

ORA ET LABORA
Bed och arbeta
Om religionsfrihet i arbetslivet

AV PROFESSOR DR. REINHOLD FAHLBECK

1	Bakgrund och utgångspunkt	468
1.1	Religionsfriheten som en mänsklig rättighet. Internationella instrument	468
1.2	Arbetslivets kristet religiösa präglning	468
2	Syfte, innehåll, metod och material	471
3	Begreppet «religionsfrihet»	474
4	Religionsfrihet och demokrati	476
5	Kan religionsfrihet begränsas?	478
6	Rättskällorna	479
7	Rättsbildarna	482
8	Rättsfallsreferat med kommentarer	484
9	Religionsfriheten i praxis – principer och omfattning	509
9.1	Europakonventionen	509
9.2	EG-rätten	517
9.3	Svensk rättspraxis rörande religionsfrihet	518
9.3.1	Hur skulle «turbanmålen» avgöras om Europakonventionen åberopades?	518
9.3.2	Hur skulle «turbanmålen» avgöras om lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering åberopades?	521
9.3.3	Sammanfattande synpunkter på det svenska rättsläget.	524
9.4	Avslutande synpunkter på praxis	525
10	Samtycke till begränsning av religionsfrihet	526
11	Positiva åtgärder för att främja arbetstagares religionsfrihet i arbetslivet	529
12	God sed på arbetsmarknaden som instrument för ökad religionsfrihet i arbetslivet	533
13	Några praktiska vardagssituationer	538
14	Slutord	547

1 Bakgrund och utgångspunkt

1.1 Religionsfriheten som en mänsklig rättighet. Internationella instrument

Artikel 18, FN:s allmänna förklaring 1948 om de mänskliga rättigheterna:

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

Europeiska konventionen 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, «Europakonventionen», artikel 9:

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

(2) Friheten att utöva sin religion eller tro får endast underkastas sådana inskränkningar som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.»

1.2 Arbetslivets kristet religiösa prägling

Ora et labora, bed och arbeta. Denna sentens har gamla rötter i Europa. Den anförs ofta som valspråk av den äldsta av de västerländska klosterordnarna, Benediktinorden.¹ Sentensen pekar på sambandet mellan arbete och religion.

Det västerländska arbetslivet är genomsyrat och präglat av den kristna religionen. Denna sätter mycket av ramarna för det dagliga arbetet för oss alla. Vi tänker inte ofta på det. Det självklara tänker

¹ Se uppslagsordet «Ora et labora» i Nationalencyklopedin. Sentensen utgör en del av meningen «Qui orat et laborat, cor levat ad Deum cum manibus» (Den som ber och arbetar lyfter med händerna hjärtat till Gud).

man inte på. Några anspråkslösa anteckningar visar några av dessa självklarheter.

Vår tideräkning utgår från Kristi födelse. Kalenderåret är baserat på den gregorianska kalendern.² Veckan, en period om sju dagar, är kristen. Gud skapade himmel och jord på sex dagar och på den sjunde dagen vilade Han. Årsindelningen och årsrytmen, veckoindelningen och veckorytmen präglar våra liv. Tidsramen för våra liv, privatliv liksom arbetsliv, är i denna mening kristen.

Arbetslagslagstiftningen är starkt präglad av kristendomen. Veckan är ett viktigt begrepp i lagen. Den ordinarie arbetstiden utgår från veckan. Övertidsberäkningen bygger i flera avseenden på veckan. Lagen har regler om veckovila (14 §). Denna skall «så långt möjligt förläggas till veckoslutet». Det är emellertid inte mera viltsamt att vila på veckoslutet än andra dagar.³

Söndagar är allmänna helgdagar.⁴ Helgdagar är dagar avsedda för gudstjänst eller arbetsvila.⁵ Söndagen är den dag den kristna religionen avsatt för dessa ändamål. Andra religioner kan ha andra veckodagar, till exempel fredagen i islam och lördagen inom judendomen. Inga områden på svensk arbetsmarknad har fredagen som arbetsfri dag och lördagen som arbetsfri dag är en tämligen ny företeelse.

Söndagar är helgdagar. Ordet «helgdag» betyder en helig dag, en helgondag. Den helighet som avses är den kristna. Under medeltiden i Sverige var ett stort antal dagar helgdagar, oftast i anslutning till firandet av ett kristet helgon. Kyrkoordningen 1571 begränsade antalet helgdagar och än mer skedde så genom en helgdagsreform 1772. Men antalet allmänna helgdagar är fortfarande stort. Utöver söndagarna finns ett antal allmänna helgdagar. De är alla, med

² Den genomfördes av påven Gregorius XIII under 1500-talet i större delen av Europa och är nu i huvudsak världsstandard.

³ Direktivet 93/104/EEG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden innehöll en likartad regel om förläggningen av veckovilan. Storbritannien förde talan vid EG-domstolen för att få hela direktivet förklarat ogiltigt. Detta misslyckades med undantag för bestämmelsen om veckovilans förläggning företrädesvis till söndagen; mål C-84/94 Storbritannien mot Europeiska unionens råd, (1996) ECR I-5755. EG-domstolen motiverade detta med att Rådet inte lyckats visa att veckovila under veckoslutet snarare än under annan period i veckan var av betydelse för arbetstagares hälsa.

⁴ Lagen 1989:253 om allmänna helgdagar.

⁵ Se till exempel uppslagsordet «helgdag» i Nationalencyklopedin.

undantag för 1 maj, kristet religiösa dagar, jul, påsk, pingst och Allhelgonadagen. Alla dessa dagar är arbetsfria för de flesta.

Våra samhällen och vårt arbetsliv är starkt präglade av de kristna högtiderna, låt vara att präglingen avtar. Julen är en mycket speciell tid även i arbetslivet med bland annat julhandel. Detta beaktas av, till exempel, lagen om anställningsskydd (LAS).⁶ December är festernas tid på arbetsplatserna. Julfesterna firas till minnet av ett gossebarns födelse, den mänskliga centralgestalten i den kristna religionen. Den unga kvinnan Lucia, som dog martyrdöden, firas den 13 december med intensitet även på många arbetsplats. Lucia är ett kristet helgon.

Kristna symboler finns överallt. Korset är ett av de vanligast förekommande tecknen i våra västerländska samhällen. Många människor, män likaväl som kvinnor, bär ett kors som är synligt för alla. Det sker idag mestadels som en utsmyckning, en prydnad, utan religiös innebörd. Men korset har varit en källa till anstöt och till förföljelse i historien och är så även idag i länder med stark religiös prägel av annan än kristen religion. Det är dock en självklarhet i våra vardagsliv, liksom i arbetslivet, att öppet ha ett kors på sig. Redan själva tanken att bärandet av ett kors, till exempel i en kedja runt halsen, skulle kunna förbjudas av arbetsgivare eller vara grund för att nekas anställning framstår som grotesk.

Utöver korset har kristendomen inte många symboler som bärs ofta. Närmast att tänka på är radbandet. Många kristet religiösa människor har ett radband. Antag att man skulle bära ett radband runt handleden eller rentav runt midjan. Skulle detta lagligen kunna få negativa konsekvenser i arbetslivet? Tanken svindlar!

Kristendomen påbjuder inte att de troende skall bära någon symbol, ett kors, ett radband eller något annat. Frivillighet råder. Men andra religioner har andra traditioner.

Många människor ber regelmässigt bordsbön, kanske med knäppta händer och kanske efter att ha gjort ett korstecken. Skulle detta lagligen kunna få negativa konsekvenser i arbetslivet? Tanken svindlar! Detta är fallet även om bordsbönen sker öppet i personalmatsalen. Undantag kan väl tänkas men då måste omständigheterna vara påtagligt särpräglade.

⁶ Reglerna i 5 § LAS om tidsbegränsad anställning.

Kristendomen har få påbud rörande vilken mat vi kan äta och hur den har kommit till oss från fälten, grönsaksodlingarna, havet eller slakthusen. Anvisningarna i Gamla testamentet hur slakt skall gå till uppfattas till exempel inte i den kristna traditionen som bindande. Men i judisk och muslimsk tradition är så fallet.⁷

Dessa korta anteckningar visar hur genomsyrat vårt liv är av den kristna traditionen. Vi uppfattar situationen som självklar. Men för människor som har annan religion är det inte så. Varför skall man vara ledig på söndagen när det är fredagen som är bönedagen? Varför skall man avstå från att öppet visa sin personliga religiösa tillhörighet, till exempel med en duk på huvudet, när så många andra gör det genom att bära ett kors?

Religionsfriheten har blivit en mycket känslig fråga i de flesta europeiska länder under senare decennier. Den förhärskande religiösa trosuppfattningen har åtnjutit skydd sedan århundraden, låt vara att detta varierat i de olika europeiska länderna beroende på vilken form av kristendom som där praktiserats. Situationen har snabbt förändrats. Anledningen är invandringen. Människor med annan trosuppfattning än den förhärskande i de europeiska värdländerna kommer i stora skaror. De europeiska samhällena ställs inför en situation där förväntningen är att med religionsfrihet skall förstås frihet till religiös pluralism och religiös jämställdhet. Detta är något fullständigt nytt i länder där religiös monism i huvudsak varit förhärskande i århundraden.⁸

2 Syfte, innehåll, metod och material

Denna uppsats syftar till att belysa religionsfrihet i arbetslivet, den positiva liksom den negativa. Perspektivet är begränsat till det prak-

⁷ Se härtill allmänt Demokratiutredningens betänkande, Att slakta ett får i Guds namn – om religionsfrihet och demokrati, författat av Göran Gunner, SOU 1999:9.

⁸ «In meinem Staate kann jeder nach seiner Fassung selig werden» (I mitt land får var och en bli salig på sitt manér) är ett uttalande som tillskrivs Fredrik II av Preussen (Fredrik den Store, 1712–1786, kung från 1740). Religiös tolerans av detta slag har dock i hög grad varit undantaget som bekräftat regeln. Principen «Extra Ecclesiam nulla salus» (Utanför Kyrkan finns ingen frälsning) är ett uttryck som bättre karakteriserar den europeiska traditionen. Uttrycket anses stamma från biskopen Cyprianus av Karthago, död 258. Det avser den Katolska kyrkan.

tiska handlingsplanen. Frågan om grunden för religionsfrihet som en mänsklig rättighet behandlas inte.⁹

Skyddet mot diskriminering på grund av religion kommer inte att behandlas annat än marginellt. När så sker är syftet främst att belysa hur religionsfriheten är uppbyggd i rättsligt avseende. Som skall framskymta är den rättsliga uppbyggnaden av dessa två sidor av religionsfrihet helt olika. Skyddet mot diskriminering på grund av religion har religionsfriheten som sin utgångspunkt. Det föreligger inte diskriminering på grund av religion med mindre den missgynnande särbehandlingen avser något som skyddas av religionsfriheten. Det är omfattningen av denna frihet som denna uppsats vill behandla. I ett avseende behandlas dock skyddet mot diskriminering mera ingående. Det gäller en diskussion rörande hur «turbanmålen» (D1 och D2 i avsnitt 8) skulle bedömas idag; avsnitt 9.3.

Syftet att belysa religionsfrihetens omfattning i arbetslivet fullföljs på två plan. För det första skall rättsläget som det framgår i praxis klarläggs och analyseras (alltså en framställning *de lege lata*). Artikel 9 Europakonventionen utgör rättskällan. Denna består av två moment. Artikel 9(1) anger innebörden och omfattningen av religionsfriheten. Artikel 9(2) anger utrymmet för undantag från religionsfriheten. Denna uppsats är inriktad på artikel 9(1). För det andra syftar uppsatsen till att diskutera konsekvenser av rättsläget för situationer som ännu inte behandlats i praxis (alltså en framställning *de lege/sententia ferenda*). Denna diskussion är i huvudsak begränsad till den svenska verkligheten. Diskussionen kan dock lätt appliceras på i vart fall övriga nordiska länder.

Det rättsliga materialet rörande religionsfriheten är magert. Avsevärt mycket mera finns rörande skyddet mot diskriminering. Man kunde tycka att det borde vara tvärtom. Religionen är ju förutsättningen för skyddet mot religiös diskriminering. Man kunde vidare tycka att diskrimineringsmaterialet skulle ge kunskap om själva religionsfriheten. Det är ju denna som skall skyddas mot diskriminering. Så är emellertid inte heller fallet. Hittills finns inget i diskrimineringsmaterialet som kastar ljus över religionsfriheten. Ett skäl till detta kan vara följande: Diskrimineringskyddet omfattar ofta ett

⁹ Se här till allmänt till exempel Ignatieff, Michael, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton University Press, 2001) med utförliga hänvisningar.

flertal företeelser. Lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet omfattar till exempel «ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse» (3 §). För tillämpning av lagen fordras inte att själva religionsbegreppet preciseras.

Uppsatsen befattar sig med förhållandena på arbetsplatser i allmänhet. Den speciella situation som råder rörande religiösa samfund eller andra utpräglade «övertygelsesamfund» och deras personal kommer dock att framskymta eftersom ett av de behandlade fallen rörande Europakonventionen avser en statskyrka (fallet B1 i avsnitt 8).

Merparten av det rättsliga materialet är allmäneuropeiskt. Texten får därför en allmängiltig prägel såvitt avser det första syftet. Diskussionen rörande det andra syftet är däremot i huvudsak baserad på svensk arbetsrätt.

Tonvikten ligger på den positiva religionsfriheten. I ett starkt sekulariserat samhälle som det svenska uppfattas den negativa religionsfriheten som självklar och ifrågasätts knappast.¹⁰ Som kommer att framgå spelar dock den negativa religionsfriheten en högst väsentlig roll. Skälet är att varje religiös manifestation, dvs utnyttjande av den positiva religionsfriheten, måste vägas mot andras intresse av att slippa utsättas för religiösa manifestationer, dvs utnyttjande av den negativa religionsfriheten.

Metoden är till en del traditionellt juridiskt dogmatisk. Till stora delar är den emellertid friare eftersom det rättsliga materialet är mycket tunt. Uppsatsen har i dessa delar mera karaktären av ett resonemang de lege ferenda (eller de sententia ferenda).

Materialet utgörs i huvudsak av sedvanligt juridiskt källmaterial, främst rättsfall. Osedvanligt stort utrymme kommer att ägnas åt referat av och kommentarer till rättsfall. Skälet är främst att rättsfallen rörande själva religionsfriheten nära nog uteslutande avser Europakonventionen. De är mindre kända, lästa och kommenterade i

¹⁰ Visserligen kan den negativa religionsfriheten bli ytterst känslig i vissa situationer. Som exempel kan pekas på sådana invandarmiljöer där en stark religionsutövning ingår. Människor inom den miljön vilka inte vill omfatta samma religion eller i vart fall inte utöva den i samma former kan behöva skydd. Denna uppsats avser dock arbetsplatserna. De många och särpräglade situationer som kan uppkomma inom avgränsade invandrargrupper faller därför utanför.

Norden än nordiskt rättsfallsmaterial¹¹ (trots att de i och för sig är lätt tillgängliga på Europarådets hemsida¹²).

3 Begreppet «religionsfrihet»

Ingenstades i de internationella instrumenten eller i svenskt rättsligt material finns en definition av begreppet «religion» och därmed inte heller av begreppet «religionsfrihet».

I ett svenskt SOU-betänkande sägs följande: «Problemet är givetvis att religionsutövning i princip kan bestå i vad som helst. I europakonventionens art. 9 har man visserligen försökt precisera den som 'frihet att utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning, andaktsövningar och iakttagande av religiösa sedvänjor', men det sistnämnda uttrycket medför ingen klar avgränsning».¹³

I ett senare utredningsbetänkande formuleras saken sålunda: «Av dessa rättigheter är det endast religionsfriheten som är absolut eller orubblig. Detta hänger samman med det sätt varpå friheten har definierats. Definitionen syftar nämligen uteslutande på vad som är specifikt för just religionsfriheten – att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion».¹⁴ «Religionsfriheten framstår närmast som ett omfattande rättighetskomplex med inslag av yttrandefrihet, informationsfrihet och föreningsfrihet».¹⁵

Europakonventionen innehåller inte någon definition. Det skyddade området anges med orden «tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet». I detta ligger att skyddet omfattar både positiv och

¹¹ Den ledande framställningen på svenska är justitierådet Hans Danelius' bok *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Denna följs regelbundet och ofta upp i *Svensk Juristtidning* med översikter av nytillkommen praxis. En ledande framställning på engelska är Van Dijk, P. & Van Hoof, G J H, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (3 upplagan, Kluwer 1998).

¹² <http://hudoc.echr.coe.int>. Rättsfallen finns delvis även på den svenska riksdagens hemsida (riksdagen.se).

¹³ SOU 1975:75 s 325. Omfattande diskussioner rörande begreppet religionsfrihet finns i till exempel SOU 1964:13, SOU 1968:11 och SOU 1972:36.

¹⁴ Staten och trossamfundet. Betänkande av Utredningen om trossamfundens rättsliga reglering, SOU 1997:41 s 93.

¹⁵ Samma s 94.

negativ frihet, dvs frihet att ha en religion men också friheten att inte ha en religion. Praxis har starkt markerat den negativa friheten (se avsnitt 8 nedan fallen A1, A4 och B7). Praxis har dock ännu inte utformat något som kan kallas en definition. Praxis är mager och kasuistisk. Europadomstolen har varit påtagligt försiktig att formulera generella principer eller riktlinjer. Redan texten i Europakonventionen visar dock att religionsfriheten inte är begränsad till själva tron utan även omfattar en rätt att utöva denna tro. Som skall framgå har praxis i huvudsak sysselsatt sig med just utövningen av religionen.

Försiktigheten i Europakonventionen och praxis synes bero på att det knappast låter sig göra att formulera en definition.¹⁶ Detta gäller både en «intern» definition av begreppet «religion», dvs vad religioner själva anser vara «religion», och en «extern» definition, dvs en gränsdragnings mellan «religion» å ena sidan och tanke- och samvetsfrihet (det som i betänkandet kallas «övertygelse») å andra sidan. Såväl Europakonventionen som praxis använder begreppen som en helhet. I ett avgörande rörande Europakonventionen anförde Kommissionen sålunda att artikel 9 «is essentially destined to protect religions, or theories on philosophical or ideological universal values».¹⁷ Praxis har vidare intagit den ståndpunkten att man får nöja sig med att förlita sig till en icke specificerad konventionell uppfattning. I ett avgörande hänvisar Europadomstolen sålunda till att en viss åsikt av etisk art inte omfattades av artikel 9 «in its ordinary meaning» utan att dock ange, eller ens antyda, vad denna är.¹⁸

Religionsfriheten har beröringar med många andra områden av mänskligt och socialt liv. En gränsdragnings avser religion och kultur. Eftersom «religion is a major social phenomenon» är den av just det skälet «difficult to separate from culture».¹⁹ En sedvänja eller en

¹⁶ Se härtill allmänt till exempel Demokratiutredningens betänkande, Att slakta ett får i Guds namn – om religionsfrihet och demokrati, författat av Göran Gunner, SOU 1999:9, s 68 ff.

¹⁷ F P mot Federal Republic of Germany, nr 19459/92, beslut 29/3 1993 opublicerat men tillgängligt på Europadomstolens hemsida. Se till exempel Van Dijk, P, & Van Hoof, G J H, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (3 uppl, Kluwer 1998), s 548 f.

¹⁸ Johnston m.fl. mot Irland, dom 18 december 1986, A 112 s 27, para 63.

¹⁹ Council of Europe. Religion and democracy: Report. Committee on Culture and Education 27 November 1998, document 8270, Explanatory memorandum by Mr de Puig, Introduction.

ritual kan för övrigt vara mångfacetterad och ge uttryck för flera skyddade företeelser, det må vara ras jämte etniskt ursprung och religion, eller annat. Som exempel kan hänvisas till NJA 1999 s 556, olaga diskriminering, 16:9 Brottsbalken. Det rörde kvinnor klädda i vida, långa och tunga kjolar av visst slag. Sådana bärs uteslutande av zigenska kvinnor från Finland men trycket på dessa kvinnor att bära sådana kjolar är stort. Kjolorna bär vittnesbörd om ras, etnicitet och vad som rimligen får uppfattas som en religiös sedvänja. Hänvisning kan vidare ske till lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Som sådan diskriminering enligt lagen räknas även diskriminering på grund av «t rosbe-kännelse». Skälet är just det nära sambandet.²⁰ Hänvisning kan slutligen ske till förslaget 2002 till lag om förbud mot diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, religion eller övertygelse.²¹

4 Religionsfrihet och demokrati

Europakonventionen är gällande rätt i en grupp av stater som alla har det demokratiska styrelseskicket som högsta samhällsnorm. Förhållandet mellan religion och demokrati har föranlett Europarådet att anta rekommendationer 1993 och 1999 där detta diskuteras och där värdenormer rangordnas.²² När Europarådet utarbetade Europakonventionen var detta förhållande inte så känsligt som det sedermera har blivit. År 1950, då Konventionen antogs, var signatärstaterna i huvudsak monistiskt religiösa stater. Fundamentalistiska religiösa tendenser fanns knappast. Idag är situationen annorlunda. Detta beror främst på invandringen av andra trosbekännare än kristna och framväxten av fundamentalistiska religionsuppfattningar. Spännningar, som inte fanns 1950, finns nu. I en mycket uppmärksam bok har det rentav gjorts gällande att konflikter i världen i framtiden inte längre kommer att ha sin rot främst i ekonomiska förhållanden utan

²⁰ Se bla prop 1997/98:177 och prop 1993/94: 104 s 44.

²¹ SOU 2002:43, Ett utvidgat skydd mot diskriminering, avsnitt 6.3.2.

²² Se främst Recommendation 1396 (1999) Religion and Democracys och Recommendation 1202 (1993) on religious tolerance in a democratic society. Rekommendationen 1999 är baserad på en utförlig rapport. Den anges i not 19. Utdrag ur rekommendationen 1999 återfinns i Appendix 1.

i etniska och religiösa.²³ Terroristattacker i USA den 11 september 2001 har ställt detta i blyxtbelysning.

Europarådets rekommendationer 1993 och 1999 har en mycket positiv grundsyn på religion och religionsutövning. Samtidigt är undertonen närmast bekymrad och oroad. Anledningen är den religiösa extremism och fanatism som gör sig gällande. «Extremism is not religion itself, but a distortion or perversion of it. None of the great age-old religions preaches violence. Extremism is a human invention that diverts religion from its humanist path to make it an instrument of power.»²⁴ Uttalanden som detta görs dock ingalunda i en anda av europeisk självgodhet. I den rapport som ligger till grund för rekommendationen 1999 heter det bland annat följande.²⁵ «Europe has not often set a good example of respect for cultural or religious identities. There has been brutal intolerance and hegemony, which is unjustifiable even if it may be explicable in the historical context: states represented authority, and one way in which they affirmed their strength was by imposing a religion and a world view.» Den bekymrade undertonen hindrar dock inte att rekommendationerna uppmanar medlemsstaterna att främja religion och religionsutövning. Religionsfriheten «is rooted in the dignity of man and its realisation implies the realisation of a free, democratic society».²⁶

Rekommendationerna ställer värdenormer mot varandra, till exempel religion och marknadsekonomi respektive kommunism. I rekommendationen 1993 konstateras att en «pure market society» liksom den kommunistiska modellen visat sig otillräckliga. Det finns därför i dagens Europa «a recognisable crisis of values». Kan religionen fylla tomrummet? Kanske. «The recourse to religion as an alternative has, however, to be reconciled with the principles of democracy and human rights.»²⁷ Rekommendationerna ställer mot varandra även religion och demokrati. Demokratien ges det självklara företrädet. «Democracy has proved to be the best framework for

²³ Huntington, Samuel, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (Simon & Schuster, New York, 1996).

²⁴ Rekommendationen 1396 (1999), para 3.

²⁵ Rapporten, not 19, avdelningen Democracy and religion: tensions and affinities.

²⁶ Rekommendationen 1202 (1993), para 14.

²⁷ Rekommendationen 1202 (1993), para 9.

freedom of conscience, the exercise of faith and religious pluralism.»²⁸

Praxis rörande artikel 9 Europakonventionen ger uttryck för spänningen mellan demokrati och religion. Demokratin har givits försteget.²⁹

5 Kan «religionsfrihet» begränsas?

Religionsfriheten enligt 2:1 Regeringsformen (RF) kan inte begränsas. Skälet är att det som omfattas av 2:1 RF är den religiösa trosuppfattningen. Manifestationer av religionsfriheten är däremot underkastade alla de begränsningar som kan göras i de övriga friheter som anges 2 kapitlet RF. «I fråga om yttranden, mötesverksamhet och föreningsverksamhet i religiöst hänseende avses reglerna om yttrande-, mötes- och föreningsfriheten gälla. I vad begreppet religionsutövning går härutöver avses definitionsmässigt gälla, att de regler som eljest finns för mänskligt handlande eller mänsklig underlåtenhet också gäller för religiöst handlande etc. Något ingrepp enbart mot det senare får däremot ej ske.»³⁰

Religionsfriheten enligt Europakonventionen kan begränsas, artikel 9(2). Begränsningarna får dock endast avse friheten «att utöva sin religion eller tro», alltså inte rätten till «tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet». «Unlike the second paragraphs of Articles 8, 10 and 11 (art. 8-2, art. 10-2, art. 11-2), which cover all the rights mentioned in the first paragraphs of those Articles (art. 8-1, art. 10-1, art. 11-1), that of Article 9 (art. 9-2) refers only to 'freedom to manifest one's religion or belief'» (Kokkinakis, para 33, avsnitt 8, A1). Friheten får vidare «endast underkastas sådana inskränkningar som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter». Som skall framgå innefattar även artikel 9(1) begränsningar. Dessa avser bestämningen av begreppen religion och religionsfrihet. För att religiösa manifestationer skall

²⁸ Rekommendationen 1396 (1999), para 5.

²⁹ Se främst fallen B5, B6 och B7 i avsnitt 8.

³⁰ SOU 1975:75 s 132 och Prop 1975/76:209 s 48.

omfattas måste ett nära samband föreligga till religionen och utövningen måste ske på ett sätt som är vedertaget. Själva åsikten, *forum internum*, är däremot utan inskränkning.³¹

Det är möjligt att det föreligger någon skillnad mellan Regeringsformen och Europakonventionen. Om Regeringsformen innefattar större religionsfrihet än Europakonventionen uppkommer en konkurrenssituation. Europakonventionen, liksom Regeringsformen, skyddar både positiv och negativ religionsfrihet. Om den positiva religionsfriheten utvidgas kan den negativa kränkas. Europakonventionen medger inte detta (liksom för övrigt inte heller Regeringsformen) och Konventionen gäller framför Regeringsformen. Som skall framgå är detta inte ett akademiskt problem. Frågan ställdes på sin spets i ett fall rörande bärande av en muslimsk huvudduk (B7, avsnitt 8). Hur detta avgörande skall kunna förenas med strävanden i Sverige idag diskuteras i avsnitten 11, 12 och 13.

6 Rättskällorna

Religionsfrihetslagen 1951 är upphävd genom lagen (1998:1593) om registrerade trossamfund. Upphävandet skedde utan fanfarer eller större uppmärksamhet. Religionsfrihetslagen innehöll tre grundläggande bestämmelser om religionsfrihet. Dessa saknar motsvarighet i lagen om registrerade trossamfund. Denna innehåller inga regler om religionsfrihet. 1 § hänvisar till Regeringsformen och Europakonventionen. Den utredning som föreslog avskaffandet av religionsfrihetslagen ägnade denna endast minimal uppmärksamhet liksom även den efterföljande regeringspropositionen. Utredningen begränsar sig till att säga att «[M]ot bakgrund av lagens [dvs den föreslagna lagen om registrerade trossamfund] innehåll kommer religionsfrihetslagens reglering att bli överflödig. Den lagen bör därför upphävas».³² I propositionen anförs helt kort att 1–3 §§ religionsfrihetslagen «har sina motsvarigheter i 2 kap. regeringsformen och annan lagstiftning, bl.a. ordningslagen (1993:1617). Be-

³¹ Termen *forum internum* förekommer första gången i Arrowsmith, mål B3 i avsnitt 8 nedan. Den har sedermera använts ofta, se till exempel C mot Storbritannien, mål B 5 i avsnitt 8 nedan, eller Van den Dungen mot Nederländerna, Kommissionen nr 22838/93, beslut 22/2 1995, D.R. 80-A s 145, para 1.

³² SOU 1997:41 s 244.

stämmelserna kan därför upphävas. Med hänsyn till detta och till att de övriga bestämmelserna i religionsfrihetslagen föreslås framgå av den nya lagen, bör religionsfrihetslagen upphävas.»³³

Regeln i 2:1 Regeringsformen ger visserligen upphov till rättigheter för enskilda. Regeln kan emellertid inte användas i praktiskt rättsliv. Diskrimineringslagstiftningen innehåller ingen reglering av religion eller religionsfrihet.³⁴ Lagstiftningen bygger på den religionsfrihet som finns. Detta innebär att det är Europakonventionen som utgör den enda operationella rättskällan för religionsfrihet i Sverige.

Europakonventionen gäller i Sverige i tre skepnader, (1) som folkrättsligt förpliktande konvention, (2) som del av EG-rätten och (3) som inhemsk svensk lag (varvid konventionstexten är svensk lag; SFS 1994:1219). Konventionen är sålunda inkorporerad som svensk lag, låt vara att dess ställning är egendomlig. Europakonventionen är i sin egenskap av folkrättsligt förpliktande konvention överordnad svensk grundlag men den inkorporerade lagen som innehåller just denna konvention har inte ens status av grundlag!³⁵

Europakonventionen är sålunda den egentliga rättskällan. Den äger företräde framför svensk grundlag. «För det fall konventionen ger ett starkare skydd än det som följer av regeringsformens fri- och rättighetsskydd eller av allmänna rättsprinciper, skall konventionens bestämmelser tillämpas» konstaterade nyligen en statlig utredning.³⁶ Konventionen är också en dynamisk rättskälla. En fortlöpande och tämligen ymnig ström av avgöranden av Europadomstolen garanterar detta. Samma statliga utredning kunde också konstatera följande: «Det bör poängteras att konventionens bestämmelser successivt kommer att preciseras genom konventionsorganens – den europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter och den europeiska

³³ Prop 1997/98:116 s 21. Se allmänt till exempel Ahrén, Per-Olof, Stat och trossamfund i Sverige efter den 1 januari 2002, *ingår i* Christoffersen, Lisbet, redaktör, Samfundsvidenskabelige syn på det religiøse (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001).

³⁴ I betänkandet SOU 2002:43, Ett utvidgat skydd mot diskriminering, framläggs förslag till en ny lag rörande bl a skydd mot diskriminering på grund av religion. Förslaget innehåller ingen definition och det anges att «[V]ad som menas med religion preciseras inte i lagen»; s 458.

³⁵ Se härom till exempel Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, *Juridisk Tidskrift* 1994–95, s 259.

³⁶ SOU 1997:41 s 96.

domstolen för mänskliga rättigheter – praxisbildande verksamhet. Denna praxis är också gällande rätt i Sverige (jfr prop. 1993/94: 117 s 33 f).³⁷

Vid inkorporeringen uttalade föredragande departementschefen följande. «Om konventionen görs till en del av den svenska rätten skulle, anför kommittén slutligen, sannolikt fler mål rörande konventionens fri- och rättigheter komma att slutbehandlas vid svenska domstolar och myndigheter.»³⁸ Denna förmodan har inte förverkligats på religionsfrihetsområdet. Artikel 9 i konventionen har veterligen aldrig ens åberopats vid svensk domstol, långt mindre tillämpats. I Sverige gällande praxis rörande religionsfrihet är av utländsk härkomst.

Europadomstolens verksamhet innebär att fortlöpande rättsbildning med för Sverige bindande verkan sker i en utländsk domstol med tillämpning av regler som tillkommit utan större medverkan från svensk sida och utan att Sverige kan påverka denna rättsbildning annat än marginellt. Uttryck för en viss tveksamhet inför detta förekommer än idag trots att Europakonventionen passerat femtioårsåldern och trots att motsvarande fenomen inom EG-rätten har blivit en i hög grad integrerad del av det svenska rättslivet. När konventionen skulle införlivas med svensk rätt pekade lagrådet på att konventionen är allmänt hållen. «Samtidigt får konventionen ett mycket konkret innehåll på de områden där Europadomstolen meddelat ett avgörande. – Om det remitterade förslaget till inkorporeringslag genomförs innebär det att nya avgöranden av Europadomstolen, som ger ny och kanske oväntad innebörd åt någon konventionsbestämmelse, kan få omedelbar verkan i vårt land.»³⁹

Utöver Regeringsformen och Europakonventionen finns regler i andra författningar som är av betydelse ur religionsfrihetssynpunkt. Lagen 1982 om anställningsskydd ger långtgående materiellt skydd mot uppsägning och annat som täcks av lagen, till exempel turordningslistor vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Regler i Brottsbalken kan vara tillämpliga, till exempel paragraf 5:5 om

³⁷ SOU 1997:41 s 92. Den europeiska kommissionen finns inte längre; jfr avsnitt 7 nedan.

³⁸ Prop 1993/94:117 med förslag att införa Europakonventionen som svensk lag, s 12.

³⁹ Samma, s 73 f.

ärekränkning. Lagen (2001:499) om omskärelse av pojkar tillgodoser ett religiöst intresse. Lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor innehåller ett undantagslöst totalförbud, även om religiösa bevekelsegrunder åberopas. Djurskyddslagen (1988:534) och därtill hörande författningar reglerar möjligheterna till rituell slakt (tex kosher).⁴⁰ Skydd mot särbehandling på grund av religion finns i en rad antal författningar, främst lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Lagen innehåller ingen reglering av begreppet «religion» utan här gäller reglerna i Europakonventionen.⁴¹ Artikel 14 i Europakonventionen om skydd mot diskriminering är osjälvständig på samma sätt. Arbetsmiljölagen jämte föreskrifter och råd från arbetsmiljömyndigheterna kan vara tillämpliga.⁴² Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling är en generell lagstiftning. Direktivet reglerar skydd mot diskriminering på grund av bland annat religion men inte religionsfriheten.

7 Rättsbildarna

Rättsbildningen sker genom domstolspraxis. Praxis kan skapas i flera domstolar, dels internationella dels nationella.

(1) På det *internationella* planet är den främste rättsbildaren *Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna*. Domstolen är exklusiv uttolkare av Europakonventionen. Domstolen har hittills avgjort endast ett begränsat antal mål avseende artikel 9, särskilt mål av relevans för arbetslivet. Fem mål refereras i avsnitt 8 A. Tre av dessa avser inte arbetslivet men innehåller uttalanden av intresse.

Europakommissionen var ett förberedande organ till Europadomstolen. Kommissionen upphörde den 1 november 1999 med stöd av

⁴⁰ Djurskyddsförordning 1988:539 och föreskrifter av Statens jordbruksverk, SJVFS 2000:160 om hantering av vissa djurarter vid slakt eller annan avlivning med ändring SJVFS 2001:75. Rituell slakt medges bara av fjäderfä och kaniner. Se härtill utförligt Gunner, SOU 1999:9.

⁴¹ Förslag till en ny lag om förbud mot diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, religion eller övertygelse har framlagts; SOU 2002:43. Ett utvidgat skydd mot diskriminering. Förslaget innehåller emellertid ingen definition av begreppet «religion».

⁴² Se till exempel Kränkande särbehandling i arbetslivet, Arbetarskyddsstyrelsens författningssamling AFS 1993:17.

elfte protokollet till konventionen (1994). Kommissionen fattade ett begränsat antal beslut avseende artikel 9, särskilt beslut av relevans för arbetslivet. Praxis i kommissionen är fortfarande av betydelse där denna inte övertagits av praxis i Europadomstolen. Sju mål refereras i avsnitt 8 B. Fyra (möjligen fem, B6) av dessa avser inte arbetslivet men är relevanta ändå.

Vid *EG-domstolen* kan religionsfrihetsmål bedömas i olika situationer. De kan (a) avse Europakonventionen. *EG-domstolen* tillämpar inte Europakonventionen som sådan utan de normer som finns i denna. Skälet är att EU inte har ratificerat Europakonvention och inte heller inlemmat denna som bindande *EG-rätt*. Europadomstolens tolkning av konventionen är bindande även för *EG-domstolen*. *EG-domstolen* har dock en friare ställning eftersom konventionen inte är juridiskt bindande *EG-rätt* utan del av ett mera omfattande rättskomplex som innefattar europeisk rättighetstradition i vidaste mening. Utslag i *EG-domstolen* kan därför på ett legitimt sätt avvika från Europadomstolen just genom att *EG-domstolen* har ett vidare mandat. Religionsfrihetsmål kan (b) avse *EG-rätt*. Diskrimineringsdirektiv finns, till exempel direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling. I dagsläget finns endast ett avgörande rörande religionsfrihet. Det refereras i avsnitt 8 C.

(2) Vid *svenska* domstolar kan religionsfrihetsfrågor uppkomma i ett flertal situationer. Europakonventionen är inhemsk svensk lag och kan som sådan därför tillämpas och tolkas av alla svenska domstolar. Hittills har så skett endast i mycket begränsad omfattning men exempel finns. Som enda exempel kan hänvisas till (det banbrytande) avgörandet av Arbetsdomstolen i Kellerman-målet (AD 1998:17). Detta mål rörde dock inte religionsfriheten i artikel 9 Europakonventionen utan artikel 11 om föreningsfrihet.

Praxis i *Högsta domstolen* avser hittills enbart olaga diskriminering, 16:9 Brottsbalken. Inget av dessa fall refereras här men hänvisning sker vid några tillfällen, främst som belysning av religionsfrihetsbegreppet. Från *hovrätter och tingsrätter* är endast ett religionsfrihetsrättsligt fall känt för mig, «turbanmålet» i Stockholms tingsrätt. Det refereras i avsnitt 8 D. Liksom beträffande praxis i HD behandlas inte avgöranden rörande olaga diskriminering. Ur praxis i *Arbetsdomstolen* finns likaledes endast ett mål att referera, «turbanmålet», AD 1986:11; se avsnitt 8 D.

*8 Rättsfallsreferat med kommentarer**A/ Rättsfall från Europadomstolen rörande
Europakonventionen artikel 9⁴³**A1/ Kokkinakis mot Grekland⁴⁴*

Saken. Kokkinakis tillhörde Jehovas Vittnen. Han hade dömts för proselytism. Den religiösa påverkan hade skett vid ett hembesök där Kokkinakis fått tillträde till en privatpersons hem. Proselytismen hade inget samband med en anställning eller rättsförhållande till annan. En kränkning av artikel 9(1) ansågs föreligga. Målet avgjordes enligt artikel 9(2). Grekland befanns ha kränkt denna artikel genom att dess lagregler gick längre än som var «necessary in a democratic society». Här antecknas endast två uttalanden obiter dicta av domstolen, nämligen para 31 st 1–2.

«As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been won over the centuries, depends on it.

While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to 'manifest (one's) religion'. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions.»

Rättsfrågorna avsåg artikel 9(2). De behandlas inte här. Se även Larissis, mål A3 nedan, med citat från och hänvisning till Kokkinakis. Det citerade uttalandet ovan återfinns även delvis i målet Buscarini, mål A4 nedan.

⁴³ Sökningen av rättsfall avser tiden fram till den 20 juni 2002.

⁴⁴ Mål 14307/88, dom 25 maj 1993, 260-A.

A2/ Kalaç mot Turkiet⁴⁵

Saken. Kalaç blev tvångsvis förtidspensionerad från befattning som «judge advocate» i flygvapnet. Regeringen/militären anförde (para 8) att detta skett «for breaches of discipline and scandalous conduct». Det angavs att Kalaç «had adopted unlawful fundamentalist opinions». Han påstods tillhöra en fundamentalistisk muslimsk sekt och han påstods «taking and carrying out instructions from the leaders of the sect» (para 25). Kalaç hade «manifested his lack of loyalty to the foundation of the Turkish nation, namely secularism, which it was the task of the armed forces to guarantee» (para 25).

Kommissionen ansåg att en kränkning av artikel 9(1) skett. Eftersom inget lagstöd fanns enligt artikel 9(2) för pensioneringen stred denna mot artikel 9(2). Dokument hade visats i hemlighet vid kommissionen. Kommissionens Delegate vid Europadomstolen konkluderade emellertid att «[I]n any event, these documents did not support the argument that Mr Kalaç had links with a sect» (para 26).

Domstolen anförde att «religious freedom is primarily a matter of individual conscience» men den medger utövning av religionen både «in public» och «alone and in private» (para 27 med hänvisning till Kokkinakis; se mål A1).

Artikel 9 anger flera «forms which manifestation of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance. Nevertheless Article 9 (art. 9) does not protect every act motivated or inspired by religion or belief. Moreover, in exercising his freedom to manifest his religion, an individual may need to take his specific situation into account» (para 27).

Kalaç hade bestämt sig för «to pursue a military career» och därmed accepterat «a system of military discipline» (para 28).

Kalaç kunde utöva sin religion. Det var ostridigt att Kalaç hade frihet «to fulfil the obligations which constitute the normal forms through which a Muslim practices his religion. For example, he was in particular permitted to pray five times a day and to perform his other religious duties, such as keeping the fast of Ramadan and attending Friday prayers at mosque» (para 29).

⁴⁵ Mål nr 00020704/92, dom 1 juli 1997, Reports 1997-IV.

Arbetsgivarbeslutet var «moreover, not based on Group Captain Kalaç's religious opinions and beliefs or on the way he had performed his religious duties but on his conduct and attitude... According to the Turkish authorities this conduct breached military discipline and infringed the principle of secularism» (para 30).

Följaktligen förelåg inget brott mot artikel 9 eftersom beslutet «was not prompted by the way the applicant manifested his religion» (para 31).

Kommentarer. Domen kan framstå som sträng mot arbetstagaren. Det var inte bevisat att arbetstagaren tillhörde en sekt. Arbetstagaren fick finna sig i stränga militärdisciplinära regler. Redan militärens åsikt att en arbetstagaren visade «lack of loyalty to the foundation of the Turkish nation» var tillräcklig och behövde inte utredas.

Domstolen fäster vikt vid (a) att arbetstagaren frivilligt valt den aktuella yrkesbanan och att (b) syftet med åtgärden var att skydda nationens sekulära natur. Det sistnämnda kan tyckas strida mot religionsfrihet. Artikel 9 skyddar emellertid inte bara positiv utan också, och i lika hög grad, negativ religionsfrihet. Detta framgår redan av lydelsen av artikel 9(1). Domstolen hade bland annat i Kokkinakis (A1) understrukt detta.

A3/ Larissis och andra mot Grekland⁴⁶

Saken. Officerare hade dömts för proselytism. Denna hade riktat sig dels mot underlydande militär personal dels mot grannar och andra utomstående. Det var ostridigt att ett intrång skett enligt artikel 9(1). Målet avgjordes därför enligt artikel 9(2). Grekland befanns delvis ha delvis inte ha kränkt denna artikel. I domskälen finns ett uttalande av intresse här.

Med hänvisning till Kokkinakis (A1) anför *Domstolen* att ehuru «religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to 'manifest (one's) religion', including the right to try to convince one's neighbour, for example through 'teaching' (ibid., p. 17, § 31). Article 9 does not, however, protect every act motivated or inspired by a religion or belief. It does

⁴⁶ Mål 23372/94, 26337/94 och 26378/94, dom 24 februari 1998, Reports 1998-I.

not, for example, protect improper proselytism, such as ...» (para 45).

*A4/ Buscarini och andra mot San Marino*⁴⁷

Saken. Två nyvalda parlamentsledamöter i San Marino förelades att avlägga en ed och därvid «swear on the Holy Gospels» att lyda Konstitutionen osv. De avlade eden men underlät att hänvisa till Evangelierna. Senare gjorde de emellertid detta eftersom de annars inte kunnat ta säte i parlamentet. De hävdade att deras rätt enligt artikel 9 kränkts.

Regeringen hävdade att eden inte längre var religiös «but, rather, historical and social in significance and based on tradition». San Marino var en sekulär stat med lagfäst religionsfrihet. «The form of words had lost its original religious character, as had certain religious feast-days which the state recognised as public holidays» (para 32).

Domstolen anförde att artikel 9 är en grundpelare i ett demokratiskt samhälle. Den skyddar (para 34) «'believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, skeptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been won over the centuries, depends on it' (see the Kokkinakis v Greece judgement ...). That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion.» Det förelåg sålunda ett brott mot artikel 9(1). San Marino åberopade till sitt försvar artikel 9(2). Detta behandlas inte här.

Målet ger upphov till den *kommentar* att det visar att den negativa religionsfriheten upprätthålls. Hänvisningen till Kokkinakis (A1), liksom hänvisningar i tidigare fall, visar att det rör sig om fast praxis.

*A 5/ Cha'are Shalom VE Tsedek mot Frankrike*⁴⁸

Saken. Ansökan från en judisk minoritetssekt i Frankrike att anordna *kosberslakt* på det strikta sätt denna sekt önskade hade avslagits. «It is not contested» (para 81) att kött slaktat på det stränga sätt som

⁴⁷ Mål 24645/94, dom 18 februari 1999, Reports 1999-I.

⁴⁸ Mål nr 00027417/95, dom 27 juni 2000.

sekten fordrade (*glatt*) kunde köpas i köttaffärer dels importerat från Belgien dels slaktat i Frankrike av den judiska majoritetsorganisationen. Härtill kom att minoritetssekten kunde få utföra egen slakt om den blott kom överens härom med majoritetsorganisationen (vilket den av ekonomiska skäl inte gjort) (paras 67 och 83). Av dessa skäl fann Europadomstolen att avslaget inte var intrång (*interference*) i sektens «right to the freedom to manifest its religion» enligt artikel 9(1) (para 83).

Tre *rättsfrågor* behandlas här. (1) Stred avslaget mot artikel 9(1)? Nej; se föregående stycke. (2) Stred avslaget mot artikel 9(2)? Detta behövde inte utredas eftersom inget intrång förevarit. Domstolen gjorde likväl vissa uttalanden (para 84). Även om intrång hade förevarit skulle detta varit tillåtet under 9(2). Alla kraven enligt artikel 9(2) var uppfyllda. (a) Lag fanns. (b) Legitimt skäl fanns (folkhälsan). (c) Avslaget var inte «excessive or disproportionate». Det föreligger nämligen en «margin of appreciation left to the Contracting States (see the Manoussakis v Greece judgement of 29 September 1996 ...), particularly with regard to establishment of the delicate relations between the State and religions» (para 84). (3) Stred avslaget mot artikel 14, dvs utgjorde det diskriminering? Nej (paras 86–88). Varför? Domstolen uttalade sig först om förhållandet mellan artikel 14 och andra artiklar i Konventionen, till exempel artikel 9. Det skedde med formuleringar som lagts fast långt tidigare. Domstolen uttalade följande (para 86). Det är «established case-law» att «Article 14 only complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to that extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter.»⁴⁹ I Cha'are Shalom föll saken inom «ambit»

⁴⁹ För en utförlig diskussion rörande förhållandet mellan artikel 14 och «substantive provisions» i Konventionen se Van Dijk, P, & Van Hoof, G J H, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (3 upplagan, Kluwer 1998), s 710 ff. Det i texten citerade uttalandet är «a standard formula»; s 714.

(tillämpningsområde) för artikel 9. Något brott mot artikel 14 förelåg dock inte. Två skäl anfördes. Den skiljaktiga behandlingen var «limited in scope». Den var vidare acceptabel enligt artikel 9(2).

En *minoritet* (7 domare av sammanlagt 17) hade emellertid en avvikande mening. Beträffande artikel 9(1) ansåg minoriteten att ett intrång förelåg. Anledningen var att i en situation där det föreligger spänning inom en grupp, i synnerhet en religiös grupp, finns ett behov av att «respect pluralism». I en sådan situation framstår en majoritetsorganisation som «the least well-placed to assess the validity of minority claims and act as arbiter on the question» (para 1).

I frågan om det förelåg en kränkning av artikel 14 hade minoriteten också en avvikande mening. Skälet är att domstolen inte skall «where freedom of religion is concerned ... substitute its assessment of the scope of seriousness of an interference for that of the persons or groups concerned». Skälet härtill är i sin tur att «the essential object of Article 9 of the convention is to protect individuals' most private convictions» (para 2). Stater har visserligen en «margin of appreciation». Domstolen har emellertid i Manoussakis själv framhållit «that in delimiting the extent of the margin of appreciation concerned it had to have regard to what was at stake, namely the need to secure true religious pluralism, which is an inherent feature of the notion of a democratic society (see paragraph 44 of the Manoussakis judgement)» (para 2 in fine).

En första *kommentar* är att rituell slakt omfattas av artikel 9(1) («utöva sin religion genom ... och ritualer») (se para 73 och para 74). Rituell slakt har till syfte «to provide Jews with meat from animals slaughtered in accordance with religious prescriptions». Detta «is an essential aspect of practice of the Jewish religion» (para 73). Domstolen synes mena att själva mathållningen upphöjs till en skyddad rit enligt Europakonventionen. I para 80 säger Domstolen att «there would be interference ... only if the illegality of performing ritual slaughter made it impossible for ultra-orthodox Jews to eat meat from animals slaughtered in accordance with the religious prescriptions they considered applicable».

En andra kommentar är att tillståndet att utföra rituell slakt utgör en aktiv åtgärd för att främja religionsfrihet. Rituell slakt innebär «an exception to the principle that animals must be stunned before slaughter» (para 76). I sin tur innebär detta att tillåtelsen i Frankrike

av rituell judisk slakt «gave practical effect to a positive undertaking on the State's part intended to ensure effective respect for freedom of religion» (para 76). Minoriteten instämmer i detta. Tillståndet att utföra rituell slakt «gave practical effect to a positive commitment intended to permit the free exercise of that freedom» (para 1). Som framgår sägs inte uttryckligen att staten skulle ha en förpliktelse att vidta positiv (aktiv) åtgärd för att främja religionsfriheten. I ljuset av de citerade uttalandena i paras 76 och 80 ligger det dock nära till hands att uppfatta saken så att det finns en positiv förpliktelse. Domskälen synes dock en aning motsägelsefulla. Å ena sidan sägs att det skulle föreligga ett intrång om det vore omöjligt för ultra-ortodoxa judar att äta kött från djur slaktat på det speciella sättet (*glatt*) och å andra sidan uppfattas ett sådant tillstånd som en positiv åtgärd för att främja religionsfrihet!

*B/ Rättsfall från Europakommissionen rörande
Europakonventionen artikel 9*

B1/ X mot Danmark⁵⁰

Saken. En präst i danska statskyrkan krävde att föräldrar skulle bevista religionsundervisning fem gånger innan ett barn döptes. Kyrkliga organ förbjöd honom att kräva detta. När han vägrade blev han uppsagd. Han hävdade brott mot artikel 9. Kommissionen fann så inte vara fallet. Tre skäl anfördes. (1) En kyrka «is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching practice and observance, and it is free to act out and enforce uniformity in these matters». (2) Anställda i en statskyrka «are employed for the purpose of applying and teaching a specific religion. Their individual freedom of thought, conscience or religion is exercised at the moment they accept or refuse employment as clergymen». (3) Prästmän kan lämna «and their right to leave the church guarantees their freedom of religion in case they oppose its

⁵⁰ Kommissionen nr 7374/76, beslut 8 mars 1976, D.R. 5 s 157. Kommissionen har senare bekräftat detta beslut och talat om «its constant case law». Se Knudsen mot Norge, nr 11045/84, beslut 8 mars 1985, D.R. 42 s 247, och Karlsson mot Sverige, nr 12356/86, beslut 8 september 1988, D.R. 57 s 172 (kvinnoprästmotståndare i Svenska statskyrkan).

teachings». Detta leder fram till följande slutsats: «In other words, the church is not obliged to provide religious freedom to its servants and members, as is the State as such for everyone within its jurisdiction».

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

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

*B2/ X mot Storbritannien*⁵¹

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

I sitt *beslut* anförde Kommissionen att den «considers that the compulsory wearing of crash helmets is a necessary safety measure for motor cyclists». Av detta skäl var situationen den att «any interference that there may have been with the applicant's freedom of religion was justified for the protection of health in accordance with Article 9 (2)». Det förhållandet att tvånget upphävdes i senare lag ändrar inte på de «valid safety considerations on which the regulations are based».

Som *kommentar* finns anledning att särskilt fästa uppmärksamheten på att Kommissionen inte tar ställning till om förbudet mot att bära turban var ett intrång mot artikel 9(1). Kommissionen anger att oavsett hur härmed förhåller sig var ett förbud konventionsenligt med stöd av artikel 9(2). Detta kan framstå som uppseendeväckande med hänsyn till att sikherna torde uppfatta bärandet av turban som en nödvändig beståndsdel av sin religion.

⁵¹ Kommissionen nr 7992/77, beslut 17 juli 1978, D.R. 14 s 234.

*B3/ Arrowsmith mot Storbritannien*³²

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

Two *rättsfrågor* behandlas här. (1) Omfattas pacifism av artikel 9? Frågan besvaras jakande med hänvisning till det sätt på vilket pacifism definieras i målet. Definitionen i para 68 är lång men konventionell som definition av pacifism. Begreppet «freedom of thought and conscience» omfattar sådan pacifism. Begreppet «freedom of thought and conscience» omfattar sådan pacifism. (2) Vilken är omfattningen av begreppet «practice» i artikel 9(1) («sedvänjor» i den svenska språkversionen)? Begreppet omfattar inte «each act which is motivated or influenced by a religion or belief». Utdelning av flygblad med det aktuella innehållet kan visserligen ses som «a normal and recognised manifestation of pacifist belief». Emellertid uttrycker själva utdelandet som sådant inte den aktuella åsikten («the actions of individuals do not actually express the belief concerned»). I sådant fall kan åtgärderna inte «be considered to be as such protected by Article 9.1, even when they are motivated or influenced by it» (para 71).

Beslutet ger anledning till främst följande *kommentar*. En distinktion framkommer här för första gången i praxis rörande artikel 9 i Europakonventionen. Denna skyddar i och för sig den yttre utövningen av en religion till exempel genom handlingar eller åtbörder. En yttre gräns måste emellertid dras. Vilka handlingar och åtbörder utgör en del av religion som sådan och vilka faller utanför ehuru de är motiverade av en religion? Det rör sig om ett anknytnings- eller sambandsrekvisit. Denna distinktion återkommer senare i C mot Storbritannien (B5), Yanasik mot Turkiet (B6) och Karaduman mot Turkiet (B7). Kommissionen finner att utdelning av flygblad inte som handling kan sägas ha det erforderliga sambandet. I C mot Storbritannien (B5) anger Kommissionen att manifestationen måste vara «intimately linked» till religionen för att omfattas.

³² Kommissionen nr 7050/75, beslut 12 oktober 1978, D.R. 19 s 5. I senare praxis kan hänvisas till Van den Dungen mot Nederländerna, Kommissionen nr 22838/93, beslut 22 februari 1995, D.R. 80-A s 145 (en person förbjöds att dela ut flygblad utanför en abortklinik och visa bilder av aborterade foster). Kommissionen använder där flera gånger samma uttryckssätt som i Arrowsmith för att nå slutsatsen att ingen kränkning förelåg av artikel 9.

I ett *särvtotum* kommer domare Opsahl till en motsatt slutsats. Det erforderliga sambandet föreligger. Han anger att en gräns måste dras mellan «manifestation and motivation» (para 2). Skälet är följande. «[O]therwise one could claim protection under Article 9 for any act shown to be motivated by the belief» (para 2). Detta kan ej accepteras. Var skall gränsen dras? Detta är «not clear» (para 2). Opsahl menar att man inte, som majoriteten gjorde, kan utesluta alla handlingar som inte «*necessarily* manifest a belief, provided that they are clearly motivated by it». Han låter därför den utdelning av flygblad som skedde här omfattas av artikel 9(1) och finner sålunda att ett intrång skett.

*B4/ X mot Storbritannien*⁵³

Saken. En troende muslimsk lärare var anställd hos en offentlig skolmyndighet som var huvudman för ett stort antal skolor. X ville vara frånvarande från en skola varje fredag för att bevista bön i en moské. Enligt islam föreligger skyldighet för alla män att bevista fredagsbönen «if considerations of distance permit» (para 8, s 34). Läraren hade ett anställningsavtal utan särskilda villkor för frånvaro för bön. Vid tjänstgöring i vissa skolor hade X fått tillstånd av rektor att bevista bönen trots att detta medförde frånvaro under schemalagd tid under cirka 45 minuter. Vid vissa andra skolor hade sådant tillstånd inte givits men X hade tillstånd att be ensam i skolan. X hade erbjudits deltidstjänstgöring för att kunna bevista fredagsbönen men avböjt. X sade upp sig.

Flera *rättsfrågor* behandlas.

(1) Kan X:s egenuppsägning från heltidstjänsten ses som ett brott från samhällets sida mot artikel 9? Svar blir jakande. Uppsägning av statsanställd kan enligt rättspraxis strida mot Artikel 9 (se bland annat, X mot Danmark, B1 ovan). Denna praxis «applies also in case of alleged forced resignation, or variation of employment» (para 2, s 33).

(2) Innebär artikel 9 enbart skydd mot intrång eller ålägger den positiva förpliktelser att främja religionsutövning? Svaret är att positiva förpliktelser föreligger i någon mån. Resonemanget är ut-

⁵³ Kommissionen nr 8160/78, beslut 12 mars 1981, D.R. 22 s 27.

förligt. Kommissionen (para 3, s 33) anför att situationen är den att «the object of article 9 is essentially that of protecting the individual against unjustified interference by the State, but that there may also be positive obligations inherent in an effective 'respect' for the individual's freedom of religion (cf. *mutatis mutandis* the judgement of the European Court of Human Rights in the *Marekx* case, p 15, para 31)».

Kommissionen (para 13 ff, s 36 ff) anför vidare följande. Skolan var «in principle entitled to rely on its contract with the applicant. However, the question arises whether, under Article 9 of the Convention, [skolmyndigheten] had to give due consideration to his religious position.» Kommissionen noterar att X hade frihet att övergå från heltids- till deltidsarbete (vilket han vid ett senare tillfälle också gjorde). Kommissionen noterar att X anser att «his case could have been better solved by a re-arrangement of the school timetable» (para 16, s 36). Kommissionen menar (para 19, s 37) att den «is not called upon to substitute for the assessment by the national authorities of what might be the best policy in this respect» utan endast huruvida skolmyndigheten «in relying on the applicant's contract, arbitrarily disregarded his freedom of religion». Kommissionen noterar (para 21, s 37) att X var tillåten att vara frånvarande vid en skola «but that serious problems arose as a result of his unauthorised absence, for the same purpose, from the schools at which he was subsequently employed». Kommissionen finner avslutningsvis i detta avseende (para 22, 37 f) att skolmyndigheten inte «in their treatment of the applicant's case on the basis of his contract did not give due consideration to his freedom of religion».

(3) Har stater en valmöjlighet mellan att garantera religionsutövning antingen ensam eller tillsammans med andra eller skyddas bägge? Någon valmöjlighet föreligger inte. Konventionen omfattar bägge formerna. Kommissionen (para 5, s 34) anför följande: «Article 9(1) cannot be considered as mutually exclusive, or as leaving a choice to the authorities, but only recognising that religion may be practiced in either form. – The Commission concludes that the applicant may under Article 9(1) claim the right to manifest his religion 'in community with others'».

(4) Kan avtalsförpliktelser påverka religionsfriheten enligt artikel 9 eller kan X:s påstående (para 8 s 34) vara hållbart att «[A] mere

contractual obligation cannot excuse absence – a man cannot willingly put himself into a position where he cannot attend»? Svaret är att en avtalsförpliktelse kan påverka omfattningen av en arbetstagares religionsfrihet. Kommissionen anför (para 7, s 34) att «the question of the 'necessity' of a religious manifestation, as regards its time and place, will not normally arise under Article 9. Nevertheless, ... a person ... may, in the exercise of his freedom to manifest his religion, have to take into account his particular professional or contractual position.» Begränsningar i religionsfriheten kan följa av artikel 9(2)(para 11, s 35). «Moreover, it may, as regards the modality of a particular religious manifestation, be influenced by the situation claiming that freedom.» Två tidigare rättsfall diskuteras: (1) fängslad person (D.R. 1 s 41) och (2) präst i danska statskyrkan (B1 ovan). Vad beträffar X i detta fall hade han «accepted teaching obligations including duties on Fridays».

Avgörandet föranleder flera *kommentarer*.

(1) Positiva åtgärder. Det kan krävas att staten (eller – som här – dess organ) vidtar positiva åtgärder (punkterna 2 och 4 under Rättsfrågor). Detta diskuteras i paras 13–22. X hade inte upplyst motparten om sitt behov av ledighet för bön i förväg utan denna fick först i efterhand vetskap härom. Hade skolmyndigheten enligt artikel 9 skyldighet «to give due consideration to his religious position?» (para 13). Svaret är jakande. «The Commission accepts that the school authorities, in their treatment of the applicant's case on the basis of his contract with the ILEA, had to have regard not only to his religious position» utan även till hela utbidningssystemet (para 19). Kommissionen går igenom hur myndigheten handlagt X:s fall. På en skola fick X ledighet. På en annan skola uppstod «serious difficulties ... as a result of his unauthorised absence» (para 21). Sålunda förelåg en verksamhetsrelaterad situation utan samband med den religiösa faktorn. Kommissionen «does not find that [myndigheten] ... did not give due consideration to his freedom of religion» (para 22).

(2) Uppenbarligen är bevisande av fredagsbön omfattat av artikel 9(1). X har inte fått denna frihet. Har ett intrång skett under artikel 9(1)? Svaret är nekande. Skälet är att förvägrandet att delta i fredagsbönen inte berott på lärarens religion utan på verksamhetens behöriga bedrivande. Därför har ingen kränkning av artikel 9(1)

skett och någon prövning enligt artikel 9(2) behöver inte ske. Det rör sig *inte* om en avvägning av motstående intressen skyddade av artikel 9(1). Skolmyndigheten anför inget motstående intresse enligt artikel 9(1) utan en omständighet som saknar samband med artikel 9.

(3) Avtalsförpliktelser. En arbetstagarare kan inte befria sig från frivilligt ingångna avtalsförpliktelser med hänvisning till religiösa krav, i vart fall inte när – som här – arbetstagararen inte vid avtalstillfället upplyst motparten om de religiösa kraven. Arbetstagararen kan sägas utöva sin religionsfrihet vid ingående av avtalet. Kommissionen hänvisar till bland annat beslutet rörande den danske prästen (para 11 s 35; se B1 ovan).

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

(5) Egenuppsägning. Kommissionen fann att även egenuppsägning kan uppfattas som ett intrång enligt artikel 9. Här må hänvisas till fast praxis i Arbetsdomstolen att egenuppsägning i vissa fall kan betraktas som en form av uppsägning från arbetsgivarens sida.

*B5/ C mot Storbritannien*⁵⁴

Saken. En kväkare begär utfästelse av staten att den del av hans skatt som kan komma att användas för militära ändamål skall överföras till «different, peaceful means». En sådan annorlunda användning är «a necessary part of the manifestation of his Quaker belief in practice and observance ... This step is not merely consistent with Quaker beliefs, but necessary to their manifestation» (para 1, s 147).

Kommissionen anger (para 1) att artikel 9 främst skyddar «personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as the acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form.» Detta ger emellertid inte rätt att «behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief: – for instance by refusing to pay certain taxes» därför att dessa delvis går till militärutgifter. Varför? Kommissionen svarar genom att hänvisa till Arrowsmith (B3 ovan) där det sägs att «the term 'practice' as

⁵⁴ Kommissionen nr 10358/83, beslut 15 december 1983, D.R. 37 s 142.

employed in Art. 9(1) does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or a belief». Skattebetalning är i sig samvetsneutral, är generell och är erkänd av Konventionen (artikel 1, Första protokollet). Slutsatsen blir att inget intrång enligt artikel 9 skett.

Den *rättsfråga* som främst är av intresse är omfattningen av begreppet «practice» i artikel 9. Två *kommentarer* påkallas för den fortsatta behandlingen. (1) Utövandet av religion skyddas när den sker «in a generally recognised form» (se även B3 ovan). (2) Kommissionen anger sambandsrekvisitet mellan religion och manifestation så att de måste vara «intimately linked». Utgången utvecklar sålunda det mönster som lades fast i Arrowsmith (B3 ovan).

B6/ Yanasik mot Turkiet⁵⁵

Saken. En militär kadett tillhör en fundamentalistisk muslimsk rörelse. Han vill vara aktivt med i denna. Detta tog sig uttryck bland annat i «visiting the premises of fundamentalist organisations, reading Muslim fundamentalist publications and participating in ideological meetings» och tillfogande av «damage to college property (he used to place his blanket on the ground to say his prayers and had damaged a telephone cabin)». Han fick disciplinstraff och blev sedermera regulerad från kadettskolan. Detta beslut överklagades utan framgång. Vid Kommissionen hävdade regeringen att beslutet baserades på disciplinförseelserna. Vidare hävdade regeringen att «practice of one's religion is not an act of indiscipline» men att Yanasik (s 25) «was able to observe his religious practices freely». Regeringen hävdade vidare att «the obligation to respect the principle of secularity» måste anses vara i överensstämmelse med artikel 9(2). Regeringen anförde att «the principle of secularity is one of the fundamental principles of the Turkish army».

Två *rättsfrågor* behandlas här, nämligen (1) huruvida artikel 9(1) omfattar enbart personliga åsikter eller även uttryck för dessa samt (2) innebörden av begreppet «practice» (*sedvänjor*, i den svenska språkdräkten).

I det första hänseendet uttalar Kommissionen följande: «The provision primarily protects the sphere of private, personal beliefs,

⁵⁵ Kommissionen nr 14524/89, beslut 6 januari 1993, D.R. 74 s 14.

and not every act in the public sphere which is dictated by such convictions» (s 14, Article 9:a. Se även s 26 med hänvisning till praxis, nämligen fallen B3 och B4 ovan).

Vad gäller innebörden av ordet «sedvänjor» («practice») i artikel 9 uttalar Kommissionen följande: «An act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by that belief, is not a 'practice' protected by this provision» (s 14, Article 9:b; se även s 26).

Kommissionen (s 26 f) «takes the view that by enrolling at a military academy an officer cadet submits of his own accord to military rules ... These regulations may make cadets' freedom to practice their religion subject to limitations as to time and place, without however negating it entirely, in order to ensure that the army functions properly». Det är inte bestritt att kadetterna «can perform their religious duties within the limits imposed by the requirements of military life. In fact, outside working hours» föreligger stor frihet. Kommissionen hänvisar till sin egen praxis (B4 ovan). Kommissionen anför att «military discipline implies, by its very nature, the possibility of placing certain limitations» som inte gäller för civila. Dessa (s 27) «may include a duty ... to refrain from participating in the Muslim fundamentalist movement, whose aim and program is to ensure the pre-eminence of religious rules». Detta innebär att träningen vid akademien med åtföljande restriktioner inte «constitute an interference ... given that the applicant freely chose to pursue his military career within that system». Militärmyndigheterna har baserat sitt beslut på disciplinförseelser och på åsikten att Yanasik «did not have the makings of an army officer». Därför var Yanasiks möjligheter att bli officer ifrågasatta «and his activities and opinions were taken into consideration in order to determine whether he had the qualities needed to become an officer». Slutsatsen blev sålunda att intrång enligt artikel 9 inte ansågs föreligga.

Den främsta *kommentaren* här är att fallet i principerna starkt liknar fallen B4 och B5 ovan. Delvis identiska formuleringar förekommer. Kommissionen fäster stor vikt vid (a) att kadetten frivilligt har enrollerat sig i militärakademien och (b) syftet med reglerna, nämligen att skydda arméns sekulära natur. Omständigheterna i den föreliggande situationen tillmäts mycket stor betydelse för bedömningen.

*B7/ Karaduman mot Turkiet*⁶

Saken. En kvinnlig student vid ett sekulärt statligt universitet ansökte om att få ett examensbevis. För att erhålla ett sådant fordrades ett foto. Universitetet hade interna regler som förbjöd studenter att bära «a Muslim headscarf». Studenten lämnade in ett foto med skarf. Hon förvägrades examensbevis men erbjöds bevis om hon presenterade ett foto utan skarf. Universitetets bestämmelser angav att studenter hade att «wear clean, simple and smartly ironed clothing, to wear nothing on their heads and to have tidily cut hair». Det påstods inte att Karadumans sätt att bära huvudduk avvek från normal användning av huvudduk bland muslimska kvinnor eller skedde på något i sig uppseendeväckande sätt.

Studenten förde utan framgång talan mot beslutet. Constitutional Court förklarade 1989 (s 104) «unconstitutional a legal provision authorising the wearing of headscarves in higher education establishments on the ground that the provision in question was contrary to the principle of secularity enunciated in the Constitution».

Fyra *rättsfrågor* behandlas här. (1) Vad skyddas av artikel 9, personliga åsikter eller dessa jämte «every act in the public sphere which is dictated by such convictions»? (2) Vilken är innebörden av ordet «sedvänjor» («practice») i artikel 9? (3) Omfattas «an act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by it»? (4) Stred universitetets regler om studenters kläder, innefattande förbud mot att bära «a Muslim headscarf», mot artikel 9?

Vad beträffar de tre första frågorna anför Kommissionen i ett sammanhang följande: Artikel 9 «primarily protects the sphere of private, personal beliefs, and not every act in the public sphere which is dictated by such convictions» (s 93). Kommissionen (s 108 överst) anför vidare att praxis i Kommissionen visar att artikel 9 «does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief. In particular, the term 'practice' ... does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief» (varvid Kommissionen hänvisar till tidigare praxis, nämligen B3 och B5 ovan).

⁶ Kommissionen nr 16278/90, beslut 3 maj 1993, D.R. 74 s 93.

Beträffande fråga (4) anför Kommissionen (s 108) att universitetets regler är del av regler «with the aim of preserving the 'republican', and hence 'secular', nature of the university, as the Turkish courts which gave judgement in this case held. – The Commission takes the view that by choosing to pursue her higher education in a secular university a student submits to these university rules, which may make the freedom of students to manifest their religion subject to restrictions as to place and manner intended to ensure harmonious coexistence between students of different beliefs.» Att bära skarf (s 108) «may constitute pressure on students who do not practise that religion or who adhere to another religion». Sekuläruniversitetets regler kan «ensure that certain fundamentalist religious movements do not disturb public order ... or impinge on the beliefs of others». Kommissionen (s 108) «also takes into consideration» att den konstitutionella domstolen ansåg att «the act of wearing a Muslim headscarf in Turkish universities may constitute a challenge towards those who do not wear one». Kommissionen hänvisar till sin praxis (den muslimske läraren, B3 ovan, och målet rörande motorcykelhjälm, B2 ovan). Kommissionen anser att «a student in a secular university is implicitly subject, by nature of things, to certain rules of conduct laid down in order to ensure respect for the rights and freedoms of others». Sekuläruniversitetet kan också (s 108 in fine) «require that degree certificates issued to students do not reflect in any way the identity of a movement owing allegiance to a particular religion in which these students may take part».

Kommissionen noterar att ett examensbevis är avsett att (s 109) «certify a student's capacities for employment purposes; it is not intended for the general public». Syftet är att identifiera personen och det «cannot be used by that person to manifest his religious beliefs». Kommissionen noterar också att turkiska instanser funnit att universitetets regler rörande klädsel rättsenliga. Vidare noterar Kommissionen att universitetets beslut inte är slutgiltigt utan att ett bevis kommer att utfärdas om den sökande väljer att «produce an identity photograph which complies with the regulations».

Slutsatsen (s 109) blir att klädkravet och vägran att utge ett examensbevis enligt Karadumans önskemål «does not, as such, constitute an interference with freedom of religion and conscience» enligt artikel 9(1).

Avgörandet ger upphov till flera *kommentarer*.

(1) Kommissionen fäster stor vikt vid (a) att studenten frivilligt har skrivit in sig vid ett universitet, (b) effekten på andra studenter av att vissa tillåts bära religiösa symboler/kläder samt (c) syftet med reglerna, nämligen att skydda universitetets «'republican', ... hence 'secular', nature».

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

(3) Kommissionen tar inte uttryckligen ställning till om bärandet av en skarf uppfyller det sambandsrekvisit som först uppställdes i *Arrowsmith* (B3). *Karaduman* hävdade att bärandet av skarf var nödvändigt eftersom det är «incompatible with the manifestation of her religious beliefs» att visa sig «bare-headed» (s 194, se även s 107). Trots att Kommissionen inte tog ställning till om det erforderliga sambandet förelåg skedde en noggrann avvägning mellan motstående intressen, *Karadumans*, universitetets och övriga studenters. Detta aktualiserade den negativa religionsfriheten. Avvägningen hade varit obehövlig om huvudduken inte ansetts omfattad av artikel 9(1) eftersom den då inte gav andra utrymme att åberopa sin frihet enligt artikel 9(1).

(4) Negativ religionsfrihet. *Karadumans* krav att bära huvudduk tillbakavisades av Kommissionen med hänvisning till två motstående intressen, universitetets och övriga studenters. Universitetet var sekulärt och ville upprätthålla sin sekulära karaktär. Kommissionen hänvisar vidare till den påtryckningseffekt huvudduken kan ha «on students who do not practice that religion or those who adhere to another religion» (s 108). Kommissionen använder dessa intressen som argument för att inte godta *Karadumans* krav. En avvägning sker mellan motstående intressen som alla åberopar sig religionsfriheten enligt artikel 9(1), i *Karadumans* fall den positiva (rätt att bära huvudduk) och beträffande övriga studenter (och universitetet) främst den negativa (rätt att slippa den religiösa manifestation som bärandet av huvudduk utgör).

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

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

Kommissionens ståndpunkt kan synas vanskelig i två avseende.

För det första finns det inget stöd i artikel 9(1) för att göra en avvägning mellan positiv och negativ religionsfrihet. Avvägningar skall enligt artikelns lydelse ske enligt artikel 9(2). Här krävs bland annat lagstöd för att en begränsning av rätten att utöva sin religion skall få ske. I praxis kan hänvisas till exempelvis Kokkinakis (A1). I Karaduman fanns inget lagstöd. För att nå resultatet att upprätthålla universitetets förbud mot bärande av huvudduk på ett officiellt universitetsbevis fordrades att detta förbud inte skulle uppfattas som ett intrång enligt artikel 9(1).

Kommissionens beslut kan uppfattas som ett sätt att kringgå kravet på lagstöd. Kringgåendet var möjligt därför att Kommissionen inte tog ställning till om huvudduken var en religiös manifestation som omfattas av artikel 9(1).

Alternativt kan man se saken så att den frivilliga anslutningen till universitetet med dess regler, innebär ett avstående från att få gehör för ett påstående om religionsfrihetsintrång när inget annat åberopas som stöd för att ett intrång skulle föreligga än att reglerna följts. Detta framstår dock inte som övertygande. Förbudets karaktär av intrång påverkas inte av att det accepterats i det enskilda fallet.

Ytterligare ett alternativ är att uppfatta saken så att när motstridiga positiva och negativa religionsfrihetsintressen står på spel kan det negativa intresset neutralisera det positiva så att resultatet blir att det ena intresset tar ut det andra. Vad huvudmannan – här ett universitet – gjorde var att säkerställa den balans mellan motstridiga intressen som artikel 9(1) skyddar, nämligen i lika hög grad negativ som positiv religionsfrihet. Rent definitionsmässigt kan ett säkerställande av intressena i artikel 9(1) inte tillika innefatta ett intrång i dessa intressen. Ett resonemang av detta slag kan sägas få utgången att framstå som juridiskt och intellektuellt godtagbar.

Resonemanget kan, för det andra, synas vanskelig även därför att proselytism omfattas av artikel 9 (Kokkinakis, A1, och Larissis, A3). Det kan synas svårt att förena Kommissionens uttalande med dessa

avgöranden. Här är det dock lättare att förstå Kommissionen. De som blir föremål för proselytism kan alltid undandra sig denna. I till exempel Kokkinadis (A1) hade den som utförde den religiösa påverkan ringt på en husdörr, blivit insläppt och inte uppmanats att lämna. Karaduman skiljer sig från de tidigare avgörandena. Lärare, studenter och andra vid universitetet kan inte på samma sätt undandra sig påverkan. De finns i samma klassrum, på samma universitetsområde m.m. som Karaduman.

Kommissionens sätt att argumentera framstår inte som lyckat. Argument staplas på argument utan att det klargörs i vilket förhållande dessa står till varandra eller hur de skall rangordnas.

Det är vidare ganska uppenbart att förbudet för Karaduman att bära en huvudduk sett isolerat innebär en kränkning av friheten att manifesteras sin religion. Kommissionen gör inte ens gällande att det erforderliga sambandet mellan religion och manifestation (se B3 och B5 ovan) inte skulle föreligga. Underlåtenheten att påpeka detta gör att resonemanget i skälen blir ihåligt.

Å andra sidan är det klart att både skälen och utgången står i överensstämmelse med tidigare praxis. Det kan därför knappast råda någon tvekan om att avgörande har full prejudicerande kraft.

C/ Rättsfall från EG-domstolen

CI/ Vivien Prais mot Europeiska gemenskapernas råd³⁷

Saken. Vivien Prais (VP) anmälde sig till ett skriftligt uttagningsprov för att bli antagen som juristlingvist. I ett brev den 25 april 1975 ansökte VP att få delta i uttagningsprovet en annan dag än den som fastställdes, dvs den 16 maj 1975. Provet skulle äga rum samtidigt i Bryssel och London. VP anförde som skäl att hon hade judisk religion. Fredagen den 16 maj 1975 var första dagen i den judiska högtiden Shavout (pingst). Under den dagen är det förbjudet att resa och att skriva. VP kunde därför inte delta i provet denna dag. Den 5 maj 1975 svarade Rådet och meddelade att det inte var möjligt att ändra datum för provet eftersom «det var av väsentlig betydelse att alla kandidater bedömdes på grundval av prov som genomförts

³⁷ Mål 130/75, REG 1976 s 1589.

samma dag» (para 3). Ostridigt krävde gällande tjänsteföreskrifter att tjänstemän skall väljas utan hänsyn till ras, religion eller kön. Ostridigt var också att «religionsfriheten, såsom den är inskriven i Europakonventionen, är en av de grundläggande rättigheter som erkänns av gemenskapsrätten» (para 10). Med hänvisning till tjänsteföreskrifterna och Europakonventionen hävdade VP att Rådet «måste fastställa dagen för uttagningsprov på så sätt att alla kandidater kan delta i proven enligt villkor som inte strider mot deras religiösa övertygelse» (para 9). Rådet anförde häremot att det saknade administrativ kapacitet och kunskap att tillse att det inte skulle inträffa att provet förlades till dag som var oförenlig med religiösa krav i någon av alla de religioner som fanns inom gemenskapen. Samtidigt krävde likhetsprincipen att provet ägde rum samtidigt för alla kandidater.

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

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

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

Avgörandet är svårt att *kommentera*. De i domskälen gjorda uttalandena är mycket kategoriska. De innebär att religiös övertygelse (1) erkänns som rättsgrundsats i EG-rätten, i vart fall i EG:s interna tjänstemannarätt, och (2) ges ett mycket påtagligt stöd i den meningen att den religiösa övertygelsen skall beaktas och föranleda att «rimliga åtgärder» vidtas att tillgodose den. Detta innebär en

tämligen långtgående förpliktelse att vidta positiv särbehandling/aktiva åtgärder.⁵⁸

Emellertid avser EG-domstolens uttalanden den i målet föreliggande situationen, dvs en tjänst vid Rådet. Parterna var ense om att «Europakonventionen är en av de grundläggande rättigheter som erkänns av gemenskapsrätten» (para 10). EG-domstolen behövde därför inte göra några egna uttalanden rörande allmänna EG-rättsliga rättsgrundsatser eller Europakonventionens betydelse i sammanhanget för EG-rätten utan kunde nöja sig med att konstatera det som parterna i målet var ense om. Detta innebär att det kan framstå som vanskligt att dra generella slutsatser av detta avgörande såvitt avser skyldigheten för arbetsgivare att vidta aktiva åtgärder/positiv särbehandling. Om avgörandet tolkas snävt kan det för övrigt uppfattas som begränsat till personer hörande till EG:s tjänstemannakår.

Kommissionen har emellertid tolkat avgörandet som uttryck för en generell princip om skydd mot diskriminering. I förslaget till direktiv om inrättande av allmänna ramar för likabehandling i arbetslivet⁵⁹ säger Kommissionen följande: «EG-domstolen har också slagit fast att rätten att inte bli diskriminerad på grund av religion är en grundläggande rättighet som skall skyddas i gemenskapsrätten.» Uttalandet innehåller dock inget ställningstagande till aktiva åtgärder/positiv särbehandling.

D/ Svensk rättspraxis

Det finns i svensk praxis egentligen endast ett enda fall där religionsfrihetsfrågan diskuterats. Det är det «turbanmål» som 1986 avdömdes i Stockholms tingsrätt (D2). Ett nära nog identiskt mål har avgjorts av Arbetsdomstolen. Det bör därför också behandlas.

I övrigt består svensk praxis av några, högst få, avgöranden av Högsta domstolen rörande olaga diskriminering enligt 16:9 Brottsbalken. Inget mål har religiös bakgrund. Fallen belyser dels hur

⁵⁸ Det skall noteras att terminologin i rättsfallen rörande Europakonventionen respektive uttagningsprovet inte gör någon klar åtskillnad mellan aktiva åtgärder och positiv särbehandling. Detsamma är fallet i ramdirektivet 2000/78/EG om likabehandling, artikel 7. Termerna positiv särbehandling och särskilda åtgärder används där i princip synonymt.

⁵⁹ KOM(1999)565 slutlig.

diskrimineringsregeln är uppbyggd rättstekniskt dels hur omfattande skydd 16:9 Brottsbalken ger i praktiken. Inget av fallen diskuterar varifrån skyddet hämtar sitt innehåll eller hur långtgående skyddet är. Inget av fallen innehåller hänvisning till de materiellt innehållsbärande reglerna i RF eller Europakonventionen.

D1/ Arbetsdomstolen 1986:11, «turbanmålet»

Saken. Arbetstagaren Inderjit Singh Parmar (P) vid Göteborgs spårvägar vägrade att bära föreskriven uniformsmössa vid tjänstgöring som spårvagnsförare och krävde i stället att få bära turban. Sedvanan att bära turban är en viktig del av sikhernas religion. P förvägrades detta. P beordrades att tjänstgöra vid den tekniska avdelningen. P vägrade. Förhandlingar hölls med P och fackföreningen. P fortsatte att kräva att få bära turban som spårvagnsförare och vägrade att inställa sig till beordrad tjänstgöring. Göteborgs spårvägar vidhöll sitt beslut men meddelade P att han omedelbart skulle kunna arbeta som spårvagnsförare om han bar föreskriven uniformsmössa. P sades upp på grund av arbetsvägran. Fackföreningen var ense med arbetsgivaren att P enligt kollektivavtalet var tjänstgöringsskyldig vid tekniska avdelningen. Fackföreningen företrädde inte P vid AD.

De *rättsfrågor* som AD tog upp var klassiska arbetsrättsfrågor. Den första frågan (1) var om AD är bunden av kollektivavtalsparternas enstämiga uppfattning om kollektivavtalets innebörd. AD besvarade frågan jakande. Den andra frågan var (2) huruvida P var arbetsskyldig på den tekniska avdelningen. AD fann att arbetsgivaren var i god tro beträffande sin uppfattning om omfattningen av P:s avtalsenliga arbetsskyldighet. Därmed var frågan besvarad på jakande sätt.

En första *kommentarer* är att Arbetsdomstolen avgjorde målet med stöd av klassisk arbetsrätt. Kollektivavtalsparterna bestämmer om det egna avtalets innebörd. Arbetsgivare har arbetsledningsrätt. Arbetstagare har lydnessplikt. Arbetstagare är skyldiga att lyda order från arbetsgivaren under förutsättning att arbetsgivaren var i god tro rörande orderns rättsenlighet och denna inte är stridande mot lag eller goda seder. P var därför skyldig utföra anvisat arbete. Hans ordervägran utgjorde saklig grund enligt 7 § LAS för uppsägningen. Detta sätt att resonera innebar att Arbetsdomstolen kunde

avgöra målet utan att ens omnämna den religiösa frågan. Avgörandet framstår emellertid av just detta skäl som fullständigt verklighetsfrämmande. Det blir ett praktexempel på uppdelningen mellan «den verkliga verkligheten» och «den juridiska verkligheten». För en person som P, som sannolikt saknade kunskap om svensk arbetsrätt, kan utgången med fog uppfattas som ett hån, en förolämpning, rentav medveten religiös förföljelse.

En andra kommentar är att domen *prima facie* saknar intresse för den religionsfrihetsrättsliga frågan. Skälet är att denna över huvud inte berörs. Vid närmare eftertanke förändras bilden. Den «verkliga verkligheten» i målet avser religionsutövning. Målet är det veterligen första religionsfrihetsrättsliga som avgjorts av AD. Det är av synnerligt intresse att diskutera hur det skulle dömas idag. Detta sker i avsnitt 9.3.

D2/ Stockholms tingsrätt 1987, «turbanmålet»⁶⁰

Saken. Bhag Singh (S) arbetade som spärrvakt vid Stockholms tunnelbana. Sedvanan att bära turban är en viktig del av sikhernas religion. S började använda turban. Arbetsgivaren förbjöd detta. Lokal ordningsstadga ålägger spärrexpeditör att bära av bolaget föreskriven tjänstedräkt. Bolaget har tusentals anställda och menar att alla arbetstagare måste behandlas lika beträffande tjänstedräkt. Något tvång att bära viss huvudbonad – tex uniformsmössa – fanns inte. Tjänstedräkten bestod som ett minimum av skjorta eller jacka med emblem. S hade erbjudit sig att bära turban i bolagets blåa färg och med bolagets emblem. S vägrade arbeta utan turban. Han flyttades till arbete där tjänstedräkt inte krävdes. Kollektivavtalsparterna var ense att arbetstagaren kunde omplaceras på det sätt som skett.

Tingsrätten. Kollektivavtalsparternas uppfattning om kollektivavtalets innebörd är i och för sig bindande. Emellertid måste alla kollektivavtal anses bygga på att part skall «åtminstone i vissa fall, underlåta handlande som strider mot lag eller eljest mot goda seder på arbetsmarknaden». Kollektivavtalsförenlighet kan komma i konflikt med andra betydelsefulla intressen, här religionsfriheten enligt

⁶⁰ DT 536/87, T 3-107-86, den 11 juni 1987.

2:1 Regeringsformen. «Denna grundläggande rätt ... skall beaktas även på arbetsmarknaden». En avvägning mellan kolliderande normer fordras. Denna kan i och för sig leda till att hänsyn till «hälsa och säkerhet» väger tyngre än «respekten för individens integritet». Här står det religiösa intresset mot det av arbetsgivaren uppgivna intresset att «allmänheten snabbt och på ett enkelt sätt skall kunna urskilja vem som har de befogenheter och rättigheter vilka tillkommer trafikföretagets personal». S erbjöd sig att bära turban i bolagets färg och med dess emblem. Tingsrätten anför: «[R]isken är liten för misstag i fråga om spärrexpeditörs ställning, därest denne är klädd på detta sätt. Tingsrätten anser att det svenska samhället har råd att visa den vidsynthet som är förbunden med denna begränsade risk.» Detta leder fram till slutsatsen att «[K]ollektivavtalet bör därför ges den tolkningen att» S inte får omplaceras på beslutat sätt.

En första *kommentar* till tingsrättens dom är att tingsrätten resonerar enligt klassiska arbetsrättsliga mönster när den inlägger ett krav på «god sed» i kollektivavtal. «God sed» är ett överordnat krav som enligt klassiska regler i princip kan slå ut en regel i ett kollektivavtal. Detta är dock ovanligt eftersom i normalfallet begreppet «god sed» hämtar sitt innehåll bland annat från just kollektivavtal. Dessa förväntas innehålla riktlinjer för vad som är «god sed», inte regler som strider mot «god sed»!

En andra *kommentar* är att det är lätt att känna sympati för tingsrättens dom, rentav en viss beundran. Tingsrätten placerar den religiösa frågan i centrum. Den intresseavvägning som tingsrätten gör är exemplarisk utifrån ett religionsfrihetsrättsligt perspektiv. Domen ligger väl i linje med praxis rörande Europakonventionen, särskilt målet med den muslimske läraren (B4). Arbetsgivaren hade där tagit hänsyn till arbetstagarens religionsutövning. När så varit möjligt hade arbetsgivaren gått arbetstagaren till mötes. När «serious problems» uppstod kunde så emellertid inte ske. Stockholms tunnelbana har inte ens hävdad att sådana problem skulle uppstå om S tilläts bära turban. Det kan förefalla uppenbart att tingsrättens dom har framtiden för sig. Detta diskuteras i avsnitten 9.3 och 12.

9 Religionsfriheten i praxis – principer och omfattning

9.1 Europakonventionen

Den positiva religionsfriheten enligt Europakonventionen artikel 9 har en inre kärna och ett yttre skal. Gång på gång har uttalats att det som Konventionen skyddar är «primarily a matter of individual conscience» (Kokkinakis, A1). «The provision primarily protects the sphere of private, personal beliefs» (Yanasik, B5). Detta är den inre kärnan. Inget avgörande tyder på att begränsningar skulle vara tillåtna här. Religionsfriheten är här absolut (liksom tanke- och samvetsfriheten).

Redan av ordalydelsen av artikel 9(1) framgår emellertid att mer än så skyddas. Friheten «also implies, inter alia, freedom to ‘manifest (one’s) religion’. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions» (Kokkinakis, A1). Här uppställs dock ett sambands- eller anknytningsrekvisit. Skydd föreligger inte för «every act in the public sphere which is dictated by such convictions» (Yanasik, B6). I C mot Storbritannien (B5) anger Kommissionen att det fordras att religion och manifestation är «intimately linked». Europadomstolen har ännu inte tagit uttrycklig ställning till detta sambandsrekvisit men har, som framgått, använt det utan kommentar i tre avgöranden.

När föreligger en sådan «intimate link»? Kommissionen har tagit uttrycklig ställning till detta i några fall men lämnat frågan obesvarad i andra. Några riktlinjer för bedömningen kan inte sägas ha angetts. Tre avgöranden från Europadomstolen bygger på att det erforderliga sambandet föreligger ehuru inget av dem uttryckligen diskuterar sambandsrekvisitet. Dessa tre mål är proselytism vid två tillfällen (Kokkinakis, A1, Larissis, A3) och den judiskt rituella slakten (Cha’are, A5). I målet som rörande muslimska mäns beivrande av fredagsbön (B4) lämnar Kommissionen frågan om det erforderliga sambandet finns öppen. Den muslimske läraren fick inte den eftersökta – och av honom som nödvändig betraktade – ledigheten «even if such religious obligation were assumed» (para 10, s 35). I fråga om bärandet av turban lämnade Kommissionen också uttryckligen öppet om det erforderliga sambandet fanns (B2). Kommissionen uttalade sig inte heller om muslimska kvinnors bärande av huvudduk (B7). Utdelande av flygblad uppfyller däremot inte det erforderliga

sambandet (B3) liksom inte heller önskemål att inbetalad skatt inte skall användas för ändamål som strider mot den egna övertygelsen (B5).

Det kan framstå som förvånande att närmare principer för sambandsbedömningen inte uppställts. Religionsfriheten är ett överordnat intresse. Det kunde då synas naturligt att praxis sökte ange riktlinjer och principer. Så har dock inte skett. Man kan ställa frågan varför så inte skett. Svaret är möjligen att Kommissionen menat att sambandskravet inte är absolut utan avhängigt av den föreliggande situationen. I sådant fall är det tydligen svårt att ge några närmare anvisningar om sambandskravet.

Praxis har starkt kasuistisk prägel. Det förekommer att Europadomstolen eller Kommissionen särskilt påpekar detta. Som exempel kan pekas på Kokkinakis (A1), där Europadomstolen uttalade följande (para 35): «The Court will confine its attention as far as possible to the issue raised by the specific case before it.» Praxis är vidare i mycket hög grad präglad av de faktiska omständigheterna i de behandlade fallen. Domstolen och Kommissionen har till stor del låtit dessa styra resonemang och slutlig bedömning. Ett visst antal principer låter sig dock urskilja.

En princip är sålunda att omständigheterna i det enskilda fallet tillmäts synnerligen stor betydelse. Detta gäller oavsett om det föreligger en tidigare relation mellan den enskilda och motsidan (nästa stycke) eller inte (A1, A5, B2, B3 och B5).

En andra princip är att den enskildes frivilliga anslutning till en viss ordning har största betydelse. Anslutningen kan ha olika former. I praxis har tre former behandlats, ett anställningsavtal (A2, A3, B1 och B4), en studeranderelation (B7) och en militär tjänsterelation (B6). I fallet X mot Storbritannien (B4) ställdes saken på sin spets. Den enskilde, en muslimsk lärare, hävdade att det över huvud taget inte var möjligt att avtala bort något som för honom var så grundläggande som bevisandet av fredagsbönen i moskén. Kommissionen bemötte inte uttryckligen detta. Genom att inte tillåta läraren den eftersökta ledigheten tog Kommissionen emellertid indirekt ställning. Den religiösa förpliktelsen – «if such religious obligation were assumed» (para 10, s 35) – fick vika för det frivilligt ingångna avtalet.

En tredje princip är att endast vissa uttrycksformer för religiös (eller annan av artikel 9 omfattad) åsikt skyddas. Religionsutövning-

gen skall ha «a generally recognised form» (B5, begäran om viss skattemedelsanvändning). I ett annat beslut uttrycktes detta så att religionsutövningen skall utgöra «a normal and recognised manifestation» (B3, utdelande av flygblad). När så inte är fallet skyddas inte utövningen (B3 och B5). Denna tredje princip kan dock även uppfattas som en aspekt på sambandsfrågan.

En fjärde princip är att det föreligger en skyldighet för staten (och dess organ eller inrättningar) att genom någon form av aktiv (eller positiv) åtgärd beakta en persons religiösa situation. Det är påfallande hur noggrant statens handlande granskas ur just detta perspektiv. När det kan konstateras att de föreliggande omständigheterna tillmäts synnerligen stor – ofta avgörande – betydelse är en viktig del av dessa omständigheter just hur staten sökt tillgodose den religiösa situationen. I den meningen finns det en skyldighet att vidta aktiva åtgärder. En annan sak är hur långt denna skyldighet sträcker sig. I fallet med den muslimske läraren (B4) ställdes saken på sin spets. Skolmyndigheten hade där vid vissa tillfällen kunnat tillmötesgå lärarens önskemål om frånvaro från skolan för deltagande i fredagsbönen trots att denna frånvaro ägde rum under schemalagd undervisningstid. På den skola där tvisten uppstod hade ledighet inte beviljats. Skolledningen där hade försökt hitta en lösning som medgav frånvaro. Det visade sig emellertid att frånvaro innebar «serious problems». Den positiva förpliktelsen fick vika för dessa. I fallet med rituellt judisk slakt (A5) noterade Domstolen att staten hade vidtagit aktiva åtgärder för att tillmötesgå de ortodoxa judarnas önskemål.

Skyldigheten att vidta positiva åtgärder synes vara situationsbetingad. Det avgörande kriteriet om det uppkommer «serious problems» måste uppenbarligen bedömas från situation till situation. Omfattningen av skyldigheten blir därför avhängig av bland annat om motstående intressen finns. Ju mindre motstående intressen som finns desto större hänsyn skall tas till den enskildes religiösa intressen. Särskilt den negativa religionsfriheten sätter dock mycket snabbt gränser; se nedan.

Artikel 9(2) innehåller en uttrycklig undantags- och avvägningsregel. Någon motsvarighet finns inte i artikel 9(1). Inte desto mindre har i praxis skett en avvägning redan enligt 9(1). I vart fall i ett mål framkommer detta tydligt, nämligen målet med huvudduken (Karduman, B7). Visserligen undviker Kommissionen att ta ställning om

denna religiösa manifestation uppfyller det erforderliga sambandskravet för att omfattas av artikel 9(1). Emellertid måste så ansetts vara fallet. Målet hade eljest kunnat avgöras på samma sätt som målen där det uttryckligen inte ansågs föreligga ett samband (B3 och B5). För övrigt bestred motparten inte att strikt fasthållande vid islam kräver huvudduk av kvinnor. Inte desto mindre befanns att det inte förelåg ett intrång enligt artikel 9(1). Den slutsatsen nåddes efter ett omfattande resonemang rörande omständigheterna i de föreliggande situationerna. Dessa omständigheter visade att universitetet motiverats av religiösa hänsyn. Studenten förvägrades att bära huvudduk av just det skälet att detta bärande utgjorde en religiös manifestation. Universitetet anförde emellertid motstående intressen av religionsfrihetsrättslig art, nämligen dels att universitetet var sekulärt (negativ religionsfrihet) dels att andra studenter inte skulle påverkas (negativ religionsfrihet). Artikel 9(1) skyddar både positiv och negativ religionsfrihet. Om en konflikt uppkommer mellan dessa måste en avvägning ske. Avvägningar skall enligt lydelsen av artikel 9 ske med stöd av moment (2). I Karaduman sker den emellertid med stöd av moment (1). I Karaduman måste det anses att ett intrång skett på Karadumans positiva religionsfrihet sedd isolerad. Religionsfriheten skall dock inte ses isolerad. Hänsyn skall tas till att det sker intrång på negativa religionsfrihetsintressen om det positiva skall tillgodoses fullt ut. Utgången innebär sålunda att det inte skett något intrång i Karadumans religionsfrihet, även om bärandet av huvudduken skyddades av artikel 9(1) som en religiös manifestation. Detta synes av Kommissionens sätt att resonera bero på att Karadumans positiva intresse och övriga studenters negativa intresse balanserar varandra och därmed utesluter tillämpning av artikel 9(1). Resonemanget kan dock uppfattas som ett kringgående av artikel 9(2) (jfr kommentaren till Karaduman i avsnitt 8).

En känslig fråga är om religiösa bevekelsegrunder kan anföras som ursäkt eller *förmildrande omständighet* för att företa eller underlåta något som är förenat med ansvar enligt andra regler. Det är välbekant att så ofta sker, till exempel för att erhålla straffnedsättning vid s.k. hedersbrott.⁶¹ Praxis ger inget som helst stöd för något sådant. I flera

⁶¹ Sådana brott borde rätteligen kallas ohedersbrott. Prefixet «heder» kan ge intryck att det ligger något ädelt eller hedrande i brotten.

mål har den enskilde parten blivit straffad för sitt handlande (till exempel B3). Inte i något av dessa mål har det emellertid ens hävdats att straffet som sådant skulle påverkas av religionsfriheten. Det finns sålunda inget som helst stöd i praxis för att religionsfriheten som ett överordnat intresse skulle påverka bedömningen enligt de regler som överträtts i försonande riktning.

Vilket *orsakssamband* skall föreligga mellan den religiösa faktorn och den handling (eller passivitet) som påstås innebära ett intrång enligt artikel 9? Denna fråga har ännu inte diskuterats uttryckligen i praxis rörande Europakonventionen. Skälet torde vara att det i samtliga mål där ett intrång ansett föreligga var uppenbart och ostridigt att handlingen hade skett *på grund av* den religiösa faktorn. Det har förelegat ett rakt, direkt orsakssamband. Orsakssambandet var alltså starkare än att handlingen enbart hade *samband med* den religiösa faktorn. Målen där intrång enligt artikel 9(1) inte ansetts föreligga uppvisar en motsvarande, låt vara spegelvänd, bild. I till exempel fallet med den muslimske läraren (B4) ansåg Kommissionen utrett att handlandet *inte* skett på grund av den religiösa faktorn. Handlingen hade inte ens samband med den religiösa faktorn.

Som jämförelse beträffande orsakssamband kan pekats på svensk reglering enligt 16:9 Brottsbalken, olaga diskriminering, och diskriminering enligt lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet. För ansvar enligt 16:9 Brottsbalken krävs att diskrimineringen skett *på grund av* den etniska faktorn. I till exempel NJA 1976 s 489 angavs det erforderliga sambandet med orden «den huvudsakliga anledningen» och i NJA 1996 s 768 med orden «det avgörande motivet». Det skall röra sig om ett s.k. starkt samband. I 8 § lagen 1999, direkt diskriminering, räcker det däremot med att det finns ett samband. I propositionen till lagen 1999 heter det sålunda att «det skall vara tillräckligt att den etniska tillhörigheten är en av flera orsaker till behandlingen för att diskriminering skall anses föreligga. Den etniska tillhörigheten behöver alltså inte ... ha varit avgörande för arbetsgivarens handlande».⁶² Det räcker sålunda med ett s.k. svagt samband.⁶³ Enligt 9 § lagen 1999, indirekt diskriminering, förekommer inte ett motsvarande sambandskrav, i vart fall inte i

⁶² Prop 1997/98:177 s 26; jfr s 57 och 59. Se även 1998/99:AU4 s 47 f.

⁶³ Se beträffande termerna starkt respektive svagt samband SOU 2002:43 s 161.

samma mening, och under alla omständigheter är sambandskravet där inte strängare än i 8 §.⁶⁴ Lagen 1999 bygger här på EG-rätten.

Något *subjektivt rekvirit*, alltså krav på uppsåt eller oaktsamhet, uppställs inte i artikel 9 Europakonventionen. Frågan har aldrig diskuterats i praxis. Det kan bero på att det i samtliga fall där det förelåg ett direkt samband mellan den religiösa faktorn och handlingen detta samband var av sådan art att det vore uteslutet att tänka sig annat än att handlandet varit uppsåtligt. Emellertid förhåller det sig nog snarare så att ett intrång enligt artikel 9 inte förutsätter uppsåt eller oaktsamhet. Ansvar är «strikt». Som jämförelse må återigen pekas på svensk reglering i 16:9 Brottsbalken, olaga diskriminering, och 8–9 §§ lagen 1999, direkt respektive indirekt diskriminering. Olaga diskriminering enligt 16:9 Brottsbalken är ett uppsåtsbrott. Ansvar enligt lagen 1999 är på sedvanligt arbetsrättsligt sätt «strikt». Det krävs inte någon avsikt.⁶⁵ Lagen 1999 bygger även här på EG-rätten.

Frågor rörande *bevisbörda* har inte diskuterats i något av målen rörande artikel 9. Uppbyggnaden av de två momenten i artikel 9 är dock sådan att slutsatser kan dras. Enligt 9(1) är bevis temat huruvida ett intrång över huvud har skett. En viss bevisbörda måste ligga på den som hävdar ett intrång. Vid tillämpningen av artikel 9(2) är det klarlagt att intrång skett och att alltså ett brott mot artikel 9(1) föreligger. Den som är ansvarig för intrånget kan enligt artikel 9(2) fria sig från ansvar om förutsättningarna enligt 9(2) är uppfyllda. Bevisbördan här för åvilar den som är ansvarig för intrånget.

Hur omfattande är bevisbördan enligt artikel 9(1)? Formuleringen av artikeln ger inget besked. Det synes dock ligga nära till hands att se saken så att den som anser sig kränkt skall framlägga fakta som gör intrång i vart fall sannolikt. Sker detta har motparten att visa att handlingen (underlåtenheten) inte har något samband med religion eller att motstående intressen av positiv eller negativ religionsfrihetskaraktär föreligger. Det är påtagligt med vilken energi stater fört bevisning i dessa avseenden och vilken vikt Europadomstolen och Kommissionen fäst vid sådana omständigheter. Beträffande det erforderliga sambandsrekvisitet mellan religion och manifestation sy-

⁶⁴ 1998/99:AU4 s 52. Jfr prop 1997/98:177 s 27.

⁶⁵ Prop 1997/98:177 s 20, 23, 26 och 59 samt 1998/99:AU4 s 51 f.

nes det rimligt att ålägga den som påstår intrång en strängare bevisbörda. Det är den som påstår intrång som har den relevanta kunskapen om de religiösa kraven. Motparten har inte detta och kan ha svårt att föra bevisning. Den som påstår att intrång skett torde i detta avseende böra åläggas full bevisbörda. Samtidigt är det så att sambandsrekvisitet är objektivt, inte subjektivt (se nästa stycke).

Vilken betydelse har den *enskildes åsikt* huruvida religionsintrång skett? Enligt till exempel reglerna om trakasserier i diskrimineringslagstiftningen i Sverige tillmäts den enskildes åsikt huruvida det föreligger en ovälkommen särbehandling utslagsgivande betydelse. Detta gäller alla fyra diskrimineringslagarna (trakasserier på grund av kön, etniskt tillhörighet, funktionshinder och sexuell läggning). Det finns ingen objektiv norm för vad som skall anses vara trakasserier utan i princip är det den som utsätts för beteendet som avgör om beteendet är kränkande och kan accepteras eller inte. Bedömningen är sålunda subjektiv. Praxis rörande artikel 9 Europakonventionen visar däremot att bedömningen i alla avseenden sker objektivt. Detta gäller även huruvida det erforderliga sambandet mellan religion och manifestation föreligger. Här kunde man kanske tycka att den enskildes åsikt skulle tillmätas betydelse, i vart fall i någon mån, men så sker inte. Bedömningen är strikt objektiv.

Sammanfattningsvis innebär praxis rörande Europakonventionen att den positiva religionsfriheten i arbetslivet (och likartade beroendesituationer) enligt artikel 9(1) getts en mycket försiktig framtoning. Den inre kärnan, själva den religiösa tron, är hård. Det är emellertid tydligt att det yttre skalet, religiösa manifestationer eller beteenden, är påtagligt poröst. Om arbetsgivaren kan visa att det handlande som innebär att den religiösa manifestationen inte kan utföras är betingat av verksamhetens behöriga bedrivande föreligger inget intrång om verksamhetsintresset är sådant att manifestationen skulle medföra «serious problems» (muslimske läraren, B4). I vart fall gäller det om arbetsgivaren dessutom kan visa att ansträngningar gjorts för att tillgodose det religiösa intresset. Om huvudmannen kan visa att det handlande som innebär att den religiösa manifestationen inte kan utföras är betingad av hänsyn till negativ religionsfrihet föreligger inget intrång om det negativa intresset korresponderar med det positiva, ehuru spegelvänt (studenten med huvudduk, B7). Skyddet för religiösa manifestationer i arbetslivet skulle vara begränsat till

situationer då inga allvarliga verksamhetsproblem uppstår och det heller inte finns några motstående negativa religionsfrihetsintressen av korresponderande art.

Den negativa religionsfriheten har fått mindre uppmärksamhet i praxis. Den har behandlats av Europadomstolen en gång (A5, San Marino). Den faktiska situationen där var emellertid sådan att det var uppenbart att ett intrång skett. Nyvalda parlamentsledamöter förelades att «swear on the Holy Gospels». Visserligen gjorde San Marino gällande att detta uttryck förlorat sin «original religious character». Redan det förhållandet att de nyvalda ledamöterna reagerade mot orden visade emellertid att så inte var fallet. Europadomstolen underströk i påtagligt kraftfulla ordalag den negativa religionsfriheten. Ordalagen här är i själva verket betydligt starkare än när det gäller upprätthållandet av den positiva religionsfriheten. Domstolen anförde att artikel 9 skyddar «'believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, skeptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been won over the centuries, depends on it' (see the Kokkinakis v Greece judgement ...). That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion» (para 34). Kanske beror den starka formuleringen på att negativ religionsfrihet inte har samma självklara plats i rättssystemet som den positiva.

I Kommissionen har den negativa friheten varit före i Karaduman (B7). Där var situationen betydligt mera komplex. Kravet från studenten att bära huvudduk tillbakavisades av bland annat det skälet att huvudduken kunde kränka andras religionsfrihet, såväl den positiva som den negativa. Kommissionen hänvisar uttryckligen till den påtryckningseffekt huvudduken kan ha «on students who do not practice that religion or those who adhere to another religion» (s 108). Här är det tydligt att huvudduken uppfattas som en klart religiös manifestation som ingalunda förlorat sin «original religious character». Av detta skäl kan personer som inte bär huvudduk reagera. De kan vilja åberopa sin negativa religionsfrihet. Som sagts i kommentaren till Karaduman sker Kommissionens införande av andra studenters negativa religionsfrihet på eget initiativ. Det finns dessutom inget stöd i utredningsmaterialet för att andra studenter faktiskt uppfattat sin negativa religionsfrihet som kränkt.

En sammanfattning av praxis rörande den negativa religionsfriheten visar att denna tillmätts betydande vikt. Praxis är dock ytterst begränsad. Det intryck som praxis förmedlar är närmast att den negativa friheten åtnjuter ett starkare skydd än den positiva! Så är dock med säkerhet inte fallet. Inget i artikel 9 tyder på något sådant. Balans skall råda. Å andra sidan förhåller det sig samtidigt så att en utövning av den positiva religionsfriheten typiskt sett blir mera synlig än utövning av negativ religionsfrihet. Det är över huvud taget ganska ovanligt att den negativa religionsfriheten *utövas*. Hur skall detta för övrigt tillgå? Man kan tänka sig att någon bär ett märke eller liknande som uttryckligen eller underförstått anger att bäraren tar avstånd från religiös tro. Exemplet visar hur föga vardagsanpassat ett utövande av negativ religionsfrihet i praktisk handling är!

Intrycket att den negativa religionsfriheten åtnjuter större skydd än den positiva kan därför ha fog för sig på ett, så att säga, okulärt plan. Utövande av positiv religionsfrihet får ofta synliga uttryck medan så vanligen inte är fallet med utövande av den negativa, i den mån det över huvud förekommer. Principiellt sett finns med säkerhet ingen skillnad.

Sammanfattningsvis förstärker praxis rörande den negativa föreningsfriheten slutsatsen att det rättsliga skyddet för (positiva) manifestationer av religion är blygsamt. Den negativa föreningsrätten kan till exempel medföra att bärandet av religiöst värdeladdade klädesplagg strider mot Europakonventionen, även när det sker på ett sätt som motsvarar normal användning och inte sker på något i sig utmanande sätt.

Praxis har ännu inte berört ett stort antal praktiska situationer i vardagslivet av intresse. Några sådana diskuteras i avsnitt 13.

9.2 EG-rätten

Som framgått i avsnitt 8 moment C har endast ett mål som rör religionsfrihet hittills avdömts. De uttalanden som EG-domstolen gör rörande aktiva åtgärder för att främja enskildas religionsutövning är avsevärt mera långtgående och kategoriska än de som gjorts av Europadomstolen eller Europakommissionen rörande Europa-

konventionen. Som konstaterats i kommentaren där måste fallet tolkas med försiktighet.

Närmaste jämförelse med Europadomstolen erbjuder Cha'are (A5). Där pekar Europadomstolen på att fransk rätt i det aktuella avseendet innebar att Frankrike «gave practical effect to a positive undertaking ... to ensure effective respect for freedom of religion» (para 76). Europadomstolen uttalar emellertid inte att det skulle föreligga en skyldighet för stater att utfästa sådan «positive undertaking» och än mindre att faktiskt vara skyldig att utföra utfästelse. I praxis från Kommissionen är framför allt X mot Storbritannien (B4, den muslimske läraren) av betydelse. Här anges en skyldighet att visa «due consideration» till enskilds religiösa situation. Kommissionen ansåg att myndigheten i det aktuella fallet visat «due consideration». X:s önskemål kunde däremot inte tillmötesgå eftersom de skulle föranleda «serious difficulties». Som framgått i 9.3.1 uttrycker sig praxis dock ytterst försiktigt.

9.3 Svensk rättspraxis rörande religionsfrihet

I svensk rättspraxis finns endast två avgöranden där religionsfriheten i arbetslivet aktualiserats, de två «turbanmålen» (D1, D2). Som framgått kom domstolarna, AD respektive Stockholms tingsrätt, till diametralt olika resultat beträffande lovligheten att bära turban på en arbetsplats. AD är högsta instans på arbetsrättens område. Av detta skäl har AD:s dom högst prejudikatvärde. Som framgått av referatet valde AD att helt bortse från religionsfrihetsfrågan. I det följande skall diskuteras hur ett likartat mål idag skulle dömas. Diskussionen skall ske med utgångspunkt från dels Europakonventionen dels lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

9.3.1 Hur skulle «turbanmålen» avgöras idag om Europakonventionen åberopades?

En första fråga är om Europakonventionen över huvud skulle kunna tillämpas i ett mål av denna art, dvs mellan enskilda. Denna fråga skall inte behandlas närmare här. Utgångspunkten för resonemanget är att

så kan ske. Denna utgångspunkt har stöd i praxis i Arbetsdomstolen, det s.k. Kellerman-målet.⁶⁶

Diskussionen i det följande har som utgångspunkt att det inte görs gällande att diskriminering förevarit. Diskussionen avser sålunda «enbart» innebörden av artikel 9 i Europakonventionen och den svenska inkorporeringslagen. Annorlunda uttryckt: föreligger ett förbud mot att förbjuda en arbetstagare att uttrycka sin religion genom att använda turban i en situationen som den som förelåg i AD 1986:11?

När Europakonventionen beaktas är det uteslutet att resonera som skedde i 1986:11, dvs med totalt bortseende från religionsfrihetsfrågan. Det är nödvändigt för en domstol att inleda resonemanget med denna fråga. Temat här är huruvida arbetsgivarens handlande strider mot Konventionen eller inte. Om så befinnes vara fallet kan kollektivavtalet inte åberopas av arbetsgivaren som grund för sitt handlande. Kollektivavtalsbestämmelser som strider mot tvingande lag är ogiltiga i den delen. Om däremot arbetsgivarens handlande befinnes inte stridande mot Konventionen kan klassisk arbetsrätt användas på det sätt som skedde i AD 1986:11.

Vad följer av Europakonventionen? Det finns inget auktoritativt svar rörande just turban (eller annat religiöst präglat klädesplagg) i praxis. Målen inbegripande kläder avser visserligen – liksom i «turbanmålet» – offentliga förhållanden. De avser dock inte anställningsförhållanden. Praxis ger emellertid ändå vägledning.

(a) Avtalsförhållandets art. Som framgått av analysen i avsnitt 9.1 tillmätts det stor betydelse om ett anställningsavtal har ingåtts utan bestämmelse om rätt för arbetstagaren att utnyttja religionsfriheten. I samtliga mål där så varit fallet har arbetstagaren förlorat. Detta talar för att arbetsgivaren kan upprätthålla ett förbud och att arbetstagaren inte åtnjuter skydd.

⁶⁶ AD 1998:17, som dock inte gällde artikel 9. Se härtill i litteraturen Johansson, Annamaria, Arbetsdomstolen skapar ny rätt, *Lag & Avtal* 1998:7, s 17, Kellström, Kent, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten, *Juridisk Tidskrift* 1997/98 s 1153, Källström, Kent, Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet – Sverige, Rapporten från ett nordiskt arbetsrättsligt möte 2000 (Arbetslivsinstitutet 2000) samt Westregård, Annamaria, *Integritetsfrågor i arbetslivet* (2002), kapitel 7.

En helt annan sak är att, enligt svensk arbetsrätt, arbetstagares klädsel i huvudsak är en privat angelägenhet för den anställde. Detta diskuteras i avsnitt 13. Det förhållandet att arbetstagare som utgångspunkt och huvudregel själva bestämmer om sin klädsel skulle dock inte påverka «turbanmålet». Arbetsgivarens ordergivningsrätt och arbetstagarens lydnadsplikt påverkas inte av att arbetstagaren kan bestämma över sin klädsel. Arbetstagaren är lydnadspliktig oavsett klädsel!

(b) Positiva åtgärder. Det måste emellertid också undersökas om arbetsgivaren uppfyllt sin skyldighet att vidta erforderliga positiva åtgärder för att tillmötesgå arbetstagarens önskemål om religionsutövning. Analysen av praxis visar dock att denna skyldighet har blygsam omfattning. Principen i målet rörande den muslimske läraren (B4) påkallar en positiv attityd från arbetsgivarens sida. När så varit möjligt hade arbetsgivaren gått arbetstagaren till mötes. Det var först när «serious problems» uppstod som så inte kunde ske.

Göteborgs spårvägar hävdade i målet att allvarliga problem skulle uppstå om P tilläts bära turban. En domstol finge undersöka detta enligt samma mönster som skedde i målet med den muslimska läraren. Leder denna undersökning till att det faktiskt skulle föranleda «serious problems» om en arbetstagare fick följa sin religion och – som här – bära turban blir följderna att arbetstagaren inte kan få sin religionsfrihet tillgodosedd. Arbetsgivaren kan förbjuda användningen av turban.

Om prövningen däremot leder till att det inte skulle uppstå «serious problems» föreligger ett intrång enligt artikel 9(1).⁶⁷ I sådant fall kan arbetsgivaren fria sig endast om förutsättningarna enligt artikel 9(2) föreligger, dvs att intrånget (1) har stöd i lag, (2) är nödvändigt och är (3) proportionellt. I «turbanmålen» fanns inget lagstöd.

Bägge «turbanmålen» ger starkt intryck av att det inte skulle uppkomma «serious problems» för arbetsgivaren om arbetstagaren tilläts bära turban. Det intrycket torde dock vara starkare idag än när målen avdömdes för cirka 15 år sedan. Skälet är att det svenska samhället under mellantiden har vunnit avsevärt större erfarenhet av beteenden som inte är traditionellt svenska och därmed ökad förstå-

⁶⁷ Det förutsätts att bärande av turban är så intimt förknippat med den sikhiska religionen att det erforderliga sambandsrekvisitet är uppfyllt; jfr 9.1.

else för andra «sedvänjor och ritualer» i Europakonventionens mening. Detta är omständigheter som hör till förhållandena i det enskilda fallet.

Slutsatsen av resonemanget blir att turbanen borde ha godkänts i bägge fallen, alltså även i AD. Detta resultat skulle med lätthet kunna infogas i klassisk svensk arbetsrätt. Det skulle ske med hänvisning till god sed på arbetsmarknaden. Så skedde i tingsrättens dom och det med ett resonemang som på ett naturligt sätt passar ihop med klassisk svensk arbetsrätt. En närmare diskussion av «god sed» finns i avsnitt 12 nedan.

Samtidigt skall det dock understrykas att andra arbetstgares negativa religionsfrihet kan behöva beaktas. Som fallet Karaduman (B7) visar krävs inte mycket för att detta intresse skall neutralisera det positiva intresset.

9.3.2 Hur skulle «turbanmålen» avgöras idag om lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet åberopades?

En förutsättning för att lagen 1999 över huvud kan tillämpas är att bärandet av turban är så nära förknippat med den sikhiska religionen att sambandsrekvisitet mellan religion och manifestation är uppfyllt (se om detta rekvisit 9.3.1). Om detta samband *inte* anses föreligga kan diskriminering inte heller föreligga. En förutsättning härför är, som konstaterats i avsnitt 8 (Cha'are, A5) att «[A]lthough the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions . . . there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of» de materiella bestämmelserna i Europakonventionen. Detta innebär att «differential treatment in a field which falls outside the scope of the Convention cannot amount to a violation of Article 14».⁶⁸ Det är ju Europa-

⁶⁸ Van Dijk, P. & Van Hoof, G J H, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (3 upplagan, Kluwer 1998), s 715 med hänvisningar till rättspraxis. I till exempel det belgiska språkmålet (dom 18 juli 1994, A 291-B) säger Domstolen att «Article 14 relates solely to 'rights and freedoms set forth in the Convention'». Det är en annan sak att det inte i det enskilda fallet måste föreligga ett intrång i någon av dessa «rights and freedoms» för att artikel 14 skall kunna tillämpas. Diskriminering på grund av religion kan sålunda föreligga även om det inte skett ett brott mot artikel 9, förutsatt att det intresse som föreligger faller inom tillämpningsområdet för artikel 9. Ett enkelt exempel kan vara följande. Antag att det av

konventionen som i Sverige (liksom i alla länder som är bundna av denna) anger vad som omfattas av religionsfriheten. Inget tyder på att lagen 1999 har ett vidare religionsfrihetsbegrepp än Konventionen (något som för övrigt endast i begränsad utsträckning vore konventionstillåtet).⁶⁹ Här förutsätts att detta samband är uppfyllt.

Den första frågan är om det föreligger *direkt* diskriminering? Så kan vara fallet men inget tyder på att situationen var sådan i «turbanmålen». Inget tyder på att arbetsgivarens handlande hade samband med religion. Avgörande är om arbetsgivaren skulle behandla arbetstagare (verklig eller hypotetisk) med annan etnisk bakgrund annorlunda i en liknande situation, dvs om en arbetstagare med annan etnisk tillhörighet skulle tillåtas eller förbjudas att använda huvudbonad med religiös innebörd som spårvagnsförare. Besvaras frågan så att arbetsgivaren inte skulle tillåta annan arbetstagare – oavsett etnisk tillhörighet – att bära sådan huvudbonad föreligger inte direkt diskriminering enligt lagen 1999.

Föreligger *indirekt* diskriminering? Ja, sannolikt i det första bevisledet. Skälet är att uniformskravet visserligen «framstår som neutralt men ... i praktiken särskilt missgynnar personer med en viss etnisk tillhörighet» (9 §). I andra bevisledet kan arbetsgivaren eventuellt fria sig. Det blir under alla omständigheter en sakprövning. Enbart hänvisning till kollektivavtalet och arbetsgivarens ordregivningsrätt uppfyller inte kravet i 9 §. Detta innebär att det resonemang som fördes av AD i 1986:11 inte längre vore möjligt. Den klassiska regeln om lydnadsplikten kan inte längre tillämpas i sin ursprungliga form. Alternativt kan man säga att undantaget för ond tro hos arbetsgivaren har fått ett annat – mera vidsträckt – innehåll genom lagen 1999.

En särskild fråga är om det föreligger skyldighet för arbetsgivaren att godta turbanen (eller något motsvarande klädesplagg, till exempel

säkerhetsskäl finns lagfästa regler om skyldighet att bära skyddshjälm på en arbetsplats. Antag att dessa regler uppfyller kraven i artikel 9(2). Antag slutligen att denna regel tillämpas så att sikhiska män förbjuds bära turban medan muslimska kvinnor tillåts bära huvudduk utan skyddshjälm. I sådant fall kan de sikhiska männen ha diskriminerats trots att det inte föreligger något brott mot artikel 9.

⁶⁹ Huruvida detta över huvud är tillåtet – och vid jakande svar i vilken omfattning – är ingalunda klart. Mot den positiva religionsfriheten står den negativa. Att utvidga den positiva friheten så att den negativa träds för när strider mot Europakonventionen. Se vidare avsnitt 11.

en huvudduk) som ett led i skyldigheten enligt lagen 1999 att vidta aktiva åtgärder såvitt avser arbetsförhållandena?

5 § lagen 1999 är tillämplig. Denna ålägger arbetsgivare att «genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena skall lämpa sig för alla arbetstagare oberoende av etnisk tillhörighet». Tydligtvis omfattar denna skyldighet i princip situationer av det slag som förelåg i «turbanmålen».

Först skall noteras att aktiva åtgärder endast får vidtas i sådan omfattning att det inte sker intrång på andras religionsfrihet, se vidare avsnitt 11.

Avser skyldigheten för arbetsgivare att anpassa arbetsförhållandena varje arbetsuppgift/arbetsbefattning eller endast arbetsförhållandena i allmänhet? Kan – annorlunda uttryckt – en arbetstagare som anställts för en viss arbetsuppgift hävda att 5 § skall tillämpas på honom/henne?

Läst ordagrant innebär 5 § en förpliktelse att beakta arbetstagarens religiösa situation i det enskilda fallet. Det heter att arbetsgivaren skall vidta åtgärder för att «arbetsförhållandena skall lämpa sig för alla arbetstagare». Som en utgångspunkt torde därför gälla att arbetstagaren kan kräva att hänsyn skall tas till hans/hennes speciella situation. Detta har relevans för religiösa sedvanor m.m. såsom daglig bön, veckobön och klädsel, t ex turban eller huvudduk. Formuleringen i 5 § innebär mer än att enbart *beakta* religiösa sedvanor hos alla arbetstagare. Lagtexten är dock inte så individuellt utformad som vissa andra regler med krav på anpassning, till exempel 3:3 st 2 AML. I förarbetena till lagen 1999 diskuteras inte hur individanpassade de aktiva åtgärderna skall vara.⁷⁰ Hänvisning görs dock till 4 § jämställdhetslagen 1991. Denna bestämmelse beaktar även enskilda arbetsuppgifter och befattningar. Skyldighet kan föreligga att, till exempel, anpassa maskinell utrustning så att den passar även en kvinna. I litteraturen har som exempel på åtgärder anförts att tillhan-

⁷⁰ Prop 1997/98:177, AU 1989/99:4. Förslaget 2002 till ny diskrimineringslag innehåller en regel om aktiva åtgärder som överensstämmer med lagen 1999. I motiveringen till det föreslagna lagrummet hänvisas till förarbetena till lagen 1999; SOU 2002:43 s 482.

dahålla alternativa maträtter eller ledighet «i samband med andra religiösa högtider än de traditionellt kristna».⁷¹

5 § lagen 1999 kan dock inte läggas till grund för talan vid en rättegång vid domstol. Möjligt är dock att en domstol, i vart fall en prejudikatsdomstol som Arbetsdomstolen, skulle kunna använda 5 § lagen 1999 som argument för att formulera en regel om «god sed på arbetsmarknaden».

9.3.3 Sammanfattande synpunkt på «turbanmälen»

Praxis rörande Europakonventionen ger inte grund för att hävda att Arbetsdomstolen dömde fel i «turbanmålet». Det gällde 1986 och det gäller fortfarande idag. Däremot är det idag inte möjligt att, på det sätt som Arbetsdomstolen gjorde 1986, totalt bortse från religionsfrihetsaspekten. Detta gäller även om det i målet inte görs gällande att diskriminering enligt lagen 1999 om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet föreligger. Europakonventionen är gällande svensk rätt och torde böra beaktas ex officio av en domstol i kraft av principen «jura novit curia» (domstolen känner rättsreglerna).⁷²

Kontrasten mellan Arbetsdomstolen och Stockholms tingsrätt kan inte vara större. I det ena fallet en total instängdhet i en gammal tradition och i det andra fallet en öppenhet mot nya världar.⁷³

⁷¹ Göransson, Håkan, & Hansson, Anders, *Diskrimineringslagarna* (2 upplagan, 2002), s 23 f och 100. Citatet på s 100.

⁷² Häremot kan dock invändas att frågan om tillämpligheten av Europakonventionen i tvister mellan enskilda är så oklar att principen «jura novit curia» inte är tillämplig. Tillämpligheten av Europakonventionen är en rättsfråga i sig!

⁷³ Krav framförs inte sällan att Arbetsdomstolen i vissa typer av mål skall ha en annan sammansättning än som nu är fallet. Ibland framförs önskemål att vissa måltyper skall föras över till allmänna domstolar. Domskålen i «turbanmålet» framstår som i avsaknad av all förståelse för vad saken egentligen gällde. Hur kunde detta ske? En rimlig förklaring är att hänvisa till just domstolens sammansättning. I målet var domstolen sammansatt på ett i högsta grad kvalificerat sätt med framstående jurister och ledande företrädare för arbetsmarknadens parter (i vart fall på arbetstagsidan). Dessa personer besatt eminent sakkunskap. De var emellertid samtidigt präglade av och bärare av den klassiska svenska arbetsrättsliga traditionen. Deras villighet att ta i beaktande något som helt avvek från denna har tydligt varit obefintlig.

9.4 Avslutande synpunkt på rättspraxis

Det kan framstå som naturligt att fråga sig om den rättspraxis som presenterats får anses vara etnocentrisk? Kristendomen är den (i vart fall ännu) helt dominerande religionen i Europa. Detta gäller även om Turkiet beaktas (ehuru kristendomen har en minoritetsställning där). Kan praxis sägas spegla detta? Ger praxis uttryck för en kristen prägel eller slagsida?

Svaret måste mycket bestämt bli att så inte är fallet. Inte i något mål har kristendomen ställts mot en annan religion och givits ett försteg. I ett mål (B5, kväkaren) kunde en religiös etnocentrism ha kunnat tillåtas påverka utgången i kristet extensiv riktning men så skedde inte. Andra religioner har mycket bestämt getts skydd. Positiva åtgärder för att underlätta religionsutövning har understrukits i mål rörande islam (B4, den muslimske läraren) och judaism (A5, rituell slakt, och C1, antagningsprov på judisk religiös högtid bör undvikas). Det är sant att religiös fundamentalism har bemötts snävt (A2, A3 och B4, alla avseende islam) men det finns absolut inget i praxis som säger att kristen fundamentalism skulle ha bemötts på ett generösare sätt. Mål rörande anställda som vill utforma sitt arbete delvis efter eget huvud har bedömts på identiskt sätt oavsett om det rört sig om kristna (B1 och där angivna ytterligare fall) eller andra religiösa utövare (A2 och A3, muslimer).

Praxis har inte formulerat någon definition av begreppet «religion». Här skulle etnocentrism lätt kunna komma i dagen. Man skulle, till exempel, kunna tänka sig att praxis medgav kristna att i större utsträckning manifesterar sin religiösa övertygelse i arbetslivet. Det skulle kunna röra sig om att i större utsträckning tillåta förrätande av bön eller bärande av klädesplagg eller personlig utsmyckning, till exempel ett kors, än motsvarande företeelser i andra religioner till exempel muslimer (huvudduk) eller sikher (turban). Det finns emellertid inget som helst som pekar i den riktningen. Det är kanske möjligt att bärande av kristna symboler skulle tillåtas i större omfattning än symboler för andra religioner, om saken prövades. Detta skulle dock kunna bero på att kristna symboler, till exempel ett litet kors som dekoration, inte är avsett att vara en religiös manifestation och heller inte upplevs så. Det är ju högst vanligt i hela världen att även människor som inte är kristna har ett kors som utsmyckning.

Inget motsvarande förekommer beträffande till exempel sikhiska turbaner eller muslimskt utformade huvuddukar. Det kristna korset har, utom för kristna, i huvudsak «degenererat» (se även avsnitt 12 nedan). Det har blivit en dekoration bland andra.

Det intryck som praxis förmedlar är sålunda att praxis är neutral inför olika religioner och religiösa manifestationer. I denna mening synes praxis sålunda ge uttryck för en äkta respekt för religion som en mänsklig rättighet.

En annan fråga som kan ställas är om den negativa religionsfriheten getts ett alltför stort utrymme, på bekostnad av den positiva? I praxis rörande Europakonventionen är det framför allt målet Karaduman (B7) som motiverar frågan.

Praxis är alltför mager för att tillhandahålla ett svar. Uttalanden av Europadomstolen (målen A1 och A4) om vikten att skydda den negativa friheten är dock påfallande kategoriska.

Svaret på frågan kan delvis ses som en fråga om vad som är själva kärnan i mänskliga rättigheter och friheter. Rör det sig främst om friheter *till* (den positiva sidan) eller friheter *från* (den negativa sidan)? Michael Ignatieff, välkänd tänkare rörande mänskliga rättigheter, ser friheten från som kärnan. «Human rights is morally universal because it says that all human beings need certain specific freedoms 'from'; it does not go on to define what their freedom 'to' should consist in».⁷⁴ Mänskliga rättigheter är «an idea without an idea – an idea, that is, without a professed ideology».⁷⁵ Att döma av de starka uttalandena om den negativa religionsfriheten skulle en iakttagare möjligen vara benägen att mena att Europadomstolen skulle instämma i detta uttalande. Praxis är dock alltför mager för att medge ett bestämt svar.

10 Samtycke till begränsning av religionsfrihet

Det kan förefalla egendomligt att ställa frågan om samtycke till begränsning av religionsfrihet är möjligt. Religionsfriheten kan framstå som en i så hög grad personlig angelägenhet att avstående inte skulle åtnjuta rättsordningens skydd. Det måste antas att så är fallet

⁷⁴ A a not 9 ovan s 75.

⁷⁵ Samma, s 141, Diane F Orentlicher i en träffande kommentar till Ignatieff.

beträffande den inre kärnan av religionsfriheten, tanke- och åsikts-elementen, själva trosuppfattningen (jfr avsnitt 9.1). Men gäller detta även yttringar och utövning av religionsfriheten, religiösa manifestationer?

Praxis rörande Europakonventionen visar entydigt att så inte är fallet. Samtycke till avstående tillmäts rättsverkan och binder den som samtyckt. Så har samtliga fall bedömts där ett element av samtycke finns, målen A2, A3, B1, B4, B6 och B7. Hänvisning kan även ske till A5 och B2 där element av samtycke också ingår. (I A5 hade detta den formen att den judiska minoritetsorganisationen frivilligt avstått från att ingå avtal som skulle tillgodosett sektens religionsutövning och i B2 den formen att den enskilde frivilligt engagerat sig i en verksamhet för vilken bestämda regler gällde.)

Karaduman (B7) studerade vid ett turkiskt universitet som uttryckligen var sekulärt. Universitetet hade regler för studenters uppträdande, bland annat kläder. Samtycket hade här formen att studenten frivilligt skrivit in sig på och studerat vid universitetet. Vid ett tillfälle vägrade studenten att följa universitetets regler genom att kräva att få bära huvudduk. Kommissionen avstod från att ta ställning till om huvudduken uppfyllde sambandskravet mellan religion och manifestation (se 9.1). Beslutet måste dock läsas i sitt sammanhang, dvs att studenten hävdade att bärandet av huvudduk var en religiös förpliktelse. Detta torde vara en gängse uppfattning bland fundamentalistiska muslimer. Inte desto mindre underkändes studentens ståndpunkt. Det (indirekta) samtycket tillmättes rättsligt bindande verkan. Det förhållandet att även andra faktorer talade för att universitetets regler skulle upprätthållas rubbar inte det sagda. Kommissionen hänvisar upprepade gånger till att studenten frivilligt anslutit sig till universitetet.

Fallen A2, A3, B1 och B4 rörde anställningsförhållanden. Genom att välja ett visst yrke eller anta en viss anställning har den enskilde samtyckt till de regler som gäller för anställningen. Visserligen kan avtalsfrihet råda men om inga förbehåll om utövning av religion träffats i anställningsavtalet kan den enskilda inte åberopa sin religion för att få utöva denna på ett sätt som kommer i konflikt med anställningen. I till exempel fallet B1 säger Kommissionen uttryckligen att den enskilde använder sig av sin rätt att utöva religion när anslutningen sker. «Their individual freedom of thought, conscience

or religion is exercised at the moment they accept or refuse employment».

Fallet B4 är särskilt belysande. Där hävdade den anställde, en muslimsk lärare, att religionsutövningen var ett intresse av sådan art att avtalsmässigt avstående över huvud inte var möjligt. «A mere contractual obligation cannot excuse absence – a man cannot willingly put himself into a position where he cannot attend,» hävdade läraren. Kommissionen diskuterade inte uttryckligen detta argument men underkände det. Skolmyndigheten var «in principle entitled to rely on its contract with the applicant».

Den muslimske lärarens ståndpunkt i B4 att krav i en religion som den enskilde tillhör inte kan avtalas bort kan i förstone synas främmande. Man kan tycka att detta är en angelägenhet för den enskilde. Ett sådant synsätt är dock inte godtagbart. Det är ganska uppenbart att rättsordningen inte kan godta avtal som begränsar grundläggande mänskliga rättigheter.⁷⁶ Sådana avtal strider mot *ordre public*. Hur omfattande det skyddade området är blir en bedömningsfråga.

I svensk rätt godtas inte avtal som innefattar pantsättning av framtida lön, NJA1913 s 496 (se även Högsta domstolens beslut, Ö 1036-00, den 6 juni 2001). Skälet är att arbetstagarens intresse av att uppfylla sina förpliktelser enligt anställningsavtalet kan förväntas avta kraftigt. Detta är inte acceptabelt ur vare sig arbetsgivares eller arbetstagares synvinkel. Situationerna ligger långt ifrån varandra enligt i vart fall västerländskt tänkesätt. Ur ett muslimskt perspektiv kan dock situationen vara annorlunda. Skyldigheten att bevista fredagsbönen kan vara ett så självklart överordnat intresse att den som berövar sig detta intresse hamnar i en situation där benägenheten att utföra en fullgod arbetsinsats starkt nedsätts. Ett sådant synsätt saknar dock helt stöd i Kommissionens tolkning av Europakonventionen. Inget tyder på att Europadomstolen skulle komma

⁷⁶ Här kan hänvisas till diskussionen huruvida bestämmelserna i rättighetskapitlet i 2 kapitlet Regeringsformen borde gälla även mellan enskilda. Ett argument emot en sådan ordning har varit att det skulle uppkomma problem med enskildas avtalsfrihet. Ett skäl till detta är att «[M]an kan t.ex. hävda att det inte bör vara möjligt för någon att i ett avtal förbinda sig att aldrig träda in i föreningar, utöva religion eller lämna en viss ort»; SOU 1975:75, s 97.

till ett annat resultat. Uttalanden i A2 ger uttryck för samma synsätt som Kommissionens.

Situationen enligt Europakonventionen är sammanfattningsvis sålunda denna. Samtycke kan medföra att det inte föreligger något intrång enligt artikel 9(1). Detta innebär att regler av privaträttslig art utfärdade av en arbetsgivare (eller annan, till exempel ett universitet), som förhindrar religiösa manifestationer av arbetstagare, inte strider mot artikel 9(1). Detsamma gäller arbetsledningsbeslut i det enstaka fallet.

11 Positiva åtgärder för att främja arbetstagares religionsfrihet i arbetslivet

Praxis rörande Europakonventionen visar att det föreligger en förpliktelse för medlemsstaterna (och deras organ) att främja enskildas önskemål beträffande utövning av sin religion (se avsnitt 9.1). Praxis visar emellertid också att denna förpliktelse enligt Europakonventionen är av blygsam omfattning. Den positiva förpliktelsen har uttryckts i mycket försiktiga ordalag.

Något stöd i själva Europakonventionen för en positiv förpliktelse finns inte. I andra dokument antagna av Europarådet (Council of Europe) finns däremot sådant stöd. Som exempel kan pekas på den rekommendation 1999 om religion och demokrati som återges i Appendix 1. Där rekommenderar Europarådet medlemsstaterna att befrämja «within the limits set out in Article 9 of the European Convention on Human Rights, the observation of religious rites and customs, for example with regard to marriage, dress, holy days (with scope for adjusting leave) and military service».

En intressant skillnad föreligger mellan förslaget till rekommendationen 1999 och den antagna rekommendationen. Förslaget går i ett hänseende något längre i fråga om aktiva (positiva) åtgärder.⁷⁷ I såväl förslaget som den antagna rekommendationen heter det följande, nämligen att medlemsländerna bör «ensure freedom and equal rights of education to all citizens regardless of their religious belief, customs and rites relating to clothing». I förslaget tilläggs därefter

⁷⁷ Council of Europe. Religion and democracy: Report. Committee on Culture and Education, 27 November 1998, document 8270.

följande ord: «such as wearing or not head scarves». Formuleringen verkar nästan att vara ett avsiktligt hänvisning till målet Karaduman (B7). I rekommendationen har orden inte medtagits. Måhända ansågs de alltför långtgående. I såväl förslaget som den antagna rekommendationen konstateras att respekt för den enskildes religionsfrihet även innefattar respekt för andras religionsfrihet. I Karaduman ställdes friheten att bära ett visst religiöst präglat klädesattribut uttryckligen mot andras anspråk på respekt för att slippa sådan religiös påverkan.

Positiva åtgärder befinner sig därför i ett spänningsfält med motstående intressen. Artikel 9 skyddar inte bara den positiva religionsfriheten utan i lika hög grad den negativa. I det tidigare citerade uttalandet i Kokkinakis (A1, se även San Marino, A5) anför Domstolen följande: «As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been won over the centuries, depends on it.»

Ett utvidgande av den positiva friheten så att den negativa träds för när strider mot Europakonventionen. Huruvida det finns en «gråzon» mellan den positiva och den negativa religionsfriheten där stater kan stärka den ena eller den andra (eller bägge) sidorna av religionsfriheten har inte uttryckligen behandlats i praxis. Praxis rörande artikel 9(1) tyder på att så kan ske i viss mån eftersom positiva åtgärder för att främja religionsutövning tillåts. Praxis rörande artikel 9(2) kan också tyda på att så är fallet. Vid bedömningen enligt artikel 9(2) har staterna enligt fast praxis en «margin of appreciation» (Ch'are, A5). Om motstående intressen av religionsfrihetsrättslig art finns blir dock utrymmet mycket begränsat, eller obefintligt. Detta följer av Karaduman (B7).

Detta dubbelsidiga skyddsbehov leder med nödvändighet till att skyldigheten att vidta aktiva åtgärder måste ha begränsad omfattning. Detta gäller både befrämjande av frihet att utöva religion och befrämjande av frihet att slippa utöva religion. Det som eftersträvas är ett jämviktssläge.

Den svenska lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet innehåller regler om aktiva åtgärder. Som framgått i avsnitt 9.3.2 kan det diskuteras hur långtgående dessa är. De är emellertid kategoriskt formulerade och måste ha något innehåll. Går de för långt?

I förarbetena till de aktuella lagrummen diskuteras inte det dubbelsidiga skyddsbehovet. Formuleringarna tyder snarast på att situationen uppfattats som ensidig. I ramdirektivet för likabehandling (2000/78/EG) är formuleringarna försiktigare än i den svenska lagen. I para 26 i ingressen är positiva åtgärder begränsade till att «förhindra eller kompensera nackdelar». Artikel 7 om «positiv särbehandling och särskilda åtgärder» syftar till «full jämlikhet». I detta syfte får åtgärder vidtas för att förhindra att någon missgynnas «eller att kompensera för ett sådant missgynnande». Det som tillåts är sålunda, kan man säga, att det skapas ett jämviktsläge.

Lagen 1999 kan synas gå för långt. Detta är dock knappast fallet. 5 § stadgar ju att «arbetsförhållandena skall lämpa sig för *alla*» (min kurs). Här ligger, kan man säga, en tanke att det är ett jämviktsläge som skall eftersträvas.

Tanken har väckts att det efter mönster i jämställdhetslagen skall införas regler om positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet, inklusive religion.⁷⁸ Hänsyn måste i sådant fall tas till den försiktighet som praxis rörande Europakonventionen ger uttryck för.

Huvudorganisationer på den svenska arbetsmarknaden – (dåvarande) SAF, LO och TCO – antog 1995 en gemensam rekommendation «Att förebygga rasdiskriminering och främlingsfientlighet samt att främja lika möjligheter på arbetsplatsen». Den omfattar även religion. Rekommendationen fördömer rasism och främlingsfientlighet. Parterna åtar sig att undanröja sådana företeelser. Rasismen ses som ett hot mot samhällets stabilitet men också mot «en smidigt fungerande ekonomi». Den anges som stridande mot goda affärsmetoder och mot solidaritetsprincipen. Det mångkulturella företaget framställs som en tillgång. «Framgång på marknaden beror i allt

⁷⁸ Kommittédirektiv 2002:11, En sammanhållen diskrimineringslagstiftning. Där hänvisas till EG:s ramdirektiv men inte till praxis rörande Europakonventionen.

högre grad på förmågan att på bästa sätt utnyttja den inneboende potentialen hos denna erfarenhetsmässiga mångfald,» heter det.

Rekommendationen innehåller i huvudsak inga precisa anvisningar eller regler. Ett undantag utgörs av uttalandet att det skall tillägs «att objektiva urvalskriterier får ligga till grund för beslut och handlingslinjer – inte diskriminering, fördomar eller orättvisa antaganden». Trots sin allmänna avfattning framstår rekommendationen som ett betydande bidrag till positiva åtgärder. Så har den även uppfattats av lagstiftaren. I propositionen med förslaget till (vad som nu är) lagen 1999 om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet framställs rekommendationen som ett föredöme för aktivt arbete.⁷⁹

Den svenska rekommendationen bygger på en Joint Declaration on the Prevention of Racial Discrimination and Xenophobia and Promotion of Equal Treatment at the Workplace som antogs i Florens år 1995 av arbetsmarknadsparterna på europeisk nivå. I denna deklarationen efterlyses en översikt av vilka åtgärder som vidtagits inom unionen.

EU:s forskningsorgan för arbetsmarknadsfrågor, the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, har genomfört denna översikt. En omfattande studie med rubriken Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace genomfördes. Studien bygger på nationella rapporter från 15 länder. Alla dessa har publicerats. Ett sammanfattande European Compendium of Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace har publicerats.⁸⁰ Det innehåller många exempel på frivilliga positiva åtgärder även avseende religionsutövning.

En statlig utredning föreslår 2002 att det i Sverige skall införas en lag om flexibel ledighet.⁸¹ Fullt genomförd skulle lagen från och med år 2007 ge arbetstagare rätt att efter i huvudsak eget gottfinnande ta

⁷⁹ Prop 1997/98:177, s 45.

⁸⁰ Wrench, John, *European Compendium of Good Practice for the Prevention of Racism at the Workplace* (Office for Official Publications of the European Communities, 1997, ISBN 92-828-1960-4). Alla nationella rapporterna finns tillgängliga på forskningsstiftelsens hemsida (www.eurofound.ie/publications). Av de nordiska länderna är Danmark och Finland representerade. Kompendiet finns på nätet bara i form av en kort sammanfattning.

⁸¹ SOU 2002:58, Tid för arbete och ledighet.

ut sammanlagt 40 timmars ledighet per år. Utredningen föreslår också att en del av den lagstadgade semestern om fem veckor skall kunna disponeras på samma sätt. Förslaget har inget direkt samband med religionsfrihet men det är tydligt att ledigheterna kan användas av arbetstagare för att tillgodose önskemål att bevista till exempel bönestunder. I den meningen kan förslagen ses som en positiv åtgärd för att främja arbetstagares religionsutövning. De framstår i det perspektivet dessutom som synnerligen väl utformade. Det finns inget motstående intresse av religiös art. Ingen konflikt med annans positiva eller negativa religionsfrihet kan uppstå.

12 God sed på arbetsmarknaden som instrument för ökad religionsfrihet i arbetslivet

Arbetsledning skall ske med iakttagande av god sed på arbetsmarknaden. Handlande som strider mot god sed godtas inte. Detta är klassisk svensk arbetsrätt. I detta avsnitt diskuteras god sed och religionsfrihet principiellt. I avsnitt 13 behandlas god sed, religionsfrihet och några vardagliga situationer i arbetslivet. Av praxis rörande Europakonventionen följer att arbetsgivare skall vidta positiva åtgärder i viss, begränsad, omfattning. Denna skyldighet har inte knutits till ett begrepp som «god sed» men det är tydligt att det rör sig om likartade företeelser. Huruvida en bedömning skulle utfalla olika med användning av den ena eller andra av dessa argumentationslinjer låter sig inte säga. Diskussionen i avsnitt 9.3.1 föranleder närmast slutsatsen att resultatet skulle bli detsamma.

Kan det sägas att en domstol måste beakta regeln om god sed i mål där religionsfrihet aktualiseras? Kravet att iaktta god sed är generellt. Det avser alla situationer. Hänsynstagande till religion innebär inte något nytt. Religionsfrihet har hittills inte åberopats i någon större omfattning i samband med god sed. Det beror dock inte på att kravet på god sed inte avser religion. Skälet är istället att det inte synes ha funnits något behov. Att döma av frånvaron av mål i AD (med ett undantag, «turbanmålet», D1) synes konflikter inte ha uppstått. Homogenitet i religiöst och kulturellt avseende synes ha borgat för detta i förening med att arbetslivet är utformat så att det passar den

dominerande kristna religionen (jfr 1.2). Invandring under senare decennier har ändrat situationen.⁸²

Om religionsfrihet blir ett vanligare element vid bedömningen av «god sed» innebär Europakonventionen emellertid ingalunda att manifestationer av religion generellt skulle skyddas.⁸³ Vad som är god sed måste bedömas utifrån den föreliggande situationen. Sakliga motargument från arbetsgivares sida skall beaktas vid avvägningen. Förmodade reaktioner från andras sida utan samband med religionsfrihet eller verksamhetens behöriga gång bör dock tillmätas mindre vikt. Bedömningen blir särskilt känslig om det finns önskemål om respekt för den negativa religionsfriheten. Fallet Karaduman (B7) illustrerar hur positiv och negativ religionsfrihet vägs mot varandra. När en konflikt uppkom mellan dem fick den positiva religionsfriheten vika. Detta berodde inte på att den har mindre skydd rent principiellt. Det berodde på att den tog sig mera synbara uttryck än den negativa.

Bedömning av vad som är god sed kan inte göras abstrakt. Den måste ta hänsyn till den sociala och etiska miljön. Sverige är ett sekulariserat land. Negativ religionsfrihet diskuteras knappast. Människor i allmänhet och samhällsstrukturen i stort är sekulariserade i så hög grad att negativ religionsfrihet är utgångspunkt och huvudregel i alla situationer och hänseenden. Det är visserligen sant att den kristna religionen utgör bakgrund till och har satt sin prägel på mycket, i vissa avseenden det mesta, i samhällsliv, arbetsliv och

⁸² Redan långt före den stora invandringsvågen efter andra världskriget fanns ett behov av religiöst hänsynstagande, nämligen för judiska trosbekännare. De judiska trosbekännarnas prekära situation i Europa, inklusive Sverige, synes dock ha inneburit att de inte i någon betydande grad ens påkallat hänsynstagande till sin situation. Den judiska religionen innehåller till exempel synnerligen stränga regler för vad människor får/inte får respektive skall/inte skall göra på sabbaten och många heliga dagar. Som exempel i praxis hänvisas till fallet Prais, avsnitt 8, C1. Religiöst motiverade kläder och klädesplagg finns med noggranna regler för hur och när de skall användas.

⁸³ Det låter sig inte säga att artikel 9 i Europakonventionen gäller mellan enskilda i den betydelsen att artikeln kan åberopas direkt av dem i en rättslig tvist. Detta är dock av underordnad betydelse i principiellt hänseende. Begreppet «god sed på arbetsmarknaden» är en del av den svenska rättsordningen. Det innebär att Sverige har en konventionsenlig förpliktelse att tillse att begreppet har ett innehåll som inte strider mot Konventionen. Med hänvisning till Kellerman-målet torde dock artikel 9 vara tillämplig även i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar; se 9.3.

privatliv (se avsnitt 1.2). Denna bakgrund och denna prägling är emellertid numera i stort sett berövade sin religiösa innebörd. I San Marino (A4) hävdade regeringen att en ed som skulle avläggas «on the Holy Gospels» inte längre var religiös «but, rather, historical and social in significance and based on tradition». Eden «had lost its original religious character, as had certain religious feast-days which the state recognised as public holidays». Detta var att gå för långt när det faktiskt skedde en uttrycklig hänvisning till ett religiöst element. Men det synes ändå klart att regeringen hade visst fog för sin ståndpunkt. Det var för övrigt inte länge sedan juridiska eder i Sverige, till exempel domareden eller vittneseden, hade motsvarande element och rentav skulle avläggas med handen på Bibeln.⁸⁴

Som en parentes må här pekas på den häftiga diskussion som uppstod i USA sommaren 2002 om orden «under God» i den nationella trohetsförklaringen. I USA är avläggande av denna s.k. The Pledge of Allegiance en vanlig företeelse.⁸⁵ I till exempel många skolor inleds dagen med att läraren förestavar och skolbarnen reciterar trohetsförklaringen. I denna anges att

⁸⁴ Domareden sekulariserades genom lagstiftning 1975 och detsamma var slutligt fallet med vittneseden. Som en illustration tillåter jag mig att anteckna hur det gick till under den tid jag «satt ting» på (dåvarande) Södra Roslags domsagas häradsrätt år 1967–1968. Som notarie hade man att leda förhör med personer som kallats för att bekräfta uppgifter om sina tillgångar och skulder, så kallad bouppteckningsed. Jag och min i tjänsten några månader yngre tingsnotariekollega infann oss till sammanträden för avläggande av bouppteckningsed iklädda formell, mörk kostym. På bordet låg en Bibel. Den inkallade gavs av mig följande information om proceduren: «När Ni avlägger eden skall Ni stå upp, lägga handen på Bibeln, titta mig i ögonen och säga efter mig den ed som jag förestavar.» Förestavandet skedde med högtidlighet av mig med notariekollegan likaledes stående framför den inkallade. Eden hade följande inledande lydelse: «Jag N.N. lovar och försäkrar inför Gud den allsmäktige och vid hans heliga ord, att jag skall säga ...» Sannolikt var detta förfarande ovanligt högtidligt. Det betraktades dock på intet sätt som uppseendeväckande av den rättsbildade personalen på domstolen.

⁸⁵ The Pledge of Allegiance skrevs 1892 av Francis Bellamy för att ihågkomma 400-årsdagen av Kolumbus' resa till (vad som nu kallas) Amerika. Löftet har följande lydelse: «I pledge allegiance to the flag of the United States of America and the Republic for which it stands – one nation under God, indivisible – with liberty and justice for all.» Orden «under God» lades till år 1954 som ett led i det kalla kriget och ett uttryck för att USA ansåg sig ha en högre moralisk status än den gudlösa staten Sovjetunionen. Information om The Pledge of Allegiance kan lätt erhållas på nätet, till exempel via sökmotorn Yahoo.com där tusentals textsidor kan näs.

USA är en nation «under God».⁸⁶ Med hänvisning till dessa ord väckte en förälder talan för att få trohetsförklaringen förklarad stridande mot den amerikanska konstitutionen. I denna stadgas i Första tillägget att Kongressen skall «make no law respecting an establishment of religion».⁸⁷ En federal appellationsdomstol höll med. Formuleringen ansågs utgöra ett officiellt godtagande av monoteism.⁸⁸ En proteststorm utbröt mot avgörandet. En liberal tidning som The New York Times kallade avgörandet «well-meaning but lacking common sense». Skälet var följande: «A generic two-word reference to God tucked inside a rote civic exercise is not a prayer.»⁸⁹ Tidskriften Time kallade the Pledge «no big deal» men tillade att «[I]f you challenge the pledge, however, it becomes a big deal indeed, sacred, indispensable and not to be messed with».⁹⁰ President Bush förklarade till exempel i ett uttalande bland annat följande: «America is a nation which values our relationship with the Almighty. We need common sense judges who understand that our rights were derived from God.»⁹¹

Flera likartade formuleringar är vanliga i USA. Alla mynt bär till exempel uttrycket «In God We Trust». I ett avgörande 1984 uttalade emellertid US Supreme Court att detta uttryck hade förlorat sitt religiösa innehåll till följd av att det ständigt upprepades på ett mekaniskt sätt («religious significance had been lost through rote repetition»)⁹².

Som framgår är det avgörande i vilken utsträckning hänvisningar till Gud har övergått från att ha ett specifikt religiöst innehåll till att bli generiska uttryck för en medborgerlig, sekulär hållning eller attityd.

⁸⁶ US Supreme Court avgjorde 1943 ett mål rörande medlemmar av Jehovas Vittnen där domstolen förklarade att skolbarn inte kan tvingas avlägga löftet; *West Virginia State School Board of Education v Bernadette*, 391 U.S. 624 (1943). Då hade tillägget «under God» ännu inte infogats. Samtidigt förhåller det sig så att alla sessioner i US Supreme Court inleds med att en domstolsfunktionär uttalar följande: «God save the United States and the honorable court.»

⁸⁷ Stadgandet kallas vanligen «the Establishment Clause».

⁸⁸ *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Newdow v U.S. Congress, ... F 2d ... (9th Circuit 2002)*, målnummer 00-16423, dom den 26 juni 2002, ännu inte publicerat. Avgörandet kan emellertid lätt nås på nätet, till exempel via Yahoo.com eller på nätadressen www.findlaw.com. Domstolen har jurisdiktion över nio delstater (Alaska, Arizona, California, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon och Washington).

⁸⁹ *The New York Times*, Editorial/Op-Ed, 27 juni 2002. Tidningen beklagar visserligen att orden finns men menar att «removing those words would cause more harm than leaving them in».

⁹⁰ *Time Magazine*, July 8, 2002, essä av Lance Morrow.

⁹¹ Uttalandet gjordes den 27 juni 2002 under ett G 8 möte i Calgary, Kanada.

⁹² *Lynch v Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), s 716 (Justice Brennan med flera ledamöter i en dissens).

Det är tydligt att bärandet av den främsta kristna symbolen, korset, i västerländska samhällen inte väcker några känslor. De flesta bärare och iakttagare av ett kors som en del av klädseln uppfattar det inte som en religiös manifestation. I den västerländska världen är det i stort sett verklighetsfrämmande att hävda att omgivningens negativa religionsfrihet hotas av att någon bär ett kors som en del av klädseln.⁹³ I andra miljöer kan situationen vara annorlunda. Detta är fallet i till exempel Turkiet. Även en i sig till synes så anspråkslös religiös manifestation som att bära en huvudduk kan vara synnerligen känsligt. Fallet Karaduman vittnar om detta.

Sekulariseringen i ett land som Sverige innebär att religiösa manifestationer har en helt annan karaktär än i ett land som till exempel Turkiet. I Sverige framstår sådana manifestationer typiskt sett som tämligen neutrala, som privata, som företeelser som inte berör andra och som andra inte tar mycket notis om. Detta får i sin tur konsekvenser för bedömningen av vad som är god sed. Om en viss religiös manifestation är av stor betydelse för en enskilds uppfattning av sig själv men är av ringa betydelse för omgivningen blir konsekvensen uppenbarligen att den kan godtas i omfattande grad.

Den europeiska rättsliga miljön talar också för detta. Europakonventionen har i praxis ansetts innehålla ett krav på positiva åtgärder för att främja enskildas utövning av sin religion (se avsnitt 9.1 och 11). Även EG-rätten synes ha sådant innehåll (fallet Prais, C1). EG-rätten har vidare en stark betoning av skydd mot diskriminering. I Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling stadgas inte bara om skydd mot diskriminering utan även om aktiva åtgärder samt «positiv särbehandling och särskilda åtgärder» (artikel 7).

En utveckling där religiösa manifestationer på arbetsplatser godtas rymmer emellertid källor till spänningar. Motreaktioner kan uppkomma där anställda med andra åsikter kan vilja manifesteras

⁹³ Situationen skulle visserligen kunna förändras om det som bärs har en påtagligt kristet religiös karaktär och därför uppfattas som en religiös manifestation. Som exempel kan pekas på sådan klädsel som bärs av manliga och kvinnliga medlemmar av religiösa ordnar, till exempel dominikaner, franciskaner eller benediktiner. Flera ordnar och religiösa sammanslutningar, till exempel Opus Dei, tar emot även lekmän som har vanliga yrken i arbetslivet. Det finns dock tämligen få sådana människor i Sverige.

dessa. Elakartade kedjereaktioner kan uppkomma. En överordnad synpunkt är att arbetsplatser inte är arenor för religiösa manifestationer. Om den negativa religionsfriheten åberopas kan religiösa manifestationer i huvudsak inte godtas.

13 Några praktiska vardagssituationer

Praxis rörande artikel 9 Europakonventionen och arbetslivet är mager. Den avser dessutom tämligen speciella situationer. Även med hänsyn tagen till detta innebär praxis emellertid inte något stöd för att religionsfrihet kan åberopas för att manifesteras sin religion på en arbetsplats. Snarare är motsatsen fallet. Det förhållandet att en enskild tagit anställning på de villkor som gäller på en arbetsplats har ansetts utgöra grund för att inte tillåta religiösa manifestationer, eller i vart fall begränsa dem.

I detta avsnitt skall några situationer av vardaglig karaktär diskuteras. De avser önskemål av religiösa skäl rörande (1) kläder, (2) arbetsuppgifter, (3) ID-handlingar och (4) ledighet. De situationer som behandlas har hittills inte i någon nämnvärd grad skapat problem i Sverige. Detta är under förändring.⁹⁴

Kläder. Det är välbekant att olika klädesplagg med religiös innebörd har tilldragit sig enorm uppmärksamhet. Mest uppmärksammade torde den muslimska huvudduken för kvinnor och turbanen för sikhiska män vara. DO har gjort uttalanden rörande dessa.⁹⁵ Uttalandena innebär allmänt taget att arbetstagare (och arbetssökande) har rätt att använda dessa klädesplagg om inte särskilda, sakligt godtagbara, skäl talar emot detta.

Som framgått ovan finns några avgöranden rörande Europakonventionen där klädesplagg aktualiserats, främst turbanmålet (B2)

⁹⁴ Jfr dock not 82 ovan.

⁹⁵ Beträffande huvudduk kan hänvisas till uttalande 1999-10-14, Dnr 697-98, och skrivelse 1999-09-02, Dnr 834-98, till Arbetsdomstolen i mål 1999:84. Beträffande turban hänvisas till uttalande 1986-12-19, Dnr 213/86. Uttalandena bygger dock inte på en rättslig analys av religionsfriheten enligt Europakonventionen. Det förekommer påståenden i dessa uttalanden som saknar stöd i praxis rörande Konventionen, se till exempel uttalandet 1999-10-14, dnr 697-98, rörande huvudduk/slöja. Som denna uppsats visar är den rättsliga situationen i själva verket närmast den att religiöst präglade kläder som upplevs som religiösa manifestationer kan förbjudas.

och Karaduman (B7, huvudduk). I fallet Karaduman fungerade klädesplagget som ett påtryckningsmedel och ett uttryck för en åsikt som avvek från en officiell åsikt vid den institution där klädesplagget skulle bäras. Det kan därför tyckas att Karaduman inte kan tas till intäkt för vad som skall anses gälla enligt Europakonventionen när det aktuella klädesplagget inte i sig innebär ett ställningstagande emot ett legitimt motstående intresse av likaledes hög valör. En sådan ståndpunkt torde dock inte vara hållbar. I varje situation kan mot en enskilds positiva religionsfrihet ställas andras negativa religionsfrihet. Detta innebär att det egentligen knappast finns situationer då ett legitimt motstående intresse av likaledes hög valör saknas.⁹⁶

Klädfrågan kan emellertid sättas in i ett arbetsrättsligt perspektiv i Sverige. Rättsregler saknas för arbetslivet i allmänhet om arbetstagares klädsel. Regler i lag eller kollektivavtal finns inte annat än avseende skyldighet att bära skyddsutrustning (2:7 Arbetsmiljölagen) och i vissa yrken att bära kläder av särskilt slag, till exempel uniform, samt vem som skall tillhandahålla kläderna och vem som skall betala för dem. Arbetstagares utseende och uppträdande på arbetsplatser faller visserligen delvis under arbetsgivares arbetsledningsrätt, till exempel krav på viss klädsel inom serviceyrken såsom hotellreceptionist eller serveringspersonal. I det stora hela har arbetstagare emellertid frihet att klä sig efter tycke och smak. Klädsel faller i huvudsak inom den privata sfären.

Anvisningar av arbetsgivare rörande klädsel är av detta skäl förmodligen ofta stridande mot god sed på arbetsmarknaden. Detta gäller båda vad som får bäras och vad som inte får bäras. För att inte vara stridande mot god sed torde vanligen fordras att arbetsgivaren kan visa objektiva skäl. I den mån sådana saknas har arbetstagaren frihet.

Beträffande huvudduk och turban kan för övrigt anföras att de rentav framstår som lämpliga som en del av arbetsklädseln. De är hygieniska. Det är inte ovanligt att klädesplagg som liknar dessa bärs utan religiösa motiv antingen av tradition eller av hygieniska skäl, till exempel kockmössor inom restaurangbranschen eller hårnät inom livsmedelsproduktion.

⁹⁶ Det förutsätts att bärandet av huvudduken faller inom tillämpningsområdet för artikel 9(1). Jfr kommentaren till Karaduman och avsnitt 9.3.2 inledningsvis.

Till den personliga utsmyckningen hör även olika former av sminkning (makeup). Denna har sällan religiös innebörd bland västerländska kvinnor. I till exempel den hinduiska traditionen är saken emellertid annorlunda. Markeringar, särskilt på pannan, har ofta religiös innebörd. Sådana markeringar är emellertid inte mera uppseendeväckande i sig än annan sminkning som många kvinnor har som en självklarhet även på arbetsplatsen.

Den sedan länge föreliggande arbetsrättsliga situationen i Sverige innebär sålunda att arbetstagare kan välja kläder, klädesplagg och personlig utsmyckning i tämligen stor utsträckning efter eget tycke. Detta kan tänkas även gälla kläder, klädesplagg eller utsmyckning som har – eller kan uppfattas ha – religiös innebörd, till exempel ett kors, den muslimska huvudduken för kvinnor eller turbanen för sikher.⁹⁷

Är även religiöst präglad klädsel i huvudsak är en privatsak? Svaret måste bli att praxis rörande Europakonventionen visar att så inte är fallet. Visserligen skyddas den positiva religionsfriheten. Det gör emellertid även den negativa. Mot en enskilds önskan att manifesteras sin religion kan till exempel alltid andras önskan att slippa bli utsatta för den religiösa manifestationen ställas.

Som illustration kan hänvisas till följande situation. I Tyskland har ett fall med en lärarinna med afghanskt ursprung, Ferestha Ludin, tilldragit sig enorm uppmärksamhet i flera år.⁹⁸ Ludin sökte, men nekades, anställning som lärare i delstaten Baden-Württemberg i en offentlig skola. Hon begärde nämligen att få bära en muslimsk huvudduk i skolan. Detta förvägrades henne, först av skolmyndigheten och i april 2000 vid rättslig prövning av en federal förvaltningsdomstol i Stuttgart (vars avgörande fastställdes av en överinstans i Mannheim). Ludin hävdade att hon utövade den i författ-

⁹⁷ I de svenska «turbanmålen» (D1 och D2) synes situationen ha varit tämligen klar. De argument som arbetsgivarna anförde för att inte tillåta bärandet av turban hade främst karaktären av ordningsregler och hänsyn till reaktioner från allmänheten utan samband med negativ religionsfrihet eller verksamhetens behöriga bedrivande. Dessa omständigheter framstår som av underordnad betydelse; se vidare 9.3.1. Jfr i praxis rörande olaga diskriminering enligt 16:9 Brottsbalken till exempel NJA 1976 s 489. En zigenarkvinna hade nekats inträde till en dansrestaurang. Föreståndaren hade «velat undvika att andra gäster skulle reagera mot närvaron av personer, som genom sin klädsel visade att de var zigenare». Detta var inte grund för ansvarsbefrielse.

⁹⁸ Ofantliga mängder material finns på nätet, till exempel via sökmotorn yahoo.de. Det finns mycket material även på engelska, till exempel på sökmotorn yahoo.com.

ningen garanterade religions- och åsiktsfriheten. Domstolen hänvisade till praxis i den tyska författningsdomstolen rörande skyldigheten för det offentliga att iakttä neutralitet i religiösa frågor. Såvitt avser skolor innebär praxis att demonstrativa religiösa manifestationer endast tillåts om frivillighet kan garanteras för alla och om alla kan garanteras att de kan undvika att utsättas för den religiösa manifestationen. Detta är inte möjligt såvitt avser en lärare ty eleverna skall fortlöpande titta på läraren. Ett krucifix på en vägg kan däremot tillåtas om eleverna inte måste titta på det. I ett tal vid den 94:e «Deutschen Katholikentag» den 31 maj 2000 kommenterade presidenten i den tyska Förbundsdagen domen. Han menade att den var riktig. Det finns situationer då en lösning på interkulturella konflikter endast kan nås genom att någon sida får ge efter.⁹⁹ Samtidigt pekade han på att i Hamburg kort tid innan anställdes en lärare som bar huvudduk. Efter domen flyttade Ludin till Berlin. Där upprepades händelseförloppet. I juli 2002 kom en federal förvaltningsdomstol i Berlin till samma resultat som domstolarna i Baden-Württemberg.

Det är tydligt att de tyska domstolarnas ställningstagande ligger helt i linje med Europadomstolens avgöranden, främst fallet Karaduman (B7, huvudduk). För svenskt vidkommande kan det inte hävdas att den arbetsrättsliga situationen har företräde framför den religionsfrihetsrättsliga. Motsatsen är fallet eftersom religionsfriheten är grundlagsfäst och sålunda har högre dignitet i normhierarkin. Slutsatsen blir sålunda att kläder som kan uppfattas som religiösa manifestationer kan förbjudas. Detta måste gälla även i privat anställning eftersom religionsfriheten omfattar även privat tjänst.

Innebär det att också kors som bärs som utsmyckning kan förbjudas? Svaret torde vara att de i princip har förlorat sitt religiösa innehåll. De kan därför bäras. Undantag kan tänkas om korset till utformning kommer att få prägel av en religiös manifestation.

Arbetsuppgifter kan vara motbjudande för arbetstagare av religiösa skäl. Arbetstagare kan vilja avstå från att utföra eller delta i vissa arbetsuppgifter. Som exempel kan pekas på operationer av olika slag, till exempel abort, eller undervisning, till exempel om universums uppkomst. Arbetstagare kan vägra att ta befattning med vissa produkter, till exempel preventivmedel.

⁹⁹ Fallet Ludin «zeigt, dass solche interkulturell bedingte Konflikte mitunter nur um den Preis der Aufgabe bestimmter kultureller Eigenheiten der einen oder anderen Seite gelöst werden können». Talet finns på nätet, sökning den 8 juli 2002 (www.bundestag.de/aktuell/presse/2000/pz_000531.html).

I praxis rörande Europakonventionen finns endast en situation som direkt berör arbetsskyldigheten, nämligen präster i en statskyrka (B1 och senare domar rörande präst i en statskyrka; se not till målet B1). I dessa mål kunde präster inte med framgång anförda religiösa bevekelse för att utföra sitt arbete på det sätt de önskade. Anställda i en statskyrka «are employed for the purpose of applying and teaching a specific religion. Their individual freedom of thought, conscience or religion is exercised at the moment they accept or refuse employment as clergymen.» Prästmän kan lämna kyrkan, «and their right to leave the church guarantees their freedom of religion in case they oppose its teachings».

Domskälen i B1 är påtagligt kategoriska. Detta är inte förvånande eftersom det rör sig om en arbetsgivare som har till uppgift att förmedla ett bestämt budskap. De flesta arbetsgivare har inte det. Inte desto mindre låter sig domskälen tillämpa på vilken typ av arbete som helst. Återigen är situationen den att en person som godtar anställning på en arbetsplats i princip måste följa arbetsordningen där. Trots de speciella omständigheterna i fallen leder dess fram till följande generella slutsats. En person som vet att han/hon inte vill utföra vissa arbetsuppgifter skall i princip antingen inte ta anställning eller förhandla till sig regler anpassade för den egna religionsutövningen.

En sådan ståndpunkt måste emellertid modifieras med hänsyn till skyldigheten att vidta positiva åtgärder för att underlätta för arbetstagare att utöva sin religion. Praxis medger inget svar på frågan hur långt denna skyldighet sträcker sig. Uppenbarligen kan en arbetstagare inte påräkna anpassning som innebär att anställningsavtalet får en annan inriktning än avsett. Kanske kan den mätsticka som användes i fallet B4, den muslimske läraren, tjäna som vägledning. Om arbetstagarens önskemål inte leder till «serious problems» borde de i princip beaktas.

En sådan ordning skulle emellertid innebära något nytt. Den allmänna arbetsrättsliga regleringen innebär att arbetstagare har en vidsträckt arbetsskyldighet inom ramen för anställningsavtalet (29:29-principerna). I princip är arbetstagare skyldiga att utföra alla arbetsuppgifter som faller inom det tillämpliga kollektivavtalet och den egna kompetensen. Arbetsgivare har vidare arbetsledningsrätt. Den innefattar rätt att fortlöpande tilldela arbetstagare arbetsuppgifter

inom ramen för arbetskyldigheten. Under förutsättning att den avtalslutande fackföreningen inte ingripit genom att utöva tolkningsföreträde enligt 34 § Medbestämmandelagen, kan arbetstagare inte vägra att ställa sig arbetsgivarens order till efterrättelse så länge denna ges i god tro beträffande arbetskyldighetens omfattning och inte strider mot lag eller goda seder på arbetsmarknaden (jfr målet D1). Anvisning att utföra arbetsuppgifter som normalt förekommer på arbetsplatsen strider dock inte mot god sed. Det strider heller inte mot god sed att beordras utföra arbetet i enlighet med vad som anses vetenskapligt beprövat. Arbetsvägran under sådana omständigheter utgör i princip saklig grund för uppsägning. Religiösa betänkligheter utgör som huvudregel ingen ursäkt enligt de klassiska reglerna. Utrymmet för arbetstagare att med hänvisning till kravet på god sed undandra sig vissa arbetsuppgifter skulle därför vara ytterst ringa.

Situationen synes sålunda skilja sig radikalt från situationen avseende kläder, klädesplagg och personlig utsmyckning. Det skall dock beaktas att situationen skiljer sig radikalt även i ett annat avseende. Mot en arbetstagares önskan att av religiösa skäl ej utföra vissa arbetsuppgifter kan inte ställas ett motstående intresse av samma dignitet. Varken arbetsgivaren, övriga anställda eller andra eventuellt berörda intressenter, till exempel patienter, kan anföra ett negativt religionsfrihetsintresse som motargument. Det förhållandet att det motstående intresset har lägre dignitet måste rimligen tillmätas avsevärd betydelse. Ett resonemang av det slag som fördes av tingsrätten i «turbanmålet» D2 synes här kunna tillämpas i betydligt större omfattning än i en situation som avser religiöst präglade manifestationer som andra inte kan undgå att observera. Man kan mena att principen i fallet med den muslimske läraren (B4) att arbetstagares önskemål bör tillgodoses om detta kan ske utan att «serious problems» bör vara vägledande för vad som skall anses vara god sed.

ID-handlingar förekommer i och utanför arbetslivet. Arbetstagare kan vilja bli fotograferade på visst sätt, till exempel med eller utan visst klädesplagg. I Karaduman (B7) behandlades en sådan situation. En kvinnlig studerandes önskan att bära huvudduk på fotot på ett examensbevis avslogs och detta avslag godtogs av Europakommissionen. Avgörandet är dock starkt kasuistiskt. Det avser Turkiet där den muslimska fundamentalismen bekämpas som en del

av landets grundläggande struktur. Vad skall anses gälla när omständigheterna är mindre särpräglade, till exempel på en svensk arbetsplats?

Först kan några anteckningar göras om svenska ID-handlingar i allmänhet. Beträffande pass har Rikspolisstyrelsen den 19 februari 2001 beslutat om föreskrifter och allmänna råd om passhantering vid polismyndigheterna.¹⁰⁰ I 1 kap 2 § föreskrivs följande: «Huvudbonad eller liknande får inte bäras. Undantag ... får medges av religiösa eller andra särskilda skäl. I ett sådant fall behöver inte heller kravet på att ett öra skall synas tydligt vara uppfyllt.» Som allmänt råd anges följande: «Om en sökande åberopar religiösa eller andra särskilda skäl, behöver skälen inte styrkas.»

Beträffande privat utfärdade ID-handlingar framlade ITS (Informationstekniska standardiseringen) den 20 november 2001 ett förslag till identitetskort av typen ID-1, identitetskort till allmänheten.¹⁰¹ Det heter i Moment 7.1.3 följande: «Huvudbonad eller liknande skall inte bäras. Undantag ... får medges av religiösa eller andra särskilda skäl. I sådana fall behöver inte kravet på att ett öra skall synas vara uppfyllt.» DO, som beretts tillfälle att yttra sig över förslaget, anförde den 16 januari 2002 följande: «DO har i huvudsak inget att erinra mot förslaget. Det kan dock vara lämpligt att det framgår att den religiösa tillhörigheten inte behöver styrkas genom intyg.»

Den rättsliga bakgrunden i Sverige synes vara denna. Arbetsgivare kan i kraft av arbetsledningsrätten kräva personallegitimation och ge anvisningar om hur denna skall utformas. Här, liksom eljest, begränsas arbetsgivarens handlingsfrihet av kravet på att arbetsledning skall utövas i enlighet med god sed. Arbetstagare är inte skyldiga att lyda en order som är påtagligt omoralisk eller eljest stötande för «den goda smaken».¹⁰² Hittills har religiösa betänkligheter inte förekommit i praktiken i detta sammanhang. En ny situation har emellertid uppstått. Det är tydligt att regler rörande pass och andra allmänt använda ID-handlingar påverkar bedömningen av vad som är god sed i arbetslivet såvitt avser personallegitimation. Det torde därför vara rimligt att hävda att det som en utgångspunkt strider mot god

¹⁰⁰ Rikspolisstyrelsens författningssamling. RPSFS 2001:3, FAP 530-1.

¹⁰¹ ITS' remiss nr 2637 (2001).

¹⁰² Fahlebeck, Praktisk arbetsrätt, avsnitt 10.3.

sed att kräva ID-foton som är utformade på ett sätt som strider mot den enskildes religiösa övertygelse eftersom motsvarande krav inte ställs för pass eller andra ID-handlingar. Arbetsgivare som har sakligt godtagbara skäl måste dock få gehör för dessa.

Arbetstagare kan vilja ha *ledighet* för att delta i religiösa sammankomster. Det svenska arbetslivet är såvitt avser arbetstiden anpassat till den kristna religionen. Söndagar är arbetsfria dagar för de flesta arbetstagare och nära nog alla de viktigaste religiösa högtiderna under kyrkoåret har gjorts till arbetsfria helgdagar. Inget motsvarande finns för andra än kristna trosbekännare.

Som framgår av målet B4 kan Europakonventionen inte åberopas som stöd för en ovillkorlig rätt att få sina önskemål om ledighet för religionsutövning tillgodosedda. Anställningsavtalet med dess konsekvenser för bland annat möjligheterna att avlägsna sig från arbetsplatsen gäller. Samtidigt visar just målet B4 på ett särskilt tydligt sätt att arbetsgivare har positiva förpliktelser att tillmötesgå arbetstagares önskemål. Så hade i stor utsträckning också skett i fallet B4. I vart fall då «serious problems» uppstår i arbetets behöriga bedrivande har skyldigheten dock nått sin borte gräns.

Arbetsrättsliga regler i Sverige ger inte arbetstagare rätt till ledighet från arbetet för att bevista religiösa manifestationer. Många kollektivavtal innehåller emellertid regler om permission. Härmed förstås frånvaro från arbetet för något angivet skäl. Vanligen är rätten till frånvaro inte absolut utan beroende av hänsyn till arbetets behöriga gång. I de kollektivavtal som finns i Sverige rörande permission utgör deltagande i religiösa manifestationer inte skäl till permission. Detta speglar det förhållandet att arbetslivet är anpassat till den kristna religionen och något påtagligt behov av särskilda ledighetsregler har därför inte förelegat. Invandringen har ändrat på detta.¹⁰³

Praxis rörande Europakonventionen innebär att arbetsledning skall utövas så att arbetstagares önskemål om ledighet för religionsutövning beaktas. Detta gäller oavsett om det finns stöd härför i regler om permission. Hänvisning kan också ske till rekommendationen 1999 från Europarådet som citeras i Appendix 1. Den hänvisar uttryckligen till «holy days». Det svenska lagförslaget 2002

¹⁰³ Jfr dock not 82 ovan.

om flexibel arbetstid kan ses som ett bidrag till beaktande av religionsutövning (se om lagförslaget avsnitt 11, slutet).

Här, liksom beträffande arbetsuppgifter, skall vidare beaktas att mot en arbetstagares önskan att av religiösa skäl vara frånvarande viss bestämd tid inte kan ställas ett motstående intresse av samma dignitet. Varken arbetsgivaren, övriga anställda eller andra eventuellt berörda intressenter, till exempel elever, kan anföra ett negativt religionsfrihetsintresse som motargument. Det förhållandet att det motstående intresset har lägre dignitet måste rimligen tillmätas avsevärd betydelse. Ett resonemang av det slag som fördes av tingsrätten i «turbanmålet» D2 synes därför även här kunna tillämpas i betydligt större omfattning än i en situation som avser religiöst präglade manifestationer som andra inte kan undgå att observera. Principen i fallet med den muslimske läraren (B4) att arbetstagares önskemål bör tillgodoses om detta kan ske utan «serious problems» är bindande i Sverige. Den synes böra vara vägledande för vad som skall anses vara god sed.

Sammanfattningsvis visar resonemangen i detta avsnitt att det endast finns svagt stöd i praxis rörande Europakonventionen för arbetstagares religiösa önskemål i vardagliga situationer i arbetslivet. Samtidigt finns en skyldighet att underlätta arbetstagares religionsutövning med positiva åtgärder. Som har konstaterats flerstädes (t ex avsnitt 9.1) torde denna skyldighet vara situationsbetingad. Den är avhängig av bland annat om motstående intressen finns. Ju mindre motstående intressen som finns desto större hänsyn skall tas till den enskildes religiösa intressen. Särskilt den negativa religionsfriheten sätter dock mycket snabbt gränser. I den svenska miljön där religiös indifferens är en realitet får skyldigheten större omfattning. Som konstaterades avslutningsvis i avsnitt 12 finns det anledning att hävda att arbetsgivares skyldigheter att beakta arbetstagares önskemål sträcker sig tämligen långt vid tillämpning av den överordnade skyldigheten att utöva arbetsledningen i enlighet med god sed. Som likaledes konstaterades kan emellertid motstående intressen snabbt uppkomma. Erfarenheten visar att även i sig obetydliga klädesplagg, som till exempel en huvudduk, kan väcka starka känslor. Hänsynen till den negativa religionsfriheten kan då leda till förbud mot religiösa manifestationer.

14 Slutord

Religionen är en stark drivkraft i mänskligt liv. Artikel 9 i Europakonventionen skyddar religionsfrihet och religionsutövning. Den undantar inte arbetsplatser. Med hänsyn till detta hade man kunnat förvänta sig att en omfattande praxis vuxit fram rörande religionsfriheten på arbetsplatserna. Så är dock inte fallet. Praxis är påfallande mager.

Det överordnade intrycket av praxis rörande Europakonventionen är att religionsfriheten i arbetslivet intar en mycket blygsam position. Den inre kärnan, själva tros- och åsiktsfriheten, är hård. Detta innebär att människors trosuppfattning, eller frånvaro av trosuppfattning, i princip inte kan tillåtas påverka arbetsgivarens (eller annan motparts) handlande.

Det är emellertid tydligt att det yttre skalet är påtagligt poröst. Skyddet för religiösa manifestationer i arbetslivet är mycket blygsamt, nästan obefintligt. EG-rätten synes inte en något mera positiv attityd.

Lagstiftning med skydd mot religiös diskriminering måste bygga på religionsfrihetsbegreppet i Europakonventionen. Lagstiftning kan inte utvidga detta annat än möjligen marginellt.

Praxis rörande Europakonventionen är emellertid i hög grad kasuistisk och situationsbetingad. Flera fall rör Grekland och Turkiet. Där är miljön i religiöst avseende mycket annorlunda än i de nordiska länderna. Religiösa manifestationer är ofta ytterst känsliga. Så är inte fallet i de nordiska länderna. Religiös indifferens råder i stor utsträckning. Detta innebär att utrymmet för att tillåta religiösa manifestationer i arbetslivet, till exempel klädesplagg som huvudduk eller turban, framstår som avsevärt mycket större än i de länder som praxis rörande Europakonventionen främst berör. Praxis innebär vidare att positiva åtgärder för att främja religiös utövning godtas och uppmuntras i viss grad. För nordiskt vidkommande synes därför situationen vara den att hänsyn till religiös övertygelse i ganska långtgående grad kan och bör vara en del vad som skall anses utgöra god sed på arbetsmarknaden. Det synes rimligt att säga att i den sekulariserade, religiöst indifferent, miljö som råder i Norden det finns ett relativt stort utrymme att följa uppmaningen «ora et labora»!

*Appendix 1**Utdrag ur:**Council of Europe, Parliamentary Assembly,
Religion and Democracy, Recommendation 1396 (1999)*

«... (4) It is not up to the politicians to decide on religious matters. As for religions, they must not try to take the place of democracy or grasp political power; they must respect the definition of human rights, contained in the Convention on Human Rights, and the rule of law.

(5) Democracy and religion need not be incompatible: quite the opposite. Democracy has proved to be the best framework for freedom of conscience, the exercise of faith and religious pluralism. For its part, religion, through its moral and ethical commitment, the values it upholds, its critical approach and its cultural expression, can be a valid partner of democratic society.

(6) Democratic states, whether secular or linked to a religion, must allow all religions that abide by the conditions set out in the European Convention on Human Rights to develop under the same conditions, and enable them to find an appropriate place in society...

(9) Religious extremism that encourages intolerance, prejudice and/or violence is also a symptom of a sick society and poses a threat to a democratic society. As it compromises public order, it must be fought with those means in conformity with the rule of law, and as it is an expression of a social malaise, it can only be combated if the authorities tackle society's real problems...

(13) The Assembly consequently recommends that the Committee of Ministers invite the governments of the member states:

i. to guarantee freedom of conscience and religious expression within the conditions set out in the European Convention on Human Rights for all citizens and, in particular, to

a. safeguard religious pluralism by allowing all religions to develop in identical conditions;

b. facilitate, within the limits set out in Article 9 of the European Convention on Human Rights, the observation of religious rites and customs, for example with regard to marriage, dress, holy days (with scope for adjusting leave) and military service...

- iv. to promote the cultural and social expression of religions and, in particular, to...
- c. safeguard cultural traditions and different cultural traditions.»