett beteende eller klädsel kan sammankopplas med religion. Regeringen förtydligade i propositionen att diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet i allmänhet täcker de kulturella eller traditionella betenden eller uttryck som inte omfattas av religion eller annan trosuppfattning.⁷¹ Diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet kan i många fall därmed täcka det som faller utanför diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning och lagen ger därtill ett heltäckande skydd.⁷² Det som hör till kultur och tradition kan i allmänhet falla in under någon av diskrimineringsgrunderna. De båda diskrimineringsgrunderna täcker tillsammans ett stort område och enligt regeringens mening är det av underordnad betydelse vilken av grunderna som åberopas inför domstol.⁷³ Utifrån regeringens resonemang skulle manifestationen att vägra skaka hand med en person av motsatt kön på grund av religiös övertygelse möjligen omfattas av diskrimineringskyddet.

2.4 Sammanfattning – är vägran att skaka hand en religiös manifestation?

DL och dess förarbeten tycks framhålla ett något mer långtgående skydd för religiösa och traditionella kulturella förhållanden än vad Arrowsmithprincipen utgör, vilket följer riktningen för domstolens resonemang i *Eweida*-målet. Utifrån de nya riktlinjerna från Europadomstolen och definitionen av religion eller annan trosuppfattning i svensk diskrimineringslag kan det göras antagligt att vägran att skaka hand är en religiös manifestation. Den kan i så fall begränsas enligt artikel 9 (2) i Europakonventionen. Rättsläget är dock fortfarande oklart, och manifestationen skulle även kunna ses som en kulturell manifestation. Om så är fallet skyddas den inte av lag. Samtidigt kan den inte heller begränsas av konventionen och det kan därmed göras antagligt att kulturella manifestationer tilldelas större spelrum än religiösa manifestationer. Om en kulturell manifestation ställs mot ett skyddat intresse såsom rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön, så går det skyddade intresset före.⁷⁴

⁷¹ Prop. 2007/08:95, s. 122.

⁷² Göransson Gabinus, 2013, s. 39.

⁷³ Prop 2007/08:95 s. 122.

⁷⁴ Fahlbeck, 2011, s. 212.

3. Rätten till negativ religionsfrihet

Den part som inte blir hälsad på kan bedömas ha två skyddade intressen. Dels rätten till negativ religionsfrihet, det vill säga rätten att inte ha en religion eller tro och att slippa bli utsatt för religiösa påtryck vilket regleras i artikel 9 (2). Dels rätten till att inte bli diskriminerad på grund av kön. Nedan redogörs för rätten till den negativa religionsfriheten.

3.1 Skyddet för negativ religionsfrihet i artikel 9 (2)

Om en handling faller under skyddet för artikel 9 (1) kan den prövas rättsligt enligt artikel 9 (2). Denna artikel reglerar tillåtna begränsningar av *forum externum* och avser *utövningen* av religion eller tro. Rätten till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet begränsas inte.⁷⁵ Av artikeln följer att;

”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.”

Artikel 9 (2) anger på vilket sätt den negativa religionsfriheten kan inskränkas, till skillnad från RF 2 kap 2 § där det inte anges vad som utgör en begränsning. I RF stadgas att ingen av det allmänna får tvingas att ge till känna sin åskådning i religiöst hänseende, eller av det allmänna tvingas att tillhöra trossamfund. I artikel 9 (2) kan den enskildes rätt att utöva sin religion eller tro begränsas enbart om det finns föreskrivet i lag och är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Europadomstolen dömer sällan stater för att de har uttryckt artikeln för vagt i nationell reglering.⁷⁶ Detta krav har således liten effekt.⁷⁷ För att inskränkningen ska anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle ska den stå i proportion till ett legitimt syfte.⁷⁸ De legitima syften som anges i artikeln är av hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter. Dessa grunder har inte varsin enskild definition utan har av domstolen och kommissionen dömts tillsammans.⁷⁹ Det kan vara nödvändigt att begränsa rätten att manifesteras en religion för att

⁷⁵ Fahlbeck, 2011, s. 28.

⁷⁶ Evans, 2001, s. 139.

⁷⁷ Evans, 2001, s. 142.

⁷⁸ Vickers, 2008, s. 102

⁷⁹ Evans, 2001, 148.

skydda andra intressen.⁸⁰ Europadomstolen gör därmed en avvägning mellan intresset att utöva religion eller tro och intresset att begränsa utövningen.⁸¹ I målet *Kokkinakis mot Grekland* framhöll Europadomstolen att det i demokratiska samhällen kan vara nödvändigt att begränsa religiösa manifestationer för att förena olika gruppers intressen och säkerställa att allas tro respekteras.⁸² I allmänhet gäller dock att staterna ska vidta den minsta möjliga inskränkande åtgärden för att upprätthålla balansen mellan intressena.⁸³

3.1.1 Det nationella tolkningsutrymmet

Konventionsstaterna har i praxis givits ett visst tolkningsutrymme (*margin of appreciation*) för att bedöma om en inskränkning varit nödvändig i ett demokratiskt samhälle genom att med viss frihet själva värdera om inskränkningen varit proportionerlig i förhållande till det skyddade intresset.⁸⁴ Hur stort tolkningsutrymme som staterna erhåller beror på förhållanden i det specifika fallet.⁸⁵ Några avgörande faktorer är i hur stor mån begränsningen inkräktar på klagandes privatliv, graden av konsensus bland konventionsstaterna i frågan samt vikten av att i staten upprätthålla ett demokratiskt och pluralistiskt samhälle.⁸⁶ Konventionsstaterna har i allmänhet givits ett stort tolkningsutrymme när det gäller begränsningen av religiösa manifestationer för att skydda andra personers fri-och rättigheter.⁸⁷ Stort fokus har legat på staternas yrkanden, och det har gjort det svårt för den enskilde att bevisa sin sak.⁸⁸ Professor Reinhold Fahlbeck beskriver dock det svenska tolkningsutrymmet som något begränsat då avvägningen mellan religion och stat inte är lika känslig i Sverige som i många andra europeiska länder. Detta då det svenska samhället blivit mer sekulariserat. Religion kan dock komma att bli ett mer debatterat ämne där spänningen mellan positiv och negativ religionsfrihet ökar, vilket kan bidra till att tolkningsutrymmet ökar och att begränsningarna av *forum externum* blir mer långtgående.⁸⁹

⁸⁰ Evans, 2001, s. 161.

⁸¹ Zillén, , 2016, s.145.

⁸² *Kokkinakis mot Grekland*, Mål 14307/88, dom 25 maj 1993, ECHR Reports 260-A, para 33.

⁸³ Zillén, 2016, s.146.

⁸⁴ Danelius, 2015, s. 454.

⁸⁵ Evans, 2001, 143.

⁸⁶ Evans, 2001, s. 143.

⁸⁷ Evans, 2001, s. 164.

⁸⁸ Evans, 2001, s.166-167.

⁸⁹ Fahlbeck, 2011, s.162-163.

3.2 Anställningsavtalets begränsning av religionsutövning

Den som frivilligt ingår ett anställningsavtal kan behöva acceptera en inskränkning av dennes religionsfrihet om detta krävs för att upprätthålla de förpliktelser som åläggs i tjänsten.⁹⁰ Detta med motiveringen att arbetstagaren även fritt kan lämna arbetet om denne finner det svårt att förena religionsutövning med sin arbetskyldighet.⁹¹ Arbetstagarens religionsfrihet skyddas således på detta vis. Av betydelse är också att arbetstagaren vid inträdandet av anställningen är medveten om att dennes religionsfrihet kan vara svår att förena med de krav som ställs på arbetsplatsen.⁹² I målet *X mot Storbritannien*⁹³ tillmättes anställningsavtalet stor betydelse. I målet kom Europakommissionen fram till att en avtalsförpliktelse kan begränsa religionsfrihetens utsträckning på arbetsplatsen om det skapar stora problem för arbetsgivaren att tillgodose arbetstagarens behov av religionsutövning. Kommissionen erhöll att "...a person... may, in the exercise of his freedom to manifest his religion, have to take into account his particular professional or contractual position".⁹⁴ I *Eweida och övriga mot Storbritannien* yttrade Europadomstolen att även om arbetstagaren ingått ett anställningsavtal frivilligt som påverkar dennes religiösa tro, så kan inte skyddet för religionsfriheten i Europakonventionen artikel 9 bortses från helt och hållet. Istället är det frivilliga avtalet en aspekt som måste vägas in vid avgörandet om begränsningen av religionsfriheten varit proportionerlig.⁹⁵

Att av religiösa skäl inte skaka hand med en person av motsatt kön skulle å ena sidan inte behöva betraktas som en manifestation som kan orsaka sådana stora problem för arbetsgivaren att manifestationen inte kan tillgodoses. Detta med hänvisning till de krav på aktiva åtgärder som arbetsgivaren har för att främja lika rättigheter och möjligheter på arbetsplatsen. Å andra sidan skulle manifestationen kunna skapa problem för arbetsgivaren om den krockar med andra intressen på arbetsplatsen. I detta hänseende är det tänkbart att manifestationen kan begränsas med hänvisning till avtalsförpliktelsen och de krav som ställs på arbetstagaren att rätta sig efter arbetsgivarens riktlinjer och policys. Efter domstolens resonemang i *Eweida*-målet kan det göras antagligt att balansen mellan olika intressen är av större vikt än det frivilliga avtalets begränsningar när det ska avgöras huruvida utövning av religion på arbetsplatsen

⁹⁰ Danelius, 2015, s. 449.

⁹¹ Vickers, 2008, s. 52

⁹² Danelius, 2015, s. 450.

⁹³ *X mot Storbritannien*.

⁹⁴ *X mot Storbritannien*, para 7

⁹⁵ Mål *Eweida och övriga mot Storbritannien*, fallet med ms Ladele, para 109. Se även mål *Leyla Sahin mot Turkiet*, mål 44774/07, dom 10 november 2005, ECHR Reports 2005-X1 där domstolen inte lägger någon vikt vid att den klagande frivilligt anslutit sig till ett statligt universitet för att avgöra om en kränkning av religionsfriheten hade skett.

ska begränsas eller inte. Religionsfriheten kan härmed anses ha fått en starkare ställning på arbetsplatsen.

3.3 Sammanfattning - skyddet för negativ religionsfrihet

Om vägran att skaka hand med en person av motsatt kön är att betrakta som en religiös manifestation kan den begränsas av artikel 9 (2) i Europakonventionen. Sveriges tolkningsutrymme kan enligt Fahlbeck betraktas som något begränsat, vilket skulle göra det svårare att inskränka religionsfriheten. På arbetsplatsen skulle manifestationen att inte skaka hand med en person av motsatt kön kunna begränsas. Efter *Eweida*- målet kan det göras antagligt att avvägningen mellan motstående intressen är av större betydelse än avtalsförpliktelsen vid prövning om en begränsning kan ske. Om manifestationen är en kulturell manifestation får den ge vika för ett annat skyddat intresse. Rör det sig istället om en religiös manifestation måste en proportionalitetsprövning göras mellan de motstående intressena.

4. Rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön

Skyddet mot diskriminering är en vital del i arbetet för de mänskliga rättigheterna.⁹⁶ Likabehandling mellan män och kvinnor och arbetet mot ett jämställt samhälle ges hög prioritet i svensk och internationell reglering. I Sverige finns bland annat grundlagsskydd mot missgynnande på grund av kön i RF 2 kap 13 §. Nedan redogörs för skyddet mot diskriminering på grund av kön, och om manifestationen att inte skaka hand kan utgöra diskriminering på grund av kön. Kravet på en god arbetsmiljö och huruvida manifestationen kan utgöra kränkande särbehandling behandlas också.

4.1 Diskrimineringslagens skydd mot diskriminering på grund av kön

I Sverige är DL den främsta rättskällan gällande skyddet mot diskriminering på grund av kön. Då DL grundar sig i EU-rätten är det av vikt att nämna relevanta rättsakter härifrån. Inom EU-

⁹⁶ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, artikel 7

rätten har regler om likabehandling funnits länge och området jämställdhet har utvecklats väl. Genom Amsterdamfördraget av år 1999 blev jämställdhet mellan kvinnor och män ett grundläggande mål.⁹⁷ I Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt stadgas i artikel 8 att unionen i all sin verksamhet ska syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män. I artikel 10 fastställs att unionen ska bekämpa diskriminering gällande bland annat kön. Artikel 21 föreskriver förbudet om icke diskriminering där kön nämns som grund. Artikel 23 i fördraget stadgar uttryckligen att jämställdhet ska råda mellan kvinnor och män.

Genom arbetslivsdirektivet⁹⁸ blev diskrimineringslagstiftning obligatorisk för medlemsstaterna. Arbetslivsdirektivet fastställer en ram för att motverka diskriminering på grund av kön i arbetslivet.⁹⁹ Likabehandlingsdirektivet¹⁰⁰ som ersätter sex tidigare direktiv behandlar jämställdhet. Detta direktiv ska säkerställa att principen om lika möjligheter och likabehandling mellan kvinnor och män i arbetslivet genomförs.¹⁰¹ Punkt 22 föreskriver att kvinnors rättigheter i arbetslivet har förtur för att nå jämställdhet i arbetslivet. I artikel 26 delges att medlemsstaterna ska uppmuntra arbetsgivarna att vidta aktiva åtgärder för att förebygga diskriminering på grund av kön. Bägge direktiv är minimidirektiv som inte hindrar medlemsstaterna från att ha ett vidare skydd än vad direktiven anger.¹⁰² Genom DL har bägge direktiven införlivats i svensk rätt.

4.1.1 Aktiva åtgärder för att motverka diskriminering på grund av kön

Liksom diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning skyddas diskrimineringsgrunden kön genom reglering om aktiva åtgärder i DL. Arbetsgivaren bör vidta aktiva åtgärder för att motverka diskriminering på grund av kön och främja jämställdheten på arbetsplatsen. Genom aktiva åtgärder bör arbetsgivaren således även tillgodose behovet hos den part som inte blivit hälsad på. De aktiva åtgärderna är fler gällande jämställdheten än religionsfriheten. Enligt DL 13 § ska en arbetsgivare vart tredje år upprätta en jämställdhetsplan. Det skulle därmed kunna göras antagligt att arbetsgivaren har ett vidare ansvar att upprätthålla detta intresse än för intresset att utöva en religion. Arbetsgivaren skulle ur denna aspekt möj-

⁹⁷ Nyström, 2011, s.168.

⁹⁸ Direktiv 2000/78/EG

⁹⁹ Se 2.3 kap

¹⁰⁰ Direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning).

¹⁰¹ Direktiv 2006/54/EG.

¹⁰² Nyström, 2011, s.175.

ligen behöva tillgodose behovet hos den part som inte blivit hälsad på. Detta för att upprätthålla jämställdheten på arbetsplatsen och inte diskriminera någon på grund av kön.

För arbetsgivaren kan det uppstå svårigheter att tillgodose och främja flera olika rättigheter samtidigt. Detta återspeglas i ett ärende från DO¹⁰³ som berör undervisning av SFI där en grupp kvinnliga studerande på grund av religiös åskådning fick sitta bakom skärmar och inte tilläts tala bland män. Det är här viktigt att poängtera problematiken med att likställa studenter och den kommunala skolan det rör sig om med arbetstagare och arbetsgivare i denna bemärkelse. Ärendet visar fortfarande exempel på hur DO förhåller sig till situationer där flera rättigheter krockar med varandra. DO förde inget resonemang om vilken rättighet som ska framhållas i den givna situationen och hur prioriteringen ska göras mellan religionsfriheten och rättigheten att inte bli diskriminerad på grund av kön. Bedömningen grundades istället på likabehandling och om de aktiva åtgärderna för att motverka trakasserier på grund av kön ansågs vara fullbordade. Kommunen ansågs ha uppfyllt sina skyldigheter enligt bestämmelserna i DL och ärendet avslutades därför. Beslutet tar fasta på skyldigheterna att på ett målinriktat sätt främja lika rättigheter och möjligheter, där en parallell kan dras till arbetsplatsen.¹⁰⁴

Av värde att nämna är att ny reglering om aktiva åtgärder träder i kraft år 2017. I förarbetena till DL föreskrevs att syftet med sammanslagningen av de olika diskrimineringslagarna var att stärka skyddet för diskriminering¹⁰⁵ och minska risken för att normkollisioner skulle uppstå.¹⁰⁶ Vid sammanslagningen sammanfördes även de olika myndigheterna som hanterat diskrimineringsfrågor och som var kopplade till respektive lag om diskriminering.¹⁰⁷ Denna sammanföring skulle i sig kunna leda till interna konflikter hos DO som myndighet. I de nya bestämmelserna om aktiva åtgärder år 2017 ska det förebyggande arbetet bedrivas utifrån alla diskrimineringsgrunder i DL. Problematiken för både arbetsgivare och DO kan härmed bli ännu mer komplex och en ”intern konflikt” mellan olika intressen riskerar att aktualiseras vid rättstillämpningen.¹⁰⁸

¹⁰³ Miriam mot Hjalmar Strömerskolan, DO ANM 209/320.

¹⁰⁴ DO ANM 209/320, s 2-3.

¹⁰⁵ Prop. 2007/54:95 samt se Göransson Gabinus, 2013, s. 22.

¹⁰⁶ Fransson & Stüber, 2015, s. 58.

¹⁰⁷ JämO [<http://www.jamombud.se/omjamstalldhet/>] 2016-11-03.

¹⁰⁸ Fransson & Stüber, 2015, s. 58.

4.1.2 Kan vägran att skaka hand utgöra diskriminering på grund av kön?

Då intresset att manifesteras en religion ställs mot intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön uppstår frågan om manifestationen utgör diskriminering. Viktigt att nämna är att en arbetstagare inte kan dömas för diskriminering. Det är arbetsgivaren som bär det yttersta ansvaret genom de krav på aktiva åtgärder som stadgas i DL. Om en arbetstagare vägrar hälsa på en arbetsgivare är det således inte fråga om diskriminering enligt DL. De typer av diskriminering som möjligen kan göras gällande i situationen är direkt diskriminering, indirekt diskriminering och trakasserier.

Direkt diskriminering på grund av kön aktualiseras om situationen är *missgynnande*, om det finns en *jämförbar situation* samt ett *orsakssamband*.¹⁰⁹ Det måste handla om en faktisk förlust, där den utsatta känner ett obehag.¹¹⁰ Det är godtagbart att jämföra situationen med hur en hypotetisk jämförelseperson skulle ha blivit behandlad.¹¹¹ Om personen som utövar religion inte känner till att en diskriminerande handling förelegat kan denne inte heller bli skyldig till diskriminering eftersom det krävs insikt om diskrimineringsgrunden.¹¹² De tre rekvisiten missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband måste bilda en sammanhängande kedja, där de enskilt inte kan göra direkt diskriminering gällande. Detta är fullt möjligt att rekvisitet missgynnande kan uppfyllas eftersom den utsatta kan känna en faktisk förlust samt ett obehag inför motpartens vägran att hälsa. Rekvisitet jämförbar situation skulle kunna göras gällande eftersom manifestationen inte hade ägt rum om de två parterna var av samma kön. Det kan göras sannolikt att rekvisitet orsakssamband även kan uppfyllas då den part som vägrar hälsa inser att en person av motsatt kön negligeras. Utifrån rekvisiten kan det därför göras antagligt att manifestationen kan utgöra direkt diskriminering.

Rekvisiten för indirekt diskriminering är *missgynnande*, *jämförelse* och *intresseavvägning*.¹¹³ Indirekt diskriminering är ett till synes neutralt kriterium som särskilt kan komma att missgynna kvinnor eller män. Till skillnad från direkt diskriminering gäller rekvisitet jämförelse en faktisk jämförelseperson.¹¹⁴ I Sverige finns det få fall som berör indirekt diskriminering, dock har EU-domstolen framhållit att de nationella domstolarna avgör om kriteriet jämförbar situation är uppfyllt.¹¹⁵ Typiskt sett ska en grupp missgynnas, i detta fall rör det sig om perso-

¹⁰⁹ DL 1 kap 4§ 1p.

¹¹⁰ Fransson & Stüber, 2015, s. 64.

¹¹¹ Prop. 2007/08:95, s. 487.

¹¹² Prop. 2005/06:38, s. 143 samt se Fransson & Stüber, 2015, s. 70.

¹¹³ Fransson & Stüber, 2015, s. 73.

¹¹⁴ DL 1 kap 4§ 1-2 p.

¹¹⁵ Prop 2007/08:95, s. 490-491 samt se Fransson & Stüber, 2015, s. 76.

ner av ett visst kön.¹¹⁶ Verksamhetens interna ordningsregler som till synes anses neutrala kan utgöra indirekt diskriminering.¹¹⁷ För att avgöra om manifestationen kan utgöra indirekt diskriminering måste en intresseavvägning göras utifrån principen om proportionalitet, där rättigheten till religionsutövning ställs mot rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön.¹¹⁸ I denna prövning måste den utsatta kunna påvisa att missgynnandet orsakat faktisk skada, obehag eller att denne drabbats av någon annan nackdel.¹¹⁹ Huruvida manifestationen utgör indirekt diskriminering är därmed beroende av omständigheterna i det specifika fallet.

Trakasserier är handlingar som kränker den utsattes värdighet. Rekvisiten för trakasserier är *missgynnande*, där utgångspunkten är att ett *oönskat* beteende föreligger. Handlingen ska ha ett *orsakssamband* till diskrimineringsgrunden kön. Den som trakasserar måste också ha *insikt* i att motparten blir trakasserad. En skillnad jämfört med direkt och indirekt diskriminering är att inget rekvisit angående jämförelse behövs. För att trakasserier ska bli gällande måste den utsatte påtala att denne upplever sig vara trakasserad.¹²⁰ Manifestationen skulle kunna sammankopplas med trakasserier då den missgynnar personer av ett visst kön. För den utsatte kan det möjligen vara ett oönskat beteende som har ett orsakssamband till kön. Det kan dock vara svårt att bevisa att det har funnits insikt hos den part som manifesterat sin religion. Syftet med manifestationen är inte att trakassera motparten. Det är därmed inte troligt att manifestationen kan utgöra diskriminering i form av trakasserier.

4.2 Kravet på en god arbetsmiljö

Som nämnt i kap 2.3.1 finns bestämmelser om förebyggande åtgärder i AML. Genom att systematiskt planera, leda och kontrollera verksamheten ska arbetsgivaren verka för en god arbetsmiljö och tillgodose arbetstagarens behov av att inte bli utsatt för religiösa manifestationer. Genom föreskrifter från Arbetsmiljöverket, som är tillsynsmyndighet, ska arbetsmiljön främjas och risk för ohälsa ska förebyggas. I AFS 2015:4 behandlas kränkande särbehandling som är ett samlingsnamn för olika typer av kränkande handlingar som riktas mot en eller flera arbetstagare och som kan leda till utanförskap på arbetsplatsen eller ohälsa. Då intresset att manifesteras en religion ställs mot intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön uppstår

¹¹⁶ Fransson & Stüber, 2015, s. 76.

¹¹⁷ Fransson & Stüber, 2015, s. 75.

¹¹⁸ Prop. 2007/08:95, s. 491.

¹¹⁹ Fransson & Stüber, 2015, s. 75.

¹²⁰ Prop. 2007/08:95, s. 493.

frågan om manifestationen kan utgöra kränkande särbehandling i enighet med AML och AFS 2015:4.

4.2.1 Kan vägran att skaka hand utgöra kränkande särbehandling?

Arbetsmiljöverkets föreskrift som trädde i kraft den 31 mars 2016 behandlar organisatorisk och social arbetsmiljö och är enligt 2 § gällande mellan arbetsgivare och arbetstagare. Föreskrifter från AML är bindande regler, dock har de allmänna råd som anges i föreskrifterna inte samma juridiska status utan är indikationer på hur en tolkning kan göras.¹²¹ AFS 2015:4 anger tydliga regler och ställer höga krav på arbetsgivaren.¹²² I 13 § föreskrivs att arbetsgivaren ska påvisa att kränkande särbehandling inte accepteras i verksamheten. För att motverka kränkande särbehandling är det förebyggande ansvaret långtgående. Här tilldelas chefer och arbetsledande personal särskilt ansvar för förebyggandet, uppmärksammandet och hanteringen av kränkande särbehandling. I 11 § anges att arbetsgivaren måste förebygga situationer som kan leda till stark psykisk ohälsa hos arbetstagarna. Om kränkande särbehandling fortgår kan det annars leda till mobbing.¹²³ I föreskriften nämns att om grunden för kränkande särbehandling är kön kan diskrimineringslagen även bli applicerbar.¹²⁴

I vägledningen till AFS 2015:4 anges att ett tydligt exempel på kränkande särbehandling är att inte bli hälsad på.¹²⁵ Det kan därför göras antagligt att manifestationen att inte skaka hand med en person av motsatt kön kan utgöra kränkande särbehandling och vid upprepade tillfällen även likställas med mobbing. Föreskriften nämner dock inte rätten att avstå från att hälsa på en person, och vad det enligt föreskriften innebär att inte bli hälsad på preciseras inte. I de allmänna råd som anges framgår istället att det är allmänt vedertaget att man hälsar på varandra.¹²⁶ Utifrån föreskriften kan därför ingen säker slutsats dras om huruvida vägran att skaka hand kan utgöra kränkande särbehandling.

¹²¹ AFS 2015:4.

¹²² Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4, s. 3

¹²³ Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4, s. 58.

¹²⁴ Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4, s. 59.

¹²⁵ Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4, s. 56.

¹²⁶ Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4, s. 56.

4.3 Praxis från Europadomstolen

Två mål från Europadomstolen berör förhållandet mellan religiösa uttryck och statens intresse av att upprätthålla ett jämställt samhälle. Det är av vikt att belysa domstolens resonemang för att få klarhet i hur prioriteringen ska göras mellan religiösa manifestationer och skyddet mot diskriminering på grund av kön. I målet *Leyla Sahin mot Turkiet*¹²⁷ hade en kvinnlig student förvägrats att bära huvudduk på ett sekulärt universitet. I domstolens beslut framkom att ett intrång i artikel 9 av Europakonventionen var nödvändigt för att upprätthålla ett demokratiskt samhälle, vilket baserades på grunderna sekularism och jämställdhet. Domstolen framhöll att det inte är konventionsstridigt att inskränka en religion om syftet är att försvara demokratiska värderingar och principer.¹²⁸ Viktigt att poängtera är att omständigheterna i Turkiet har sett annorlunda ut än i Sverige då Turkiet har haft ett mer omfattande skydd mot religionsutövning och extremism. Det turkiska tolkningsutrymmet får vid tidpunkten anses vidare än det nuvarande svenska tolkningsutrymmet. I målet *Dahlab mot Schweiz*¹²⁹ ansåg Europadomstolen det svårt att förena en religiös manifestation med principen om tolerans för att främja jämställdheten.¹³⁰ Då en grundskolelärarinna ville bära islamisk huvudduk tog domstolen den schweiziska federationen om religiösa attribut i skolundervisning i beaktning, i vilken det framkom att det är av vikt att barnen ska kunna delta i skolundervisningen utan att bli påverkade av lärarinnans religion.¹³¹ Även om tolkningsutrymmet även här skiljer sig från det svenska, tycks konventionsstaternas intresse av att upprätthålla ett demokratiskt och jämställt samhälle utifrån de två målen väga tungt när det ställs mot individens intresse av att utöva sin religion.

4.4 Europarådets resolution om kvinnor och religion i Europa

Europarådet arbetar med att främja mänskliga rättigheter och är en mellanstatlig samarbetsorganisation.¹³² Europarådet antog år 2005 en resolution som föreskriver att religion har inverkan på många kvinnor i Europa oberoende om kvinnorna är religiöst troende eller inte.¹³³ Här föreskrivs att kvinnors rättigheter kan kränkas som en följd av religion. Dock poängteras att

¹²⁷ *Leyla Sahin mot Turkiet*, 2005

¹²⁸ *Leyla mot Turkiet*

¹²⁹ *Dahlab mot Schweiz*, mål 42393/98, dom 15 februari 2001, ECHR Reports 2001-V

¹³⁰ *Dahlab mot Schweiz*, s. 13.

¹³¹ *Dahlab mot Schweiz*, s. 7.

¹³² Council of Europe [www.coe.int] 2016-12-18

¹³³ Resolution 1464 (2005), Women and religion in Europe, Council of Europe

majoriteten av religiösa utövare förespråkar jämställdhet, men att traditionella könsstereotyper inte kan upprätthållas i religionens namn. Vidare föreskrivs att diskriminerande behandling i en religiös aspekt inte är accepterat. I resolutionen innefattas även diskriminering av kvinnor angående mer subtila former av intolerans, vilka benämns vara minst lika effektiva för att upprätthålla en patriarkalisk kultur och könsstereotypa roller. Det föreskrivs att det är viktigt att vidta åtgärder för att främja jämställdhet. Det betonas att religionsfriheten inte får ses som en ursäkt för att undanta kvinnors rättigheter, oavsett om handlingarna är lagliga eller olagliga, subtila eller inte, samt om det finns nominellt samtycke hos de kvinnliga offren. Resolutionen anger att det är medlemsländernas skyldighet att upprätthålla och skydda kvinnors rättigheter.¹³⁴ Även om resolutionen inte är rättsligt bindande kan den verka uppmanande och vägledande. Utifrån exemplet att inte skaka hand med en person av motsatt kön på grund av religiös övertygelse kan denna resolution därmed stärka skyddet för den part som inte blir hälsad på.

4.5 Sammanfattning - rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön

Jämställdhet och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön åtnjuter ett starkt rättsligt skydd. Detta i samklang med Europadomstolen och utgången i målen Leyla mot Turkiet och Dahlab mot Schweiz, där religionsfriheten inskränktes på grund av bland annat jämställdhetsaspekten. Det kan göras troligt att manifestationen att vägra skaka hand med en person av motsatt kön utgör diskriminering. Det kan dock bli svårt att uppfylla alla rekvisit. Det kan skulle även kunna göras troligt att manifestationen utgör kränkande särbehandling. De aktiva åtgärderna för att främja lika rättigheter och möjligheter mellan män och kvinnor kan anses mer omfattande än de aktiva åtgärderna för att främja rätten till religion eller annan trosuppfattning. I DO:s avgörande framhölls vikten av arbetet med aktiva åtgärder på arbetsplatsen, där arbetet med de aktiva åtgärderna blev avgörande för utfallet. Även om det rättsliga skyddet mot diskriminering på grund av kön är starkt måste en intresseavvägning göras mellan de två intressena för bringa klarhet i frågan hur prioriteringen ska göras mellan religionsfriheten och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön.

¹³⁴ Council of Europe [<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17372&lang=en>] 2016-11-06.

5. Om de två skyddade intressena krockar, hur ska prioriteringen göras dem emellan?

Både den positiva religionsfriheten och rätten att inte bli diskriminerad på grund av kön är två intressen som har ett starkt rättsligt skydd. En intresseavvägning är därför komplex att göra. För att avgöra hur prioriteringen ska göras mellan intressena, och om den överhuvudtaget är möjlig, måste en proportionalitetsbedömning ske. Vid denna proportionalitetsbedömning ska omständigheterna i det specifika fallet tas i beaktning. Att vägra ta en person av motsatt kön i hand på grund av religiös övertygelse kan som manifestation anses falla utanför Europakonventionens rättsliga skydd enligt Arrowsmithprincipen. Om så är fallet får det skyddade intresset att inte bli diskriminerad på grund av kön ges företräde. I målet *Eweida och övriga mot Storbritannien* avviker Europadomstolen från tillämpningen av Arrowsmithprincipen då den enskildes personliga tolkning av religionsutövning tillmäts betydelse. Utifrån domstolens resonemang i målet skulle manifestationen möjligen kunna anses vara skyddad av konventionen. Förarbetena till DL gör det även antagligt att manifestationen omfattas av diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning. Det är härmed troligt att intresset att inte vilja ta en person av motsatt kön i hand är en religiös manifestation som omfattas av skyddet för positiv religionsfrihet. Det är när detta skyddade intresse ställs mot intresset att inte bli utsatt för religiösa manifestationer och att inte bli diskriminerad på grund av kön som intresseavvägningen blir problematisk.

Om manifestationen omfattas av Europakonventionen kan den begränsas till skydd för andra personers fri- och rättigheter i enighet med artikel 9 (2) av konventionen. På arbetsplatsen kan manifestationen även begränsas av anställningsavtalet då det skulle kunna uppstå stora problem för arbetsgivaren att tillgodose behovet av religionsutövning när manifestationen krockar med andra intressen. Arbetsgivarens skyldighet att främja jämställdhet och att motverka könsdiskriminering på arbetsplatsen kan i detta hänseende anses väga tyngre än skyldigheten att tillgodose religionsutövning. Att inte ta en person av motsatt kön i hand skulle kunna betraktas som könsdiskriminerande samt möjligen utgöra kränkande särbehandling. Rätten till negativ religionsfrihet och att inte bli diskriminerad på grund av kön skulle kunna anses åtnjuta ett starkare skydd än rätten till positiv religionsfrihet. Utifrån domstolens resonemang i *Eweida*-målet försvinner dock inte det rättsliga skyddet i artikel 9 helt och hållet, utan det centrala är balansen mellan de olika intressena. Med utgångspunkt i detta förhållningssätt kan intresseavvägningen bli än mer problematisk då anställningsavtalet inte är lika avgörande.

Om Sveriges tolkningsutrymme är att betrakta som snävt är det svårare att begränsa religionsfriheten för att skydda den part som utsatts för manifestationen. Att främja mångfald och pluralism är aktuellt i det svenska samhället. Spänningen mellan positiv och negativ religionsfrihet kan öka i takt med att religion blir ett mer debatterat ämne, vilket kan bidra till att jämställdhetsintresset och skyddet mot könsdiskriminering får större spelrum än rätten att manifesteras en religion. Tolkningsutrymmet kan här öka och begränsningarna av religiösa manifestationer blir således mer långtgående.

Det går inte att dra någon slutsats om hur prioriteringen ska göras mellan intressena då prejudikat fortfarande saknas på området. Vad som kan konstateras är att stater ska sträva efter att upprätthålla en balans mellan intressena utifrån likabehandlingsprincipen för att skapa ett jämlikt samhälle, dock varierar det mellan stater hur dessa mål ska uppnås.

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop 1997/98:16 *Sverige, framtiden och mångfalden – från invandrapolitik till integrationspolitik*

Prop. 2007/54:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*

EU-rätt

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning)

Litteratur

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Dijk, Pieter van & Hoof, Godefridus Josephus Henricus van, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3. ed., Kluwer, The Hague, 1998

Ehrenkrona, Carl Henrik, *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna: en kommentar*, Karnov Group, Stockholm, 2016

Evans, Carolyn, *Freedom of religion under the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001

Fahlbeck, Reinhold, *Bed och arbete = Ora et labora : om religionsfrihet i arbetsliv och skola : juridik, samhälle, praktik*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2011

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Fredric Korling & Mauro Zamboni. *Juridisk metodlära*. Uppl 1:4. Lund: Studentlitteratur, 2013

Gabinus Göransson, Håkan, Slorach, Martina, Flemström, Stefan, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, 3., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2., [utök.] uppl., Iustus, Uppsala, 2003

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Vickers, Lucy, *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart, Oxford, 2008

Zillén, Kavot, *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård*, Uppsala universitet, Juridiska institutionen, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2016, Uppsala, 2016

Rättsfallsförteckning

Europakommissionen

X mot Storbritannien, mål 8160/78, beslut 12 mars 1981, D.R. 22

Arrowsmith mot Storbritannien, mål 7050/75, beslut 12 oktober 1978, D&D 19

Ahmad mot Storbritannien, mål 8160/78, beslut 12 mars 1981, D&D

Karaduman mot Turkiet, mål 16278/90, beslut 3 maj 1993, D&R

Europadomstolen

Kokkinakis mot Grekland, mål 14307/88, dom 25 maj 1993, ECHR Reports 260-A

Dahlab mot Schweiz, mål 42393/98, dom 15 februari 2001, ECHR Reports 2001-V

Leyla Sahin mot Turkiet, mål 44774/07, dom 10 november 2005, ECHR Reports 2005-X1

Mål Eweida och övriga mot Storbritannien, mål 48420/10, 59842/10, 51671/10 och 36516/10, dom 15 januari 2013, ECHR Reports

Domar från Hovrätten

Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut 2016-04-14, T 1157-15

Tingsrättsavgöranden

Stockholms tingsrätts beslut 2010-02-08, mål T 7324-08

Hässleholms tingsrätts beslut 2015-04-08, mål T 1370-13

Internetkällor

Council of Europe [<http://www.coe.int/en/web/about-us/achievements>] besökt 2016-12-18

Resolution 1464 (2005), Women and religion in Europe, Council of Europe
[<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17372&lang=en>] besökt 2016-11-06

Jämställdhetsombudsmannen [<http://www.jamombud.se/>] besökt 2016-11-03

Övriga källor

Den organisatoriska och sociala arbetsmiljön – viktiga pusselbitar i en god arbetsmiljö. Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, AFS 2015:4 [<https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/bocker/den-organisatoriska-och-sociala-arbetsmiljon-viktiga-pusselbitar-i-en-god-arbetsmiljo-vagledning-h457.pdf>] - hämtad 2016-12-14

DO ANM 209/320 Miriam mot Hjalmar Strömerskolan