



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Maria Refors Legge

Religionsfrihet, skolplikt & diskriminering
i den obligatoriska grundskolan

Särtryck ur häfte 1/2018

Nummer 1/2018

RELIGIONSFRIHET, SKOLPLIKT & DISKRIMINERING I DEN OBLIGATORISKA GRUNDSKOLAN

Av Maria Refors Legge¹

Religionens roll och plats i skolan är en ofta återkommande fråga inom svensk utbildningsrätt. Det är ett ämne som berör både mänskliga fri- och rättigheter samt föreställningar om det moderna, sekulära samhället. När det gäller den obligatoriska grundskolan uppstår det ibland konflikter mellan individens religiösa åskådning och skolplikten, något som i slutändan kan aktualisera frågor om diskriminering, möjligheten att underkänna elever som inte fullgör betygsgrundande moment inom utbildningen samt proportionalitetsprincipen. Detta komplicerade förhållande mellan religionsfriheten, skolplikten och diskrimineringslagen är vad som kommer att granskas i denna artikel.

I. INLEDNING

När lärarstudenter på Stockholms universitet diskuterar religionsfriheten sker detta nästan alltid med skolplikten och diskrimineringslagens (2008:567) [DiskrL] bestämmelser om direkt eller indirekt diskriminering som bakgrund. Diskussionen brukar dessutom nästan alltid cirkulera runt samma tema, nämligen om en elev med hänvisning till sin religion kan undantas från obligatoriska moment i skolan, alternativt om elevens vårdnadshavare kan undanta honom eller henne från undervisningsmoment som inte stämmer överens med vårdnadshavarnas och/eller elevens religiösa övertygelse.

Religionsfrihetens förhållande till skolplikten har tidigare behandlats av bland andra Hedvig Bernitz, Wiweka Warnling-Nerep och Victoria Enkvist, så spänningsproblematiken mellan dessa två rättsliga institutioner är redan belyst och diskuterad ur olika vinklar.² Avsikten med detta bidrag är dock inte att i slutändan fokusera på förhållandet mellan religionsfriheten och skolplikten utan att särskilt fokusera på vad som skulle kunna kallas för en tredje dimension

¹ Doktorand i offentlig rätt med inriktning mot utbildningsrätt vid Stockholms universitet.

² Se Bernitz, Hedvig, *Dispens från den svenska skolplikten av religiösa skäl*, Cederborg, Ann-Christin & Warnling-Nerep, Wiweka [red.], *Barnrätt – en antologi*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014; Bernitz, Hedvig, *En icke-konfessionell skola – Ett förbud mot ensidig påverkan och indoktrinering*, Juridisk Tidskrift, nr. 3, 2016/17; Bernitz, Hedvig & Warnling-Nerep, Wiweka, *Den svenska skolan med dess värdegrund: för- och nackdelar*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, nr. 1, 2016; Enkvist, Victoria, *Religionsfrihetens rättsliga ramar*, lustus förlag, Uppsala, 2013, s. 217 ff. och Warnling-Nerep, Wiweka m.fl., *Lärare & elev – rättsliga aspekter och etiska dilemman*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

av problematiken, nämligen diskrimineringslagens förbud mot direkt och indirekt diskriminering.³ Detta beslut grundar sig i det faktum att diskrimineringslagens bestämmelser gör sig påtagligt påmind i skolans värld då ett brott mot dessa kan leda till reella sanktioner mot skolornas huvudmän, exempelvis vite (DiskrL 4 kap. 4 §) och diskrimineringsersättning (DiskrL 5 kap. 1 §).

Ett av de vanligaste scenariorna som studenterna ofta vrider och vänder på inom ramen för kursen i etik och juridik på lärarutbildningen brukar ställas upp på följande vis: en elev som går i årskurs sex vill inte delta i simundervisningen eftersom det enligt eleven och elevens vårdnadshavare skulle gå emot deras religion. Har eleven i detta scenario, med hänvisning till religionsfriheten, rätt att strunta i simlektionen och oaktat svaret på denna fråga, kan idrottsläraren underkänna eleven utan att det kommer i konflikt med diskrimineringslagen? I ljuset av dessa problemformuleringar som kan tänkas uppstå i skolans faktiska verksamhet har jag för avsikt att analysera frågan om en skola som inte beaktar religionsfriheten i vissa situationer, till förmån för skolplikten, kan fällas till ansvar med hjälp av diskrimineringslagens bestämmelser om exempelvis vite eller diskrimineringsersättning.

2. RELIGIONSFRIHETEN OCH SKOLAN

Religionsfriheten som framgår av regeringsformen [RF] innebär att var och en ska ha friheten att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion (RF 2 kap. 1 § pt. 6). Detta är en av de så kallade absoluta fri- och rättigheterna eftersom den inte kan inskränkas medelst lag (RF 2 kap. 20 § e contrario) utan enbart genom att en ändring görs i grundlagen, något som ställer krav på att två överensstämmande riksdagsbeslut fattas med ett mellanliggande riksdagsval (RF 8 kap. 14 §).⁴ Som poängteras tidigare av ett antal författare, bland annat Bernitz, Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Enkvist, är dock kategoriseringen av religionsfriheten som *absolut* långt ifrån oproblematisk då definitionen av religionsutövning är både flytande och mycket känslig.⁵ En alldeles för bred tolkning av begreppet skulle kunna leda till orimliga resultat i ena riktningen, exempelvis att en person som dödar någon annan

3 Även denna aspekt har uppmärksammats tidigare inom doktrinen, se bl.a. Enkvist, 2013, s. 222 ff. och Bernitz & Warnling-Nerep, 2016.

4 Se Warnling-Nerep, Wiweka, m.fl., *Statsrättens grunder*, u. 5, Wolters Kluwer, Stockholm, 2015, s. 188 ff.

5 Se Warnling-Nerep, m.fl., 2015, s. 190; Bernitz, 2014, s. 88 f.; Lagerqvist Veloz Roca, Annika, *Är religions- och yttrandefriheten på kollisionkurs mot hets- och diskrimineringsförbuden i RF och BrB?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, nr. 3, 2005, s. 307 ff. och Enkvist, 2013, s. 86 ff.

i sin religions namn inte skulle kunna dömas för mord, medan en alldeles för snäv tolkning skulle kunna leda till orimliga resultat i andra riktningen, så att skyddet för religionsutövning blir verkningslöst.

I doktrin och praxis verkar det dock råda en viss konsensus kring att begreppet religionsutövning bör tolkas snävt snarare än brett.⁶ Warnling-Nerep m.fl. anför bland annat att skyddet i RF 2 kap. 1 § primärt skyddar den enskilde från direkt förföljelse och ”först om något kan påvisas utgöra en ’direkt förföljelse’ – utan annat legitimt syfte”⁷ finns det anledning att betrakta handlandet som en kränkning av religionsfriheten. I sin avhandling på ämnet *Religionsfrihetens rättsliga ramar* drar även Enkvist slutsatsen att religionsfriheten aldrig har omfattat rätten att under alla omständigheter få utöva sin religion. Enkvist kommer också till slutsatsen att religionsfriheten ”numera är underordnad värden som demokrati och jämställdhet”⁸ och om en religiös handling strider mot dessa grundläggande värden så skyddas den inte av religionsfriheten. En annan gränsdragningsproblematik som ofta diskuteras i religionsfrihetssammanhang är förhållandet mellan företeelser vilka ska betraktas som religionsutövning, och alltså skyddas enligt RF 2 kap. 1 § pt. 6, och företeelser som bör betraktas som uttryck för kulturell eller traditionell yttrandefrihet, och istället skyddas av RF 2 kap. 1 § pt. 1–5, vilka är rättigheter som kan begränsas enligt RF 2 kap. 20 §.

Religionsfriheten i Sverige garanteras dock inte enbart av den svenska grundlagen utan kommer även till uttryck i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [Europakonventionen] art. 9. Religionsfriheten som den uttrycks i regeringsformen har tydliga likheter med formuleringen i Europakonventionens art. 9 där var och en garanteras en rätt till religionsfrihet, vilken innefattar en frihet att byta religion eller tro samt en frihet att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning, sedvänjor och ritualer. Som Enkvist poängterar i sin avhandling är dock regleringen i Europakonventionen art. 9 av en annan karaktär än bestämmelsen i RF 2 kap. 1 § pt. 6 eftersom:

”den är relativ i motsats till grundlagsregleringen och dess, åtminstone i teorin, absoluta utformning. En annan skillnad mellan 2 kap. 1 § första stycket p. 6 RF och artikel 9 i EKMR är att betydelsen och förståelsen av konventionsregleringen, i motsats

6 Se exv. NJA 2005 s. 805; Warnling-Nerep, m.fl., 2015, s. 190 ff. och Bernitz, 2014, s. 89.

7 Warnling-Nerep m.fl., 2015, s. 190 ff.

8 Enkvist, 2013, s. 261.

till grundlagsregleringen, hela tiden utvecklas. Utvecklingen sker genom Europadomstolens praxis och konventionens till viss del dynamiska karaktär.⁹

Religionsfriheten i Europakonventionen är förknippad med en vidare tolkningsmarginal än religionsfriheten i regeringsformen, varför mycket pekar på att RF 2 kap. 1 § pt. 6 skulle få företräde vid en bedömning i domstol.¹⁰ Som belysts av Enkvist ovan utvecklas dock innebörden av Europakonventionens skydd för religionsfriheten genom att mål från olika länder tas vidare till Europadomstolen. Tolkningen av rättigheten i Sverige blir då beroende av rättsutvecklingen som sker genom Europadomstolens avgöranden i dessa mål.¹¹

3. SKOLPLIKT

I en skolkontext diskuteras religionsfriheten, som nämndes ovan, ofta som en direkt kontrast till skolplikten. Denna diskussion kan ta sig uttryck i form av frågor gällande närvarokrav på lektioner i evolutionslära inom ramen för naturvetenskapen, möjligheten till hemundervisning för religiösa elever,¹² deltagande i sim- eller danslektioner,¹³ samt högtidsfirande som lucia och skolavslutningar i kyrkan.¹⁴ Spänningsproblematiken uppstår alltså mellan elevernas skyldighet att infinna sig i skolan samt deras och/eller vårdnadshavarnas tolkning av olika religiösa påbud eller traditioner.

Skolplikten är tveeggad på så vis att den både är en *rättighet* enligt bland annat RF 2 kap. 18 §, Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter [Barnkonventionen] art. 28 och FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna art. 26 samt en *skyldighet* enligt skollagen (2010:800) [Skoll] 7 kap. Som påpekat av Bernitz i *Barnrätt – en antologi* har rätten till utbildning ett svagt grundlagsskydd och dess innebörd bestäms därför i första hand av andra författningar och främst av skollagen.¹⁵

Enligt Skoll 7 kap. 2, 10 och 12 §§ måste alla barn som är bosatta i Sverige fullgöra sin skolplikt från och med höstterminen det år de fyller sex år fram till

9 Enkvist, 2013, s. 85.

10 Se SOU 1993:40 del A, s. 25; Enkvist, 2013, s. 261 f. och Bernitz, 2014, s. 90.

11 Se Bernitz, 2014, s. 90 och Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. 1493-12, 2013-07-04.

12 Se HFD 2013 ref. 49; jfr. Bernitz & Warnling-Nerep, 2016, s. 54 f.

13 Se Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. 1493-12, 2013-07-04 och Skolinspektionen, dnr. 42-2014:4698.

14 Skolinspektionen, dnr. 2010:3843; Skolinspektionen, dnr. 2012:5103 och Skolinspektionen, dnr. 2010:166.

15 Se Bernitz, 2014, s. 87.

dess att de gått klart grundskolan vid vårterminens slut det tionde skolåret.¹⁶ Av SkoL 7 kap. 17 § st. 1 framgår det att en elev i grundskolan fullgör sin skolplikt genom att delta i den verksamhet som anordnas för att ge den avsedda utbildningen, om eleven inte har giltigt skäl att utebli. Möjligheten att undantas från närvarokravet vid obligatoriska utbildningsmoment i grundskolan är dock mycket liten då det enligt SkoL 7 kap. 19 § ställs krav på synnerliga skäl. I 1985 års skollag angavs sjukdom som ett exempel på ett giltigt skäl att utebli och andra giltiga skäl skulle kunna vara enstaka händelser som begravningar eller läkarbesök.

3.1 KONSEKVENSER AV BRISTANDE NÄRVARO – VITESFÖRELÄGGANDE

För det fallet att en elev inte närvarar vid de obligatoriska utbildningsmomenten i grundskolan och heller inte beviljas befrielse från dem i enlighet med SkoL 7 kap. 19 § ska rektorn se till att elevens vårdnadshavare samma dag informeras om att eleven har varit frånvarande, då det är vårdnadshavarna som enligt SkoL 7 kap. 20 § är ansvariga för att eleven fullgör sin skolplikt. Om vårdnadshavarna inte uppfyller denna skyldighet kan de enligt SkoL 7 kap. 23 § föreläggas att betala vite. Denna bestämmelse är dock främst inriktad på fall då en elev inte går i skolan överhuvudtaget, vilket indikeras av lagmotiven från 1985 där det bland annat framgår att ett vitesföreläggande från kommunens sida enbart kan komma på fråga om en elev har en betydande frånvaro från obligatoriska moment.¹⁷

3.2 KONSEKVENSER AV BRISTANDE NÄRVARO – UTEBLIVET BETYG

Att vårdnadshavarna riskerar vite om deras barn uteblir från obligatorisk undervisning är dock inte den enda påföljden som kan bli ett faktum ifall barnen inte uppfyller sin skolplikt. En annan faktor som gör sig påmind från årskurs sex och uppåt är betygen, då en lärare enligt SkoL 10 kap. 18 § inte ska sätta något betyg på en elevs prestation inom ett visst ämne om underlag saknas för detta. För att en elev ska få betyg i ämnet idrott och hälsa i årskurs sex i grundskolan krävs exempelvis att eleven kan simma 200 meter, varav 50 ska ske i ryggläge, enligt läroplanen för grundskolan, förskoleklassen och fritidshemmet [Lgr11].¹⁸ Om eleven uteblivit från alla simlektioner och som en följd av detta inte kunnat visa att han eller hon kan simma de 200 meter som krävs saknas således betygsunderlag i denna del, vilket leder till att eleven inte kan få något betyg i idrott och hälsa.

¹⁶ Speciella regler gäller dock bl.a. för specialskolan och det finns en möjlighet att börja både senare och tidigare i den obligatoriska grundskolan under vissa omständigheter.

¹⁷ Prop. 1985/86:10, s. 91.

¹⁸ Lgr11 har författningsstatus genom förordningen om läroplan för grundskolan, förskoleklassen och fritidshemmet [SKOLF 2010:37].

4. SKYDD MOT DISKRIMINERING PÅ GRUND AV RELIGION

Det svenska skyddet mot diskriminering bygger på flertalet internationella konventionsåtaganden och är en viktig del i att värna om de mänskliga rättigheterna.¹⁹ Diskrimineringslagen bygger bland annat på internationella överenskommelser såsom Europakonventionen, Barnkonventionen och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.²⁰ Den svenska diskrimineringslagen är dock enbart tillämplig om den som blivit utsatt för en kränkande gärning har blivit föremål för handlingen på grund av att han, hon eller hen tillhör en grupp som tas upp i DiskrL 1 kap. 1 §, vilken innehåller en uppräkningslista av sju diskrimineringsgrunder, varav religion eller annan trosuppfattning är en.²¹ Om en person blivit kränkt på någon annan grund än dessa sju är diskrimineringslagen inte tillämplig.²² Vidare fungerar diskrimineringslagen enbart som skydd inom ett specifikt antal samhällsområden, vilka framgår i DiskrL 2 kap. 1, 5, 9–12, 13, 14, 15 och 17 §§. Utbildning är ett av dessa specifika samhällsområden och regleras i DiskrL 2 kap. 5–8 §§, varför lagens förbud mot diskriminering på religiös grund är tillämpligt i skolan.

Sex av de sju diskrimineringsgrunderna som räknas upp i DiskrL 1 kap. 1 § definieras vidare i DiskrL 1 kap. 5 §. Anmärkningsvärt nog, med tanke på vad som sagts ovan om svårigheten med att definiera begreppen religion och religionsutövning, är just ”religion eller annan trosuppfattning” den enda diskrimineringsgrunden som inte fått en tydligare redogörelse i DiskrL 1 kap. 5 §.²³ De exempel som ändå ges i lagmotiven på vad som innefattas i diskrimineringsgrunden är åskådningar som buddism, ateism och agnosticism medan rasistiska åskådningar eller övertygelser faller utanför diskrimineringsgrundens skyddskrets. Även andra, så kallade etiska, politiska eller filosofiska värderingar och åskådningar som inte har något klart samband med någon religion faller utanför diskrimineringslagens skyddsnet.²⁴

19 SOU 2016:87, s. 77.

20 Prop. 2007/08:95, s. 47 ff. och SOU 2016:87, s. 77 ff.

21 Övriga diskrimineringsgrunder är kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder, se DiskrL 1 kap. 1 §.

22 Övervikt, frisyr och klädstil brukar räknas upp som exempel på kränkningar som människor kan utsättas för, men som inte skyddas av diskrimineringslagen, se prop. 2009/10:165 del 2, s. 693 och prop. 2005/06:38, s. 102 och 136 f.

23 Se prop. 2007/08:95, s. 495. Enligt lagmotiven till diskrimineringslagen beror detta på att Arbetslivsdirektivet (2000/78/EG) som diskrimineringslagen bygger på också förbjuder diskriminering på grund av religion eller annan övertygelse utan att definiera innebörden av begreppet, se prop. 2007/08:95, s. 120 f.

24 Prop. 2007/08:95, s. 121.

Av DiskrL 2 kap. 5 § framgår att den som bedriver verksamhet som avses i skollagen eller annan utbildningsverksamhet (den så kallade utbildningsanordnaren) inte får diskriminera något barn eller någon elev, student eller studerande som deltar i eller söker till verksamheten. Det framgår vidare att anställda och uppdragstagare i verksamheten ska likställas med utbildningsanordnaren när de handlar inom ramen för anställningen eller uppdraget, varför även lärares och rektorers agerande blir relevant i sammanhanget.

I en dom från Kammarrätten i Sundsvall, som meddelades den 4 juli 2013,²⁵ avgjorde kammarrätten frågan om en flicka i den obligatoriska grundskolan kunde befrias från viss undervisning enligt SkoL 7 kap. 19 § med hänvisning till att det stred mot hennes religion att delta i undervisningsmomentet dans, vilket är en del av ämnet idrott och hälsa, enligt Lgr11 avsnitt 4.5. Domen är intressant ur flera aspekter då flickan, genom sina vårdnadshavare, åberopar Europakonventionen och den tillhörande proportionalitetsprincipen. Genom Ulf Bernitz expertyttrande som inhämtats av flickans vårdnadshavare lyfts även frågan om det inte kan utgöra diskriminering enligt DiskrL 2 kap. 5 § eller kränkande behandling enligt SkoL 6 kap. 9 § att inte undanta flickan från det obligatoriska dansmomentet. Bernitz menar i sitt yttrande att det torde utgöra kränkande behandling i strid med skollagen och diskrimineringslagen att en elev tvingas delta i undervisningsmoment som strider mot elevens eller föräldrarnas religiösa övertygelse.²⁶ På grund av diskrimineringslagens ställning som *lex specialis* i förhållande till skollagen är dock min bedömning att det snarare handlar om potentiell direkt eller indirekt diskriminering i enlighet med DiskrL 1 kap. 4 § pt. 1–2 än kränkande behandling i enlighet med SkoL 6 kap. 3 §.

5. ANALYS

I avsnitt två, tre och fyra har de *grundläggande premisserna* för spänningen mellan religionsfriheten, skolplikten och diskrimineringsrätten ställts upp. Nu återstår att applicera dessa aspekter på det problem som introducerades inledningsvis, nämligen: kan en elev utebli från undervisningen i obligatoriska utbildningsmoment och kan en lärare i ett sådant scenario underkänna eleven utan att det blir fråga om diskriminering i diskrimineringslagens mening? För att kunna presentera en någotsånär sammanhängande analys av detta problem behöver svaret delas upp i två nivåer. Den första nivån hanterar elevens möjlighet att

25 Se Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. 1493-12, 2013-07-04.

26 Se Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. 1493-12, 2013-07-04.

undantas från obligatoriska moment i undervisningen med hänvisning till religionsfriheten i både regeringsformen och Europakonventionen medan den andra nivån behandlar frågan om *när* ett agerande från skolans sida i de här frågorna kan betraktas som diskriminering eller inte.

5.1 UNDANTAG FRÅN OBLIGATORISKA MOMENT MED HÄNVISNING TILL RELIGIONSFRIHETEN?

Svaret kan te sig olika beroende på vilket regelverk som ska tillämpas. Religionsfriheten i RF 2 kap. 1 § pt. 6 är, åtminstone i teorin, absolut. Mycket tyder dock på att religionsfriheten ska tolkas snävt och att skyddet endast går att applicera på *utövandet* av en religion, medan *andra religiösa uttryck* snarare ska skyddas som utlopp för exempelvis yttrandefriheten, informationsfriheten, mötesfriheten, demonstrationsfriheten och föreningsfriheten.²⁷ Frågan är då vem det är som äger rätten att bestämma om exempelvis bärandet av slöja, särskild kosthållning och avhållande från att delta i dans- eller sexualundervisning är en form av religionsutövning. Inledningsvis togs exemplet med en elev som inte ville delta i simundervisningen upp som ett exempel där oviljan bottnade i att pojkar och flickor inte borde umgås under sådana omständigheter.²⁸ Om uppdelningen mellan pojkar och flickor på ett sådant vis *inte* kan betraktas som religionsutövning faller invändningen utanför regeringsformens skydd. Om det ska betraktas som religionsutövning är dock RF 2 kap. 1 § pt. 6 tillämplig och en bokstavstrogen tolkning av grundlagen blir således att det skulle strida mot religionsfriheten att *inte* undanta eleven från det aktuella undervisningsmomentet medelst SkoL 7 kap. 19 §. Tolkningen av RF 2 kap. 1 § pt. 6 verkar dock som sagt vara öppen för ett ganska stort mått av pragmatism och i brist på domstolsavgöranden eller förtydliganden från lagstiftaren är det svårt att avgöra hur ett dylikt fall skulle lösas i praktiken.

Om svaret på frågan istället utgår ifrån Europakonventionen art. 9 finns det en stabilare grund att stå på, framförallt då avgöranden från Europadomstolen ger en bättre indikation på hur rättigheten ska tolkas. Religionsfriheten i Europakonventionen art. 9 får dessutom inskränkas medelst lag så länge den begränsning som görs är proportionerlig i sammanhanget. Som nämndes i avsnittet ovan har Kammarrätten i Sundsvall behandlat frågan om möjligheten att undanta en elev från ett obligatoriskt utbildningsmoment i enlighet med

27 Se Enkvist, 2013, s. 121; Bernitz, 2014, s. 89 och Warnling-Nerep m.fl., 2015, s. 190.

28 Wiweka Warnling-Nerep och Hedvig Bernitz har skrivit en artikel med särskilt fokus på just simundervisning i skolan, barnets bästa och religionsfrihet som behandlar denna problematik mer ingående än jag har utrymme att göra inom ramen för denna text. Se Warnling-Nerep, Wiweka & Bernitz, Hedvig, *Kan det vara "barnets bästa" att lära sig simma eller är det tvärtom?*, Svensk Juristtidning, 2017, s. 698-708.

Skoll 7 kap. 19 §. I det aktuella fallet uppgav vårdnadshavarna och eleven religionsfriheten som grund för sin talan om undantag, varför domstolen utgick från Europakonventionen art. 9 med särskilt fokus på proportionalitetsprincipen.²⁹

Kammarrätten fokuserade i det aktuella fallet på att momentet dans, vilket var vad flickan och hennes vårdnadshavare motsatte sig, skulle viktas mot flickan och hennes vårdnadshavares religiösa övertygelse. Domstolen fann i denna avvägning att momentet dans endast var en del av idrottsundervisningen och att syftet som det uttrycks i läroplanen, att träna motorik och rörelse till musik, kunde uppnås på andra sätt. Detta konstaterande ledde domstolen till slutsatsen att de synnerliga skäl, som är kravet för att undantag från utbildningsmoment ska beviljas enligt Skoll 7 kap. 19 §, förelåg.³⁰ Att lära sig dansa är alltså inte ett tillräckligt tungt motintresse för att medge ett undantag från Europakonventionen art. 9 enligt Kammarrätten i Sundsvall, men som illustrerats av Europadomstolen i målet *Osmanoğlu och Kocabaş mot Schweiz* kan simundervisning vara ett tillräckligt tungt vägande intresse för att inskränka elevens och vårdnadshavarens religionsfrihet.³¹

I målet *Osmanoğlu och Kocabaş mot Schweiz* uttryckte domstolen att saken visserligen rörde elevernas rätt att manifesteras sin religion och att myndigheternas vägran att undanta dem från sin skyldighet att delta i simundervisningen var ett ingrepp i deras religionsfrihet. Domstolen poängterade dock att skolan spelade en stor roll i integrationen av elever med en annan etnisk bakgrund och att barnens intresse av att få en fullgod utbildning och en god integrering i det schweiziska samhället vägde tyngre än föräldrarnas önskan att undanta sina barn från simlektioner där både pojkar och flickor simmade tillsammans. Europadomstolen underströk också att en relevant faktor i sammanhanget var att skolan hade vidtagit långtgående åtgärder för att anpassa simlektionerna efter föräldrarnas religiösa övertygelser, genom att tillåta flickorna att bära så kallade burkinis.³²

Mot bakgrund av Europadomstolens tolkning av Europakonventionens art. 9 i det aktuella fallet skulle alltså eleven, i det hypotetiska fall som presenterades inledningsvis, inte kunna undantas från simundervisningen då en proportionalitetsbedömning antagligen skulle ge för handen att elevens intresse

29 Se Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. 1493-12, 2013-07-04.

30 Se Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. 1493-12, 2013-07-04.

31 Se *Osmanoğlu och Kocabaş mot Schweiz*, Appl. No 29086/12, 2017-01-10.

32 Se *Osmanoğlu och Kocabaş mot Schweiz*, Appl. No 29086/12, 2017-01-10.

av att integreras med andra barn och få en fullgod utbildning väger tyngre än intresset av elevens och/eller elevens vårdnadshavares religionsfrihet.³³ Kravet på synnerliga skäl i SkoL 7 kap. 19 § skulle alltså inte vara uppfyllt.

5.2 NÄR KAN SKOLANS AGERANDE BETRAKTAS SOM DISKRIMINERING?

I ett beslut från Diskrimineringsombudsmannen [DO] som rörde förbud att bära en form av heltäckande slöja inom ramen för en vuxenutbildning konstaterade DO att ett beslut där någon hindras att delta i undervisning iförd slöja kan utgöra direkt eller indirekt diskriminering enligt bestämmelserna i DiskrL 1 kap. 4 § pt. 1–2. DO anförde i beslutet att ett generellt förbud mot att bära slöja inte skulle vara möjligt att förena med diskrimineringslagens bestämmelser. Däremot menade DO att hänsyn skulle tas till det aktuella sammanhanget för att avgöra om otillåten diskriminering förekommit eller inte. DO uttrycker detta som att man vid prövningen av om ett förbud mot att bära slöja strider mot diskrimineringslagen bör beakta om klädseln påverkar möjligheten att bedriva den aktuella utbildningen på ett meningsfullt sätt eller inte samt om de eventuella problem som uppstår till följd av den aktuella klädseln kan lösas på något annat vis.³⁴

I slutändan konstaterade DO att det fanns indikationer på att kvinnan diskriminerats. DO menade att dessa indikationer styrktes av att inget tydde på att hennes heltäckande slöja försvårat interaktionen med lärarna på utbildningen och att hon även hade genomfört studierna utan problem fram till dess att hon skulle ut på praktik. Trots detta ansåg dock inte DO att det förelåg några klara skäl att driva kvinnans ärende i domstol. Myndigheten menade att skolan haft visst fog för sitt beslut att avvisa kvinnan från utbildningen om hon inte tog av sig sin heltäckande slöja eftersom man baserat det på Skolverkets riktlinjer för ämnet.³⁵ Dessutom uttryckte DO i sitt beslut att det var oklart om det kunde anses föreligga ett missgynnande i lagens mening då kvinnan tillåtits påbörja utbildningen.³⁶ DO valde att avsluta kvinnans ärende utan vidare åtgärd och utan att egentligen bringa någon större klarhet i om diskriminering förelegat eller inte. En sak som beslutet dock illustrerar är att man vid en bedömning utifrån diskrimineringslagens regelverk ska beakta proportionalitetsprincipen i likhet med vad som anförts om Europakonventionen art. 9 ovan, det vill

33 En tillkommande aspekt som kan ha relevans för varför simundervisning ska betraktas som ett viktigare utbildningsmoment än dans är att simkunnsighet har potentialen att rädda det aktuella barnets liv om han eller hon faller i vattnet.

34 DO, ärende 2009/103, s. 3; jfr. prop. 2007/08:95, s. 196 f.

35 Skolverket, dnr. 58-2003:2567, s. 4.

36 Detta argument bedömer jag dock som tämligen tunt i sammanhanget.

säga om religionsutövningen påverkar möjligheten att bedriva den aktuella verksamheten på ett meningsfullt sätt eller inte samt om de eventuella problem som uppstår till följd av den aktuella klädseln kan lösas på något annat vis eller inte.

En bedömning av problemformuleringen som ställdes upp inledningsvis, om det skulle utgöra diskriminering att inte betygsätta en elev för att han eller hon uteblivit på grund av sin religiösa övertygelse, blir således avhängigt frågan hur skolan agerat i det aktuella fallet. Om en elev säger sig inte kunna delta i exempelvis simundervisningen på grund av sin religion bör skolan därför i första hand försöka anpassa lektionen så att det blir acceptabelt för eleven och elevens vårdnadshavare.³⁷ Kan eleven få genomföra lektionen iförd en burkini eller någon annan typ av heltäckande plagg och detta accepteras av eleven och dennes vårdnadshavare bör problemet på detta vis anses vara löst på ett godtagbart sätt. Om detta inte kan godtas kanske skolan bör undersöka om det finns fler elever som har liknande behov så att dessa kan få undervisning separat.³⁸ För det fallet att inga ansträngningar från skolan accepterats av eleven eller elevens vårdnadshavare och eleven därefter inte får något betyg i ämnet idrott och hälsa bör det efter en proportionalitetsbedömning inte klassas som diskriminering i diskrimineringslagens mening.

6. SLUTKOMMENTAR


Som denna korta exposé in i religionsfrihetens värld illustrerar är området rikligt minerat med svåra tolkningsfrågor, särskilt svårt är det att förhålla sig till religionsfriheten som den är formulerad i RF 2 kap. 1 § pt. 6 och vad som bör förstås som religionsutövning eller inte. Jag är benägen att hålla med Enkvist i hennes slutsats att ärlighet varar längst, det vill säga att det erkänns att religionsfriheten inte är en absolut rättighet samt att tolkningsproblematiken skulle avhjälpas om religionsfriheten i RF 2 kap. 1 § pt. 6 inte skulle ha en pseudo-absolut status i vår grundlag.³⁹ Tolkningen av religionsfriheten i Europakonventionens mening avhjälpas av den praxis som publiceras av Europadomstolen och är därför mindre problematisk om än inte okomplicerad. I slutändan verkar det som att de spänningsproblem som uppstår mellan religionsfriheten och skolplikten får lösas med en proportionalitetsbedömning.

37 Jfr. Kammarrätten i Sundsvall, Mål nr. I493-12, 2013-07-04 och *Osmanoğlu och Kocabaş mot Schweiz*, Appl. No 29086/12, 2017-01-10.

38 Detta borde dock kunna bli beroende av en rimlighetsavvägning angående vilken kostnad det skulle innebära för skolan etc.

39 Enkvist, 2013, s. 264.

Den fråga jag hade för avsikt att besvara i denna artikel var dock inte hur konflikten mellan religionsfriheten och skolplikten skulle lösas. Mitt mål var istället att, utifrån bestämmelserna om religionsfrihet och skolplikt, försöka utkristallisera om en skola som inte beaktar religionsfriheten till förmån för skolplikten, kan fällas till ansvar med hjälp av diskrimineringslagens bestämmelser om exempelvis vite eller diskrimineringsersättning. Svaret på den frågan är jakande, men det är inte alltid så enkelt som att en elev kan åberopa religionsfrihet och sedan strunta i obligatoriska utbildningsmoment som det behagar honom eller henne. Min tolkning av det rådande rättsläget är istället att en skola behöver göra ansträngningar och vidta åtgärder för att alla elever, oavsett religion, ska kunna delta i undervisningen. Om eleverna ändå inte godtar att delta i undervisningen blir frågan hur utbildningsmomentet står sig i förhållande till religionsfriheten och beroende på utfallet från denna proportionalitetsbedömning får man avgöra om eleven kan undantas från utbildningsmomentet eller inte.⁴⁰

För det fallet att en skola inte gör några ansträngningar att anpassa undervisningen för en elev som uppger att han eller hon inte kan delta på grund av religiösa skäl och istället nöjer sig med att inte sätta betyg på eleven, bedömer jag dock risken som påtaglig att skolan skulle kunna fällas till ansvar för diskriminering och behöva betala diskrimineringsersättning till den drabbade eleven. 

40 Att lära sig dansa skulle i enlighet med kammarrättens dom kunna betraktas som ett lättare intresse medan simning skulle kunna betraktas som ett tyngre intresse i enlighet med Europadomstolens dom.