



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hanna Kanon

Religiös pluralism eller sekularism i skolan?

- Om den rättsliga avvägningen mellan positiv och negativ religionsfrihet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Nilsén

Termin: HT2020

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	2
Förkortningar	3
1 Inledning	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod och Material	6
1.5 Rådande forskningsläge	7
1.6 Terminologi	7
1.7 Disposition	8
2 Religionsfriheten i Europakonventionen	9
2.1 Positiv religionsfrihet	9
2.2 Negativ religionsfrihet	9
2.3 Begränsningar	10
2.4 Lagbegreppet i Europakonventionen	10
2.5 Margin of Appreciation	11
3 Religionsfriheten i svensk rätt	12
3.1 Positiv religionsfrihet	12
3.2 Negativ religionsfrihet	12
3.3 Begränsningar	13
3.4 Diskriminering i skolan	13
3.5 Europakonventionens ställning i svensk rätt	14

4	Den rättsliga avvägningen	16
4.1	Europadomstolens praxis	16
4.2	Hur görs avvägningen av Europadomstolen?	19
4.3	Hur görs avvägningen i Sverige?	21
5	Analys	25
5.1	Skillnader mellan bestämmelserna	25
5.2	Är praxisen etnocentrisk?	26
5.3	Hur påverkas Sverige?	27
5.4	Slutsats	29
	Käll- och litteraturförteckning	31
	Rättsfallsförteckning	34

Summary

In Sweden, there has been a tolerant attitude towards religious manifestations for a long time. However, the topic of prohibition of the Muslim headscarf arises in the public debate now and then. In the county of Skurup, a ban on the Muslim headscarf was recently voted through. The county board referred to the European Court of Human rights who have allowed bans on Muslims headscarf in multiple cases. The politician Johan Bolinder said that the practice of the Court shows that the right to practice one's religion is subordinate the right to not have religion forced upon you.¹

The essay aims to examine what the European Court of Human rights have said regarding the balancing between the right to practice ones' religion and the right to live without it, also known as the positive and the negative freedom of religion. It also examines what kind of circumstances that allows restrictions of the freedom of religion. Simultaneously, a presentation of the negative freedom of religion in Sweden is made to illustrate potential differences. The essays also aim to examine if the balancing practice in Swedish courts potentially could be influenced by the practice of the European court.

When it comes to the legal status of the European convention of human rights in Sweden, the opinions among experts seem to differ. It is also unclear which importance the cases from the European court should have in Swedish legal life. As the thesis shows, the negative freedom of religion in Sweden can only be invoked towards the state. There is also a strong national legislation when it comes to discrimination, which is sometimes hard to reconcile with some of the statements made by the Court on the topic. At what extent the Courts practice should affect Sweden is mainly up to Swedish judges to decide.

¹ Tove Hansson, "Slöjförbud stoppas i Skurup och Staffanstorps", *SVT*.

Sammanfattning

I Sverige har man länge haft en generös inställning till religiösa symboler och uttrycksformer, men med jämna mellanrum dyker frågan om slöjförbud i skolor upp i den svenska samhällsdebatten. I Skurups kommun röstade man nyligen igenom ett förbud mot huvudduk, huvudduk, niqab och burka med hävning till att Europadomstolen vid ett flertal prövningar har godtagit förbud mot muslimsk sjal i offentlig undervisningsverksamhet. Kommunalrådet Johan Bolinder sa att Europadomstolens praxis visar att rätten att utöva sin religion är underställd rätten för andra att inte påtvingas den.²

Uppsatsen syftar till att undersöka vad Europadomstolens praxis faktiskt säger om avvägningar mellan rätten att utöva sin religion och rätten för att inte påtvingas den, det som också kallas positiv och negativ religionsfrihet, samt vad det är för omständigheter som gör att inskränkningar av religionsfriheten är tillåtna enligt Europakonvention. Detta görs parallellt med en redogörelse för den negativa religionsfrihetens ställning i Sverige för att belysa eventuella skillnader. Uppsatsen ämnar undersöka om den svenska avvägningen eventuellt kan påverkas av Europadomstolens praxis och i så fall på vilket sätt.

Åsikterna kring vilken rättslig ställning Europakonventionen har i Sverige verkar gå isär. Det är också oklart vilken betydelse Europadomstolens praxis ska tillmätas, och det är i slutändan denna fråga som i mångt och mycket blir avgörande för att kunna besvara frågeställningen om hur praxisen kan påverka avvägningen i Sverige. Som undersökningen visar har Sverige en negativ religionsfrihet som inte går att rikta mot någon annat än staten, samt en stark diskrimineringslagstiftning som är svår att förena med vissa ställningstaganden i Europadomstolens praxis. I vilken utsträckning praxisen får genomslag är främst upp till svenska domare att avgöra.

² Tove Hansson, "Slöjförbud stoppas i Skurup och Staffanstorps", *SVT*.

Förkortningar

DiskL

Diskrimineringslagen

EKMR (Europakonventionen)

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

Europadomstolen

Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter

RF

Regeringsformen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 31 maj 2019 skickade Sverigedemokraterna in en motion till kommunfullmäktige i Skurup där de föreslog att huvudduk, niqab och burka skulle förbjudas i Skurups för-och grundskolor.³ Skol- och utbildningsförvaltningen gjorde bedömningen att ett sådant generellt förbud inte är möjligt att införa enligt gällande lagstiftning, men kommunfullmäktige valde ändå att bifalla motionen sex månader senare.⁴ Beslutet väckte starka reaktioner och den 17 november 2020 prövades kommunbeslutet i Förvaltningsrätten i Malmö. Förvaltningsrättens dom var tydlig; slöjförbud strider mot grundlagens bestämmelse om religionsfrihet och mot Europakonventionen och skulle därför upphävas.⁵ Trots detta har kommunerna i Skurup överklagat beslutet och kommunalrådet Johan Bolinder anser att förvaltningsrätten har fel i sin argumentation. Han menar att Europadomstolens praxis visar att rätten att utöva sin religion är underställd rätten för andra att inte påtvingas den.⁶

Bolinders citat handlar om det som kallas *positiv* och *negativ religionsfrihet*, vilket också är ämnet för uppsatsen. Religionsfrihet lyfts ofta fram som en av grundbultarna i ett demokratiskt samhälle.⁷ I ett historiskt perspektiv är det friheten *till* religion, den positiva religionsfriheten, som har varit dominerande. I Europa utgjordes denna ”frihet” länge av ett religionstvång, och intoleransen mot oliktankande har varit stor.⁸ Av den anledningen är det inte helt förvånande att det främst är friheten *från* religion som på senare tid har ansetts vara i behov av mer stöd. I Europa har det rättsliga skyddet för negativ religionsfrihet tillkommit genom Europakonventionen för mänskliga

³ Kallelse Kommunfullmäktige, 2019-12-16, s. 181.

⁴ Kallelse Kommunfullmäktige, 2019-12-16, s. 177, Protokoll Kommunfullmäktige, 2019-12-16, s. 46.

⁵ Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 113–20.

⁶ Tove Hansson, ”Slöjförbud stoppas i Skurup och Staffanstorps”, *SVT*.

⁷ Dijk (2006) s. 736.

⁸ Fahlbeck (2011) s. 186.

rättigheter.⁹ Europadomstolen har endast prövat den negativa religionsfriheten i liten utsträckning, och i Sverige finns ännu färre fall.¹⁰ I Sverige har man länge betraktat religionsfriheten som en privatsak och några förbud mot religiöst iögonfallande symboler har inte varit aktuellt.¹¹ Skolverkets ståndpunkt vad gäller just religiös klädsel i skolan har dock varierat över åren och deras riktlinjer är för närvarande under revidering. I ett mail skriver de att de håller på att se över sina ställningstaganden i frågan om klädsel mer generellt och religiösklädsel mer specifikt. Området förefaller vara under viss förändring. Min ambition är att lyfta in Bolinders citat och Skurupmålet i en konstitutionell kontext och undersöka vad som är gällande rätt avseende den positiva och negativa religionsfriheten.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur religionsfriheten regleras i regeringsformen och Europakonventionen, vilka skillnader som finns mellan grundlagsbestämmelsen och konventionsbestämmelsen, vad Europadomstolens praxis har uttalat på området samt hur detta eventuellt påverkar situationen i Sverige. För att uppnå detta syfte kommer uppsatsen sträva efter att besvara frågeställningen:

- *Hur görs den rättsliga avvägningen mellan positiv och negativ religionsfrihet i Europadomstolens praxis och hur påverkar denna den svenska avvägningen?*

1.3 Avgränsningar

Jag kommer att avgränsa undersökningen till att fokusera på religionsfrihet i den svenska offentliga skolan, dels på grund av att kunna koppla undersökningen till fallet i Skurup, dels på grund av det rättsliga kravet som finns i offentlig verksamhet av att hålla stat och religion åtskilda.¹² Det gör

⁹ Ibid. s. 190.

¹⁰ Enkvist (2013) s. 118.

¹¹ Fahlbeck (2011) s. 183.

¹² Fahlbeck (2011) s. 265.

det till ett lämpligt undersökningsområde. I avsnittet som behandlar praxis från Europadomstolen kommer även mål som behandlar andra situationer än skolan att tas upp, detta på grund av att målen fått stor prejudicerande verkan för den negativa religionsfriheten.

1.4 Metod och Material

Under skrivandet har den rättsdogmatiska metoden använts; en juridisk metod som går ut på att söka efter gällande rätt genom tolkning och systematisering av accepterade rättskällor.¹³ Ett kritiskt perspektiv har anlagts för att besvara frågeställningen.¹⁴ Uppsatsen har även komparativa inslag i och med att EU-rätt och svensk rätt presenteras mot varandra.¹⁵ Skillnader mellan de olika bestämmelserna kommer att utredas i analysen för att bättre kunna besvara frågeställningen. De rättskällor som har varit av störst relevans är artikel 9 i Europakonvention, Europadomstolens praxis och den svenska regeringsformen med tillhörande förarbeten. Doktrin i form av lagkommentarer, böcker och juridiska artiklar har använts för att fördjupa förståelsen. Böckerna *Bed och Arbeta* och *Religionsfrihetens rättsliga ramar* har varit av särskild betydelse. I viss utsträckning har nyhetsartiklar och elektroniska källor använts för att undersöka debattklimatet. Under skrivandet har jag även begärt ut ett flertal dokument som har varit extra användbara, framförallt rättsutlåtandet från Reinhold Fahlbeck i Förvaltningsrätten dom, Skolverkets äldre riktlinjer samt information från EU-upplysningen.

Vid tolkning av Europakonventionen har Europadomstolen framfört att man bör undvika att navelskåda förarbetena eftersom konventionen alltid ska tolkas dynamiskt och i ljuset av samhällsutvecklingen.¹⁶ Därför har störst fokus lagts på den aktuella konventionstexten samt rättspraxis från Europadomstolen. Praxisen som har valts har varit fall som har behandlat

¹³ Nääv & Zamboni (2018) s. 21.

¹⁴ Ibid. s. 40.

¹⁵ Ibid. s. 41.

¹⁶ Danelius (2015) s. 55.

den negativa religionsfriheten i samband med religiösa manifestationer, främst i skolan men även i andra situationer. Alla de valda fallen har haft stor betydelse för utvecklingen på området.

1.5 Rådande forskningsläge

Europadomstolen har som sagt endast provat den negativa religionsfriheten i liten utsträckning, och i Sverige finns det knappt någon domstolspraxis alls på området.¹⁷ Det är troligtvis därför det är svårt att hitta litteratur och artiklar som berör just relationen mellan positiv och negativ religionsfrihet. Enligt Ian Cameron råder det något av en ”teoribrist” i Sverige vad gäller doktrin om konstitutionella rättigheter jämfört med i många andra demokratiska länder.¹⁸ Det är främst Victoria Enkvist, Reinhold Fahlbeck och Hedvig Bernitz som skriver om detta. I övrig litteratur som jag har tagit del av handlar det istället om i vilken utsträckning den positiva religionsfriheten kan begränsas, snarare än vilken ställning den negativa religionsfriheten har.

1.6 Terminologi

I uppsatsen används orden ”tolkningsutrymme” och ”bedömningsmarginal” synonymt för att beskriva den EU-rättsliga doktrinen Margin of Appreciation.

Begreppen vertikal och horisontell effekt används återkommande genom texten, men eventuellt med en något annorlunda innebörd än i andra texter. Normalt sett hänger begreppen ihop med den EU-rättsliga principen om direkt effekt som innebär en rätt för enskilda att åberopa en europeisk bestämmelse i en nationell eller europeisk domstol. Min undersökning

¹⁷ Enkvist (2013) s. 118.

¹⁸ Cameron (2014) s. 179.

kommer dock inte att fokusera på denna ”talerätt” för enskilda och därför behövs en närmare preciseras av begreppens betydelse i uppsatsen.

För en bättre förståelse behövs en kort presentation av den juridiska doktrinen *Drittwirkung* som betyder på ett ungefär ”verkan för utanförstående tredje man”. I sammanhanget handlar den om tillämpningen av Europakonventionen i privata förhållanden. Enligt Leo Zwaak kan termen definieras på två sätt; varav det första sättet kallas direkt *Drittwirkung* och syftar till att Europakonventionens artiklar blir tillämpliga i juridiska relationer mellan enskilda.¹⁹ Det andra sättet, indirekt *Drittwirkung*, innebär att enskilda kan göra gällande sina rättigheter gentemot en annan enskild med stöd av Europakonventionen, men med staten som ansvarssubjekt. Det är denna senare indirekta horisontella effekt som åsyftas när begreppet ”horisontell effekt” används i uppsatsen. Med ”vertikal effekt” menas att en rättighet gäller gentemot staten. Ordet ”dimension” används synonymt med ”effekt”. Fokus ligger alltså på vad rättigheterna i de olika regelverken *innebär* och när de kan åberopas snarare än gentemot vem *en talan* kan riktas.

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse av religionsfriheten så som den är uttryckt i Europakonventionen. Vidare presenteras gällande svensk rätt avseende positiv och negativ religionsfrihet. Diskrimineringslagen och Europakonventionens ställning i svensk rätt berörs också. Sedan presenteras undersökningen av Europadomstolens praxis för att följas av två avsnitt som belyser hur den rättsliga avvägningen mellan positiv och negativ religionsfrihet görs i Sverige respektive av Europadomstolen. Avslutningsvis följer en analys som ämnar att besvara frågeställningen utifrån det material som inhämtats.

¹⁹ Dijk (2014) s. 29.

2 Religionsfriheten i Europakonventionen

2.1 Positiv religionsfrihet

Den positiva religionsfriheten som kommer till uttryck i artikel 9 EKMR kan sägas bestå av två beståndsdelar; en inre och en yttre religionsfrihet.²⁰ Den inre religionsfriheten (forum internum) utgörs av den privata religiösa övertygelsen och innebär en rätt att ha, eller inte ha, en tro. Denna rätt är okränkbar och innehar ett absolut skydd.²¹ Den andra beståndsdel, den yttre religionsfriheten (forum externum), innebär en rätt att i frihet eller i gemenskap med andra manifestera och utöva sin religion. Denna beståndsdel kan underkastas begränsningar med stöd av artikel 9.2.²² För att en företeelse ska utgöra en religiös manifestation i artikel 9 mening ska företeelsen vara intimt knuten till religion eller tro. Om anknytningen är för svag åtnjuter inte företeelsen skydd av artikel 9.²³

2.2 Negativ religionsfrihet

Den negativa religionsfriheten i artikel 9(1) EKMR omfattar rätten att inte ha eller bli påtvingad en religion, rätten att vara tvivlande, sökande, agnostiker samt ett skydd mot omotiverade statliga ingripanden i medborgarnas religiösa liv.²⁴ Enligt Fahlbeck omfattas även rätten att inte utsättas för *andras* religiösa uttrycksformer och manifestationer.²⁵ Eftersom den negativa religionsfriheten tillhör den inre religionsfriheten i artikel 9(1) så är även denna frihet okränkbar.²⁶ Den negativa religionsfriheten i artikel 9 tydliggjordes för första gången i målet Kokkinakis, och är numera fast förankrad i praxis. I vissa fall har den åberopats av Europadomstolen trots

²⁰ Fahlbeck (2011) s. 138.

²¹ P. van Dijk (2006) s. 738.

²² Rättsutlåtande, Fahlbeck, Mål nr 113–20, 2020-02-10, s. 3.

²³ Dijk (2006) s. 737.

²⁴ Enkvist (2013) s. 118, P. van Dijk (2006) s. 740.

²⁵ Fahlbeck (2011) s. 145.

²⁶ Fahlbeck (2011) s. 139.

att ingen av parterna har uppfattat sin negativa religionsfrihet som kränkt. Detta får säga visa den centrala roll som den negativa religionsfriheten har i konventionen.²⁷

2.3 Begränsningar

Förutsättningar för att kunna begränsa religionsutövande finns i 9(2) EKMR.²⁸ Där anges att begränsningar av religionsfriheten får göras under förutsättning att de är föreskrivna i lag och kan anses nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till allmänna eller enskilda intressen.²⁹ För att nödvändighetskravet ska anses uppfyllt ska inskränkningen ha ett legitimt syfte samt vara proportionerlig. Listan över legitima syften får anses relativt kortfattad; de skäl som anges är allmän säkerhet, skydd för allmän ordning, hälsa eller moral och till skydd för andra personers fri-och rättigheter.³⁰ I bedömningen av huruvida en inskränkning kan anses nödvändig finns det en relativt bred bedömningsmarginal som tillfaller konventionsstaterna, en så kallad margin of appreciation. Mer om detta under avsnitt 2.5.³¹

2.4 Lagbegreppet i Europakonventionen

I artikel 9(2) anges att en begränsning av religionsfriheten enligt EKMR måste vara ”prescribed by law” för att vara tillåten. Lagbegreppet i Europakonventionen skiljer sig från termen ”lag” i grundlagsbestämmelsen, och det krävs därför ett förtydligande. Lagbegreppet i EKMR innefattar dels ett formellt krav, dels ett kvalitativt krav. Det formella kravet utgörs av att bestämmelsen ska vara en erkänd rättskälla i den nationella rättsordningen. Det finns inget krav på skriftlighet utan det kan även vara en oskriven rätt som tillämpas av nationella domstolar. Det kvalitativa kravet innebär att lagen måste vara tillgänglig, förutsägbar och icke-godtycklig.

²⁷ Ibid. s. 146–148.

²⁸ Enkvist (2013) s. 109.

²⁹ Danelius (2015) s. 452.

³⁰ Dijk (2006) s. 759.

³¹ Ibid. s. 760.

Laglighetskravet i EKMR påminner således mycket om den svenska legalitetsprincipen.³²

2.5 Margin of Appreciation

Margin of Appreciation är en doktrin som innebär att länder åtnjuter en nationell bedömningsmarginal när de ska förverkliga rättigheterna i konventionen.³³ Det finns ingen given bredd på bedömningsmarginalen, utan den verkar variera från fall till fall. Generellt sett kan man säga att ju större konsensus och samsyn som anses finnas på ett område, desto smalare bedömningsmarginal och vice versa.³⁴ Vad gäller tillämpningen av artikel 9 verkar de fördragsslutande staterna ha ett relativt brett tolkningsutrymme. Detta kom Europadomstolen bland annat fram till i *Murphy vs. Irland*, och det är även den bilden som framträder av praxis.³⁵ Anledningen är att domstolen har ansett att det saknas en europeisk samsyn kring religionens plats i samhället och på hur relationen mellan religion och stat ska vara reglerad, vilket i sin tur troligtvis beror på den stora variationen i medlemsstaternas religiösa historia.³⁶ I och med att det saknas en norm för vilka ingrepp som är acceptabla med hänsyn till skyddet för religiösa uttrycksformer har man ansett att nationella myndigheter har större möjligheter att avgöra vad som uppfattas som kränkande i det egna landet än vad en internationell domstol har. Europadomstolen har dock framfört att tolkningsutrymmet inte är identiskt i alla fall utan varierar beroende på kontexten.³⁷

³² Schabas (2015) s. 403.

³³ Gerards (2019) s. 168, Inger Österdal, ”Normprövning ur ett EKMRperspektiv”, s. 886.

³⁴ Enkvist (2013) s. 117.

³⁵ *Murphy mot Irland* (44179/98), 10 juli 2003.

³⁶ Enkvist (2013) s. 117.

³⁷ Enkvist (2013) s. 232.

3 Religionsfriheten i svensk rätt

3.1 Positiv religionsfrihet

I 2 kap. 1 § första stycket p. 6 RF regleras friheten att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion, den så kallade positiva religionsfriheten. Religionsfriheten är absolut utformad vilket innebär att den inte kan inte begränsas enligt reglerna i 2 kap. 21 § RF.³⁸ Skyddet gäller endast gentemot ”det allmänna”, det handlar alltså om den enskildes relation till den offentliga makten.³⁹ Begreppet *utöva religion* är odefinierat i lagtexten och det är något oklart vad det har för rättslig betydelse.⁴⁰ Enligt Bull och Sterzel är begreppet liktydigt med att tro och grundlagsskyddet tar främst sikte på en rätt för den enskilde att tro på vad hen vill, den så kallade inre kärnan av religionsfriheten.⁴¹ Moment som kan anses vara utflöden av andra friheter, som t.ex. yttrandefriheten, ska inte anses omfattas av det absoluta skyddsområdet och kan begränsas enligt reglerna som gäller för dessa friheter.⁴² Definitionen av den absoluta religionsfriheten kan därmed sägas utgöra ett snävt skyddsområde.⁴³

3.2 Negativ religionsfrihet

De så kallade ”negativa opinionsfriheterna” skyddas i 2 kap 2 § RF, och det är från denna paragraf som den negativa religionsfriheten kan härledas. Skyddet för de negativa rättigheterna är absolut och kan inte inskränkas utan ändring av grundlag.⁴⁴ Av paragrafens ordalydelse framgår att det negativa opinionsskyddet enbart gäller gentemot det allmänna.⁴⁵ Den första meningen i paragrafen avser skydd mot tvång att tillkännage sin politiska,

³⁸ Enkvist (2013) s. 84, s. 88.

³⁹ Holmberg (2012) s. 81.

⁴⁰ Lagkommentar till 2 kap 1 § RF.

⁴¹ Enkvist (2013) s. 98.

⁴² Holmberg (2012) s. 100.

⁴³ Prop. 1975/76:209, s. 115.

⁴⁴ Bull (2019) s. 69.

⁴⁵ Holmberg (2012) s. 103.

religiösa eller kulturella åskådning, medan den andra meningen tar sikte på skydd mot tvång att delta i opinionsbildande sammankomster och föreningar. En konsekvens av bestämmelsen är till exempel att reglerna om vittnesplikt aldrig medför en skyldighet för ett vittne att lämna uppgifter om sin uppfattning i religiösa frågor. En annan är att myndigheter inte får tvinga enskilda att tillhöra ett visst trossamfund.⁴⁶

3.3 Begränsningar

I 2 kap 20 - 24 §§ RF finns de grundläggande reglerna om begränsningar av de relativa opinionsfriheterna. För att en begränsning ska vara tillåten krävs dels att begränsningen görs genom lag, dels att de materiella förutsättningarna i 2 kap 21 § är uppfyllda. I det formella kravet på lagform ligger att det är förbehållet riksdagen att besluta om inskränkningar.⁴⁷ De materiella kraven innebär att begränsningen ska vara nödvändig, godtagbar i ett demokratiskt samt inte utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Kraven kan sägas utgöra en skyldighet för lagstiftaren att noggrant redovisa sina skäl för att göra en rättighetsbegränsning.⁴⁸

3.4 Diskriminering i skolan

I diskrimineringslagens 2 kap 5 § finns ett diskrimineringsförbud som gäller för utbildningsanordnare i relation till dem som deltar i utbildningen. Huvudregeln är att den som bedriver utbildningsverksamhet inte får diskriminera något barn eller någon elev som deltar eller söker till verksamheten. Förbudet omfattar alla de sju diskrimineringsgrunderna som listas i 1 kap 1 § DiskL, varav religion eller annan trosuppfattning är en. I 2 kap 6 § DiskL listas tre undantag som tar sikte på positiv särbehandling på grund av kön och befogad särbehandling på grund av ålder.⁴⁹ Undantagen är

⁴⁶ Lagkommentar till 2 kap 2 § RF.

⁴⁷ Lagkommentar till 2 kap 20 § RF.

⁴⁸ Bull (2019) s. 95.

⁴⁹ 2 kap 5 § Skollagen.

inte relevanta i förhållande till diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning.

3.5 Europakonventionens ställning i svensk rätt

Europakonventionen införlivades i svensk rätt genom lagen (1994:1219) om den europeiska konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.⁵⁰ Bland forskare går åsikterna isär något vad gäller Europakonventions rättsliga hierarki i det svenska rättssystemet. På grund av att EKMR införlivades som vanlig lag, och därmed inte har grundlagsställning, tolkar vissa detta som att EKMR är underordnad regeringsformen.⁵¹ Enkvist menar till exempel att regeringsformen står över EKMR hierarkiskt och får företräde i en konfliktsituation.⁵² Fahlbeck å andra sidan anser att EKMR, i egenskap av folkrättsligt bindande konvention, är den högsta normkällan inom sitt område och därmed är överordnad svensk lag och grundlag. Enligt Fahlbeck är Europakonventionen dessutom den enda användbara rättskällan för religionsfrihet i Sverige då han anser att bestämmelsen i RF är alldeles för allmänt hållen för att kunna användas i praktiskt rättsliv.⁵³ Riksdagsförvaltningen svarar i ett mail att det i och med 2 kap 19 § RF finns ett grundlagsskydd mot lagstiftning i strid med EKMR, trots att själva inkorporeringen gjorts i vanlig lag. EKMR är dessutom en del av EU-rätten, som är överordnad svensk rätt, inklusive svensk grundlag, och alltid ska ges företräde av svenska domstolar.⁵⁴ I uppsatsen kommer jag att utgå ifrån riksdagsförvaltningens utlåtande.

Enligt Fahlbeck så är även praxis från Europadomstolen bindande för Sverige och har samma rättsliga ställning i hierarkin av regler som bestämmelser i konventionen, och därmed högre rang än alla inhemska

⁵⁰ Prop. 1993/94:117.

⁵¹ Ulf Bernitz (1994) s. 266, Lagkommentar till 2 kap 19 § RF.

⁵² Lena Gunnars, ”Expert: Rätt att trotsa slöjförbud”, *Lag & Avtal*.

⁵³ Fahlbeck (2011) s. 22–23.

⁵⁴ Email från Marianne Moström, Riksdagsinformation, 2020-12-01.

svenska rättsregler.⁵⁵ Denna ståndpunkt kommer jag att hantera med viss försiktighet då jag inte återfunnit den på annat håll. Men faktum kvarstår att praxis onekligen är en del av EU-rätten som ska tillämpas av svenska domstolar.⁵⁶

⁵⁵ Fahlbeck (2011) s. 177.

⁵⁶ Cameron (2014) s. 181.

4 Den rättsliga avvägningen

4.1 Europadomstolens praxis

*Kokkinakis mot Grekland*⁵⁷ handlade om en grekisk man som dömdes till fängelse för prosetylism efter att ha gjort hembesök i syfte att omvända människor. Europadomstolen fällde Grekland för brott mot artikel 9(1) och slog samtidigt fast flera uttalanden som senare kommit att betecknas som *Kokkinakis-principerna*. Först och främst betonade man att artikel 9 omfattar både positiv och negativ religionsfrihet. Vidare underströks att religionsfriheten i Artikel 9 främst är en angelägenhet för den enskilda övertygelsen, men att den också omfattar friheten att utöva och manifestera denna. Slutligen anförde man att i demokratiska samhällen där flera religioner lever sida vid sida i samma befolkning kan det bli nödvändigt att införa begränsningar för att sammanjämka olika gruppers intressen och säkerställa att vars och ens övertygelse respekteras.

*I Dahlab vs. Schweiz*⁵⁸ förbjöds en förskollärare vid en offentlig skola att bära muslimsk sjal vid fullgörandet av sina arbetsuppgifter. Skolan hänvisade till att bärandet stred mot den schweiziska konstitutionen som stadgar att ”alla trosbekännare ska kunna delta i offentlig undervisning utan att påverkas i sin samvets- och övertygelsefrihet”. Den schweiziska författningsdomstolen godtog förbudet, och senare även Europadomstolen. Europadomstolen fann att staten hade haft ett legitimt syfte med inskränkningen; nämligen skydd för andras rättighet och friheter, allmän säkerhet och ordning. Man tillade även att det är svårt att bedöma vilken inverkan en kraftfull yttre symbol kan ha på små barn. Domstolen menade att det är viktigt att bevara religiös harmoni och att åtgärden, som innebar en avvägning mellan lärarens religionsfrihet och elevernas behov av skydd, var principiellt berättigad, proportionell och nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

⁵⁷ Kokkinakis mot Grekland (14307/88), dom 25 maj 1993.

⁵⁸ Dahlab mot Schweiz (42393/98), dom 15 februari 2001.

*I Buscarini och andra mot San Marino*⁵⁹ vägrade två nyinvalda riksdagsledamöter att avlägga en ed som innehöll religiösa referenser. Staten San Marino hävdade att ordalydelsen i eden hade förlorat sin ursprungliga religiösa betydelse och istället var ett uttryck för historia och tradition. Europadomstolen ansåg att eden innebar en inskränkning av den negativa religionsfriheten i artikel 9 eftersom begränsningen inte var nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

*Leyla v. Turkiet*⁶⁰ handlade om en kvinnlig universitetsstudent som förvägrades tillträde till undervisning på grund av att hon bar muslimsk sjal. Europadomstolen konstaterade att Leylas bärande av sjal var motiverat eller inspirerat av tro och skyddades av artikel 9(1), men att sjalförbudet kunde upprätthållas av artikel 9(2) då lagstöd förelåg i konstitutionen och förbudet eftersträvade ett legitimt intresse. Det legitima intresset bedömdes vara att upprätthålla allmän ordning vid universiteten, upprätta principen om sekularism och att skydda andras rättigheter och friheter. Man lade stor vikt vid att det turkiska samhällets grundläggande princip är att staten ska vara sekulär. Det betonades att statens roll ska vara neutral och ägnad åt att säkerställa allmän ordning, religiös harmoni och ömsesidig tolerans mellan grupper som står emot varandra. Domstolen pekade på att Turkiet har en majoritet av muslimer och om bärandet av sjal skulle framställas som en religiös förpliktelse så skulle det uppstå en diskriminering mot de som inte ville bära sjal, då dessa skulle betraktas som i opposition mot religion eller som icke-religiösa. Domstolen upprepade även det som hade sagts i Dahlab-beslutet, nämligen att slöjan inte var förenlig med principer som jämställdhet och demokrati.

⁵⁹ *Buscarini och andra mot San Marino* (24645/94), dom 18 februari 1999.

⁶⁰ *Leyla mot Turkiet* (44774/98), dom 10 november 2005.

I *Dogru v. Frankrike*⁶¹ blev en elvaårig elev avstängd från sin skola då hon vägrade ta av sin muslimska sjal vid gymnastikundervisningen.

Europadomstolen fann att avstängningsbeslutet hade stöd i författning och att det grundades på ett legitimt syfte, nämligen skydd för andras fri-och rättigheter samt säkerställande av allmän ordning. Domstolen diskuterar utförligt det franska begreppet *laïcité*, som kan jämföras med sekularism, och hänvisar till resonemanget som fördes i *Leyla*. Man konstaterar att *laïcité* är en konstitutionell princip som är av stor vikt för Frankrike och att begränsningen därför är legitim utifrån de värden som konventionen vilar på.

I *Lautsi v. Italien*⁶² hävdade en italiensk kvinna att de krucifix som fanns i klassrummen i den offentliga skola där hennes barn gick utgjorde en kränkning av hennes barns negativa religionsfrihet. Vid prövningen i första kammaren kom Europadomstolen fram till att det enligt artikel 9 EKMR finns en skyldighet för staten att inte försöka påverka individer, varken direkt eller indirekt, i situationer där individer är särskilt utsatta. Skolan är en sådan plats där särskilt utsatthet föreligger. Första kammaren ansåg att krucifix i skolan var att anse som en stark extern symbol och att barnens negativa religionsfrihet hade blivit kränkt. Man betonade att den negativa religionsfriheten omfattar rätten att slippa se religiösa symboler som uttrycker en tro samt att den negativa religionsfriheten behöver särskilt skydd om det är staten som uttrycker något. I den stora kammaren menade man däremot att förekomsten av krucifix på väggarna var att anse som en passiv symbol. Faktumet att även andra religiösa yttringar tilläts och tolererades i skolan innebar att krucifixets symbolvärde neutraliserades, och därmed förelåg ingen kränkning av den negativa religionsfriheten. Det motstående intresset ansåg vara kultur, tradition och skyddet av majoritetsnormer och domstolen anförde att bedömningen om huruvida en tradition ska fortgå eller ej faller inom staternas tolkningsområde.

⁶¹ Dogru mot Frankrike (27058/05), dom 4 december 2008.

⁶² Lautsi och andra mot Italien (30814/06), dom 18 mars 2011.

4.2 Hur görs avvägningen av Europadomstolen?

I målen från Europadomstolen har man återkommande tillåtit förbud mot religiösa uttryck enligt artikel 9(2) med hänvisning till andras negativa religionsfrihet. I fallen från Turkiet, Frankrike och Schweiz lade domstolen även stor vikt vid religiös harmoni och ländernas sekulära principer.⁶³ Domstolen ansåg att sekularism var en nödvändig förutsättning för att kunna garantera andras fri- och rättigheter i dessa länder och därmed utgjorde ett legitimt syfte enligt artikel 9(2). I Turkiets fall såg man det som en viktig del i den demokratiska utvecklingen och i Frankrike som en grundläggande konstitutionell princip. Utgången i dessa mål kan därför sägas vara starkt kopplade till speciella situationen i länderna. Det är också viktigt att poängtera att det i samtliga fall har funnits stöd i nationell lagstiftning eller andra konstitutionella principer. Fahlbeck hävdar emellertid att principresonemangen om sekularism är på ett strikt principiellt plan och inte skiljer sig i någon hög grad från förhållandena i andra konventionsländer. Han menar att resonemanget därför har fått karaktär av allmänna rättsgrundsatser med allmän europeisk räckvidd.⁶⁴ Enkvist å andra sidan menar att prejudikatvärdet av dessa mål är begränsat i och med att staterna har haft en stor inverkan på utgången i målen genom sitt tolkningsutrymme, samt att utgången i målen i hög grad har anpassats efter de olika ländernas situation och politiska system.⁶⁵

I fallet med skolrumskrucifixen i Italien lades stor vikt vid pluralism i undervisningen och att denna skulle säkerställas genom statens neutralitet.⁶⁶ En intressant synpunkt som framfördes av skiljaktig Bonello i detta mål är att neutralitet inte ska förväxlas med sekularism och att det skulle vara ett uttryck för intolerans att tvingas ta bort krucifixet från klassrummet.⁶⁷ Även

⁶³ Fahlbeck (2011) s. 183.

⁶⁴ Ibid. s. 67.

⁶⁵ Enkvist (2013) s. 238.

⁶⁶ Fahlbeck (2011) s. 77.

⁶⁷ Lautsi och andra mot Italien (30814/06), s. 45.

Enkvist har poängterat att Europadomstolen aldrig kan tvinga stater att anta en sekulär och religiöst neutral hållning.⁶⁸

Domstolens syn på religiösa symboler påverkar givetvis proportionalitetsbedömningarna, inte minst uppfattningen om den muslimska slöjan. Patrik Bremdahl gör i en nyligen publicerad studie⁶⁹ en intressant observation angående hur domstolens syn på slöjan har förändrats, och hur argumentationen för att legitimera en rättighetsbegränsning har gått från att det ansågs finnas ett behov att skydda små barn från stark påverkan i Dahlab, till att det fanns ett behov av att skydda alla medborgare från tvivel angående opartiskheten hos statliga tjänstemän i fallet *Ebrahimian v France* (då en statlig anställd kvinna förvägrades fortsatt tjänst på ett sjukhus på grund av sin sjal). Även Enkvist har belyst faktumet att man i Dahlab-målet utgick ifrån att barnen behövde skyddas mot den starka religiösa symbolen som slöjan utgjorde och att domstolen då *tog för givet* att en påverkan fanns. I Lautsimålet menade man, helt tvärtemot, att det inte fanns några bevis för att religiösa symboler påverkar barn, och att krucifixet var en passiv symbol.⁷⁰

Av samtliga mål framgår det att konventionsländernas har ett omfattande tolkningsutrymme vid tillämpningen av artikeln, och att Artikel 9 bör förstås mot bakgrund av de olika medlemsstaternas varierande historia, tradition och syn på religionens roll i samhället.⁷¹ Man ska dock notera att enbart referenser till statens traditioner inte befriar staten från skyldighet att följa konventionen och dess regleringar, detta visade sig ibland annat i *Buscarini och andra mot San Marino*.

Praxis kan ge bilden av att den negativa religionsfriheten åtnjuter ett starkare skydd än den positiva friheten, men enligt Fahlbeck är detta en felaktig slutsats. Europadomstolens uttalanden om vikten av att skydda den

⁶⁸ Enkvist (2013) s. 237.

⁶⁹ Bremdahl (2020), s. 71.

⁷⁰ Enkvist (2013) s. 237.

⁷¹ Ibid. s. 117.

negativa religionsfriheten är förvisso kraftfulla och kategoriska, men de innebär inte att negativ religionsfrihet ges företräde framför den positiva.⁷² Samspelet mellan positiv och negativ religionsfrihet ska istället ses som ett nollsummespel där de båda sidorna delar på ett lika stort utrymme. Ingen av friheterna kan utvidgas eftersom det skulle innebära en begränsning och kränkning av den andra.⁷³

Fahlbeck tolkar också praxis som att stater har en möjlighet att ”välja” skolmodell beträffande religiösa manifestationer; antingen en religiös skolmodell med religiös pluralism, eller en sekulär skolmodell fri från religiösa manifestationer.⁷⁴ Enkvist drar istället slutsatsen att det är skyddet av majoritetsuttryck som är det högst prioriterade motivet när Europadomstolen gör sina avvägningar. Det som skiljer fallen åt är hur majoritetsuttrycken skyddas och motiveras; i vissa fall av religiös harmoni, i andra fall av kultur och tradition.⁷⁵ Sammantaget verkar det finnas en samsyn i de olika fallen av att man värdesätter religiös mångfald men samtidigt ser till att det finns ett tillbörligt skydd för majoritetsuttryck, sekulära principer samt staternas egna tolkningsutrymme.

4.3 Hur görs avvägningen i Sverige?

I Sverige har avvägningar mellan positiv och negativ religionsfrihet inte fått något större genomslag, åtminstone inte i den svenska skolan, och regeringen sade i augusti 2019 uttryckligen nej till att utreda slöjförbud i förskola och grundskola.⁷⁶ Det finns bara något enstaka beslut där man har begränsat någons rätt *till* religion med hänvisning till andras rätt att *slippa* religion. I ett beslut från 2003 gällande två flickors rätt att bära burka i gymnasieskolan uttalade Skolverket att trots ”att klädsel i normalfallet är något som helt bestäms av den enskilde individen själv kan klädsel som har

⁷² Fahlbeck (2011) s. 149.

⁷³ Ibis. s. 150.

⁷⁴ Rättsutlåtande, Fahlbeck, Målnr 113–20, s. 12.

⁷⁵ Enkvist (2013) s. 235.

⁷⁶ Kallelse Kommunfullmäktige, 2019-12-16, s. 178.

religiös innebörd vara en sådan sak som inte faller inom den privata sfären med hänsyn till andra individers önskan att slippa bli utsatta för den religiösa manifestationen”.⁷⁷

Förutom några få enstaka fall så har man i Sverige haft en generös inställning till religiösa plagg i skolan och skolverket anser att klädsel är något som normalt bestäms av eleverna själva.⁷⁸ Enligt 1 kap 6 § Skollagen ska skolan vara icke-konfessionell och neutral i religiösa frågor.⁷⁹ Detta tar dock sikte på innehållet i själva undervisningen och hindrar därför inte elever och lärare från att utöva sin positiva religionsfrihet. Enligt Skolverkets äldre riktlinjerna är generella förbud mot heltäckande slöja inte tillåtet då ett sådant förbud skulle stänga ute elever som av religiösa skäl bär slöja. Det skulle strida mot skollagens krav om att skolan ska vara öppen för alla.⁸⁰ Det finns möjligheter att i ett enskilt fall förbjuda elever att bära heltäckande klädsel, även om klädseln har religiös bakgrund, om klädseln väsentlig försvårar kontakten mellan lärare och elever eller medför särskilda risker vid laborationer eller liknande övningar. Enligt Skolverket är det upp till skolledningen och den enskilde läraren att besluta om sådana förbud ska införas.⁸¹

I och med att kläder i många fall ses som ett uttryck av yttrandefriheten i 2 kap. 1 § första stycket RF så kan klädregler vara rättighetsbegränsningar. Anledningen till att det ändå är möjligt för skolor och arbetsplatser att ha klädregler är att *alla* klädregler inte ses som rättighetsbegränsningar i RFs mening; även om de påverkar utövandet av rättigheten. Så länge regeln är innehållsneutral och syftet är något annat än att inskränka en rättighet så ses den inte som en begränsning.⁸² För att återkoppla till Skurup-målet så anförde Förvaltningsrätten att slöjförbudet i det fallet var ett generellt utformat förbud som innebar en inskränkning av religionsfriheten, och att en sådan inskränkning kräver stöd i nationell lag. Man underströk att varken

⁷⁷ Bernitz (2017) s. 470.

⁷⁸ Skolverket, *Ordningsregler för en trygg och lärande skolmiljö*, s. 6.

⁷⁹ 1 kap 6 § Skollagen.

⁸⁰ Skolverket, *Mer om elever med heltäckande slöja*, s. 3.

⁸¹ Skolverket, *Ordningsregler för en trygg och lärande skolmiljö*, s. 6.

⁸² Persson (2009) s. 68.

skollagen eller någon annan lag ger en kommun rätt att besluta om inskränkningar på det sätt som Skurups kommun hade gjort och att beslutet därför stred både mot regeringsformen och Europakonventionen. Kommunens hänvisningar till Europadomstolens praxis kommenterades över huvud taget inte av Förvaltningsrätten.

En annan fråga som dyker upp med jämna mellanrum är huruvida skolavslutningar i kyrkan är förenligt med skollagens bestämmelse om en icke-konfessionell skola. Skolverket har uttalat att det är tillåtet att hålla avslutningar i kyrkan, så länge det inte förekommer religiösa inslag som bön, välsignelse eller trosbekännelse.⁸³ Här ställs elevernas negativa religionsfrihet mot intresset av kultur och tradition.

Hedvig Bernitz menar att anledningen till att man inte har sett några avvägningar mellan den positiva och den negativa religionsfriheten i svensk skolmiljö beror på att Sverige har varit förskonat från religiösa motsättningar i samhället som liknar dem i t.ex. Frankrike.⁸⁴ Fahlbeck instämmer i att relationen mellan stat och religion inte är en lika känslig fråga i Sverige som i många andra länder, vilket i sin tur leder till att bedömningsmarginalen i fråga om religiösa uttrycksformer är begränsad i Sveriges fall. Detta kan dock komma att ändras i och med att religionsfrågan har blivit känsligare. Om så är fallet så innebär det att bedömningsmarginalen ökar, och därmed möjligheterna att inskränka yttre religionsuttryck.⁸⁵

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att det i enstaka fall görs avvägningar i offentliga sammanhang där den enskildes positiva religionsfrihet ställs mot andras fri- och rättigheter.⁸⁶ Skolan ska vara icke-konfessionell men detta hindrar varken skolavslutningar från att hållas i kyrkan eller elever och lärare från att utöva sin positiva religionsfrihet, så länge det inte försvårar kontakten mellan lärare och elever. Rätten att

⁸³ DO, ”Kan vi ha skolavslutning i kyrkan?”

⁸⁴ Bernitz (2017) s. 471.

⁸⁵ Fahlbeck (2011) s. 163.

⁸⁶ Bernitz (2017) s. 472.

manifestera sin religion ställs alltså i nuläget främst mot intresset av att skolan ska kunna utföra sitt uppdrag, snarare än mot den negativa rätten att slippa religion.

5 Analys

5.1 Skillnader mellan bestämmelserna

För att kunna diskutera vilken påverkan som Europakonvention och Europadomstolens praxis har på den svenska rätten så är det viktigt att först förstå skillnaderna i de olika regelverken. Den största skillnaden ligger i att religionsfriheten enligt RF är absolut utformad medan religionsfriheten enligt EKMR är relativ. Detta innebär att avvägningar mellan positiv och negativ religionsfrihet, på det sätt som görs av Europadomstolen, inte är möjligt enligt RF i och med att rättigheterna är absoluta. Europadomstolen däremot kan ge religionsfriheten i artikel 9 en mycket vidare tolkning i och med att det är en relativ rättighet som också kan inskränkas. I EKMR ses religiösa manifestationer som en del av den yttre religionsfriheten och kan begränsas enligt 9(2), medan de i Sverige oftast bedöms vara utflöden av andra rättigheter och i så fall ska begränsas enligt reglerna för dessa. Denna ganska signifikanta skillnad mellan bestämmelsen i RF och EKMR är en möjlig förklaring till varför svenska domstolar har dragit sig för att tillämpa praxis kring den senare.

Ytterligare en avgörande skillnad är att den negativa religionsfriheten i RF endast gäller gentemot det allmänna; den innebär alltså inte en rätt att slippa se andra enskildas religiösa uttrycksformer och manifestationer. Den negativa religionsfriheten i RF kan endast åberopas i en vertikal relation gentemot staten. I EKMR är rättigheten också som utgångspunkt vertikal, men av praxis framgår att artikel 9 även kan tillämpas gentemot andra enskilda i den bemärkelsen att det i vissa situationer är möjligt att kräva att enskilda ska avstå från sin religionsmanifestation av hänsyn till andra. Den negativa religionsfriheten i Europakonventionen har alltså genom praxis fått både en vertikal och en horisontell dimension.

5.2 Är praxisen etnocentrisk* ?

En återkommande sägning i fallen från Europadomstolen är att sekularism och icke-manifesterande av starka religiösa symboler ses som en nödvändig förutsättning för religiös harmoni. Ingen närmre motivering ges till varför ett sekulärt samhälle skulle vara mer harmoniskt och själva termen ”religiös harmoni” är oklar i sig själv. Här kan man eventuellt skönja att ett gammalt kristet arv som tar sig uttryck i att man anser att religiös harmoni bäst uppnås genom att inte störa de gamla ursprungliga traditionerna. Man kan även ana vissa postkoloniala tendenser i faktumet att beslutsfattare och politiker i de olika länderna själva anser att de ”räddar” de muslimska kvinnorna från kvinnoförtryck då de inför slöjförbud, medan kvinnorna själva anser att det är politikerna som förtrycker dem.

Det verkar också finnas en stor obalans i hur domstolen ser på religiösa symboler och vilka symboler som uppfattas som starka och störande. I Sverige har man länge haft en relativt generös och tolerant inställning till religiösa uttryck; hur påverkas detta av praxis som säger att den muslimska sjalen är en kraftfull symbol som barn måste skyddas ifrån? Det skulle eventuellt kunna leda till att människor som tidigare inte reflekterat över religiösa symboler, eller varit likgiltiga till dem, börjar uppfatta de som störande. Men det skulle också kunna leda till en rättstillämpning som inte överensstämmer med människors faktiska upplevelser. I många av fallen från Europadomstolen hade kvinnorna haft slöja i flera år innan förbuden infördes, utan att några klagomål inkommit. Det verkar alltså redan finnas en viss diskrepans mellan domstolens bild av vad som utgör en stark symbol och den allmänna uppfattningen bland människor.

* Etnocentrism innebär en benägenhet att se sin egna kultur och tradition som central (*Nationalencyklopedin*, www.ne.se).

5.3 Hur påverkas Sverige?

För att kunna besvara frågan är det först och främst avgörande vilken syn man har på EKMRs ställning i den svenska rättsordningen. Om man är av uppfattningen att RF har högre rang än EKMR blir diskussionen tämligen kortfattad eftersom det då är RF som är vägledande, och en avvägning mellan positiv och negativ religionsfrihet är inte möjligt enligt RF. Då handlar det istället om vad som utgör en tillåten eller otillåten begränsning av någon relativ rättighet. Det verkar dock som att de allra flesta betraktar EKMR som överordnad inhemsk rätt. Mer oklart är hur Europadomstolens praxis ska förstås i konventionsstaterna; ger den upphov till direkta skyldigheter? Ingen svensk lagstiftning får enligt RF strida mot Europakonventionen, men kan enbart faktumet att Europadomstolen har tillåtit slöjförbud i vissa stater sägas synonymt med en skyldighet för alla stater att tillåta slöjförbud? Det låter som en långdragen tolkning, på samma sätt som det låter långsökt att säga att Sverige *bryter* mot konventionen genom att inte tillåta slöjförbud. Europadomstolens bedömningen sker, som vi har sett, från land till land och tolkningsmarginalen kan variera.

Hur skulle Europadomstolens praxis kunna få genomslag i Sverige på ett mer generellt plan? Om Europadomstolens praxis gällande negativ religionsfrihet får ta större plats i Sverige skulle man kunna tänka sig att Skolverkets riktlinjer angående klädsel skulle kunna påverkas i riktningen att de skulle tillåta större möjligheter för skolor att införa klädpolicy rörande religiös klädsel. Sådana riktlinjer skulle kunna vara förenliga med konventionen, dels på grund av att religionsfriheten i EKMR kan begränsas om det anses nödvändigt, dels i och med att Skolverket är en myndighet och deras beslut omfattas således av lagbegreppet i EKMR. Det som talar emot att Skolverket skulle påverkas i utformningen av sina ståndpunkter är att sådana riktlinjer fortfarande måste överensstämma med svensk rätt. Som bekant kan Skolverket endast införa neutrala klädregler som inte innebär rena rättighetsbegränsningar. Klädregler som tar sikte på religiösa uttryck skulle varken betraktas som neutrala och hade inte varit förenliga med

diskrimineringslagstiftningen. Mycket talar därför emot att Europadomstolens praxis skulle få genomslag på detta område. Ett annat tänkbart scenario är att skolavslutningar i kyrkor inte skulle tillåtas i samma utsträckning då dessa inskränker den negativa religionsfriheten. Som vi såg i *Buscarino mot andra* så godtogs inte argument som tradition och historia för att tillåta en inskränkning, och de svenska skolavslutningarna i kyrkan saknar dessutom lagstöd.

Som många forskare framhåller så är Sverige ett sekulariserat land där de religiösa spänningarna är relativt små. Den demokratiska utvecklingen i landet kan inte sägas vara beroende av en skola fri från religiösa uttryck. Fram tills nu har det förmodligen saknats en sådan slags debatt som skulle kunna ge upphov till avvägningar mellan positiv och negativ religionsfriheten i skolan. Men debattklimatet håller på att ändras, och om frågan skulle bli märkbart känsligare, och de religiösa spänningarna ökar, skulle detta kunna leda till att tolkningsutrymmet för artikel 9 blir större för Sverige och fler begränsningar skulle eventuellt tillåtas. Frågan är om det är önskvärt.

I Sverige gäller den negativa religionsfriheten gentemot det allmänna, men i EKMR har den även fått en horisontell dimension i och med Europadomstolens praxis. Kan denna typ av horisontella negativa religionsfrihet, det vill säga rätten att slippa se andras religiösa manifestationer, få genomslag i Sverige? Det är inte omöjligt. Det man ska komma ihåg är att den horisontella dimensionen av artikel 9 har vuxit fram i samband med speciella omständigheter och att den har åberopats i situationer där man upplevt att det finns spänningar i landet som kräver en mer neutral hållning till religiösa symboler. Europadomstolen har dessutom aldrig enbart hänvisat till enskildas rätt att slippa religion som ensamt legitimt syfte för att tillåta en begränsning av religiösa symboler; det har alltid krävts mer än så. Det har också alltid funnits lagstöd. Den horisontella dimensionen av den negativa religionsfriheten ska troligtvis inte tolkas som alltför fristående från tidigare praxisfall. Man ska även komma ihåg att den

negativa religionsfriheten enligt EKMR inte har någon företrädesrätt utan alltid ska balanseras mot den positiva. Oavsett om vi kommer att få se fler avvägningar mellan positiv och negativ religionsfrihet enligt EKMR i svenska domstolar så kvarstår faktum att det även enligt Europakonvention krävs lagstöd för rättighetsbegränsningar. Som vi har sett bygger lagbegreppet i EKMR på att föreskriften är en erkänd rättskälla i den nationella rättsordningen, det spelar således ingen roll att till exempel ett kommunbeslut *skulle kunna* godkännas av Europadomstolen; det avgörande är hur vi i Sverige ser på föreskriften. Gällande bestämmelsen i skollagen om en icke-konfessionell skola så kan denna inte sägas utgöra lagstöd då den inte tar sikte på religiösa uttryck utan endast reglerar innehållet i själva undervisningen.

Reinhold Fahlbeck menar att Europadomstolens praxis även öppnar upp för ett ”val av skolmodell” i de olika konventionsländerna. Frågan är hur ett sådant val skulle fungera i Sverige ur ett diskrimineringsperspektiv. En sekulär skolmodell skulle utestänga alla elever med en religiös åskådning och vara oförenligt med såväl skollagens bestämmelse om att skolan ska vara öppen för alla, såväl som med diskrimineringsförbudet i samband med utbildning i diskrimineringslagen. Sammanfattningsvis uppstår det en minst sagt svårbedömd situation då Europadomstolens praxis inte är förenlig med svensk diskrimineringslagstiftning, inte minst när det är oklart vilken betydelse praxisen ska tillmätas.

5.4 Slutsats

Att som Johan Bolinder säga att positiv religionsfrihet är underställd negativ religionsfrihet visade sig vara fel; det är betydligt mer invecklat än så. Det finns en stor skillnad mellan negativ religionsfrihet i RF och EKMR som måste beaktas, inte minst att den negativa religionsfriheten i RF saknar den horisontella dimension som finns i Europadomstolens praxis. Det är också mycket oklart vilken hierarki denna praxis ska tillmätas. Det går inte att säga med någon större säkerhet vilken påverkan praxisen kommer att ha i

Sverige, men den skulle kunna leda till att synen på religiösa symboler ändras samt att Sveriges bedömningsmarginal i frågan utvidgas och att fler begränsningar tillåts. Men även om den negativa religionsfriheten och de rättsliga avvägningarna från Europadomstolen skulle få större plats i svenskt rättsliv så kvarstår faktumet att inhemska rätt måste följas och Sverige har en stark diskrimineringslagstiftning som inte tillåter särbehandling på grund av religion. Den intressanta frågan som kvarstår är om Europadomstolens praxis skulle kunna gälla framför denna lagstiftning. Det är upp till svenska domare att avgöra.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1975/76:209, *om ändring i regeringsformen*.

Prop. 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*.

Böcker

Bremdahl, Patrick, "What's in a Scarf? On the Ripple Effect of the ECtHR's Case Law", i *Freedom of Religion: An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order*, redigerad av Hedvig Bernitz, Nils Wahl, Victoria Enkvist, Hart Publishing, 2020.

Bull, Thomas, och Fredrik Sterzel, *Regeringsformen: en kommentar*, 4. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2019.

Cameron, Iain, "Vad är en begränsning av en rättighet?", i *Regeringsformen 40 år 1974–2014*, redigerad av Karin Åhman, Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala, 2014.

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

Dijk, Pieter van, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4. uppl., Intersentia, Antwerpen, 2006.

Enkvist, Victoria, *Religionsfrihetens rättsliga ramar*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2013.

Fahlbeck, Reinhold, *Bed och arbete: om religionsfrihet i arbetsliv och skola*, Liber, Malmö, 2011.

Gerards, Janneke, *European Convention on Human rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

Holmberg, Erik och Nils Stjernquist, Magnus Isberg, Marianne Eliason, Göran Regner, *Grundlagarna: regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*, 3., [rev.] uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2012.

Nääv, Maria och Mauro Zamboni, *Juridisk Metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018.

Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Artiklar

Bernitz, Hedvig, ”Frihet till religion och frihet från religion i skolan – elevers och lärares rättigheter”, *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, nr 3, 2017, s. 451–473.

Bernitz, Ulf, ”Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr”, *Juridisk Tidskrift*, Nr 2 1994/95, s. 259.

Persson, Vilhelm, ”Skolkläder och yttrandefrihet”, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, Häfte nr. 1, 2009, s. 59–80.

Österdal, Inger, ”Normprövning ur ett EKMRperspektiv”, *Svensk Juristtidning*, nr 9, 2007, s 882–896.

Elektroniska källor

Diskrimineringsombudsmannen, ”Kan vi ha skolavslutning i kyrkan?”, <https://www.do.se/om-do/vanliga-fragor/fragor-diskriminering-inom-utbildningsområdet/kan-vi-ha-skolavslutning-i-kyrkan/>, hämtad 2020-12-28.

Lena Gunnars: ”Expert: Rätt att trotsa slöjförbud”, *Lag & Avtal*, <https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/expert-ratt-att-trotsa-slojforbud-6993445> , hämtad 2020-12-07.

Nationalencyklopedin ed.
<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/etnocentrism>,
hämtad 2021-01-06.

Tove Hansson: ”Slöjförbud stoppas i Skurup och Staffanstorps”, *SVT*, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/skane/forvaltningsratten-upphaver-slojforbudet-i-skurup> , hämtad 2020-12-01.

Övrig litteratur

Email från Marianne Moström, Riksdagsinformation,
riksdagsinformation@riksdagen.se, mottaget 2020-12-01.

Kallelse till kommunfullmäktige i Skurups kommun,
<https://www.skurup.se/35560>, 2019-12-16.

Protokoll från kommunfullmäktige i Skurups kommun,
<https://www.skurup.se/35686>, 2019-12-16.

Rättsutlåtande från Professor em. Dr Reinhold Fahlbeck, Målnr 113–20,
Lund, 2020-02-10.

Skolverket, *Mer om elever med heltäckande slöja*, granskad 2012, mottagen
2020-12-10.

Skolverket, *Ordningsregler för en trygg och lärande skolmiljö*, Davidsons
Tryckeri, Växjö, 2006.

Rättsfallsförteckning

Domar från Europadomstolen

Buscarini och andra mot San Marino (24645/94), dom 18 februari 1999.

Dahlab mot Schweiz (42393/98), dom 15 februari 2001.

Dogru mot Frankrike (27058/05), dom 4 december 2008.

Kokkinakis mot Grekland (14307/88), dom 25 maj 1993.

Lautsi och andra mot Italien (30814/06), dom 18 mars 2011.

Leyla mot Turkiet (44774/98), dom 10 november 2005.

Murphy mot Irland (44179/98), 10 juli 2003.

Svenska domar

Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 113–20, dom 17 november 2020