

UiO • Det juridiske fakultet

Vil et forbud mot bruk av hijab på offentlige skoler være en krenkelse av «religionsfriheten» etter EMK art. 9 ?

Kandidatnummer: 622

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 14 663



Innholdsfortegnelse

1	PROBLEMSTILLING	1
2	AKTUALITET OG AVGRENSNING	1
3	OPPGAVENS METODE	3
4	EMDS METODE	4
5	NASJONAL GJENNOMFØRING	6
6	PROSESSVILKÅR (KLAGEADGANG)	6
7	VERNET ETTER EMK ART. 9	7
7.1	Innledning	7
7.2	EMK artikkel 9 lyder:	8
7.3	Vilkår for vern etter art. 9 (1).....	9
7.3.1	Religion eller overbevisning	9
7.3.2	Offentlig skole	10
7.3.3	Utøvelse	10
7.4	Delkonklusjon	12
8	BEGRENSNING ETTER ART. 9 (2)	14
8.1	Innledning	14
8.2	Art. 9 (2): Struktur	14
8.3	Vilkår for begrensning etter art. 9 (2).....	15
8.3.1	Inngrep (« interference»)	16
8.3.2	«Foreskrevet ved lov».....	17
8.3.2.1	<i>Tilgjengelighetskravet</i> :.....	18
8.3.2.2	Forutsigbarhetskravet:.....	19
8.3.3	Legitime hensyn	20
8.3.3.1	«Offentlig orden» og « andres rettigheter og friheter»	21
8.3.3.2	«Offentlig trygghet»	24
8.3.3.3	«Offentlig helse eller moral».....	25

8.4	«Nødvendig i et demokratisk samfunn»	26
8.4.1	«Et demokratisk samfunn».....	27
8.4.2	«Nødvendig»	28
8.4.2.1	Statens skjønnsmargin («Margin of appreciation»).....	28
8.4.2.2	Tvingende samfunnsmessig behov (« a pressing social need»)	32
8.4.2.3	Proporsjonalitetsprinsippet.....	39
9	KONKLUSJON.....	49
10	LITTERATURLISTE	50
10.1	Bøker :	50
10.2	Artikler:.....	50
10.3	Folkerettslige avtaler:	52
10.4	Lover:.....	52
10.5	Domsregister	52

1 Problemstilling

Problemstillingen i denne oppgaven går ut på om et generelt forbud mot bruk av hijab i offentlige skoler vil være en krenkelse av religionsfriheten etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen art.9 (heretter EMK). Hijab er et stykke tøy også kalt hodetørkle, som blir båret av muslimske kvinner i alle aldersgrupper. Formålet med hijab er å dekke kvinnens hår og hals hovedsakelig i det offentlige. I Norge har vi per dags dato ingen lov som forbyr bruken av hijab eller andre religiøse symboler. Hovedfokuset i denne oppgaven er om et eventuelt forbud mot hijab på offentlige skoler vil tilfredsstillе vilkårene i EMK art. 9 (1) og (2). Før vi går over på vurderingen av disse vilkårene, skal jeg si litt om avgrensning og aktualitet av problemstillingen. Vider skal jeg si litt om oppgavens metodebruk og EMK i norsk rett.

2 Aktualitet og avgrensning

Spørsmålet om bruken av religiøse symboler i det offentlige har vakt stor debatt verdenover i de siste årene. Den største delen av debatten gjelder muslimske kvinners bruk av *hijab*, *niqab* og *burka*. Frankrike har gjennom nasjonal lovgivning gjennomført et forbud mot *niqab* og *bruka* generelt i det offentlige rom, og et forbud mot hijab på offentlige skoler.¹ I Norge foreligger det per dags dato intet generelt forbud mot bruk av disse plaggene verken på skoler eller andre offentlige institusjoner. Men ved flere anledninger har flere representanter fra Fremskrittspartiet fremhevet et ønske om forbud mot bruk av alle tre plaggene på norske skoler.² Et forbud mot disse plaggene på arbeidsplassen, og innenfor politiet har også vakt stor debatt Norge.³ I 2010 bad Kunnskapsdepartementet Lovavdelingen om vurdering av spørsmålet:

¹ NOU 2013: 1, Del 2. Kapittel 6.7

² <http://www.dagbladet.no/2013/04/30/nyheter/utdanning/politikk/burka/innenriks/26928316/>
<http://www.abcnyheter.no/nyheter/2012/06/12/oensker-hijab-forbud-i-skolen>

³ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839

«Er religionsfriheten, jf. Grunnloven § 2, EMK art.9, Barnekonvensjonen art.14 og Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter art.18, til hinder for å innta et forbud i ordensreglementet mot bruk av hijab?»⁴

Lovavdelingen uttalte i brev fra 21.august 2010 at verken Grunnloven § 2 eller opplæringslova §§2-9 og 3-7 var tilstrekkelig lovhjemmel for et generelt inngrep mot hijab på norske skoler.⁵ Videre anså Lovavdelingen at et slikt forbud ville også være problematisk etter bl.a. EMK art.9 og Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter art.18.⁶

Som vi kan se, kommer de fleste forbuds forslagene fra Fremskrittspartiet. Ut i fra dette og det faktum at Frp sammen med Høyre har flertall i regjeringen i en 4 årsperiode fremover, ser jeg det som veldig aktuelt at et slikt forslag vil bli lagt frem på nytt. Det er også slik at Islam vokser stadig både i Norge og i resten av verden. Derfor kommer ikke debatten om forbud mot religiøse klesplagg til å ta slutt med det første. Det er nemlig stadig nye saker om denne problemstillingen, som bringes til Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD), slik som *S.A.S. v. France* (den er i skrivendestund enda ikke avgjort av EMD).⁷

I tidligere uttalelser fra 21. august 2007 har Lovavdelingen konstatert at verken Grunnloven § 2, EMK art.9, Barnekonvensjonen art.14 eller SP art.18, er til hinder for å forby bruk av *niqab* og *burka* på skolen.⁸ På bakgrunn av dette og at de samme hensyn ikke gjør seg gjeldende for bruken av hijab (som for niqab og burka), vil denne oppgaven bli avgrenset til kun å gjelde bruken av hijab. Oppgaven vil begrenses til offentlige norske skoler og til Norges internasjonale forpliktelser etter EMK. Den videre framstillingen av oppgaven, vil bli basert på en grov skisse av Domstolens eventuelle framgangsmåte ved behandling av en klage om en eventuell krenkelse av religionsfriheten etter EMK art. 9.⁹ Først og fremst kommer jeg til å gjøre kort rede for metoden i oppgaven og EMKs metode i (kap. 3 og 4). Deretter skal jeg kort ta for meg nasjonal gjennomføring av EMK og prosessvilkår etter EMK i (kap. 5 og 6). Videre tar jeg kort for meg vernet av religionsfrihet etter EMK art. 9 (1) i (kap.7). Etter dette skal gjøre

⁴ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839, kap.1.

⁵ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839, kap. 3.2 og 4.

⁶ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839, kap. 2.4 (d) og 2.5.

⁷ *S.A.S. v. France* no. 43835711

⁸ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839, kap. 1.

⁹ Aarre, Hans Eide : Livssynsfrihet og menneskerettigheter 1997 s.26-27

rede for begrensninger i religionsfrihet etter art.9(2) i (kap.8). Fremstillingens hovedvekt vil ligge på om et generelt forbud mot bruk av Hijab på offentlige skoler vil være en krenkelse av art.9 (2)? Tilslutt vil jeg komme med konklusjon i (Kap.9).

3 Oppgavens metode

Problemstillingen vil belyses med konvensjonsbestemmelser fra EMK, i hovedsak art. 9 (1) og (2). Videre vil Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD) sin tolkning av EMK bli lagt til grunn. Dette fordi at EMD er den autoritative tolker av konvensjonen,¹⁰ og når man søker å finne hva som er gjeldende rett i forhold til EMK vil det være EMDs tolkning som vil være aller viktigst.

Den vesentligste rettskilden ved belysning av vilkårene for både art. 9(1) og (2), vil være EMDs egen rettspraksis. Men også endel juridisk litteratur vil bli brukt. Bruken av juridisk litteratur i denne oppgaven vil ikke gjenspeile EMDs bruk og vektlegging av juridisk litteratur i sine avgjørelser. Det er nemlig sjeldent at EMD legger vekt på juridisk litteratur i sine vurderinger. Også oppsettet av oppgaven og fremgangsmåten under vurdering av vilkårene vil grovt sett følge EMDs fremgangsmåte.

¹⁰ Jfr. EMK art. 32 (1).

4 EMDs metode

EMK er en folkerettslig trakta. Den viktigste rettskildefaktoren er selve konvensjonsteksten. Ved tolkningen av konvensjonen kan folkerettens tolkningsprinsipper som er nedfelt i Wien-konvensjonen anvendes.¹¹ En annen meget viktig rettskildefaktor er Domstolens egen praksis. Ved tolkning av konvensjonsteksten er flere prinsipper som dynamisk tolkning, forutsigbarhetsprinsippet og effektivitetsprinsippet av stor betydning. I denne delen av oppgaven vil jeg kort gjøre rede for konvensjonstekstens og rettspraksis betydning som rettskildefaktorer, og de nevnte tolkningsprinsippene som EMD benytter i sin tolkningspraksis.

EMD har i flere dommer uttalt at Domstolen må benytte seg av Wien-konvensjonen art.31-33 ved tolkning konvensjonsbestemmelsene. Utgangspunktet etter Wien-konvensjonene art. 31 (1) er:

*«A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».*¹²

Det vil si at det er ordlydens naturlige forståelse som må legges til grunn ved tolkning. Men ordene kan ikke tolkes uavhengig av konteksten og bestemmelsens formål. Etter Wien-konvensjon er ikke bestemmelsens formål et individuelt moment i vurderingen. Den skal være til støtte for å belyse innholdet i konvensjonsteksten ytterligere.

Videre må bestemmelsen tolkes i sammenheng med konvensjonens formål og verdier generelt. Det mest grunnleggende verdien i EMK er «individuell verdighet og integritet, og hensyn til demokrati og rettstat».¹³ Domstolen henviser ofte til disse verdiene gjennom sin tolkningspraksis uten å gi noe nærmere definisjon av innholdet. Men det fremgår av fortalen at forutsetningen for sikring og etterlevelse av de rettighetene og frihetene som garanteres av konven-

¹¹ Wien-konvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969.

Se også Golder mot Storbritannia (1975) avsnitt. 29.

¹² Wien-konvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969, artikkel 31.

¹³ Mirmotahari, Amir : EMK og mellomprivate konflikter, 1.utg. 2007, s. 35.

sjonene, er et «effektivt politisk demokrati».¹⁴ Også prinsippet om «rule of law» fremgår av fortalen.¹⁵ Prinsippet går ut på at «rettssystemet er basert på lover og regler som gjennom uavhengige domstoler kan anvendes for ivaretagelse av individets rettigheter». ¹⁶ Ut fra disse verdiene kan det sluttet at det er individets rettsikkerhet som står sentralt i EMK.

Videre tolker EMD EMK «dynamisk», som vil si at konvensjonen skal tolkes i lys av endringer i samfunnsutviklingen. EMD har gjennom sin rettspraksis gitt uttrykk for at EMK er en «levende instrument», slik som i *Tyrer mot Storbritannia*¹⁷. Prinsippet om dynamisk tolkning medfører at suverenitetsprinsippet tillegges mindre vekt.

EMDs egen rettspraksis er den viktigste rettskildefaktoren etter selve konvensjonsteksten. Selv om EMD ikke baserer seg på en klar prejudikatslære, er det slik at EMD som oftest følger sine egne avgjørelser av hensyn til rettsikkerhet og forutsigbarhet for borgerne og effektivitetsprinsippet. EMD legger ikke bare vekt på egen praksis, men også på praksis fra andre internasjonale organer og staters nasjonale domstoler.¹⁸

EMD har som tolkningsorgan utviklet også andre tolkningsprinsipper som stadig legges til grunn ved vurderingen av om de forskjellige rettighetene garantert av konvensjonen er sikret, og som også er med på å fremme formålet med konvensjonene. Disse prinsippene er blant annet formåls- og effektivitetsprinsippet.

Prinsippet om formålsbetraktning innebærer at Domstolen ved tolkning av konvensjonsteksten legger vekt på om verdiene som ligger bak konvensjonen er oppfylt. Dette er med på å avgrense konvensjonsbestemmelsens vaghet og konkretisere standardpregede begreper.¹⁹ Effektivitetsprinsippet tilsier at statene skal sette i verk forskjellige tiltak slik at individet får et

¹⁴ Jf. EMK, fortalens 4.punkt.

¹⁵ Jfr. EMK, fortalens 5. punkt.

¹⁶ Mirmotahari, Amir : EMK og mellomprivate konflikter, 1.utg. 2007, s. 37.

Se også Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt 114.

¹⁷ Tyrer mot Storeritannia 25.april 1978.

¹⁸ Aall, Jørgen: Rettsstat og Menneskerettigheter, 3.utgave 2011, s.41.

¹⁹ Mirmotahari, Amir : EMK og mellomprivate konflikter, 1.utg. 2007, s. 30

mer effektivt vern av sine rettigheter.²⁰ På bakgrunn av effektivitetsprinsippet og statenes aktivitetsplikt har EMD uttalt at rettighetene gitt av EMK ikke skal være teoretiske eller illusorisk, men praktiske og effektive.²¹

5 Nasjonal gjennomføring

Norge ratifiserte Den europeiske menneskerettskonvensjonen i 1952. Konvensjonen er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2 nr.1 bokstav a-e.²² Etter menneskerettsloven § 3 er EMK gitt forrang foran annen norsk lov ved motstrid.²³ EMDs avgjørelser er rettslig bindende for Norge, derfor er det av stor betydning om et slikt forbud er i overensstemmelse med EMDs praksis. I tillegg har enkeltindivider klagerett og kan bringe saken sin inn for EMD for en endelig avgjørelse, som medlemstaten da er bundet til å følge. På bakgrunn av dette anser jeg det som relevant å ta utgangspunktet i EMK og EMDs rettspraksis ved belysning av retts-tilstanden i forhold til oppgavens problemstilling.

6 Prosessvilkår (Klageadgang)

Etter EMK art. 34 har enkeltindivider klageadgang. Det vil si at en skoleelev eller en student kan anlegge klage for EMD mot Norge. Klagen må gjelde en eller flere rettigheter som faktisk er beskyttet av EMK eller de ratifiserte tilleggsprotokollene.²⁴ I dette tilfelle vil det være snakk om religionsfriheten etter EMK art.9. Videre må klageren ha «offer-status», som inne-

²⁰ Mirmotahari, Amir : EMK og mellomprivate konflikter, 1.utg. 2007, s. 36

²¹ Jfr. Moreno Gómez mot Spania 16. November 2004 , avsnitt 56 :The Court reiterates that the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, not “theoretical or illusory”.

²² Jfr. Menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr. 30 (Hentet fra lovdata)

²³ Jfr. Menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr. 30 (Hentet fra lovdata)

²⁴ Jfr. EMK art. 34, ordene “ ... en overtredelse av de rettigheter som er fastsatt i konvensjonen og dens protokoller».

bærer at vedkommende må være direkte berørt av inngrepet.²⁵ Inngrepet må ha funnet sted etter at vedkommende stat har ratifisert de bestemte konvensjonene eller protokollene.²⁶ Det er også et vilkår at «alle nasjonale rettsmidler må være uttømt», som for en borger fra Norge vil si at vedkommende må ha fått saken behandlet av Høyesterett. Klagen må settes frem innen 6 måneder etter siste avgjørelse på nasjonalbasis.²⁷ Disse vilkårene er kumulative og må være oppfylt for at EMD skal realitetsbehandle klagen. Etter EMK art. 35 (3) bokstav (d) kan EMD likevel avvise en sak hvis klageren ikke har lidd en «ulempe av betydning».²⁸ Dette begrepet er skjønsmessig og kan både innebære økonomiske og ikke-økonomiske ulemper. Jeg går ikke nærmere inn på hva som skal til for at hvert av disse kravene skal være oppfylt.

7 Vernet etter EMK art. 9

7.1 Innledning

Tanke-, samvittighet- og religionsfriheten etter EMK art. 9 er todelt. Det første ledd gjelder innholdet i retten. Retten til å ha og følge sin tanke og samvittighet er absolutt og kan ikke innskrenkes. Mens retten til religion eller overbevisning kan innskrenkes hvis vilkårene art.9(2) er oppfylt. Dermed blir andre ledd i art. 9 et unntak og gir muligheten til å innskrenke retten etter art. 9 (1). Under dette kapitlet skal jeg gjøre rede for strukturen og vilkårene i art. 9 (1) i (kap.7.2 og 7.3).

²⁵ Council of Europe/European Court of Human Rights, 2011: Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 12 bokstav B: Victim status.

²⁶ Jfr. EMK art. 34, ordene « høye Kontraherende Paters side». (Norsk oversettelse hente fra lovdata.no)

²⁷ Jfr. EMK art. 35 (1)

²⁸Jfr. EMK art. 35 (3) bokstav (d).

7.2 EMK artikkel 9 lyder:

Art 9. Tanke-, samvittighet- og religionsfrihet:

1. *Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.*

2. *Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*²⁹

Første setning i art. 9 (1) konstaterer hva og hvem retten gjelder, nemlig retten til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Bestemmelsen beskytter også andre overbevisninger eller livssyn enn det som omfattes av religion.³⁰ Denne retten gjelder for enhver³¹ borger innenfor medlemstatene. I neste setning gir den uttrykk for hva denne retten innebærer og hvor den gjelder. Det er ikke bare retten til å «ha» en tro eller å «skifte» sin tro, men også retten til å ikke ha en tro, er beskyttet av art. 9 (1). Borgerne i medlemstaten kan benytte seg av disse rettighetene enten alene eller sammen med andre,³² både i det private og det offentlige rom.³³ I siste del av art. 9(1) gis det uttrykk for at også retten til å «utøve» sin “religion eller overbevisning”, er beskyttet. Bestemmelsene ramser opp «... tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse»³⁴, som form for utøvelse som er beskyttet etter art. 9(1). Spørsmålet blir om bruk av hijab på offentlige skoler eller universiteter kan anses for å falle inn under EMK art. 9 (1)?. Dette skal jeg gjøre rede for under (kap.7.3).

²⁹ Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. desember 1950. (Hentet fra Lovdata)

³⁰ Jfr. EKM art. 9 (1) ordet « belief»

³¹ Jfr. EMK art. 9 (1) ordet « everyone»

³² Jfr. EMK art. 9 (1) ordene « alone or in community with others »

³³ Jfr. EMK art. 9(1) ordene «in public or private»

³⁴ Jfr. EMK art. 9 (1) norsk oversettelse (Hente fra lovdata.no)

7.3 Vilkår for vern etter art. 9 (1)

For at elever ved norske offentlige skoler og universiteter skal kunne bære hijab på skolen, må bruken av hijab være vernet av art. 9 (1). Det kan kort fastslås at bruken av hijab ikke faller inn under tanke -eller samvittighetsfrihet. Dermed går jeg ikke nærmere inn på disse begrepene.

Første vilkår er at handlingen må være et utslag av en « religion eller overbevisning». For det andre må retten kunne sies å gjelde for offentlige institusjoner som skole og universitet. For det tredje må bruken av hijab anses for manifestasjon av religion. I den videre fremstillingen skal jeg kort redegjøre for disse tre vilkårene. Under (kap.7.3.1) tar jeg for meg «religion eller overbevisning», (kap.7.3.2) offentlig skole, og under (kap.7.3.3) drøfter jeg manifestasjonsretten.

7.3.1 Religion eller overbevisning

Ved vurdering av innholdet i begrepene «religion eller overbevisning», har EMD gjennom rettspraksis lagt en vid forståelse til grunn. Likevel har ikke staten fått myndighet til å definere verken hva som skal anses å være omfattet av begrepene «religion eller overbevisning» eller hva som går inn under utøvelse. Her er både *Leyla Sahin v. Turkey*³⁵ og *Hasan and Chaush v. Bulgaria*³⁶ illustrerende. I den sistnevnte dommen uttalte Domstolen:

*«The right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate».*³⁷

Der er her på det rene at Islam går inn under religionsbegrepet i EMK art. 9 (1).

³⁵ Leyla Sahin mot Tyrkia, avsnitt 107.

³⁶ Hasan og Chaush mot Bulgaria (2002).

³⁷ Hasan og Chaush mot Bulgaria (2002), avsnitt. 78

7.3.2 Offentlig skole

Forhold på offentlige skoler og institusjoner kan gi anledning til særlige problemer, i det både lærer og elever har rett til å utøve deres religion og tro som enkeltindivider. Videre er det slik at privatskoler ofte er friere enn offentlige skoler, som skal prøve å imøtekomme hele samfunnets behov. Videre vil det være i det offentlige rom at utøvelsen av ens religions kan medføre konflikt med andre som har samme retten, men som ikke har samme religion eller overbevisning.

Det fremgår direkte av bestemmelsen at religionsfriheten gjelder både «offentlig og privat». Dermed slår jeg kort fast at offentlige skoler og universitet er beskyttet av art. 9(1) etter en naturlig forståelse av ordlyden.

7.3.3 Utøvelse

Det neste spørsmålet er om bruk av hijab kan anses for manifestasjon eller utøvelse av religionen Islam?

Når vi er over på å vurdere utøvelse av religion eller overbevisning, har vi forlatt det absolutte vernet etter art. 9(1). Manifestasjon kan grovt sies å innebære det å gi uttrykk for en «personlig overbevisning som enten er av religiøs art eller kan likestilles i seriøsitet med en religiøs overbevisning».³⁸ Bestemmelsen ramser opp en uttømmende liste over på hvilke måter religionsfriheten anses å utgjøre manifestasjon. EMD legger en vid tolkning av de allerede eksisterende begrepene til grunn. Under denne vurderingen vil jeg gjøre rede for de utøvelsesformene som er mest relevante for bruken av hijab.

³⁸ Aarre, Hans Eide: Livssynsfrihet og menneskerettigheter, s. 35

Etter en naturlig forståelse av begrepet innebærer «observance»³⁹, etterlevelse av de plikter (retningslinjer) og oppgaver som religionen eller overbevisningene pålegger tilhengerne. Når det kommer til spørsmålet om bruk av hijab er pålagt av religionen, er det uenighet om dette både blant troende og ikke-troende. Det er på det rene at hijab og de andre formene for tildekning er nevnt i Koranen.⁴⁰ Men om man er pliktig til å etterleve tildekningen eller ikke er omtvistet. Selv om man ikke anser bruken av hijab som en plikt, men heller en anbefaling etter religionen er bruken fortsatt å anse som en etterlevelse av religionen.

Når det gjelder begrepet «practice»⁴¹, kan den omfatte alle de øvrige begrepene i bestemmelsen. Både tilbedelse, bruk av visse kleskoder, unngåelse av visse typer mat og drikke og misjonering (læring eller undervisning) kan tolkes inn under praktisering av en religion eller overbevisning. Dette kan også sluttet av både *Sahin*-⁴² og *Dahlab*-dommene⁴³, som jeg kommer til å gå nærmere inn på under vurdering av art. 9(2). I begge disse dommene påberopte klagerne at deres religionsfrihet etter EMK art.9 hadde blitt krenket. Dette på grunn av at de hadde blitt hindret i å bære hijab på offentlige skole både som student og lærer.

I *Dahlab*-dommen la Domstolen til grunn at bruk av «religiøse klær» var vernet etter art.9 uten noe nærmere forklaring. Mens i *Sahin*-dommen, fremhevet Domstolen at klageren var av den oppfatning at hun etterlever eller adlyder religionen ved å bære hijab. Her uttalte Domstolen at hennes avgjørelse om bruk av hijab «*may be regarded as motivated or inspired by her religious belief*»⁴⁴.

³⁹ Jfr. EMK art. 9 (1).

⁴⁰ Qur'an vers 23 avsnitt 31 (Hentet fra Islam.no)

⁴¹ Jfr. EMK art. 9(1).

⁴² Leyla Sahin mot Tyrkia (2004).

⁴³ Dahlab mot Sveits (2001)

⁴⁴ Leyla Sahin mot Tyrkia, avsnitt 78.

En sak som har likhetstrekk med problemstillingen i oppgaven, er *X v. UK*⁴⁵. Her hevdet en sikh at hans religionsfrihet etter EMK art.9 hadde blitt krenket. Han hadde blitt pålagt å fjerne turbanen for å bruke hjelm ved motorsykkkelkjøring. Her anså Domstolen at turbanbruken gikk inn under manifestasjon av religionen. Men han fikk ikke medhold i at dette var en krenkelse av religionsfriheten etter EMK art. 9. Det er dermed på det rene at bruken av hijab faller inn under utøvelse både i form av «etterlevelse» og «praksis».

7.4 Delkonklusjon

Kravet om at en eventuell klage skal gjelde «religion eller overbevisning» etter art.9 (1) er oppfylt, nemlig ved at Islam anses for å falle inn under «religion». Videre er offentlige skoler omfattet av bestemmelsens virkeområde. Også vilkåret om at bruken av hijab må anses som «utøvelse» av religionen, er oppfylt. Dermed er alle de kumulative vilkårene i EMK art. 9 (1) oppfylt og bruken av hijab er beskyttet av EMK art.9.

⁴⁵ X mot Storbritannia (1978)

8 Begrensning etter art. 9 (2)

8.1 Innledning

Selv om art. 9 (1) beskytter enhver rett til å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning, beskytter den ikke enhver handling som er begrunnet i eller motivert av religion eller overbevisning.⁴⁶ Dermed er retten til å utøve ens «religion eller overbevisning» ikke absolutt og kan begrenses etter art. 9(2). I denne delen av oppgaven skal det gjøres rede for om et generelt forbud mot bruk av hijab i offentlige norske skoler er en krenkelse av EMK art.9. Denne videre fremstillingen kommer til å følge den fremgangsmåten som EMD tar for seg i sine saker.

Under kapittel 8.2 skal jeg si litt om strukturen av art. 9 (2), under kapittel 8.3 skal jeg kort gjøre rede for vilkårene som må være oppfylt for å kunne gjennomføre et generelt forbud om bruken av hijab på offentlige skoler.

8.2 Art. 9 (2): Struktur

Art. 9 (2) er et unntak fra retten til religionsfriheten etter art. 9 (1). Vilårene som art. (2) ramser opp er uttømmende, og må som i utgangspunktet tolkes innskrenkende.⁴⁷ Det innebærer at det er visse begrensninger i hva staten kan begrunne et inngrep med. Staten kan nemlig ikke begrunne et inngrep av hensyn til noe annet enn det som er opplistet i art. 9 (2). Men oppstillingen er så vid formulert at den i praksis neppe kan sies å utgjøre noen vesentlig skranke for statenes muligheter til å foreta inngrep.

⁴⁶ Leyla Sahin mot Tyrkia, avsnitt 121.

⁴⁷ Kjølbros, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, s.429.

8.3 Vilkår for begrensning etter art. 9 (2)

Da blir spørsmål om et generelt forbud mot hijab på norske skoler kan rettmessiggjøres etter unntaket i art. 9 (2)? For at et inngrep skal være rettmessig må de tre kumulative vilkår være oppfylt. For det først må det foreligge et inngrep, som fører til at religionsfriheten vernet etter art. 9 (1) blir innskrenket, og dette inngrepet må være «foreskrevet ved lov». Videre må det inngrepet være en handling fra statens side og begrunnet i et eller flere av de legitime hensyn som art. 9 (2) lister opp. Siste vilkåret er at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Ved vurderingen av vilkåret om et inngrep har funnet sted eller ikke, er det saksøkeren som har bevisbyrden for at det har funnet sted en begrensning.⁴⁸ Mens det er staten som må sannsynliggjøre at det foreligger legitime hensyn bak innskrenkningen og at det er nødvendig i et demokratisk samfunn.⁴⁹

I den videre fremstillingen skal jeg under kapittel 8.3.1 gjøre rede for når et inngrep anses for å foreligge, under kapittel 8.3.2 skal jeg gjøre rede for hjemmelskravet, under kapittel 8.3.3 skal det gjøres rede for de legitime hensyn som bestemmelsen lister opp, og til slutt tar jeg for meg vilkåret om at et inngrep må være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Dette vilkåret vil bli skilt ut i et eget delkapittel (kap.8.4).

⁴⁸ Murdoch, Jim, Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks 2012, s.35.

⁴⁹ Murdoch, Jim, Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks 2012, s.40.

8.3.1 Inngrep (« interference »)

Første spørsmålet blir om det foreligger et «inngrep» eller begrensning av religionsutøvelsen, ved å forby bruken av hijab på offentlig skoler?

Medlemstatene er etter konvensjonens art. 1 forpliktet til å sikre at alle innenfor deres jurisdiksjon får benyttet seg av rettighetene nevnt i konvensjonen uten diskriminering. Denne plikten pålegger staten generelt å sikre pluralisme og gjensidig toleranse i samfunnet. Gjennom dette sikres og respekteres retten til de forskjellige grupper i samfunnet. Statene må sørge for å løse konflikteten gjennom dialog, og ikke vold. De må videre sørge for at de forskjellige partene tolererer hverandre. Ved en eventuell unnlattelse av disse pliktene, kan det konstateres at «inngrep» foreligger.

Som oftest går Domstolen rett på vurderingen om begrensningen har vært nødvendig i lys av et demokratisk samfunn. De går ikke nærmere inn på hva som går inn under «inngrep», men det er sjelden problematisk å fastslå dette. Jeg skal gjennom EMDs rettspraksis belyse dette vilkåret nærmere.

Saken *Sahin mot Tyrkia*⁵⁰ gjaldt en medisinstudent som gikk femte året på universitet. Hun ble nektet tilgang til visse undervisninger og eksamener, og ble dermed hindret i å fullføre studiet. I tillegg ble hun utvist fra universitetet på grunn av sin deltakelse i en demonstrasjon mot et forbud av hijab på universitet. Mens *Dahlab mot Sveit*⁵¹ gjaldt en barneskolelærer. Hun hadde konvertert til islam, og startet med å bruke hijab på jobben og ellers i hverdagen. Verken Fru *Leyla Sahin* eller Fru *Dahlab* fikk medhold i at deres religionsfrihet var krenket. Men i begge dommene ble forbudet mot deres bruk av hijab ansett for å utgjøre en «innskrenkning» og dermed et inngrep i deres rett til religionsutøvelse.

⁵⁰ Leyla Sahin mot Tyrkia

⁵¹ Dahlab mot Sveits (2001)

To nyere saker som også gikk direkte på utvisning av skoleelever på grunn av bruken av hijab var *Dogru og Kervanci mot Frankrike*.⁵² Klagerne var to muslimsk jenter, som gikk første året på en statlig videregående skole. Etter at de ved flere anledninger hadde nektet å ta av hijaben i gymtimene, ble de utvist fra skolen. Her anså Domstolen forbud mot bruk av hijab i gymtimene og utvisning fra skolen som en innskrenkning i retten til å utøve ens religion.⁵³ Men Domstolen anså ikke dette for en krenkelse av EMK art.9 og begrunnet dette med helse og sikkerhet i timene.

Både *Leyla Sahin -og Dahlab-*dommen vil bli ytterligere brukt ved belysningen av begrensningmuligheten i art. 9 (2). Rettskildemessig har *Sahin*-dommen størst vekt, siden den er en Grand Chamber avgjørelse, mens *Dahlab*-dommen har blitt avvist av Domstolen. Men den vil likevel være av stor betydning for belysning av denne oppgaven, og som et utgangspunkt for kommende saker på dette område.

8.3.2 «Foreskrevet ved lov»

Som nevnt i innledningen er det per dags dato ingen lov i norsk rett som forbyr bruken av hijab i det offentlige rom. Derfor vil jeg her kun redegjøre for de generelle vilkår som EMD gjennom sin praksis har stilt opp til hjemmelskravet.

Første kravet er at det finnes hjemmel i nasjonal rett for inngrepet. Siden det ikke foreligger noen regler som regulerer dette i det norske regelverket, foreligger det ikke noe rettslig grunnlag som kan vurderes opp mot vilkårene som art.9 stiller. Men jeg skal likevel gjøre kort rede for hva EMD har lagt i hver enkelt av disse vilkårene gjennom rettspraksis.

Domstolen har lagt en vid tolkning av «lov» til grunn, ved tolkning av konvensjonsbestemmelsen. Etter EMDs tolkningsprinsipper innebærer ordet «lov» både skreven og uskreven rett. Skreven rett omfatter alle eksisterende lover, både de med lavere rang enn lov og de som er

⁵² *Dogru mot Frankrike* (2008) og *Kervanci mot Frankrike* (2008)

⁵³ *Dogru mot Frankrike*, avsnitt 48.

gitt av organer med delegert lovgivningsmyndighet. Dette inkluderer også ratifiserte traktater. Videre omfattes også rettspraksis av ordet «lov». For at begrensningen skal kunne anses å være hjemlet i lov, må to vilkår være oppfylt. For det første må det rettslige grunnlaget være tilgjengelig. For det andre må den være forutsigbar for borgeren som berøres av bestemmelsen.

8.3.2.1 *Tilgjengelighetskravet:*

Dette kravet innebærer at borgerne som blir berørt av inngrepet må ha tilgang til det rettslige grunnlaget som begrenser deres religionsfrihet. Dette kravet utspringer fra tilgjengelighetsprinsippet lagt til grunn gjennom EMDs tolkningsprinsipper, og krav til beskyttelse mot vilkårlig inngrep fra myndighetene.

I *Leyla Sahin-dommen* påberopte staten «the Highet- Education Act» og tidligere rettspraksis, som rettslig grunnlag for forbudet. Ved denne vurderingen la Domstolen vekt på om ordlyden i «the Highet- Education Act section 17» kunne danne rettslig grunnlag for rundskrivet av 23. Februar 1998 som begrenset bruken av hijab. Det ble påpekt av Domstolen at ordet «lov» omfattet også rettspraksis, noe som også bør legges vekt på i denne vurderingen. I Tyrkisk rettspraksis, var det i flere dommer gitt direkte uttrykk for at man kunne forby bruken av hijab. Domstolen anså videre at rettspraksisen rundt temaet kunne anses for å være tilgjengelig. Dommene hadde nemlig blitt publisert i «the Official Gazettz of 31 July 1999».⁵⁴ Kravet til tilgjengelighet var dermed oppfylt.

⁵⁴ Leyla Sahin mot Tyrkia, avsnitt 78.

8.3.2.2 Forutsigbarhetskravet:

Det andre kravet for at et inngrep skal kunne anses for å være «foreskrevet ved lov», er at det rettslige grunnlaget skal være forutsigbart. Borgerne må kunne forutse konsekvensen av deres handlinger gjennom at loven er tilstrekkelig presis.

I *Dahlab-saken* henviser Domstolen til *Kokkinak mot Hellas*⁵⁵ og *Sunday Times mot Storbritannia*⁵⁶, ved vurderingen av begrepet «foreskrevet ved lov». I *Kokkinakis-dommen* var spørsmålet om begrepet «proselyttisme» og om § 4 i lov av no 1363/1938, var tilstrekkelig presis. Ofte påberopes EMK art. 7 i tillegg til art.9, som også krever hjemmel i lov for at noen kan straffes. Slik som i *Kokkinakis-saken* og *Sunday Times -saken*, drøftet Domstolen kravet om hjemmel i lov etter art. 7 og art.9 sammen. I *Sunday Times-saken* uttalte Domstolen følgende:

*«... Firstly, the law must be adequately accessible ... Secondly, a norm cannot be regarded as a «law» unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.»*⁵⁷

Ut fra dette kan det slutes at kravet til «foreskrevet ved lov» er at den er tilgjengelig for det offentlige, og er samtidig klart og presist formulert. På denne måten sikres enkeltindividets rettsikkerhet.

For Norges vedkommende betyr dette at et eventuelt forbud mot hijab må ha hjemmel i lov eller i forskrift. Dette er også et krav etter legalitetsprinsippet. Et eventuelt forbud mot bruk av hijab på offentlige norske skoler er et inngrep i både elevs (og foreldres) og lærers rett til religionsutøvelse. I motsetning til andre regler om bruk av lue, eller lignende, handler det her

⁵⁵ Kokkinakis mot Hellas (1993).

⁵⁶ The Sunday Times mot Storbritannia (1979).

⁵⁷ The Sunday Times mot Storbritannia, avsnitt 49.

om grunnleggende sider ved en persons overbevisning og identitet.⁵⁸ Dette tilsier at forbudet bør reguleres konkret ved lov. Videre er det slik at religionsfriheten er forankret i Grunnloven §2 og dermed løftet på et konstitusjonelt nivå.⁵⁹ Selv om det ikke utgjør et absolutt forbud mot inngrep i religionsfriheten, trekker det likevel i retning av at et eventuelt forbud mot hijab på offentlige skoler krever hjemmel i lov.⁶⁰ I samme retning trekker det at et slikt forbud vil være problematisk hvis det ikke oppfyller tilgjengelighets- og forutsigbarhetskravene etter EMK.

8.3.3 Legitime hensyn

Neste spørsmål blir om det eventuelle forbudet kan begrunnes i noen av de legitime hensyn, som art. 9 (2) lister opp?

Spørsmålet om legitime hensyn vil bero på hvordan et eventuelt forbud begrunnes. På bakgrunn av den generelle samfunnsdebatten om et generelt forbud mot hijab, kan begrensninger i bruken av hijab begrunnes i flere hensyn. Først og fremst begrunnes ønsket om et forbud i at det vil hindre tvang og kvinneundertrykkelse. For det andre at bruken av hijab vil gjøre det vanskelig for elevene å delta i ulike aktiviteter. En tredje begrunnelse er at hijaben blir ansett som et politisk symbol, som fremmer ekstremisme innenfor Islam. For det fjerde argumenteres det med at man skal beskytte andre, både troende og ikke-toende fra press om bruken av hijab.⁶¹ I den videre fremstilling skal jeg gjennom dommer forsøke å belyse hva som ligger i de forskjellige legitime hensyn som art. 9(2) ramser opp.

Oftest går de forskjellige legitime hensyn over i hverandre, og flere av dem påberopes samtidig. Både i *Dahlab og Sahin-dommen* anså retten inngrepet for å falle inn under «offentlig orden» og «andres rettigheter og friheter». Mens i *Dahlab-dommene* ble inngrepet også be-

⁵⁸ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839. kap.3.1.

⁵⁹ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839.kap. 3.1.

⁶⁰ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839, kap.3.1.

⁶¹ Leylas Sahin mot Tyrkia, avsnitt 10.

grunnet med «offentlig trygghet». Det samme hensyn ble lagt til grunn i *El Morsli mot Frankrike*.⁶² I sakene *Dogru*⁶³ og *Kervanci*⁶⁴ mot Frankrike ble forbudet mot hijabbruk i gymsalene, begrunnet i både sikkerhet og helse.

Domstolen går ikke særlig inn på hva som går inn under de forskjellige legitime hensyn. De henviser til vurderingene gjort av de nasjonale domstoler på dette punktet, og om det oppfyller konvensjonens krav. Det er som oftest sjelden problematisk å slå fast om et inngrep er forankret i et eller flere av de legitime hensyn som er beskyttet av art. 9 (2).

8.3.3.1 «Offentlig orden» og « andres rettigheter og friheter»

I *Sahin v. Turkey*⁶⁵ påstod *klageren* at forbudet mot å bære den islamske hijaben var et ikke rettmessig inngrep i hennes rett til utøvelse av sin religion etter EMK art. 9⁶⁶. Mens staten på sin side begrunnet inngrepet i «oppretholdelse av offentlig orden på universitet».⁶⁷ Videre fremhevet de «oppretholdelse av prinsippet om sekularisme»⁶⁸, som er grunnlaget for den Tyrkiske republikk.⁶⁹ I denne forbindelse argumenterte staten med at vernet av den sekulære staten var en viktig forutsetning for anvendelse av konvensjonen i Tyrkia⁷⁰, og at det var viktig å beskytte samfunnet mot ikke-demokratiske islamistiske krefter.

⁶² *El Morsli mot Frankrike* (2008).

⁶³ *Dogru mot Frankrike* (2008).

⁶⁴ *Kervanci mot Frankrike* (2008).

⁶⁵ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2004) .

⁶⁶ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2004), avsnitt. 64.

⁶⁷ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2004), avsnitt. 64.

⁶⁸ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2004), avsnitt. 82.

⁶⁹ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2004), avsnitt 27.

⁷⁰ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2004), avsnitt 91 .

Videre ble inngrepet begrunnet med likestilling mellom menn og kvinner.⁷¹ Og til slutt begrunnet de inngrepet i «andres rettigheter og friheter».⁷² I denne begrunnelse la staten til grunn at universitet forbød studenter med skjegg og hijab tilgang til universitetsbyggene. Dette skulle hindre at andre medstudenter bli presset fra «fundamentale- religiøse» bevegelser.⁷³ Domstolen anså dette for å beskytte «andres rettigheter og friheter» og beskyttelse av «offentlig orden», og dermed oppfylte staten kravet til legetime hensyn.

I *Dahlab mot Sveit*⁷⁴ påstod klageren at hennes religionsfrihet etter EMK art. 9, var blitt krenket ved at hun ikke fikk lov til å bære hijab ved utførelsen av sin jobb som lærer. Etter nasjonal høyesterett var inngrepet hensiktsmessig for å beskytte statlige skoleelevers rett til å bli undervist i en kontekst av livssynsnytralitet.⁷⁵ Også her ble det lagt vekt på «andres rettigheter og friheter».⁷⁶ Staten trekker også inn «offentlig trygghet»⁷⁷ uten å gå særlig inn på hva det innebærer. Videre påpekte staten at *klageren*, som lærer, var en viktig rollemodell for sine elever. På grunn av den daglige kontakten, elevenes unge alder og den hierarkiske rollefordelingen ville hijab kunne ha en proselyttisk innvirkning på barneskoleelevene.⁷⁸ Også statens behov for å fremme sekularisme ble fremhevet som begrunnelse for inngrepet.

I denne saken vurderte Domstolen den signaleffekten bruken av hijab ville ha, og mente det var vanskelig å forene hijab med prinsipper om toleranse og likestilling mellom kvinner og menn, som er grunnleggende i et demokratisk samfunn. Dermed oppfylte formålene bak inngrepet kravet om et «legitimt formål» etter art. 9 (2).

⁷¹ Leyla Sahin mot Tyrkia (2004), avsnitt 112.

⁷² Leyla Sahin 2004 avsnitt. 82.

⁷³ Leyla Sahin 2004 avsnitt 96.

⁷⁴ Dahlab mot Sveits (2001)

⁷⁵ Dahlab mot Sveits, avsnitt 1

⁷⁶ Dahlab mot Sveits, avsnitt 1

⁷⁷ Dahlab mot Sveits, avsnitt 1

⁷⁸ Dahlab mot Sveits, avsnitt 1 : «Lastly, it should not be forgotten that teachers were important role models for their pupils, especially when, as in the applicant's case, the pupils were very young children attending compulsory primary school. Experience showed that such children tended to identify with their teacher, particularly on account of their daily contact and the hierarchical nature of their relationship. “

I sakene *Dogru og Kervanci* mot Frankrike begrunnet staten inngrepet med beskyttelse av «andres rettigheter og friheter» og « offentlig trygghet». I dette la staten det at elevene var pliktige til å ha klær som var tilpasset og forenlig med aktiviteten som foregår i gymsalene. Elevene hadde blitt utvist fra skolen etter at de nektet å ta av hijaben i gymsalene. Selv om Domstolen anså utvisningen for å være et inngrep i elevenes religionsfrihet, konstaterte Domstolen likevel ingen brudd på art. 9. Dette begrunnet de med at hijaben ikke var forenlig med gymsaler av sikkerhetsmessige og helsemessige årsaker.

Av disse dommene kan det slutes at EMD legger en vid tolkning av «andres rettigheter og friheter» og «offentlig orden» til grunn. Samtidig som disse kan omfatte de andre legitime hensyn som «offentlig trygghet» og «offentlig helse eller moral».

For Norges vedkommende kan et eventuelt forbud mot hijab begrunnes i beskyttelsen av «andres rettigheter og friheter». Dette kan omfatte beskyttelse av personer som ikke ønsker å bære hijab, men som føler seg presset fra medlevere eller samfunnet generelt. Men samtidig er det vanskelig å konstatere at et slikt press pågår og i hvilken grad dette foregår i praksis.

Videre kan det omfatte sikkerhet- og folkehelsebetraktninger, som påpekt i *Dogru og Kervanci mot Frankrike*. Dette er også veldig aktuelt i norske skoler, som for eksempel i gym- og svømmetimen. Også elevenes rett til å bli undervist i en livssynsnøytral omgivelse, vil være aktuelt i norske offentlige skoler og universiteter. Det samme gjelder likestilling mellom menn og kvinner.

Et annet argument som kan forankres i beskyttelsen av «andres rettigheter og friheter», er å beskytte barn eller voksne kvinner mot tvangen til å bruke hijab. Her er det snakk om den eventuelle tvangen, der hvor foreldre tvinger barna sine til å gå med hijab helt fra ung alder. Spørsmål blir om dette hensynet kan være legitimt for å forby hijab på norske skoler? Dette hensynet er vanskelig å avveie av flere grunner. Det kan først og fremst ikke uten videre legges til grunn at det foregår tvang i denne forbindelse i hvert enkelt tilfelle, selv om det kan forekomme. Videre er dette en del av foreldrenes rett til å oppdra deres barn etter sitt eget

livssyn. Denne rett er både forankret i 1.tilleggsprotokoll art. 2,⁷⁹ som er ratifisert av Norge, og gjennom EMDs rettspraksis.⁸⁰

Når det kommer til jenter på ungdomskolen og til og med voksne kvinner, er det også vanskelig å si om de fortsatt blitt tvunget eller om det har valgt det selv. Det blir dermed et tynt grunnlag å basere et generelt forbud mot hijab på bakgrunn av at det forekommer tvang i visse tilfeller. Spørsmålet blir om denne mistanken og faren for at det forekommer tvang må løses på annen måte enn gjennom et generelt forbud mot hijab, som vil innskrenke andres religionsfrihet.

Når det gjelder «offentlig orden» er det som oftest kampen om å fremme og opprettholde sekularisme og bekjempe ikke -demokratiske islamistiske grupper, som blir på beropt. På dette punktet skiller den politiske situasjonen Tyrkia og Frankrike seg vesentlig fra den i Norge. Dermed er det vanskelig å se at disse hensynene kan være legitime til å begrunne et eventuelt forbud mot hijab på norske skoler.

8.3.3.2 «Offentlig trygghet»

I *Dahlab*-saken ble det fastslått av Domstolen at forbudet også kunne sikre «offentlig trygghet», men uten å gi særlig veiledning på under hvilke omstendigheter dette kravet kunne være oppfylt. Men i *El Morsli mot Frankrike*⁸¹ ble nektelse av visum til Frankrike ansett som et inngrep som var legitimt av hensyn til «offentlig trygghet». Saksøkeren var selv fra Marokko og hadde giftet seg med en franskmann. Hun ble nektet visum til Frankrike, når hun ved en identitetskontroll nektet å ta av hijaben for en mannlig kontrollør. Domstolen hevdet at sikkerhetskontrollen ved konsulatet generelt beskyttet den «offentlige trygghet», og at påbudet om å fjerne hijaben bare var for en begrenset tid. På bakgrunn av dette avviste EMD saken.

⁷⁹ Jfr. EMKs 1.tilleggsprotokoll art. 2.

⁸⁰ Folgerø og flere mot Norge (2007) (KRL-dommen) og Lautsi mot Italia (2009).

⁸¹ *El Morsli mot Frankrike* (2008)

Det er vanskelig å se at dette vil gjøre seg gjeldende i like stor grad for elever og lærer på norske skoler. Det er slik at man ved bruken av hijab kan se ansiktet til vedkommende, som da er nødvendig og tilstrekkelig for gjenkjenning og kommunikasjon. Dermed er vanskelig å se at bruken av hijab kan true den «offentlig trygghet».

8.3.3.3 «Offentlig helse eller moral»

Når det gjelder offentlig «helse eller moral», siktes det til offentlighetens «helse og moral» og ikke individets. Dette innebærer at rettighetene etter art.9 (1) ikke kan innskrenkes av hensyn til selve individets helse eller moral, som inngrepet gjelder overfor.⁸² Men det ser ut som EMD har lagt en vid tolkning til grunn. I dommen *X v. UK*⁸³ også nevnt ovenfor, begrunnet EMD avisning av saken i «offentlig helse» og «offentlig trygghet». Men her ser man at EMD strekker forståelsen av ordlyden langt, nemlig fordi at det å nekte å bruke hjelm ved motorsykkelfjøring kun har konsekvenser for sikken selv og ikke for det offentlige. Det er ofte i sammenheng med forbud mot hijab på arbeidsplasser at «offentlig helse» blir påberopt som legitimt hensyn bak inngrepet. Dette er ikke området for problemstillingen i denne oppgaven, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

Når det gjelder tolkning av «morals» har Domstolen også her lagt en vid tolkning til grunn. Det er nemlig vanskelig å sette faste kriterier ettersom moraloppfatning variere fra område til område. Her er statene gitt stort spillerom, altså stor skjønnsmargin. Men hittil har ingen saker der hvor det har vært snakk om forbud mot hijab, blitt begrunnet i beskyttelsen av «offentlig moral». Jeg kommer tilbake til dette under «statens skjønnsmargin», men her går jeg ikke nærmere inn på dette.

Det er sjeldent at et forbud blir kun forankret i «offentlig helse eller moral».. Men som vi kan se av de nevnte dommene, har både hijab- og turbanforbud blitt begrunnet med «offentlig trygghet og helse». Dette kan legitimere et forbud på norske skoler også, men så lenge det kan konstateres at bruken av hijab setter andres helse og sikkerhet i en form for fare. Hittil er det

⁸² Aarre, Hans Eide : Livssynsfrihet og menneskerettigheter, s. 59.

⁸³ *X mot Storbritannia* (1978)

kun på arbeidsplasser at hijab- eller turbanbruk kan konstateres å være av en viss helse og sikkerhetsmessig fare. Men denne eventuelle faren gjelder fortsatt vedkommende selv og ikke det offentlige, som art.9 retter beskyttelsen mot.

Selv om disse hensyn som er nevnt ovenfor faller inn under de legitime hensyn listet opp i art. 9 (2), må de i tillegg være nødvendig i et demokratis samfunn, for at et forbud skal være rettmessig.

8.4 «Nødvendig i et demokratisk samfunn»

Som et resultat av pluralisme og demokratiske styresett eksisterer det flere religioner og livssyn side om side i dagens samfunn. Det kan derfor være nødvendig med visse begrensninger i religionsfriheten for å sikre at både individer og grupper med forskjellig tilhørighet blir respektert.⁸⁴ Ved offentlige institusjoner som skoler og universiteter kan det at både lærere og elever utøver forskjellige religion gi særlig behov for innskrenkninger i retten til fri religionsutøvelse.

Det siste vilkåret i art. 9 (2) er at et inngrep må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. I *Silver og andre mot Storbritannia*⁸⁵ oppsummerte Domstolen tidligere praksis om dette vilkåret. Her fremhevet Domstolen at medlemstatene er gitt en viss skjønnsmargin ved denne vurderingen, men det er Domstolens oppgave å gi den endelige avgjørelsen om vurderingen er i overensstemmelse med konvensjonen. ⁸⁶Videre påpekte Domstolen at vilkåret «nødvendig i et demokratisk samfunn» innebærer at inngrepet må tilsvare « et tvingende samfunnsmessig behov» og være proporsjonalt i forhold til de legitime formål som søkes oppnådd.⁸⁷ Til slutt påpekte Domstolen at der hvor det er snakk om unntak fra en rettighet som konvensjonene garanterer skal bestemmelsen tolkes snevert eller strengt.⁸⁸

⁸⁴ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005)

⁸⁵ Silver og andre mot Storbritannia (1983), avsnitt 97.

⁸⁶ Silver og andre mot Storbritannia (1983), avsnitt 97 bokstav (b)

⁸⁷ Silver og andre mot Storbritannia (1983), avsnitt 97 bokstav (c)

⁸⁸ Silver og andre mot Storbritannia (1983), avsnitt 97 bokstav (d)

Innholdet i dette vilkåret er skjønnsmessig. Denne vurderingen er todelt. Først må det vurderes hva som anses for å utgjøre ” et demokratisk samfunn” og deretter hva som ligger i uttrykket ”nødvendig”. I den videre fremstillingen skal jeg først slå kort fast hva som ligger i « et demokratisk samfunn» slik art.9 (2) gir uttrykk for. Deretter skal jeg redegjøre for hva som skal til for at nødvendighetskravet skal være oppfylt. Den siste redegjørelsen vil være todelt og innebære vilkåret om «et tvingende samfunnsmessig behov» og proporsjonalitetsvurderingen. Hovedvekten vil ligge på den siste delen som utgjør kjernen i problemstillingen i denne oppgaven. Her skal jeg gjøre konkret rede for hvordan et eventuelt forbud mot bruk av hijab på norske skoler forholder seg til disse vilkårene.

8.4.1 «Et demokratisk samfunn»

Hva kjennetegner «et demokratisk samfunn» etter konvensjonen? Det har automatisk blitt akseptert at alle medlemslandene i EMK anses for å utgjøre” et demokratisk samfunn” etter konvensjonen. Videre har Domstolen ansett ”*pluralism, tolerance and broadmindedness*” for å være grunnpilarer i et demokratisk samfunn.⁸⁹ Inngrepet må kunne forsvares i lys av de rettsstatsprinsipper og demokratiske idealer som konvensjonen bygger på.

I *Kokkinakis* -dommen påpekte Domstolen at religionsfriheten er ett av grunnlagene for et demokratisk samfunn.⁹⁰ Som oftest medfører ikke vurdering av om en stat kan anses for å være demokratisk eller ikke særlige vanskeligheter. Derfor vier Domstolen oppmerksomheten til om inngrepet kan sies å være «nødvendig» i et demokratisk samfunn.

⁸⁹ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt 108.

⁹⁰ Kokkinakis mot Hellas (1993), avsnitt 31.

8.4.2 «Nødvendig»

Selv om kravet til «et demokratisk samfunn» er oppfylt, må inngrepet være «nødvendig» for at det skal anses for å være rettmessig. Domstolen har ikke gitt en konkret definisjon på hva dette innebærer. Uttrykket gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Domstolen har åpnet for at statene skal ha en viss skjønnsmargin under denne vurderingen. I *Silver*-dommen påpekte Domstolen at:

“(a) the adjective “necessary” is not synonymous with “indispensable”, neither has it the flexibility of such expressions as “admissible”, “ordinary”, “useful”, “reasonable” or “desirable”⁹¹

Det vil si at det er ikke et krav om at inngrepet er absolutt påkrevd, men det er heller ikke tilstrekkelig at inngrepet er ønskelig eller nyttig. Videre er det stilt opp to generelle krav for at en begrensning kan anses for å være «nødvendig». Først og fremst må begrensningen av religionsfriheten tilfredsstillende ”et tvingende samfunnsbehov” eller som Domstolen betegner ”a pressing social need”. For det andre må begrensningen være proporsjonal i forhold til de legitime hensyn som inngrepet søker å ivareta, altså et proporsjonalitetskrav mellom de motstridende interesser i saken. Ofte stilles det et tredje krav som går ut på at begrensningen må være rettmessiggjort på bakgrunn av «relevante og tilstrekkelig formål». Men som oftest går det sistnevnte kravet inn under proporsjonalitetsvurderingen, noe som også vil være tilfelle i denne oppgaven. Nedenfor skal det gjøres rede for innholdet av hvert enkelt av de nevnte kravene.

8.4.2.1 Statens skjønnsmargin («Margin of appreciation»)

EMD har gitt de nasjonale myndighetene en viss skjønnsmargin ved vurdering av nødvendighetskravet. Dette har sin bakgrunn i at de nasjonale myndighetene som oftest er bedre egnet til å avgjøre hva som er nødvendig i den bestemte saken.⁹² De er nemlig i direkte kontakt med

⁹¹ *Silver og andre mot Storbritannia* (1983), avsnitt 97 bokstav (a).

⁹² *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2005), avsnitt 111.

situasjonen og har bedre kjennskap til lokale og nasjonale bestemmelser.⁹³ Det er som oftest ved nødvendighetsvurdering at statens skjønnsmargin blir omtalt både av EMD og juridisk teori. Men det er på sin plass å presisere at statens skjønnsmargin er relevant for alle vilkårene for innskrenkning i religionsfriheten.

Det er staten som har bevisbyrden for at et inngrep ikke urettmessig har gått ut over rettigheten som garanteres av EMK⁹⁴. EMK har ikke gitt en konkret definisjon av statens skjønnsmargin. I den videre fremstillingen skal jeg først redegjøre generelt for statens skjønnsmargin, og deretter knytte det opp mot problemstillingen i oppgaven.

Genretelt om «statens skjønnsmargin»

Ved denne vurderingen har Domstolen påpekt, at det er Domstolens oppgave å etterprøve de avgjørelser som de nasjonale myndighetene har truffet ved utøvelse av deres lovgivnings- og dømmende myndighet. Dermed er både lovgivning og domsavgjørelser under EMDs tilsyn. Men denne friheten kan ikke strekkes for langt. I denne forbindelse uttalte Domstolen i *Kokkinakis mot Hellas*⁹⁵ :

«The Court has consistently held that a certain margin of appreciation is to be left to the Contracting States in assessing the existence and extent of the necessity of an interference, but this margin is subject to European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court.»⁹⁶

⁹³ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt 121.

⁹⁴ Murdoch, Jim, Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights. S. 40.

⁹⁵ Kokkinakis mot Hellas (1993).

⁹⁶ Kokkinakis mot Hellas (1993), avsnitt 47.

EMD må avgjøre om det er oppnådd en rettferdig balanse mellom individet og statens motstridende interesser. Ved denne kontrollen skal Domstolen vurdere inngrepet på bakgrunn av saken som en helhet.⁹⁷

Statens skjønnsmargin vil variere fra situasjon til situasjon. Først og fremst vil karakteren av de rettigheter det gjøres inngrep i være av betydning.⁹⁸ For det andre vil rettighetenes betydning for individet og inngrepets intensitet være et viktig moment i vurderingen.⁹⁹ For det tredje har både karakteren av de aktiviteter det gjøres inngrep i, og karakteren av de legitime formål som søkes å oppnås, betydning for hvor vid eller snever statenes skjønnsmargin kan være i et bestemt tilfelle.¹⁰⁰ For det fjerde vil det være av betydning hvordan rettstilstanden mellom medlemslandene er på det bestemte rettsområdet inngrepet gjelder. For det femte er også forholdet mellom stat og religion av betydning.¹⁰¹

«Statens skjønnsmargin» ved et eventuelt forbud mot hijab på norske skoler:

Det er her snakk om religionsfriheten som etter Domstolens syn er et av grunnlagene for et demokratisk samfunn og et av de mest nødvendige elementene for en troendes identitet og oppfatning av livet.¹⁰² Dette trekker i retning av at det må foreligge sterke behov og hensyn for et inngrep og dermed en snever skjønnsmargin for statene.

Når det gjelder rettighetens betydning for individet og inngrepets intensitet, er det her snakk om religion som et grunnleggende element i de troendes identitet. Både muslimske jentebarn og kvinner markerer sin tilhørighet til den islamske troen gjennom å bruke hijab. Dermed må religionsfriheten anses for å utgjøre en meget viktig rettighet for de som berøres av et eventuelt forbud mot hijab på offentlige skoler. Samtidig som et eventuelt forbud vil hindre muslimske kvinner i å oppfylle de forpliktelser de har etter sin tro, fører et eventuelt forbud til at

⁹⁷ Kokkinakis mot Hellas (1993), avsnitt 47.

⁹⁸ Kjølbros, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, s.430-431.

⁹⁹ Kjølbros, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, s.430-431.

¹⁰⁰ Kjølbros, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, s.430-431.

¹⁰¹ Kjølbros, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, s.430-431.

¹⁰² Kokkinakis mot Hellas (1993), avsnitt. 31.

de avskjæres fra andre grunnleggende rettigheter, som utdanning og retten til arbeid, ved at de utvises fra skole og avskjedigelse fra jobben. Dette trekker i retning av at inngrepet er av stor intensitet. Dermed må det vises varsomhet ved et eventuelt forbud mot hijab i Norge. Dette tilsier en snever skjønnsmargin for staten.

Videre er slik at det aktivitetene som det gjøres inngrep i, er i dette tilfelle utdanning og arbeid (i form av elev, lærer eller professor), som også er grunnleggende menneskerettigheter. Når det gjelder legitime hensyn, legges de samme hensyn, som jeg har nevnt ovenfor, til grunn her også. Hvis inngrepet er begrunnet i beskyttelsen av «andres rettigheter og friheter», har staten gjerne en stor skjønnsmargin ved avveining mellom de motstridende interesser, da myndighetene er i en bedre posisjon til å vurdere om det er «et tvingende samfunnsbehov» for inngrepet. Dette støttes opp både av *Dahlab-* og *Sahin-*dommene.

Hvis det kan påvises en generell utvikling blant medlemstatene i en bestemt retning på et bestemt område, vil det være et moment som begrenser medlemstatenes skjønnsmargin.¹⁰³ Foreligger det en felles europeisk konsensus, trekker det i retning av at staten har en snever skjønnsmargin. I motsatt fall vil staten ha en stor skjønnsmargin. Et eksempel på dette er inngrep som er begrunnet i «offentlig moral», slik som i *Handyside v. UK*¹⁰⁴. Under vurderingen av om det forelå ett eller flere legitime hensyn for inngrepet i ytringsfriheten etter art. 10 (2),¹⁰⁵ kom Domstolen frem til at det ikke forelå noe brudd på EMK art. 10. De anså inngrepet for å kunne begrunnes i beskyttelsen av «offentlig moral» i et demokratisk samfunn.¹⁰⁶ Domstolen påpekte at det ikke fantes en uniform oppfatning av moral blant medlemsstatene, og moral varierte fra sted til sted og fra tid til tid.¹⁰⁷

¹⁰³ Kjølbro, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter s.430-431

¹⁰⁴ *Handyside mot Storbritannia* (1976)

¹⁰⁵ *Handyside mot Storbritannia* (1976), avsnitt 47.

¹⁰⁶ *Handyside mot Storbritannia* (1976), avsnitt 48.

¹⁰⁷ *Handyside mot Storbritannia* (1976), avsnitt 48.

Til slutt er det viktig å fremheve forholdet mellom religion og stat. Både i Tyrkia og Frankrike er staten bygget på prinsippet om sekularisme, som innebærer at stat og religion skal være adskilte og uavhengige. Mens i Norge har Den norske kirken frem til 2012 blitt omtalt som statskirke. Den evangelisk-lutherske religion er ansett som statens offisielle religion. Selv om Den norske kirken ikke anses som statskirke etter endringer ved stortingsvedtak av 21.05.12¹⁰⁸ blir den norske kirke fortsatt til en viss grad finansiert av staten og den har en særstilling i samfunnet. Endringen etter vedtaket innebærer mer selvstyre for kirken, og ikke i noen særlig grad separasjon av kirken fra staten. Dette viser først og fremst at situasjonen i Norge er forskjellig fra Tyrkia og Frankrike. På bakgrunn av Den norske kirkens stilling i samfunnet, vil ikke de samme argumentene, som for eksempel religionsnøytralitet, gjøre seg gjeldende i like stor grad for Norge. Dette kan tale for at statens skjønnsmargin vil være snevrere enn om det hadde vært en sekulær stat.

Det er en nær sammenheng mellom statens skjønnsmargin og de legitime hensyn som søkes oppfylt. Hvis skjønnsmarginen er liten, må det tungtveiende grunner til og omvendt. Dette samspillet vil komme enda tydeligere frem under proporsjonalitetsvurderingen. Men først skal det gjøres rede for om det legitime hensyn som ligger til grunn for et eventuelt forbud mot hijab på norske skoler, oppfyller kravet om «et tvingende samfunnsmessig behov».

8.4.2.2 Tvingende samfunnsmessig behov (« a pressing social need »)

Vilkåret om «et tvingende samfunnsmessig behov» er også skjønnsmessig. Vilkåret innebærer at et eller flere av de legitime hensyn må begrunne behovet for å begrense religionsfriheten etter art. 9(1). Videre kan det fra «et tvingende (pressing)» utledes at behovet for å innskrenke rettighetene må gjøre seg gjeldende med en viss styrke.¹⁰⁹ Ved vurderingen av nødvendighetskravet, skal det demokratiske samfunns tvingende behov veies mot individets religions-

¹⁰⁸Grunnlovsforslag om ny organisering av forholdet mellom staten og Den norske kirke Dokument nr. 12:10 (2007-2008), Innst. 233 S (2011-2012)

¹⁰⁹ Flack, Preben: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 som skranke for innsamling (Særoppgave): behandling og bruk av personopplysninger kap. V (5.3.2).

frihet. ¹¹⁰Dess sterkere «et tvingende samfunnsmessig behov» er, desto lettere er det å rettferdiggjøre et inngrep. I det følgende skal jeg gjennom EMDs rettspraksis belyse hva Domstolen legger i dette kravet under konkrete forhold.

Generelt om «tvingende samfunnsmessig behov»:

I *Dahlab mot Sveits*¹¹¹ kom sveitsisk høyesterett til at forbudet mot å la klageren bære hijab på skolen, hadde til hensikt å beskytte elevenes religionsfrihet. Videre skulle inngrepet beskytte andre elevers og foreldrenes religionsfrihet og prinsippet om religionsnøytralitet på skolen. Domstolen konkluderte med at inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn for å beskytte elevenes rett til å bli undervist i en livssynsnøytral skole. Domstolen påpekte at det var vanskelig å vurdere hvor stor påvirkning et symbol som hijab kan ha på elever mellom fire og åtte år. Samtidig påpekte Domstolen at det var vanskelig å forene bruken av hijab med budskapet om toleranse, respekt for andre og fremfor alt likestilling og ikke-diskriminering. Disse prinsippene var noe som alle lærere i et demokratisk samfunn må formidle til sine elever. ¹¹² Domstolen anså inngrepet for å være «et tvingende samfunnsmessig behov» og dermed nødvendig i et demokratisk samfunn.

I *Leyla Sahin mot Tyrkia* påberopte staten behovet for å fremme sekularisme, som er et særlig hensyn i det moderne Tyrkia. Domstolen påpekte at prinsippet om sekularisme var et grunnleggende prinsipp i Tyrkia og var i overensstemmelse med respekten for menneskerettigheter. ¹¹³ Videre uttalte Domstolen at det var forståelig at myndighetene ønsket å bevare det sekulære institutt ved å vurdere å forby hijab og andre religiøse symboler. Domstolen uttalte i denne forbindelse:

« ... the issues at stake include the protection of the «rights and freedoms of others» and the « maintenance of public order» in a country in which the majority of the

¹¹⁰ Flack, Preben: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 som skranke for innsamling (Særoppgave): behandling og bruk av personopplysninger kap. V (5.3.2).

¹¹¹ Dahlab mot Sveits (2001)

¹¹² Dahlab mot Sveits, avsnitt 1

¹¹³ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt. 113 og 114.

population, while professing a strong attachment to the rights of woman an a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims,...»¹¹⁴

På bakgrunn av dette og proporsjonalitetsvurdering i dommen, anså Domstolen inngrepet for å oppfylle vilkåret om «et tvingende samfunnsmessig behov», og dermed nødvendighetskravet.¹¹⁵

En annen dom som belyser kravet om « et tvingende samfunnsmessig behov» er *Serif mot Hellas*¹¹⁶. Her hevdet klageren at hans rett til å utøve sin religion hadde blitt krenket ved at han hadde blitt dømt for å ha ranet til seg en «muftis» funksjoner. Ved vurderingen om domfellelsen oppfylte nødvendighetskravet etter art. 9 (2) uttalte Domstolen at «... *such restriction must correspond to a “pressing social need” and must be “proportionate to the legitimate aim pursued”*»¹¹⁷ Staten hevdet i denne forbindelse at inngrepet ville være med på å beskytte autoriteten til den rettmessige «muftien». Dette vil igjen bidra til ro og orden i trossamfunnet og offentlig orden generelt.¹¹⁸ I denne forbindelse uttalte Domstolen:

«... in the Court’s view, punishing a person for merely acting as the religious leader of a group that willingly followed him can hardly be considered compatible with the demands of religious pluralism in a democratic society.»¹¹⁹

Videre hevdet staten at inngrepet var med på å hindre spenninger mellom muslimene, muslimer og kristne, og mellom Hellas og Tyrkia.¹²⁰ Her fremhevet Domstolen at selv om klagerens utøvelse av den rettmessige muftiens funksjoner kunne føre til en splittelse og spenning mellom de forskjellige gruppene, var dette en konsekvens av pluralisme. Myndighetene må

¹¹⁴ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt 114.

¹¹⁵ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt. 116.

¹¹⁶ Serif mot Hellas (1999)

¹¹⁷ Serif mot Hellas (1999), avsnitt 49.

¹¹⁸ Serif mot Hellas (1999), avsnitt 43.

¹¹⁹ Serif mot Hellas (1999), avsnitt 51.

¹²⁰ Serif mot Hellas (1999), avsnitt 47.

forsøke å løse slike eventuelle konflikter med ved å skape toleranse mellom de forskjellige gruppene.¹²¹ På bakgrunn av dette oppfylte ikke inngrepet et «tvingende samfunnsmessig behov».¹²² Dermed ble ikke inngrepet ansett for å være «nødvendig i et demokratisk samfunn».¹²³

Denne dommen viser at selv om det kan foreligge legitime formål bak innskrenkning av religionsfriheten, må behovet for denne innskrenkingen gjøre seg gjeldene med en viss styrke for at den skal kunne anses for å oppfylle vilkåret om «et tvingende samfunnsmessig behov», og dermed også nødvendighetskravet.

Et eventuelt forbud mot hijab på offentlige norske skoler:

Ut fra de nevnte dommene kan det slutes at behovet for å beskytte den sekulære staten, fremme pluralismen og religionsnøytralitet, blir av EMD ansett for å være formål som kan vurderes som nødvendige . Videre påpekes behovet for å beskytte andre mot proselyttisme, press og likestilling mellom kvinner og menn, som et behov som gjør seg gjeldende i et demokratisk samfunn. Spørsmålet blir om disse hensynene gjør seg gjeldende i like stor grad i Norge når det gjelder et forbud mot bruk av hijab på offentlige skoler.

-Sekularisme:

Først og fremst må det fremheves at forholdet mellom stat og religion i Norge er forskjellig fra land som Tyrkia og Frankrike. I disse landene er målsetningen en fullstendig separasjon av religion fra det offentlige, slik at religion i sin helhet skal være et privatanliggende. Videre er det slik at staten i disse landene ikke er knyttet til en bestemt religion. Norge har hatt den evangelisk- lutherske retningen innenfor kristendommen som statsreligion. I Norge har staten både formelt og faktisk hatt en viss innflytelse på statskirken anliggender.¹²⁴ Det er videre slik at staten gir betydelig økonomiske støtte ikke bare til statskirkens, men også til andre trossamfunn i landet. Dette kan tilsi at i en eventuell sak mot Norge, vil EMD kunne være mindre

¹²¹ Serif mot Hellas (1999), avsnitt 53.

¹²² Serif mot Hellas (1999), avsnitt 54.

¹²³ Serif mot Hellas (1999), avsnitt 54.

¹²⁴ Grunnloven § 2: Forbud mot hijab i skolen. Saknr. 201003839.

tilbøyelig til å godta et forbud mot hijab av hensyn til beskyttelsen av sekulærstaten, enn det de har vært i forhold til saker mot Tyrkia og Frankrike. Dermed blir det vanskelig å se at det samme behov for opprettholdelse av sekulærstaten vil gjøre seg gjeldende i Norge.

-Pluralisme og religionsnøytralitet:

Det å fremme pluralisme og religionsnøytralitet kan derimot være et tvingende behov for det norske samfunn også. Medlemsstaten har en plikt til å sikre rettighetene overfor borgerne uten diskriminering.¹²⁵ Det å merke sin tilhørighet, i dette tilfelle med å bruke hijab, er en del av at samfunnet er pluralistisk. Dermed vil et forbud som er begrunnet i å fremme pluralisme, være en diskriminering der dette forbudet kun gjelder hijab og ikke andre religiøse symboler. Argumentet med religionsnøytralitet komme inn med styrke hvis forbudet gjelde mot alle former for religiøse symboler og ikke kun hijab. Men et slikt generelt forbud foreligger ikke. Dermed vil et eventuelt forbud mot hijab på offentlige skoler være forskjellsbehandling av trossamfunnene i Norge. På bakgrunn av at den kristne læren har stor plass i det norske samfunn, særlig i institusjoner som offentlige skoler, kan det føre til at EMD ikke anser det for tvingende med et inngrep mot bruk av hijab på bakgrunn av religionsnøytralitet.

-Proselyttisme:

Art.9 har som formål å beskytte elever og studenter mot religiøs indoktrinering fra statens side.¹²⁶ Særlig i *Dahlab-saken* la Domstolen vekt på at hennes rolle som lærer kan ha proselyttisk virkning på elevene. Dette er også et argument som kan gjøre seg gjeldende med samme styrke i Norge. Domstolen konstaterte ikke i hvilken grad bruken av hijab ville ha en påvirkning på elevene. Men her støttet elevenes unge alder og hennes posisjon som rollemodell opp mot argumentet. Ut fra denne dommen kan det sluttet at der hvor det er snakk om proselyttisme, kan det være et tvingende samfunnsmessig behov å gripe inn i religionsfriheten.

¹²⁵ Jfr. EMK art. 14.

¹²⁶ Kjølbros, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, s.518

En dom som belyser dette er *Larissis og andre mot Hellas*¹²⁷. Her hadde tre offiserer fra luftforsvaret, som var tilhengere av pinsemenigheten, blitt dømt for proselyttisme av domstolen i Hellas. Dette på grunn av at de hadde prøvd å overbevise et antall personer til å bli medlemmer av pinsemenigheten. Blant de som offiserene forsøkte å overbevise var tre juniorflygere som var deres underordnede og andre sivile. Resultatet av dommen var todelt.

EMD kom først frem til at det ikke forelå noen krenkelse av art. 9 i forhold til inngrepet ovenfor klagerne når det gjaldt deres proselyttiske handlinger ovenfor luftforsvarets personale. Her uttalte domstolen at det ble ansett for å være nødvendig for staten å beskytte juniorflygere fra å bli satt under utilbørlig press av seniorflygerne. Slik som i *Dahlab*-saken er det også her snakk om at dem som inngrepet gjelder ovenfor hadde en overordnet posisjon i forhold til de som inngrepet skulle beskytte, og videre var det snakk om religiøs påvirkning. Men i dette tilfelle er både posisjon og påvirkning mye tydeligere og sterkere. Klageren i *Dahlab*-saken forsøkte aldri med hensikt direkte eller indirekte å overbevise elevene, og hun hadde ikke i samme grad makt over elevene, som offiserene hadde over juniorflygerne.

I den andre delen av resultatet anså Domstolen religionsfriheten til to av offiserenes for å ha blitt krenket. Dette var i forbindelse med inngrepet som ble satt i gang mot proselyttisme overfor de sivile, som de hadde forsøkt å overbevise. Her ble de sivile ikke ansett for å være under samme presset som juniorflygeren var. Ut fra dette kan det slutes at det er avgjørende hvilken posisjon den som inngrepet gjelder, har ovenfor den som inngrepet forsøker å beskytte. Dette vil gjelde for Norges vedkommende også i samme grad.

I *Sahin*-dommen ble det ikke i like stor grad lagt vekt på proselyttisme, men det ble hevdet at bruken av hijab kunne legge press på andre medstudenter som ikke brukte hijab. Men igjen vil det være tvilsomt om dette argumentet alene vil slå gjennom og rettfærdiggjør et generelt forbud. For man har som en del av retten til å utøve sin religion, rett til å prøve å overbevise

¹²⁷ *Larissis og andre mot Hellas* (1998).

andre.¹²⁸ Dermed vil det være en vurdering av om man har holdt seg innenfor denne grensen eller ikke.

-Likestilling mellom kvinner og menn:

Både i *Dahlab –og Sahin* -dommen påpekes det at forbudet mot hijab vil være med på å fremme likestilling mellom kvinner og menn. Det å fremme likestilling mellom kvinner og menn er et hensyn som kan gjøre seg gjeldende med betydelig styrke i Norge også. Dette argumentet ble i *Dahlab*-saken begrunnet med at bruk av hijab fremstod som påtvunget plikt og bidro til å undertrykke kvinner. Domstolen går verken i *Dahlab- eller Sahin- saken* særlig inn på hvorfor de er enige med statene om at bruken av hijab ikke likestiller kvinner og menn. Men på bakgrunn av Domstolens uttalelse i *Dahlab-* saken om at Domstolen har vanskeligheter med å se bruken av hijab fremme toleranse og likestilling, tyder det på at Domstolen er av samme oppfatning som staten om bruken av hijab. Men det er vanskelig å si om dette hadde holdt alene som legitimt hensyn for å forby hijab på norske skoler.

Det er vanskelig å avgjøre hvilke hensyn som kan anses for å legitimere et forbud mot bruk av hijab på norske skoler og samtidig anses for å være et tvingende samfunnsmessig behov. Selv om de hensyn som er nevnt ovenfor gjør seg gjeldende i like stor grad i Norge også, må inngrepet være forholdsmessig for at nødvendighetskravet skal være oppfylt. Dette skal jeg gjøre rede for i neste punkt.

¹²⁸ Kokkinakis mot Hellas (1993), avsnitt 31.

8.4.2.3 Proporsjonalitetsprinsippet

Innholdet av proporsjonalitetskravet lar seg ikke klarlegge generelt, men må avklares konkret i den enkelte sak. Dermed vil proporsjonalitetsvurderingen variere etter hvor alvorlig inngrepet er, og hvor tungtveiende samfunnsmessig behov inngrepet skal ivareta.¹²⁹ Ved denne vurderingen er Domstolens oppgave å sikre at rettighetene som garanteres ved EMK ikke blir unødvendig begrenset, eller i verste fall krenket. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at det skal være forholdsmessighet mellom formålet som søkes oppnådd og midlene som brukes til å nå det legitime formål. Videre innebærer prinsippet at Domstolen skal avgjøre om staten har forsøkt å oppnå en rettferdig balanse mellom enkeltindividets og det offentliges motstridende interesser. Hvis staten har holdt seg innenfor disse grensene, er det ikke i seg selv avgjørende om det kan påvises alternative løsninger.

Prinsippet om statens skjønnsmargin medfører at Domstolen ikke anser det som sin oppgave å avgjøre om en valgt løsning, er den beste løsningen ved behandling av det gjeldende problem, eller om staten burde ha utøvd sitt skjønn på annen måte.¹³⁰ I denne fremstillingen skal jeg redegjøre for de momentene som Domstolen tar hensyn til under proporsjonalitetsvurderingen basert på EMDs rettspraksis, knyttet opp mot problemstillingen i oppgaven. Men først tar jeg kort for meg en oppsummering av noen generelle faktorer som EMD har tatt hensyn til gjennom rettspraksis ved proporsjonalitetsvurderingen.

Generelt om proporsjonalitetsvurderingen:

Først og fremst vil Domstolen anse inngrepet for uproporsjonalt hvis inngrepet svekker eller krenker selve formålet med rettigheten som det gjøres inngrep i.¹³¹ For det andre oppfylles ikke proporsjonalitetskravet hvis staten ikke kan bevise at det legitime formål de begrunner inngrepet med, er relevant og tilstrekkelig.¹³² For det tredje avgjør Domstolen spørsmålet om

¹²⁹ Flack, Preben: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 som skranke for innsamling (Sær-oppgave): behandling og bruk av personopplysninger kap. V (5.3.2).

¹³⁰ Kjølbro, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter , s. 430

¹³¹ Council of Europe: THE MARGIN OF APPRECIATION, Kap. 2.

¹³² Council of Europe: THE MARGIN OF APPRECIATION, Kap. 2.

proporsjonalitetsprinsippet ved å vurdere om formålet kunne oppnås med et mindre inngripende tiltak eller med mildere midler.¹³³ Det er medlemstatene som har bevisbyrden for at kravet om proporsjonalitet er oppfylt. Spørsmålet blir om et generelt inngrep mot hijab på norske skoler kan anses for å oppfylle proporsjonalitetskravet etter art. 9 (2)? Dette skal belyses under neste punkt gjennom relevant rettspraksis fra EMD.

Forbudet mot lærere og professorer:

I saken *Dahlab mot Sveits* begrunnet staten inngrepet med beskyttelse av «andres rettigheter og friheter» og «offentlig sikkerhet og trygghet». Under proporsjonalitetsvurderingen i denne saken måtte Domstolen veie samfunnets behov for å beskytte elvene og sekularismen, ved å bevare religionsnøytralitet, opp mot klagerens rett til å utøve sin religion. I forbindelse med denne vurderingen uttalte Domstolen at formålet som inngrepet var begrunnet i, måtte være «relevant og tilstrekkelig». Det må også være proporsjonalt i forhold til det formål som søkes oppnådd. De nasjonale domstolene begrunnet inngrepet med å forhindre en potensielt påvirkning eller et inngrep i elevenes og foreldres religiøse overbevisning. Og hensynet til religionsnøytralitet på skolen. Her fremhevet de nasjonale domstolen at det å jobbe som lærer for offentlige skoler, innebar at man både var deltaker i utøvelsen av pedagogisk autoritet og representant for staten. På bakgrunn av dette måtte klageren som offentlig ansatt tåle et forholdsmessig inngrep i retten til å utøve sin religion.

Domstolen påpekte at det i løpet av en treårs periode hvor klageren hadde undervist med hijab, hadde hun ikke mottatt noen klager, verken fra andre lærere eller fra foreldrene. Det var ingenting som tydet på at det var mangler ved kvaliteten på undervisningen hennes. Det var heller ingen tegn på at hun hadde forsøkt å utnytte sin posisjon til å påvirke elevenes religiøse syn og utøvelse. Domstolen fremhevet at:

«The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are

¹³³ Council of Europe: THE MARGIN OF APPRECIATION, Kap. 2.

also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect...»¹³⁴

Det siste begrunnet Domstolen med at bruken av hijab ofte kan fremstå som om det er påtvunget kvinner gjennom et bud i Koranen.¹³⁵ Videre var det på denne bakgrunn vanskelig for Domstolen å forene bruken av hijab med de grunnleggende prinsippene for et demokratisk samfunn, nemlig toleranse og likestilling mellom kvinner og menn. Videre uttalt Domstolen under proporsjonalitetsvurderingen:

«... weighing the right of a teacher to manifest her religion against the need to protect pupils by preserving religious harmony, the Court considers that, in the circumstances of the case and having regard, above all, to the tender age of the children for whom the applicant was responsible as a representative of State, the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and that the measure they took was therefore not unreasonable.»¹³⁶

Domstolen kom frem til at forbudet som hindret klageren i å bruke hijab, var på bakgrunn av ovenfor nevnte vurderingen proporsjonalt og «nødvendig i et demokratisk samfunn».¹³⁷

Det kan fra dommen utledes at Domstolen har lagt vekt på at staten har stor skjønnsmargin når det er snakk om beskyttelse av «andres rettigheter og friheter» og «offentlig trygghet og orden». Videre kan vi se at Domstolen har lagt vekt på klagerens posisjon som en rollemodell for elevene og representant for staten. Og på elevenes unge alder og at de er lett påvirkelige i dette stadiet. I denne sammenheng har Domstolen også lagt vekt på hijab som et symbol, som ikke fremmer toleranse og likestilling.

¹³⁴ Dahlab mot Sveits (2001), avsnitt 1.

¹³⁵ Dahlab mot Sveits (2001), avsnitt 1.

¹³⁶ Dahlab mot Sveits (2001), avsnitt 1.

¹³⁷ Dahlab mot Sveits (2001), avsnitt 1.

I *Kurtulmus mot Tyrkia*¹³⁸ hevdet en professor ved Universitet i Tyrkia at hennes rett til å utøve sin religion hadde blitt krenket ved at hun etter en advarsel om ikke å bruke hijab på universitet, hadde blitt avskjediget fra sin stilling. Før klageren fikk saken sin avgjort ved Høyesterett i Tyrkia, trådte det i kraft en lov om benådning av alle sivile embetsmenn som hadde vært gjenstand for disiplinære tiltak og slettet effekten av slik tiltak. Til tross for dette ville klageren ha saken sin avgjort i retten. Domstolen anså inngrepet for å oppfylle legitime formål som beskyttelse av «andres rettigheter og friheter» og «offentlig orden». Under proporsjonalitetsvurderingen uttalte Domstolen:

«... The Court therefore had to consider whether a fair balance had been struck in the present case between the fundamental right of the individual to freedom of religion and the legitimate interest of a democratic State in ensuring that its civil service properly furthered the purposes enumerated in Article 9(2).»¹³⁹

Her la Domstolen vekt på at inngrepet gjaldt for alle offentlige tjenestemenn. Samtidig som den forsøkte å opprettholde prinsippene om sekularisme og nøytralitet i siviltjenesten, og særlig av statens utdanning. Videre fremhevet Domstolen at forholdet mellom stat og religion måtte vektlegges i vurderingen. I den forbindelse uttalte Domstolen at i et demokratisk samfunn hadde staten en rett til å begrense bruk av hijab hvis praksisen kolliderte med andres rettigheter og friheter. Til slutt påpekte Domstolen at omfanget av et slike tiltak og ordninger måtte overlates til vedkommende stat. Ved at staten benytter seg av skjønnsmarginen den har fått tildelt, ble det påklagde inngrepet ansett som rettferdiggjort og proporsjonalt i forhold til målsettingen. Saken ble i sin helhet avvist som åpenbart ugrunnet.

Også av denne dommen kan det utledes at Domstolen legger vekt på at staten har en vid skjønnsmargin når det gjelder inngrep for å beskytte «andres rettigheter og friheter». Nok et viktig moment var opprettholdelsen av sekularisme og nøytralitet i samfunnet generelt og offentlig utdanning spesielt. Videre legges det vekt på det faktum at inngrepet gjelder for alle og ikke bare klageren. Dette gjør inngrepet mer proporsjonalt i forhold til inngrepets intensitet og formålet.

¹³⁸ Kurtulmus mot Tyrkia (2006).

¹³⁹ Kurtulmus mot Tyrkia (2006), avsnitt 2.

Forbudet mot elver og studenter:

I *Leyla Sahin*-dommen uttalte Domstolen at det må vurderes om det foreligger en tilstrekkelig og proporsjonal sammenheng mellom de midler som anvendes og de legitime formål som søkes oppnådd.¹⁴⁰ Her begrunnet staten inngrepet i flere formål, som EMD anså for å falle inn under de legitime formål om å beskytte «andres rettigheter og friheter» og å beskytte «offentlig orden». Domstolen påpekte at det i hovedsak er prinsippet om sekularisme og beskyttelse av den tyrkiske sekulærstaten som er hovedformålet med forbudet¹⁴¹. I denne saken stod på den ene siden beskyttelsen av sekularisme i form av å fremme likestilling av kvinner og menn, beskyttelse av staten mot ikke-demokratiske islamister, og å fremme pluralisme. Respekt for andres rettigheter, i form av at de ikke føler seg presset til å gå med hijab. Og på den andre siden stod klagerens rett til å utøve sin religion.

Domstolen la vekt på tre momenter under proporsjonalitetsvurderingen. Først og fremst uttalte Domstolen:

«...that practising Muslim students in Turkish universities are free, within the limits imposed by the constraints of educational organisation, to manifest their religion in accordance with habitual forms of Muslim observance.»¹⁴²

Dette tilsa at inngrepet ikke var så omfattende at det forhindrer religionsfriheten etter art.9 i sin helhet. For det andre påpekte Domstolen at forbudet gjaldt også andre former for religiøse symboler.¹⁴³ Dette var et moment som trakk i retning av at inngrepet var proporsjonalt.

For det tredje påpekte Domstolen også at beslutningen om forbudet hadde tatt flere år og gikk hånd i hånd med den store debatten i den tyrkiske stat og blant lærerne. Videre hadde de to

¹⁴⁰ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2005), avsnitt 117.

¹⁴¹ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2005), avsnitt 116.

¹⁴² *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2005), avsnitt 118.

¹⁴³ *Leyla Sahin mot Tyrkia* (2005), avsnitt 118.

høyeste domstolene i landet klart å etablere rettspraksis på dette punktet som støttet opp mot forbudet. I denne forbindelse uttalte Domstolen:

“It is quite clear that throughout that decision-making process the university authorities sought to adapt to the evolving situation in a way that would not bar access to the university to students wearing the veil, through continued dialogue with those concerned, while at the same time ensuring that order was maintained and in particular that the requirements imposed by the nature of the course in question were complied with.”

Dette viser at inngrepets virkning har blitt vurdert nøye før beslutningen ble tatt, og er nok et moment som trekker i retning av at inngrepet var proporsjonalt.

Domstolen fremhevet at det ikke var deres oppgave å vurdere hvordan universitetsledelsen skal sikre etterlevelsen av interne regelbrudd. Videre påpekte Domstolen at staten på grunn av sin direkte og løpende kontakt med utdanningssamfunnet, var bedre plassert enn en internasjonal domstol til å vurdere lokale behov og forhold. Det var videre ikke Domstolens oppgave å *«apply the criterion of proportionality in a way that would make the notion of an institution’s «internal rules» devoid of purpose.»*¹⁴⁴ I lys av vurderingen nevnt ovenfor og under hensyn til medlemstatenes skjønnsmargin, anså Domstolen inngrepet for å oppfylle proporsjonalitetskravet.

Sakene *Dogru og Kervanci mot Frankrike*¹⁴⁵ handlet også om to studenter som ble utvist fra skolen på grunn av at de ikke overholdte reglene om forbud mot hijab i gymsalene. I begge sakene begrunnet staten inngrepet i å forsvare kravene til sekularisme i offentlig utdanning. Disse dommene var oppe hos EMD før det generelle forbud om hijab på offentlige skoler ble lovfestet i Frankrike. Selv om dommen er nyere og sakens faktum varierer litt, henviser Domstolen både til *Dahlab*¹⁴⁶, *Leyla Sahin*¹⁴⁷, og *X mot UK*¹⁴⁸, som også er nevnt i denne oppga-

¹⁴⁴ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005), avsnitt 121.

¹⁴⁵ Dogru mot Frankrike og Kervanci mot Frankrike (2008).

¹⁴⁶ Dahlab mot Sveits (2001).

ven. Dette tyder på at EMD holder fast på vurderingen gjort i sin tidligere rettspraksis, og vi kan dermed legge disse vurderingene til grunn for belysning av rettstilstanden i forhold til problemstillingen i denne oppgaven også. Forbudet ble begrunnet i sikkerhets- og folkehelsebetraktninger, som Domstolen anså for å falle inn under «andres rettigheter og friheter». Her stod statens behov for å bevare sekularisme i offentlige skoler, mot individenes rett til å utøve sin religion.

Slik som i *Sahin*-dommen påpekte Domstolen også her, at hvor det er snakk om måter og metoder for å sikre respekten for interne regler, var det ikke Domstolens oppgave å erstatte myndighetenes visjon med Domstolens egne. Dette begrunnet de med at myndigheten vær i direkte og løpende kontakt med det pedagogiske miljøet, og var best plassert til å vurdere lokale behov og forutsetninger eller kravene til en bestemt undervisning.

Som en konsekvens av forbudet ble elvene utvist fra skolen. Staten påpekte at utvisningen var en konsekvens av at elevene nektet å følge de regler som gjelder på skolens lokaler, som de hadde blitt informert om, og ikke på grunn av deres religiøse overbevisning. På denne bakgrunn anså Domstolen at også kravet til at de legitime hensyn må var relevante og tilstrekkelige var oppfylt. Et annet argument som Domstolen påpekte og la vekt på, var at saksøkerne hadde mulighet til å fortsette sin skolegang ved korrespondanseklasser, dermed ville utvisning ikke være uforholdsmessig. I lys av de nevnte dommene i saken og statens skjønnsmargin, kom Domstolen frem til at inngrepet var proporsjonalt, og hadde blitt rettferdiggjort.

Et eventuelt forbud mot hijab på offentlige norske skoler:

Proporsjonalitetsvurderingen vil variere etter hvilke legitime hensyn som anses for å ligge bak forbudet. Som nevnt under vurdering av vilkåret «et tvingende samfunnsmessigbehov», er det vanskelig å se at de samme hensyn vil gjøre seg gjeldende for Norge og med samme styrke. Men av dommene nevnt ovenfor kan man se at visse momenter går igjen under proporsjonalitetsvurderingen. Beskyttelsen av sekulærstaten er et tungtveiende argument i alle de nevnte

¹⁴⁷ Leyla Sahin mot Tyrkia (2005).

¹⁴⁸ X mot Storbritannia (1978).

dommene. Videre veies hensynet til religionsnøytralitet, pluralisme og proselyttisme opp mot enkeltindividets rett til å utøve sine religion.

-Sekulærismen:

I flere av de nevnte dommene fremheves beskyttelsen av den sekulære staten, som grunnleggende hensyn bak et forbud mot bruk av hijab på skoler og universiteter. Under dette hensynet fremmes både i *Dahlab -og Sahin*-dommen likestilling mellom kvinner og menn. I *Dahlab*-dommen gir Domstolen uttrykk for at hijab ikke fremmer likestilling eller toleranse. Dermed er et forbud mot hijab ikke uforholdsmessig når det er med på befri kvinner fra en slik tvang og fremmer andre grunnleggende rettigheter, som likestilling mellom kvinner og menn. En slik proporsjonalitetsvurdering vil kunne være lik for et eventuelt hijabforbud i Norge også.

Selv om dette vil være forholdsmessig, har jeg vanskeligheter med å se at det er rettfærdig. Domstolen går nemlig ikke inn på hva det konkret innebærer for vedkommende som forbudet gjelder for. En naturlig konsekvens av forbudet vil være at, elver vil bli hindret i å fortsette sin skolegang og lærerne vil miste jobbene sine. I tillegg slår Domstolen automatisk fast at hijab ikke fremmer demokrati. For dem som bærer hijab frivillig ligger tvang og diskriminering i at samfunnet tvinger dem til å gå uten. Siden momentene som Domstolen har lagt avgjørende vekt på ikke kommer inn med samme tyngde for det norske samfunnet, er det vanskelig å se at et forbud mot hijab på offentlige norske skoler vil være proporsjonalt av hensyn til likestilling alene.

Et annet punkt under sekulærisme, er ønsket om å bevare skillet mellom religion og stat. For Norges del vil dette ikke gjøre seg gjeldende i like stor grad. Det er nemlig slik at Norge er som stat knyttet til den evangelisk-lutherske kirken, og det vil derfor være uforholdsmessig å forby hijab på offentlige skoler på bakgrunn av dette. Også det å beskytte staten mot ekstremistiske politiske bevegelse, som noen hevder at hijab er et symbol for, ble påberopt under argumentet om sekulærismen i *Sahin*-dommen. Dette i seg selv er forholdsmessig der hvor individets rett til religionsfrihet blir innskrenket for å beskytte andres rettigheter og friheter, og ikke minst «offentlig trygghet og orden». Norge trues ikke i like stor grad av noen slike

grupperinger. Det vil være uforholdsmessig å forby elever og lærer å gå med hijab på offentlige skoler, for å hindre et eventuelt press mot staten fra slike grupperinger.

Proselyttisme:

I *Dahlab-*, og *Larissis*-dommen anså Domstolen det ikke for uforholdsmessig å innskrenke klagernes rett til å utøve sin religion for å beskytte elvers og juniorflygeres rettigheter. Her ble det særlig lagt vekt på over- og underordningsforholdet i hver enkelt av sakene. Der hvor det foreligger et hierarkisk system kan det være forholdsmessig å beskytte det underordnede mot press fra det overordnede¹⁴⁹. Dette vil gjelde for over -og underordningsforholdet mellom elever og lærer på norske skoler også.

I *Larissis*-dommen var det på det rene at de saksøkte var tydelige og bestemte i deres misjone-rende virksomhet. De underordnede gidde uttrykk for at de følte seg presset til å delta i religiøse samtaler.¹⁵⁰ Mens det i *Dahlab*-dommen ikke forelå noen form for klager fra elever eller foreldre, og hun hadde ikke forsøkt å påvirke elevenes religiøse oppfatning verken direkte eller indirekte. Disse to dommene kan vise yttergrensene for proselyttismen. Til tross for dette har jeg vanskeligheter med å se at EMD vil anse selve bruken av hijab alene for å falle inn under proselyttisme. Dermed er det vanskelig å se at dette hadde blitt ansett for å være forholdsmessig i Norge, når hensynet til sekularismen ikke vil gjøre seg gjeldende.

I *Sahin*-dommen ble det også snakk om proselyttisme, men i form av at andre studenter som hadde valgt å ikke bære hijab, følte seg presset. Igjen vil dette med vanskelighet kunne være innenfor proselyttisme, og ikke oppfylle proporsjonalitetskravet alene i Norge. Samfunnet generelt kan både direkte og indirekte presse barn, elver og voksne mennesker til mye forskjellig. Men i et demokratisk samfunn får man muligheten til å ta sine egne valg og stå ved det. Men sammen med andre hensyn vil EMD kunne være mer tilbøyelig for Norges vedkommende også.

¹⁴⁹ Larissis mot Hellas(1999), avsnitt 51.

¹⁵⁰ Larissis mot Hellas (1999), avsnitt 52.

Pluralismen og religionsnøytralitet:

I *Serif*-dommen ville staten hindre en eventuell uro og spenning mellom de forskjellige gruppene, ved å hindre at klageren uøvde den rettmessige muftis funksjoner. Dette avviste Domstolene ved at de anså dette som et resultat av pluralisme, og statene måtte løse det på annen måte enn innskrenke religionsfriheten til klageren. Det samme må gjelde hijab og for Norges vedkommende også. Bruken av hijab har skapt debatt og mulige press og spenning i samfunnet, men dette er igjen et resultat av et mangfoldig og pluralistisk samfunn. Dermed vil det heller ikke være forholdsmessig å innføre et forbud mot hijab på offentlige skoler basert på argumentet om pluralisme i Norge.

I *Sahin*-dommen påberopes statens nøytralitetsplikt. Ved å forby hijab på universitetet vil staten fremstå nøytral ovenfor alle religioner. Dette er forholdsmessig, så lenge forbudet gjelder alle former for religiøse symboler. Noe som var tilfelle både *Sahin* -og i *Kurtulmus*-dommen. For Norges vedkommende vil det også være proporsjonalt om forbudet gjelder alle religiøse symboler. Det er i dette tilfelle argumentet om religionsnøytralitet kan komme inn med styrke, nemlig ved at forbudet gjelder alle. Men igjen vil to momenter gjøre seg gjeldende, som likevel kan gjøre et generelt forbud i Norge uforholdsmessig. For det første har den kristne lære fortsatt stor plass på norske skoler, som da trekker i retning av at man ikke kan begrunne et hijabforbud i religionsnøytralitet. For det andre blir spørsmålet om inngrepet er uforholdsmessig i forhold til at muslimske jenter og kvinner blir truffet hardere enn andre av forbudet. Men foreligger alternative skoler, hvor elvene kan fortsette sin skolegang eller hvor lærere kan undervise, vil dette trekke i retning av at inngrepet er forholdsmessig. Et slikt alternativ finnes det ikke i Norge per dags dato.

Sammenfattet kan det sies at det ikke er vanskelig for statene å bevis og oppfylle de legitime hensyn. Men under proporsjonalitetsvurderingen blir det vanskelig å veie disse hensynene mot det å innskrenke en så grunnleggende rettighet som retten til å utøve ens religion. For Norges vedkommende blir det enda vanskeligere at EMD skal være tilbøyelig til å anse at forbud mot hijab på offentlige norske skoler er for å være proporsjonalt. Spesielt når sekulærisme, religionsnøytralitet og pluralisme ikke gjør seg gjeldende på samme måte i Norge som i land som Tyrkia og Frankrike. Men likestilling mellom kvinner og menn, proselyttisme vil kunne gjøre et eventuelt forbud i Norge legitimt. Men disse er situasjonsbestemte og kan variere veldig fra tilfelle til tilfelle, og må i så fall forekomme sammen med andre hensyn. Et hensyn som kan være legitimt for Norge, er hensynet til integrering. Men igjen blir spørsmålet om dette vil være tilstrekkelig etter vilkårene i EMK.

9 Konklusjon

Det er vanskelig å gi et sikkert svar på om et forbud mot hijab på offentlige norske skoler vil være en krenkelse av religionsfriheten. Men utfra den rettspraksis som foreligger på dette området og vurderingene gjort i denne oppgaven, vil et slikt forbud være vanskelig å rettferdiggjøre i Norge. Dermed vil, etter rettstilstanden per i dag, trolig et slikt inngrep være en krenkelse av «religionsfriheten» etter art. 9 (2).

10 Litteraturliste

10.1 Bøker :

Aarre, Hans Eide : Livssynsfrihet og menneskerettigheter, Oslo 1.utg.1997.

Aall, Jørgen: Rettsstat og Menneskerettigheter, 3.utgave 2011.

Mirmotahari, Amir: EMK og mellomprivate konflikter. Statsansvar for mellomprivate konflikter etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 1.utg. Oslo 2007

Kjølbrot, Jon Fredrik: Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikanter, 1.utg. 2005.

10.2 Artikler:

Grunnloven § 2: Saksnr. 201003839 av 19.mars 2010: Forbud mot hijab i skolen.

<http://www.regjeringen.no/en/dep/jd/agenda/tolkningsuttalelser/statsrett/tolkningsuttalelser-om-grunnloven/-2---Forbud-mot-hijab-i-skolen.html?id=598642>

<https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=48480>

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=42611>

Grunnlovsforslag om ny organisering av forholdet mellom staten og Den norske kirke

Dokument nr. 12:10 (2007-2008), Innst. 233 S (2011-2012).

<https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=41039>

Ønsker hijab-forbud i skolen : <http://www.abcnyheter.no/nyheter/2012/06/12/oensker-hijab-forbud-i-skolen> . Publisert : Tirsdag 12.06.12 kl. 18.24

Forbud mot hijab i skolen:

http://www.dagsavisen.no/nyemeninger/alle_meninger/cat1003/subcat1017/thread110320/

Publisert: 6.desember 2010.

Vil ha nasjonale regler for nikab og burka i skolen :

<http://www.dagbladet.no/2013/04/30/nyheter/utdanning/politikk/burka/innenriks/26928316/>

Publisert : tirsdag 30.april 2013

NOU 2013: 1: Det livssynsåpne samfunn: En helhetlig tros- og livssynspolitikk

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/nouer/2013/nou-2013-1/7/7.html?id=711272>

Murdoch, Jim, Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks 2012. (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb09_rightfreedom_en.pdf)

Renucci, Jean- Francois: Article 9 of the European Convention on Human Rights. Human Rights Files, No.20:

[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-20\(2005\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-20(2005).pdf)

Council of Europe: THE MARGIN OF APPRECIATION

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

Council of Europe/European Court of Human Rights, 2011: Practical Guide on Admissibility Criteria. Henter fra www.echr.coe.int .

https://www.jus.uio.no/smr/om/nasjonal-institusjon/emd/docs/Guide_pratique_ENG.pdf

Preben Falck : Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, Særoppgave, Skriftserie nr 56 1995.

Personvern som menneskerett : Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 som skranke for innsamling, behandling og bruk av personopplysninger.

<http://www.fou.uib.no/fd/1996/h/600005/kap05.htm>

10.3 Folkerettslige avtaler:

Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. desember 1950.

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

10.4 Lover:

Grunnloven av 17.05.1814

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.05.1999, nr.30.

10.5 Domsregister

Leyla Sahin mot Tyrkia. Dom av 29. juni 2004. no. 44774/98 og 10. november 2005, no. 44774/98

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Dahlab mot Sveits. Dom av 15. februar 2001, no. 42393/98

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

S.A.S. mot Frankrike no. 43835/1. *Fortsatt under behandling.*

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Golder mot Storbritannia. Dom av 21. feb.1975, no. 4451/70

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Tyrer mot Storbritannia . Dom av 25.april 1978, no. 5856/72

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Moreno Gómez mot Spania. Dom av 16. november 2004, no. 4143/02

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Hasan og Chaush mot Bulgaria. Dom av 26.oktober 2000, no. 30983/96

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

X mot Storbritannia. Dom av 12.07. 1978, no. 7992/77

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Dogru mot Frankrike . Dom av 04.desember 2008, no. 27058/05

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Kervanci mot Frankrike. Dom av 04.desember 2008, no. 31645/04

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Kokkinakis mot Hellas. Dom av 25.mai 1993, no. 14307/88

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

The Sunday Times mot Storbritannia (nr.1). Dom av 26.april 1979.

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

El Morsil mot Frankrike. Dom 4. mars 2008, no. 15585/06

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Silver og andre mot Storbritannia. Dom av 25.mars 1983, no.7136/75

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Lautsi mot Italia. Dom av 18.mars 2011, no. 30814/06

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Flogerø og flere mot Norge. Dom av 29.juni 2007, no. 1547202

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Handyside mot Storbritannia. Dom av 07.desember 1976, no. 5493/72

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Serif mot Hellas. Dom av 14.desember 1999, no. 38178/97

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)

Larissis og andre mot Hellas. Dom av 24.februar 1998, (140/1996/759/958–960)

(Hentet fra: <http://hudoc.echr.coe.int>)