

## Blendow Lexnova Expertkommentar - Arbetsrätt, maj 2017

### Barnmorskor och vårdvägran

#### Bakgrund

Barnmorskan E var anställd som sjuksköterska vid Region Jönköping. Hon hade erhållit studielön av Regionen för att vidareutbilda sig till barnmorska. Hon gjorde förfrågningar om arbete som barnmorska vid kvinnokliniker inom Regionen. Hon upplyste vid samtliga tillfällen om att hon inte kunde vara med och utföra aborter på grund av sin religiösa tro. Ingen av förfrågningarna ledde till att hon fick påbörja en anställning på någon av kvinnoklinikerna. Den fråga som Arbetsdomstolen kom att pröva i sak var om Regionen genom att neka E anställning kränkt E:s rättigheter enligt Europakonventionen (EKMR) – avseende samvets- och religionsfrihet samt yttrandefrihet – och diskrimineringslagen och på dessa grunder hade rätt till allmänt skadestånd respektive diskrimineringsersättning. Målet rymde även frågan om E:s rättigheter blivit kränkta på andra sätt men dessa frågor kom inte att prövas i sak av Arbetsdomstolen till följd av att preskription inträtt.

Arbetsdomstolen har i mål B 124/16 gällande Södermanlands läns landsting beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Nyköpings tingsrätts dom – där en barnmorskas anspråk på skadestånd i en likartad situation avslogs – står därför fast. I det följande kommenteras endast Arbetsdomstolens dom [AD 2017 nr 23](#).

#### Rättslig bakgrund

EKMR innehåller i Artiklarna 9 och 10 skydd för vissa rättigheter, enligt följande.

##### *Artikel 9 – Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet*

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

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

##### *Artikel 10 – Yttrandefrihet*

*1. Var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser. Denna artikel hindrar inte en stat att kräva tillstånd för radio-, televisions- eller biografföretag.*

*2. Eftersom utövandet av de nämnda friheterna medför ansvar och skyldigheter, får det underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, till den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för*

*hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolars auktoritet och opartiskhet.*

Därutöver har artikel 8 – Rätt till skydd för privat- och familjeliv – indirekt betydelse i målet eftersom en motstående rättighet är den abortsökande kvinnans rätt att erhålla abort med tillämpning av den svenska abortlagen.

Diskrimineringslagen (2008:567) innehåller ett materiellt skydd mot diskriminering på grund av religion eller annan trosuppfattning genom bl.a. bestämmelserna om direkt och indirekt diskriminering i 1 kap 4 § 1-2 punkterna:

*direkt diskriminering:* att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med [...] religion eller annan trosuppfattning [...].

*indirekt diskriminering:* att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med [...] viss religion eller annan trosuppfattning [...], såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Europadomstolen har i domen [Eweida m.fl. ./ Storbritannien, no. 48420/10](#) – fallen Ladele och McFarlane – prövat likartade frågor. Fallen Ladele och McFarlane avsåg en vigselförrättare respektive en sexualrådgivare som vägrade utföra sina tjänster i förhållande till samkönade par och därför förlorade sina anställningar. Vägran grundades på religiös övertygelse. Europadomstolen fann att Ladeles och McFarlanes religionsfrihet var berörd men att det inte ägt rum någon kränkning av EKMR.

## **Arbetsdomstolens ställningstaganden**

E åberopade som en självständig grund artiklarna 9 och 10 i EKMR. Arbetsdomstolen började med att konstatera att det är de enskilda konventionsstaterna som primärt ansvarar för att skyddet enligt EKMR upprätthålls. Enligt Arbetsdomstolen ska detta i Sverige i första hand ske genom nationellt antagna rättsregler; i det aktuella fallet diskrimineringslagen.

När det gällde EKMR:s betydelse konstaterade Arbetsdomstolen följande. Europadomstolen har funnit att en religiöst motiverad vägran att utföra en viss arbetsuppgift utgjort ett utövande av religion eller tro i EKMR:s mening. E:s ställningstagande att inte medverka vid abort är att anse som sådan religionsutövning som skyddas av artikel 9 i EKMR. Det behöver därutöver inte göras någon särskild prövning av om E:s samvetsfrihet har kränkts. Först om diskrimineringslagens regler inte skulle nå upp till det rättighetsskydd som föreskrivs eller följer av EKMR kan det bli aktuellt att döma ut ett allmänt skadestånd för konventionsbrott.

Arbetsdomstolen fortsatte: Det är klarlagt att Regionens beslut att inte erbjuda E anställningen inte grundades på hennes religiösa övertygelse. Beslutet grundades på att hon förklarat att hon till följd av sin religiösa övertygelse inte avsåg att utföra vissa arbetsuppgifter. Dessa arbetsuppgifter ingick i de befattningar hon sökte. Förfarandet har inte utgjort direkt diskriminering enligt diskrimineringslagen. Av detta skäl finner Arbetsdomstolen att Regionen inte heller kränkt E:s religions- och samvetsfrihet enligt artikeln 9.1 i EKMR.

I nästa steg prövade Arbetsdomstolen om indirekt diskriminering ägt rum, enligt följande. ”Friheten

att utöva religionen kan enligt artikel 9.2 i Europakonventionen inskränkas efter en proportionalitetsbedömning som ligger i linje med den proportionalitetsbedömning som enligt diskrimineringslagen ska göras vid indirekt diskriminering.” Regionen har haft lagstöd för de villkor som har ställts upp. Det har inte stått i strid med hälso- och sjukvårdslagstiftningen att låta barnmorskor efter ordination av ansvariga läkare iordningsställa och ge aborterande läkemedel. Regionen har enligt svensk rätt haft rätt att bestämma över sin egen organisation.

När det gäller det berättigade syftet och intresseavvägningen uttalade Arbetsdomstolen följande. Tillvägagångssättet i fråga om abortvård syftar till att genomföra den lagstiftning om abortvård som beslutats i demokratisk ordning enligt svensk grundlag. Det kriterium som Regionen tillämpat motiveras av ett berättigat syfte.

”Av utredningen har framgått att abortverksamheten är en integrerad del av kvinnoklinikernas verksamhet som berör flera avdelningar och att arbetet är organiserat på sådant sätt att en barnmorska måste vara beredd att arbeta på samtliga dessa avdelningar. Detta får anses nödvändigt för att, såsom föreskrivits, säkerställa att en abort utförs snarast möjligt efter det att en kvinna har bestämt sig för att genomgå abort. För en god hälsovård är det viktigt att aborten sker så tidigt som möjligt, dvs. att det inte uppstår väntetider på grund av brist på sjukvårdspersonal.” Det tillämpande kriteriet för anställning får anses som både lämpligt och nödvändigt för att uppnå det aktuella syftet. Förfarandet har inte utgjort indirekt diskriminering och det har inte skett någon kränkning av E:s rätt enligt artiklarna 9.2 och 14 i EKMR.

När det gällde frågan om kränkning av åsikts- och yttrandefriheten konstaterade Arbetsdomstolen att det var E:s yrkesmässiga begränsningar som varit av betydelse för Regionens ställningstagande. Att dessa begränsningar kom till Regionens kännedom fullt ut genom ett offentligt uttalande medför inte att det skett en kränkning av E:s åsikts- och yttrandefrihet enligt artikel 10 i EKMR.

Arbetsdomstolens ställningstagande att E har haft rättigheter enligt diskrimineringslagen och kunnat grunda en talan på dessa bestämmelser, innebar att de händelser och åtgärder som var preskriberade enligt diskrimineringslagen inte prövades genom en självständig bedömning enligt EKMR. Arbetsdomstolen fastställde tingsrätten domslut genom att avslå E:s yrkanden om skadestånd och diskrimineringsersättning. Arbetsdomstolen förpliktade vidare E att fullt ut ersätta Regionen för dess rättegångskostnader vid såväl tingsrätten som i Arbetsdomstolen.

## **Kommentar**

Det bör alltså uppmärksammas att jag själv var ett av Region Jönköpings ombud i målet. Dessa kommentarer bör alltså läsas med detta i åtanke.

Det principiella med Arbetsdomstolens dom är främst belysningen av EKMR:s funktionssätt. Rättigheterna enligt EKMR ska säkerställas på nationell botten; dvs. genom lag. Först om det visar sig att det saknas ett nationellt rättskydd helt och hållet eller om det inte går att tolka det nationella rättskyddet enligt EKMR blir det aktuellt att utdöma skadestånd så att säga direkt enligt EKMR.

En viktig frågeställning i sammanhanget är – och som Arbetsdomstolen också framhåller – att staterna vid intresseavvägningen av motstående intressen, i den aktuella typen av frågor tillerkänns ”margin of appreciation”, ett tolkningsutrymme. EKMR tillåter med andra ord i den aktuella typen av värderingsgrundade frågor ett spektra av olika sätt att balansera de ifrågavarande rättigheterna. Detta innebär i sin tur att en individs rättigheter enligt EKMR inte nödvändigtvis måste skyddas på just ett visst sätt. Principen om ”margin of appreciation” blir extra viktig när lagstiftaren i lag och förarbeten till lag har tydligt uttryckt vilka motstående rättigheter som någon annan kan göra

gällande.

Det har i media angivits att E beslutat att lämna in ett klagomålsärende till Europadomstolen. I det föregående har Europadomstolens dom Eweida m.fl. redovisats. Denna dom – tillsammans med det konstaterandet att det inte finns någon dom från Europadomstolen där det bedömts som en kränkning av EKMR när en arbetssökande frivilligt sökt sig till ett arbete men i samband med ansöknings deklarerat att denne önskat välja bort vissa arbetsmoment – får bedömas peka mot att Europadomstolen skulle ta upp fallet.

## Feedback

Vi uppskattar din feedback i vårt arbete att förbättra våra produkter. [Klicka här för att ge feedback](#)



## Erik Danhard

Advokat och delägare vid Hamilton. Expert inom arbetsrätt, tvistelösning och riskhantering.