



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Samuel Brandström

Barnmorskan och samvetet

– En rättsutredning om barnmorskors rätt till
samvetsfrihet i samband med abortvård

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Marie Göransson

Termin: VT 2015

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning.....	2
Förord	3
Förkortningar	4
1 Inledning.....	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning.....	6
1.4 Metod.....	6
1.5 Material	6
1.6 Forskningsläge	7
1.7 Disposition	8
1.8 Begrepp	8
2 Europakonventionen	9
2.1 Syfte och bakgrund	9
2.2 Staternas skyldigheter och Europadomstolens övervakning	9
2.3 Europakonventionen i svensk rätt	10
3 Nationell rätt.....	11
3.1 Hälso- och sjukvårdslagen	11
3.2 Lagar och föreskrifter om abort	11
4 Artikel 9 (1) – Rätten till religionsfrihet	13
4.1 Inledning.....	13
4.2. Inre och yttre religionsfrihet	13
4.3 Nödvändighetstestet.....	14
4.4 Kritik från doktrinen	15
5 Artikel 9 (2) – Inskränkningar av religionsfriheten.....	16
5.1 Inledning.....	16
5.2 Stöd i lag	16
5.3 Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle	17
5.3.1 Krav på nödvändighet.....	17
5.3.2 Tolkningsutrymmet	17
5.3.3 Proportionalitetsprincipen	18
5.4 Motstående intressen	18

5.4.1 Inledning	18
5.4.2 Hälsa.....	19
5.4.3 Andras fri- och rättigheter – kvinnans rätt till abortvård.....	20
6 Anställningsförhållandet och religionsfriheten.....	22
6.1 Inledning.....	22
6.2 Arbetskyldighetens innebörd och gränser	22
6.2.1 Generell beskrivning	22
6.2.2 Barnmorskors arbetskyldighet.....	23
6.3 Praxis från Europadomstolen	24
6.3.1 Frivillig anställning i fokus	24
6.3.2 Frivillig anställning i kombination med artikel 9(2).....	25
6.3.3 Kommentar	25
7 Fahlbecks ståndpunkt	26
7.1 Inledning.....	26
7.2 Fahlbecks argument för samvetsfrihet	26
7.2.1 Fahlbeck om tolkningsutrymmet	26
7.2.2 Fahlbeck om Resolution 1763	27
7.2.3 Fahlbecks slutsats	28
7.3 Kommentar angående resolution 1763	28
8. Analys	29
8.1 Den yttre religionsfriheten	29
8.2 Inskränkning av den yttre religionsfriheten	29
8.2.1 Anställningsförhållandet.....	29
8.2.2 Motstående intressen.....	30
8.2.3 Tolkningsutrymmet	30
8.3 Slutsats och diskussion	32
Käll- och litteraturförteckning.....	33
Rättsfallsförteckning	34

Summary

Recently, the issue whether midwives has the right to conscientious objection in connection with medical care concerning abortions has been frequently debated in Sweden. The aim of this bachelor's thesis is to investigate to what extent a midwife's, working in a Swedish gynecological clinic, freedom of conscience from taking part in service in the field of abortion, is protected by article 9 (1), and whether or not this freedom can be restricted with reference to article 9 (2) of The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Relevant domestic law are the regulations of women's right to abortion and the states obligation to fulfill this right, as well as labor law principles regarding the relations between employer and employee. In order to investigate whether Swedish law complies with the European Convention, I have reviewed case-law of the European Court and the European Commission of Human Rights concerning freedom of religion and conscience. My analysis of the case-law along with the doctrine leads me to the conclusion that the legal situation concerning this issue is unclear. However, I found that Swedish legislation, which contains no statutory right to conscientious objection for midwives or other medical staff in connection with abortion probably does not breach article 9 of the European Convention.

Sammanfattning

Under den senaste tiden har frågan om barnmorskor ska ha rätt att vägra delta vid utförandet av aborter med hänvisning till sin religion och sitt samvete varit aktuell i den svenska debatten. Den här kandidatuppsatsen har till syfte att utreda i vilken utsträckning en, på en svensk kvinnoklinik arbetande barnmorskas samvetsfrihet från att inte delta vid abortvård skyddas av religionsfriheten i artikel 9 (1) och huruvida en inskränkning av denna frihet kan rättfärdigas med hänvisning till artikel 9 (2) i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Relevant inhemska rätt är den som berör kvinnors rätt till abort respektive statens skyldighet att infria denna, samt arbetsrättsliga regleringar av anställningsförhållandet och arbetsskyldigheten. För att kunna utreda huruvida svensk rätt stämmer överens med Europakonventionen har jag redogjort för ett antal rättsfall från Europadomstolen och Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter som berör religions- och samvetsfrihet. Genom att analysera praxis och doktrin landade jag i slutsatsen att rättsläget är oklart, men att den svenska regleringen, som inte innehåller någon lagstadgad rätt till samvetsvägran för barnmorskor i samband med abortvård förmodligen inte strider mot artikel 9 Europakonventionen.

Förord

Jag vill tacka alla mina nära och kära för allt stöd. Särskilt tack riktas till Josef och min handledare Marie Göransson.

Lund, maj 2015

Samuel Brandström

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DO	Diskrimineringsombudsmannen
EUSt	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
PACE	Europarådets parlamentariska församling
RF	Regeringsform (1974:152)

1 Inledning

1.1 Introduktion

Under de senaste åren har frågan om Sverige, likt en majoritet av Europas länder, ska införa en samvetsklausul för vårdpersonal som på grund av sin religiösa övertygelse och sitt samvete inte vill medverka vid utförandet av aborter debatterats friskt. Det hela tog fart 2014 när en barnmorska gjorde en anmälan till Diskrimineringsombudsmannen (DO) efter att Landstinget i Jönköpings län nekat henne anställning vid ett antal kliniker när hon meddelade att hon, med hänvisning till sitt samvete, vägrade delta vid abortvård.¹ Barnmorskan hävdade hon hade diskriminerats på grund av sin religion. I beslutet kom DO emellertid fram till att missgynnandet kunde rättfärdigas på grund av att andra kolliderande intressen gavs företräde framför barnmorskans.²

I och med att Kristdemokraternas partiledare Ebba Bush Thor nyligen tog ställning för samvetsklausuler i samband med abortvård³ är den politiska debatten just nu kanske hetare än någonsin. Frågans aktualitet är en anledning till varför jag skriver om just det här ämnet, men också för att den knyter an till en större diskussion, nämligen religionens plats i arbetslivet och det offentliga rummet.

1.2 Syfte och frågeställning

Kortfattat kan man säga att de som är för en samvetsklausul menar att denna rätt finns enligt artikel 9 (1), medan de som är emot menar att patientens rättigheter och kollektivets intressen måste ges företräde enligt artikel 9 (2) Europakonventionen. Syftet med uppsatsen är att väga dessa intressen mot varandra så att följande fråga kan besvaras:

¹ *Blev av med utlovat jobb när hon vägrade delta vid aborter*, Vårdförbundet.

² DO:s beslut 2014/12.

³ *Ebba Busch Thor: Vårdpersonal ska få neka utföra aborter*, Aftonbladet.

- Kan en barnmorska som är anställd vid en kvinnoklinik, enligt gällande rätt, vägra att medverka vid utförandet av aborter, med hänvisning till sin religion och sitt samvete?

1.3 Avgränsning

Jag kommer inte redogöra för svensk diskrimineringslagstiftning eller de arbetsrättsliga konsekvenser en arbetsvägran från barnmorskan kan innebära. Anledningen är brist på utrymme. Dock är min förhoppning att den här texten kan användas för att svara på frågan om huruvida en uppsägning eller omplacering av barnmorskan är sakligt grundad eller om den utgör diskriminering på grund av religion.

Eftersom jag valt att fokusera på Europakonventionen har en redogörelse för Regeringsformens (1974:152), RF bestämmelser om religionsfrihet, tillika nationell domstolspraxis gällande religionsfrihet i arbetslivet utelämnats.

1.4 Metod

Jag har använt mig av traditionell juridisk metod, vilket innebär att jag utifrån de erkända rättskällorna utreder vad som utgör gällande rätt. I Sverige utgörs dessa av lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. För tolkning av Europakonventionens bestämmelser har jag framförallt gjort en rättsfallsanalys. Europadomstolen har aldrig behandlat frågan om samvetsklausuler för vårdpersonal i samband med abortvård. Därför har jag använt mig av en kvalitativ metod där jag redogör för ett antal rättsfall som alla tar upp olika aspekter som är av relevans för frågans besvarande. Mina egna slutsatser kompletterats av uttalanaden ifrån framstående doktrin samt en del relevant soft law från Europarådets parlamentariska församling (PACE).

1.5 Material

Europadomstolens praxis utgör den främsta rättskällan när Europakonventionen tolkas, således utgörs en övervägande del av materialet av rättsfall från

domstolen. Jag har även använt doktrin skriven av framstående forskare inom mänskliga rättigheter, religionsfrihet samt arbetsrätt.

I delar som behandlar svensk rätt utgörs källorna primärt av lagtext och förarbeten. I det arbetsrättsliga avsnittet har jag, förutom Källström och Malmbergs standardverk *Anställningsförhållandet*, använt mig av praxis från Arbetsdomstolen (AD), tillsammans med dokument och föreskrifter från Socialstyrelsen samt det ovan nämnda DO-fallet mellan barnmorskan och landstinget. De sistnämnda är källor av lägre dignitet men var ändå nödvändiga på grund av att de högre normkällorna är alltför generellt skrivna för att på egen hand kunna besvara min frågeställning.

En stor del av min argumentation utgår från en artikel skriven av Reinhold Fahlbeck, professor emeritus i arbetsrätt vid Lunds universitet. Han är framstående inom området och har bland annat skrivit en bok om religion i arbetslivet.⁴ I artikeln, som publicerades i Juridisk tidskrift år 2014, tar Fahlbeck ställning i frågan om en kristen barnmorska har rätt neka att medverka vid utförande av aborter med hänvisning till sitt samvete.⁵ Mycket av min argumentation utgår från hans artikel vilket förklarar varför den getts så stort utrymme.

Jag återkommer ofta till en dom som meddelades av Europadomstolen 2013 vid namn *Ewedia and others mot Förenade Kungariket*.⁶ Domen är en sammanslagning av fyra separata mål som alla handlar om artikel 9 Europakonventionen. I den här uppsatsen refererar jag till tre av målen och därför har jag försökt vara tydlig med huruvida de uttalanden jag refererar till är gällande för domen i sin helhet eller endast syftar till ett av fallen.

1.6 Forskningsläge

I förhållande till hur mycket som skrivits om samvetsklausuler i media den senaste tiden finns det förvånansvärt lite forskning på området. Fahlbecks artikel

⁴ Se t.ex. Fahlbecks verk *Bed och arbete* i litteraturförteckningen

⁵ Fahlbeck, 2014, s 17f.

⁶ *Ewedia and others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 och 3616/10, ECHR 2013.

är det enda som nyligen publicerats i någon av de större juridiska publikationerna. Victoria Enkvist, doktorand vid Uppsala universitet, gav år 2013 ut avhandlingen *Religionsfrihetens rättliga ramar*, men i den ligger fokus på religionsfriheten i 2 kapitlet 1 § 6 RF. Samvetsklausuler inom vården berörs inte men den generella delen kan absolut användas av den som vill lägga ett grundlagsperspektiv på min frågeställning.

1.7 Disposition

Först kommer jag ge en kort introduktion till Europakonventionen i kapitel 2. Kapitel 3 redogör för svensk offentlig rätt som reglerar statens skyldighet att erbjuda abortvård respektive kvinnors rättighet att få densamma. De två nästkommande kapitlen går igenom innebörden av artikel 9 Europakonventionen. Kapitel 6 handlar om anställningsförhållandet och hur det påverkat domstolens bedömning i fall som handlat om religionsfrihet. Till sist, innan den analytiska delen i kapitel 8, återger jag i kapitel 7 relevanta delar av Reinhold Fahlbecks artikel.

1.8 Begrepp

Begreppet *samvetsfrihet* innebär en laglig frihet att hysa de åsikter som enligt ens inre anses vara de rätta, särskilt i ett religiöst avseende.⁷ Således innebär *samvetsvägran* att man, med hänvisning till *samvetsfriheten* vägrar att utföra en viss handling. Med uttrycket *rätt till samvetsfrihet från* menas samma sak som rätt till *samvetsvägran*. En *samvetsklausul* är en i lag stadgad rätt till samvetsvägran.

⁷ *Samvetsfrihet*, Nationalencyklopedin.

2 Europakonventionen

2.1 Syfte och bakgrund

För att undvika en upprepning av världskrigens och mellankrigstidens grova kränkningar av de mänskliga rättigheterna bildades efter krigsslutet Europarådet. Det bestod till en början av tio medlemsstater, däribland Sverige. PACE gav medlemsstaternas regeringar uppdraget att arbeta fram en rättsligt bindande konvention som skulle säkra de mänskliga rättigheterna i Europa. Traktaten fick namnet *Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (Europakonventionen)⁸ och trädde i kraft i Sverige den 3 september 1953.⁹ Idag är 47 stater medlemmar i Europarådet och alla är bundna av Europakonventionen och Europadomstolens tolkningar av denna.¹⁰

2.2 Staternas skyldigheter och Europadomstolens övervakning

Staterna har både en negativ och positiv skylighet att inte kränka de rättigheter som Europakonventionen ger individen. Det innebär inte bara ett förbud mot att staterna själva bryter mot konventionen – de måste även genom lagstiftning och ett effektivt sanktionssystem förhindra att privata rättssubjekt kränker varandra.¹¹ Sedan 1998 är Europadomstolen det enda organ som övervakar och kontrollerar att staterna efterlever de förpliktelser Europakonventionen ålägger dem. Innan dess delades bördan med Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter (kommissionen) och Europarådets ministerkommitté.¹²

8 Rom den 4 november 1950, SÖ 1952:35.

9 Danelius, 2012, s 17.

10 *Sverige och Europarådet*, www.regeringen.se.

11 Danelius, 2012, s 418.

12 Bates, 2010, s 20f.

2.3 Europakonventionen i svensk rätt

Exakt vilken status Europakonventionen har i den svenska normhierarkin är en omdebatterad fråga då den spelar olika roller i rättssystemet. Genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna inkorporerades Europakonventionen i svensk rätt och sedan dess har den kunnat tillämpas direkt av svensk domstol. Den har inte grundlagsstatus, men i 2 kap. 19 § RF stadgas att lag eller annan föreskrift som står i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen inte får meddelas. Dessutom är konventionen bindande för Sverige i egenskap av en folkrättsligt förpliktande traktat. Till sist är den numera även en del av EU-rätten då den Europeiska Unionens stadga (EUST) ska tolkas i enlighet med Europakonventionen, artikel 52 (3) EUST.

3 Nationell rätt

3.1 Hälsa- och sjukvårdslagen

Målsättningen i Hälsa- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, är att ge vård på lika villkor för hela befolkningen, 2 § HSL. I 2 a § HSL ställs krav på att vården och behandlingen som erbjuds ska vara av god kvalitet och tillgodose patientens behov och trygghet. Vidare ska vården vara lätt tillgänglig och grundas på respekt för patientens självbestämmande och integritet. Där det bedrivs hälsa- och sjukvård ska det finnas den personal, de lokaler och den utrustning som behövs för att god vård ska kunna ges, 2 e § HSL. Abortvård innefattas i begreppet sjukvård i HSL.¹³ Den som har ansvar för att vården lever upp till de mål och krav som stadgas i lagen är vårdgivaren, vilket är landstinget eller ett privat vårdföretag som agerar på uppdrag av landstinget, 3 § HSL.¹⁴

3.2 Lagar och föreskrifter om abort

I Sverige har gravida kvinnor rätt att begära abort till och med utgången av den artonde havandeskapsveckan. Ett beslut att neka en kvinna abort i detta stadium av graviditeten kan endast nekans om aborten kan antas medföra allvarlig fara för hennes liv och hälsa, 1 § abortlagen (1974:595). I normala fall är det alltså kvinnan som ensam beslutar om hon vill göra abort eller ej.

I samband med abortlagens tillkomst diskuterade lagstiftaren om en särreglering av aborträtten behövdes eller om en hänvisning till den för sjukvårdslagstiftningen grundläggande principen att vård ska ges på patientens villkor räckte. För att tydliggöra kvinnans autonoma ställning i beslutsfattandet och på grund av de vitt skilda moraliska och etiska uppfattningar som rådde i abortfrågan kom man fram till att en särreglering var nödvändig.¹⁵

Abortlagen innehåller ingen samvetsklausul. Dock framhölls i den till abortlagen tillförande propositionen, Prop. 1974:70, att arbetsgivaren, så långt som möjligt,

¹³ Prop. 1981/82:97 s 111.

¹⁴ a.a. s 29

¹⁵ Prop. 1974:70 s 31f.

borde ta hänsyn till sjukvårdspersonalens intresse att på religiöst motiverade grunder inte medverka vid utförandet av aborter när arbetsgivaren planerar fördelningen av arbetet. I anslutning till detta poängterades emellertid vikten av att detta inte skulle äventyra kvinnans rätt att få tillgång till abortvård utan dröjsmål.¹⁶ Kravet på skyndsamhet finns även i 3 § abortlagen och i Socialstyrelsens föreskrifter om abort.¹⁷ I ett annat avsnitt i propositionen framhölls att kvinnans beslut att göra abort innebär stora psykiska påfrestningar. Ur kvinnans synvinkel ses en abort nästan alltid som ett nederlag och därför var det av stor vikt att hennes beslut inte bemöttes med ifrågasättande och moraliserande från personalens sida.¹⁸

16 Prop. 1974:70 s 76f.

17 SOSFS 2009:15 (M).

18 Prop. 1974:70 s 31f.

4 Artikel 9 (1) – Rätten till religionsfrihet

4.1 Inledning

Det här avsnittet redogör för innebörden av artikel 9 (1) Europakonventionen som reglerar rätten till religions-, tros- och samvetsfrihet. Syftet är att presentera vilka olika nivåer av skydd artikeln ger samt hur kommissionen och Europadomstolen gått till väga när de klassificerat dessa.

4.2. Inre och yttre religionsfrihet

De rättigheter som stadgas i artikel 9 (1) Europakonventionen kan kategoriseras på olika sätt. För den här uppsatsen finner jag det lämpligt att dela in rättigheterna i två kategorier.

Den första kategorin kallas för inre religionsfrihet, eller *forum internum*. Enligt denna har varje människa rätt att inneha, eller inte ha, en religion, en tro och ett samvete. Den interna religionsfriheten är absolut, vilket innebär att den inte kan inskränkas under några som helst omständigheter.¹⁹ Inom denna sfär räknas även vissa handlingar som har en så pass intim och direkt koppling till den inre övertygelsen i fråga att de anses behöva ett absolut skydd. Som exempel listas i artikel 9 (1) Europakonventionen andaktsstunder, religiös undervisning, sedvänjor och ritualer som manifesterar den religiösa övertygelsen i fråga.²⁰

Den andra kategorin kallas för den yttre religionsfriheten eller *forum externum*. Den omfattar handlingar och uttryck som inte faller inom den inre kärnan, men fortfarande har en så pass stark anknytning till den inre övertygelsen att de anses skyddas av artikel 9 (1) Europakonventionen. Rätten omfattar även en vägran att inte utföra en viss handling. Skyddet för den yttre religionsfriheten är

¹⁹ Enkvist, "Religionsfrihetens rättsliga ramar", 2013, s 73.

²⁰ *Van Dungen v. the Netherlands*, no. 22838/93, kommissionen 1995.

relativ, vilket innebär att den kan inskränkas med hänvisning till artikel 9(2) Europakonventionen.²¹

4.3 Nödvändighetstestet

För att en handling ska skyddas av religionsfriheten måste utförandet eller underlåtenheten ha en nödvändig koppling till personens inre övertygelse. Det fastslogs för första gången 1978 av kommissionen i fallet *Arrowsmith mot Förenade Kungariket*.²² Ms. Arrowsmith, som tillhörde livsåskådningen pacifism hade delat ut flygblad till brittiska soldater som var på väg till Nordirland för att delta i den väpnade konflikt som rådde där. Flygbladens text uppmanade soldaterna att lägga ner sina vapen och inte åka till Nordirland. Detta var ett brott mot brittisk lag och Ms. Arrowsmith dömdes för gärningen i nationell domstol.²³

Kommissionen kom fram till att pacifism är en livsåskådning som skyddas av artikel 9 (1) och att utdelandet av flygblad med ett pacifistiskt budskap kunde vara en sådan religiös manifestation som skyddas av Europakonventionen. Dock konstaterade domstolen i anslutning till detta att "the term 'practice' as employed in article 9 (1) does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief".²⁴

I det här fallet ansåg kommissionen att budskapet på flygbladen inte redogjorde för Arrowsmiths livsåskådning, utan ett politiskt budskap som endast motiverades av denna.²⁵ Således skyddades inte handlingen av artikel 9 (1) Europakonventionen eftersom den inte uppfyllde det nödvändiga kravet på intimitet med den inre övertygelsen.

I *Ewedia-fallet* sade Europadomstolen att tre kumulativa kriterier måste vara uppfyllda för att en handling eller underlåtenhet ska skyddas av artikel 9 (1)

21 Evans, 2001, s 73.

22 *Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, kommissionen 1978.

23 a.a.

24 a.a. p 71.

25 a.a. p 69.

Europakonventionen.²⁶ För det första ska det finnas ett intimt samband mellan övertygelsen och handlingen, för det andra ska den yttre handlingen i sig ge uttryck för övertygelsen och för det tredje ska handlingen ske på ett vedertaget sätt.²⁷ För att en barnmorskas samvetsvägran att medverka vid abortvård ska vara en manifestation som skyddas av artikel 9 (1) Europakonventionen måste alltså denna vara allmänt vedertagen och vara nödvändig för att barnmorskan inte ska handla mot sina religiösa förpliktelser.

4.4 Kritik från doktrinen

Nödvändighetstestet har många år på nacken men att det fortfarande är aktuellt bekräftats i *Ewedia-domen*. Kritik har dock riktats mot domstolens tillvägagångssätt när den tillämpar testet. Carolyn Evans, verksam vid Melbourne Law School, ser problem i domstolens ovilja att ta hänsyn till religionsvetenskaplig expertis när ställning tas i de här frågorna. Enligt henne utgår domarna från sina egna västerländska föreställningar när de bedömer vad som utgör en allmänt vedertagen religionsutövning, vilket riskerar leda till att de sedvänjor och ritualer som liknar de abrahamitiska religionernas oftare skyddas än sådana som inte påminner om dem.²⁸ Fahlbeck konstaterar i sin tur att praxis är fast och väl etablerad men att nödvändighetstestets höga trösklar ibland närmast framstår som kränkande för individen.²⁹

26 *Ewedia and others v. the United Kingdom*, p. 84

27 a.a. ; Fahlbeck, 2014, s 8.

28 Evans, 2001, s 73.

29 Fahlbeck, 2011, s 143.

5 Artikel 9 (2) – Inskränkningar av religionsfriheten

5.1 Inledning

Inskränkningar av tros-, religions- och samvetsfriheten tillåts enligt artikel 9 (2) Europakonventionen endast när de är föreskrivna i lag och är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till vissa allmänna och enskilda intressen.³⁰ De intressen som står emot den religionsutövandes är allmän säkerhet och ordning, hälsa och moral samt and andra personers fri- och rättigheter. Vidare ska inskränkningen stå i proportion till det mål som den avser att uppnå eller skydda.³¹

För att artikel 9(2) ska vara applicerbar krävs först och främst att manifestationen i fråga uppfyller nödvändighetstestet, annars har varken en kränkning eller en inskränkning skett. I fall som berör artikel 9 (2) har domstolen ofta utgått från att testet är uppfyllt och istället fokuserat på hur starka de motstående intressena är och om inskränkningen kan anses vara proportionerlig i förhållande till intressenas skyddsvärde.³²

5.2 Stöd i lag

Enligt Europadomstolens praxis är kravet på lagstöd uppfyllt om det finns stöd för inskränkningen i statens nationella rättsordning. I denna innefattas nationellt täckande kollektivavtal och arbetsmarknadspraxis.³³ Den nationella rätten ska vara så pass tydlig och precis för den enskilde att han eller hon, till en rimlig nivå, kan förutse eventuella konsekvenser av sitt handlande.³⁴ Om ett förbud är kopplat till en straffrättslig sanktion ställs högre krav tydlighet än om rättsföljden är av civilrättslig karaktär.³⁵

30 Danelius, 2012, s 423.

31 Evans, 2001, s 145.

32 a.a. s 133ff.

33 Fahlbeck, 2014, s 19.

34 *Sunday Times v. the United Kingdom*, no. 6538/74, ECHR 1980.

35 Evans, 2001, s 139f.

Svensk lagstiftning innehåller inga regleringar om samvetsklausuler för vårdpersonal i samband med abortvård. Det regleras istället av cementerade arbetsrättsliga principer rörande arbetstagarens arbetskyldighet och arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet (se 6.2.1). Rättsföljden av arbetsvägran är civilrättslig och därför torde en viss lättnad på tydlighets- och förutsägbarhetskraven föreligga.

5.3 Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle

5.3.1 Krav på nödvändighet

För att en inskränkning av samvetsfriheten ska anses konventionsenlig krävs, utöver tydligt stöd i den nationella rättsordningen, att inskränkningen ska vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle på grund av något eller några av de skäl som anges i artikel 9 (2) Europakonventionen. Att närmare precisera när en inskränkning kan anses nödvändig har ingen hittills lyckats med. I *Handyside mot Förenade Konungariket* gav kommissionen emellertid vissa riktlinjer för hur ordet *necessity* (nödvändighet) ska tolkas.³⁶ Enligt kommissionen låg ordet *necessity* mellan *indispensable* (oumbärlig) och ord som *admissible*, *useful* och *desirable* (tillåten, ändvändbar och angelägen).³⁷

Fallet gällde förvisso yttrandefrihet, men jag anser ändå att det är relevant då uttalandet är generellt hållet och artikel 10 (2) sätter upp ett snarlikt nödvändighetskrav som det i artikel 9 (2) Europakonventionen.

5.3.2 Tolkningsutrymmet

Medlemsstaternas tolkningsutrymme, på engelska kallat för *margin of appreciation*, innebär att de nationella lagstiftarna och domstolarna ges ett visst utrymme när de tillämpar Europakonventionens bestämmelser i förhållande till den nationella rätten. Med hänsyn till kulturella och sociala skillnader, samt den varierande roll religionen spelar i de olika medlemsstaterna har Europadomstolen och kommissionen generellt sett gett medlemsstaterna relativt stort tolkningsutrymme frågor som rör artikel 9 Europakonventionen. Utrymmet

³⁶ *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976.

³⁷ a.a. p 48.

kan dock variera beroende av omständigheterna i ett specifikt fall.³⁸ I *Ewedia-
domen* bekräftade Europadomstolen att tolkningsutrymmet är större när två
eller flera rättigheter som erkänns av Europakonventionen kolliderar med
varandra och att domstolens primära uppgift är att övervaka att
inskränkningarna är proportionella och balanserar rättigheterna mot
varandra.³⁹

Tolkningsutrymmets storlek bestäms enligt Evans av nivån av konsensus som
råder kring bland medlemsstaterna i frågan, i vilken omfattning inskränkning
inkräktar på kärnan av den sökandes privatliv (i det här fallet, inre religiösa
övertygelse), hur viktig rättigheten är för säkrandet av ett demokratiskt och
pluralistiskt samhälle samt omständigheterna i det specifika fallet.⁴⁰

5.3.3 Proportionalitetsprincipen

Utöver att inskränkning måste falla inom tolkningsutrymmet ska den även
vara proportionerlig. Detta innebär att inskränkning ska stå i rimlig relation
till det intresse som medlemsstaten vill skydda genom inskränkning. Gör den
inte det bryter inskränkning mot Europakonventionen, även om den faller
inom tolkningsutrymmet.⁴¹

Att finna en röd tråd i Europadomstolens praxis gällande tillämpning av
proportionalitetsprincipen är inte lätt. En förklaring till detta torde vara att
omständigheterna i det specifika fallet spelar en avgörande roll vid
proportionalitetsbedömningen.⁴²

5.4 Motstående intressen

5.4.1 Inledning

För att en inskränkning ska anses legitim måste den rättfärdigas med hänvisning
till minst ett av de intressen som listas i artikel 9 (2) Europakonventionen. Det

38 Danelius, 2012s 51f.

39 *Ewedia and others v. the United Kingdom*.

40 Evans, 2001, s 143.

41 Danelius, 2012, s 53.

42 Evans, 2001, s 145f.

här avsnittet redogör för intressena hälsa samt andra personers fri- och rättigheter. I DO:s beslut från 2014, gällande den samvetsömme barnmorskan som nekats anställning vid ett antal kliniker drivna av Landstinget i Jönköpings län kom DO fram till att en inskränkning av barnmorskans rättigheter kunde rättfärdigas med hänvisning till skyddet av hälsa samt kvinnans rätt till abortvård.⁴³ Detta avsnitt redogör för rättsfall som berör dessa två intressen.

5.4.2 Hälsa

Enligt nationell lagstiftning åligger det en skyldighet för vårdgivaren, och i förlängningen staten att utan dröjsmål erbjuda en abortsökande kvinna bästa möjliga vård (se kap. 3). Hälsa är ett av de motstående intressen som listas i artikel 9 (2) Europakonventionen och utgör således en legitim anledning för inskränkning av religionsfriheten.

I *Ewedia-målen* yrkade dels en flygvärdinna, dels en sjuksköterska på att deras religionsfrihet hade kränkts eftersom deras arbetsgivares policys inte tillät dem bära halsband med kristna symboler på arbetsplatsen. Europadomstolen kom fram till att arbetsplatsernas policys hade kränkt de sökandes religionsfrihet i båda fallen, men gav bara flygvärdinnan rätt. Detta berodde på att sjuksköterskans arbetsgivares begränsning av hennes religionsfrihet kunde rättfärdigas av ett tillräckligt starkt motstående intresse, nämligen den allmänna hälsan. I flygvärdinnans fall var det motstående intresset arbetsgivarens strävan mot att profilera sitt företag som sekulärt. Det intresset skyddas inte av Europakonventionen och därför ansågs flygbolagets policy oproportionerlig i förhållande det intresse den hade för avsikt att skydda.⁴⁴

Domstolen framhöll även att den lokala vårdgivande myndigheten hade bäst inblick i vilken metod den skulle använda för att skydda den allmänna hälsan och att tolkningsutrymmet därför var stort när detta intresse skulle balanseras mot andra rättigheter som skyddades av Europakonventionen, i det här fallet sjuksköterskans religionsfrihet.⁴⁵

43 DO 2014/12.

44 *Ewedia and others v. the United Kingdom*, p 94 och 99.

45 a.a. p 99.

5.4.3 Andras fri- och rättigheter – kvinnans rätt till abortvård

Rätten till att utöva sin religion kan inskränkas om utövandet kolliderar med andra personers fri- och rättigheter. När dessa rättigheter har samma starka skydd som religionsfriheten uppstår problematik när man ska bedöma vilken av rättigheterna som ska ges företräde framför den andra.⁴⁶

I ett av *Ewedia-målen* hävdade en kristen kvinna som arbetade med att registrera äktenskap vid en lokal myndighet sin rätt att inte registrera samkönade äktenskap då detta stred mot hennes religiösa förpliktelser. Myndigheten hon arbetade vid var enligt brittisk lag skyldig att registrera såväl samkönade som tvåkönade äktenskap och enligt arbetsplatsens lokala föreskrifter var alla medarbetare tvungna att registrera alla typer av ärenden.⁴⁷

Europadomstolen konstaterade att varje medlemsstat själv får ta ställning till om den ska tillåta samkönade äktenskap eller partnerskap, men om en sådan rätt erkänns enligt nationell lagstiftning skyddas de av rätten till familjeliv, artikel 8 Europakonventionen. För att inte bryta mot Europakonventionen var således Storbritannien skyldigt att registrera homosexuella partnerskap på ett sätt som inte diskriminerade dem i förhållande till heterosexuella par. Europadomstolen uttalade sig även här om att den lokala myndigheten hade bäst insikt i på vilket sätt arbetet skulle organiseras för att myndigheten skulle leva upp till de krav Europakonventionen ställde på Storbritannien och att det därför förelåg ett stort tolkningsutrymme när det kom till att väga de kolliderande fri- och rättigheterna mot varandra.⁴⁸

Samma synsätt har tillämpats i förhållandet mellan kvinnors rätt till abort och rätten till privatliv, som också skyddas av artikel 8 Europakonventionen. Enligt Europadomstolen faller det inom staternas tolkningsutrymme att bestämma om, och under vilka omständigheter kvinnor har rätt till abort.⁴⁹ Rätten till abort är alltså inte något som skyddas av konventionen i sig. Dock har de stater som tillåter abort en positiv skyldighet att erbjuda abortvård i den utsträckning som

46 Evans, 2001, s 161.

47 *Ewedia and others v. the United Kingdom*, p 23–30.

48 a.a. p 105–106.

49 *A, B and C v. Ireland*, no. 25579/05, ECHR 2010, p 212-214.

nationell rätt kräver. Detta framgår av fallen *R. R mot Polen* samt *P och S mot Polen* där Polen fälldes för att kränkt kvinnornas rätt till privatliv och därigenom brutit mot artikel 8 Europakonventionen eftersom kvinnorna inte tillförsäkrats den abortvård de enligt polsk lag hade rätt till.⁵⁰

⁵⁰ *R.R v. Poland*, no. 27617/04, ECHR 2011; *P and S v. Poland*, no. 57375/08, ECHR 2013.

6 Anställningsförhållandet och religionsfriheten

6.1 Inledning

Det här kapitlet behandlar den problematik som uppstår när en persons arbetsförhållanden kolliderar med hans eller hennes religionsutövning. Det inleds med en kort sammanfattning av den svenska regleringen rörande arbetsskyldigheten, följt av en närmare titt på barnmorskors arbetsskyldighet. Kapitlets andra del ska med hjälp av relevant praxis redogöra för vilken betydelse Europadomstolen tillmäter anställningsavtalet i fall som behandlat religions- och samvetsfrihet på arbetsplatsen.

6.2 Arbetsskyldighetens innebörd och gränser

6.2.1 Generell beskrivning

Arbetstagarens arbetsskyldighet korrelerar med arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet på arbetsplatsen. I Sverige regleras inte detta i lag, utan av väl förankrade arbetsrättsliga principer. De har vuxit fram genom avtal mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer samt arbetsrättslig praxis.⁵¹

Arbetsskyldighetens omfattning varierar från fall till fall. I AD:s praxis finner man dock några gemensamma bedömningsgrunder som används när man fastställer arbetsskyldighetens omfattning. Först och främst bestäms den av det personliga anställningsavtalet. Även innehållet i kollektivavtal är av relevans, tillika uppgifter som räknas upp i tjänste- eller kompetensbeskrivningen för den specifika yrkeskategorin.⁵² Vidare omfattar den även arbetsuppgifter som arbetstagaren borde inse att han eller hon kan förväntas utföra. Källström och Malmberg skriver att uppgifter som nämns eller omfattas av tjänste- och

⁵¹ Källström & Malmberg, 2013, s 214.
⁵² a.a. s 216f.

kompetensbeskrivningen för yrket i fråga innefattas i arbetskyldigheten. Det spelar även roll vilken typ av verksamhet arbetsgivaren bedriver.⁵³

Arbetskyldigheten omfattar inte åtaganden som strider mot högre normer, exempelvis kollektivavtal och lag, Europakonventionen inräknad.⁵⁴ Skulle en arbetsuppgift strida mot exempelvis Europakonventionen kan förpliktelsen ogiltigförklaras med hjälp av generalklausulen, 36 § avtalslagen (1915:218). Följden blir att det inte föreligger någon skyldighet för arbetstagaren att utföra uppgiften i fråga.⁵⁵

6.2.2 Barnmorskors arbetskyldighet

Kompetensbeskrivningen för legitimerade barnmorskor ges ut av Socialstyrelsen. Dokumentets syfte är att ge en övergripande beskrivning av vilken kompetens en legitimerad barnmorska förväntas ha.⁵⁶ Ett av barnmorskors kompetensområden är sexuell och reproduktiv hälsa, och kunskap inom aborter och de komplikationer som kan uppstå i samband med abort innefattas i detta.⁵⁷ En statlig utredning från 2005 konstaterade kort att en läkare på moraliska eller etiska grunder inte kan vägra att utföra aborter, om han eller hon är anställd vid en klinik där aborter utförs.⁵⁸ Det är inte helt säkert att utredarens ställningstagande kan tillämpas på barnmorskor eftersom arbetskyldighetens omfattning till stor del bestäms utifrån vilken typ av yrke man har. Vid en samlad bedömning är det dock ganska uppenbart att abortvård är en uppgift som ingår i barnmorskors arbetskyldighet så länge detta inte strider mot en högre norm, vilken i det här fallet skulle vara artikel 9 (1) Europakonventionen.

53 AD 1980 nr 149.

54 Källström & Malmberg, 2103, s 216.

55 a.a. 2013, s 61.

56 Socialstyrelsen, Kompetensbeskrivning för legitimerad barnmorska, 2006, s 11.

57 a.a. 2006, s 13.

58 SOU 2005:90 s 97.

6.3 Praxis från Europadomstolen

Det här avsnittet presenterar några utvalda rättsfall från Kommissionen och Europadomstolen som berör religionsutövning i arbetslivet. Den gemensamma nämnaren är att den sökandes religionsfrihet begränsades på grund av hans eller hennes arbetsrättsliga förpliktelser.

6.3.1 Frivillig anställning i fokus

I fallet *X mot Förenade Kungariket*⁵⁹ från 1981 hävdade en muslimsk lärare att hans religionsfrihet kränkts då hans arbetsgivare inte tillät honom frånvara från jobbet någon timme varje fredag för att delta i fredagsbönen. Kommissionen delade inte lärarens åsikt. Som skäl för detta anförde den att arbetsgivaren inte hade möjlighet att omorganisera arbetsfördelningen så att läraren kunde delta i fredagsbönen, samt att han inte upplyste arbetsgivaren om sina religiösa förpliktelser vid ingåendet av anställningsavtalet.⁶⁰ Även om kommissionens ställningstagande mest grundades på de praktiska omständigheterna så slogs det indirekt fast att den kontraktuella förpliktelsen att undervisa gavs företräde framför lärarens religiösa förpliktelse att delta i bönen.⁶¹

Huruvida det finns en rätt att avstå från arbete under vissa tider på grund av religiösa skäl prövades även av kommissionen i *Konttinen mot Finland* från 1996.⁶² Enligt anställningsavtalet var en offentligt anställd järnvägsarbetare skyldig att arbeta på lördagar, vilket hans religion inte tillät. Då mannen vägrade arbeta under dessa tider blev han uppsagd på grund av arbetsvägran. Kommissionen framhöll att Konttinen ingått ett frivilligt avtal i vilket han var skyldig arbeta på lördagar. Hans religionsfrihet var inte begränsad eftersom han när som helst kunde frångå anställningen. Finland hade således inte brutit mot artikel 9 (1) Europakonventionen.⁶³

59 *X v. the United Kingdom*, no 8160/78, kommissionen 1981.

60 a.a.

61 Fahlbeck, 2011, s 164.

62 *Konttinen v. Finland*, no. 24949/94, kommissionen 1996.

63 a.a. Se även *Stedman v the United Kingdom*, no. 29107/95, kommissionen 1997.

6.3.2 Frivillig anställning i kombination med artikel 9(2)

I fallet *Kalac mot Turkiet*⁶⁴ från 1997 hade en militär officer tvingas gå i förtidspension på grund av att han enligt staten uppvisat en attityd som avslöjade olagliga och fundamentala åsikter. Turkiets konstitution innehöll ett tydligt avståndstagande från sammanblandning av religion och stat. Därför var det enligt Turkiet oacceptabelt att en officer i flygvapnet manifesterade, och krävde att få utöva sin religion i den omfattningen Kalac gjorde.

Med tanke på att Turkiet var en strikt sekulariserad stat blev Europadomstolens slutsats att inskränkningen kunde rättfärdigas med hänvisning till intressena allmän ordning och moral i artikel 9 (2) Europakonventionen. Vidare framhöll domstolen att Kalac frivilligt, genom sitt yrkesval, accepterat ett system uppbyggt på militär disciplin och att systemets natur innebar att hans rättigheter kunde begränsas mer civilas.⁶⁵

I *Ewedia-domen* att framhöll Europadomstolen att anställningsförhållandet ska beaktas i proportionalitetsbedömningen. Dock kan inte detta i sig anses avgörande för om inskränkningen är konventionsenlig eller inte.⁶⁶ I samtliga fall kom domstolen fram till att det skett en kränkning av de sökandes religionsfrihet, trots att den endast begränsats på grund av deras arbeten. Utfallen blev emellertid olika (se kap. 5).

6.3.3 Kommentarer

Utifrån fallen kan man se att det skett en förskjutning i kommissionens och Europadomstolens bedömningar. Från att ett anställningsavtal eller liknande, tidigare i princip diskvalificerat den sökande från att skyddas av artikel 9 (1) är detta numera en aspekt som vägs in i proportionalitetsbedömningen i artikel 9 (2) Europakonventionen.

64 *Kalac v. Turkey*, no. 20704/92, ECHR 1997.

65 a.a. p 27-28.

66 *Ewedia and others v. the United Kingdom*.

7 Fahlbecks ståndpunkt

7.1 Inledning

Enligt Reinhold Fahlbeck har barnmorskor rätt till samvetsvägran från att delta vid abortvård. Nedan följer en redogörelse av de argument på vilka han grundar sin ståndpunkt. Artikeln utgår från en kristen barnmorska, vars religion förbjuder honom eller henne att delta vid utförandet av aborter. Fahlbeck poängterar dock att texten är tillämplig för samvetsvägran i samband med abortvård för alla barnmorskors vars inre övertygelse innehåller läror om livets uppkomst och skyddet för liv som kan likställas med den kristna lärans.⁶⁷

7.2 Fahlbecks argument för samvetsfrihet

7.2.1 Fahlbeck om tolkningsutrymmet

Fahlbeck argumenterar för att medlemsstaternas tolkningsutrymme i frågor som rör barnmorskors samvetsfrihet vid utförandet av aborter är mycket snävt. Som stöd för sin ståndpunkt tar han upp fallet *Bayatyan mot Armenien*.⁶⁸ Enligt armenisk lag var Bayatyan på grund av sitt kön, ålder och armeniska medborgarskap tvungen att utföra allmän militärtjänstgöring. Bayatyan tillhörde Jehovas vittnen och hävdade sin rätt till samvetsvägran eftersom hans religion förbjöd användandet av vapen.

Då det rådde en bred konsensus mellan medlemsstaterna att tillåta vapenvägran på grund av samvetsskäl var Armenien tvungna att övertyga Europadomstolen om att "the interference corresponds to a *pressing social need* (min kurs)".⁶⁹ Detta innebar att Armenien var tvunget att kunna hänvisa till ett specifikt skäl som rättfärdigade att deras lagstiftning gick emot majoriteten av medlemsstaternas angående samvetsfrihet från militärtjänstgöring. Armenien

⁶⁷ Fahlbeck, 2014, s 18.

⁶⁸ *Bayatyan v. Armenia*, no. 23459/03, ECHR 2011; Fahlbeck, 2014, s 19-22.

⁶⁹ *Bayatyan v. Armenia*, p 123.

lyckades inte med detta och därför ansågs inskränkningen strida mot artikel 9 (1) Europakonventionen.⁷⁰

Fahlbeck menar att principerna från *Bayatyan-fallet* kan tillämpas på frågan om samvetsklausuler för barnmorskor. Detta grundar han på att samvetsfrihet från militärtjänstgöring och samvetsfrihet från att medverka vid utförandet av aborter på grund av religiösa skäl ligger mycket nära varandra. Dessutom argumenterar han för att det råder en lika bred konsensus mellan medlemsstaterna gällande tillåtandet av samvetsklausuler i de båda fallen.⁷¹

7.2.2 Fahlbeck om Resolution 1763

År 2010 antog PACE Resolution 1763, *The right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*.⁷² Den består av fyra punkter och tar tydligt ställning för att alla medlemsstater ska ha nationella regleringar som tillåter samvetsfrihet för vårdpersonal i samband med abortvård. Resolutionen kräver också att regleringen ska vara utformad på så sätt att kvinnors rätt till abort inte äventyras på grund av samvetsklausulen.⁷³ Fahlbeck har följande uppfattning om resolutionens auktoritet:

Resolutionen är inte juridiskt bindande. Den är vad som med engelsk term brukar kallas för *soft law*, mjuk lag. I detta fall måste dock antagas att denna *soft law* är hård. Skälet är, *för det första*, att det rör sig om en resolution och inte en rekommendation. *För det andra* har den antagits av det organ inom Europarådet som utser domarna i Europadomstolen. *För det tredje* avviker den från två tidigare rekommendationer och en resolution.⁷⁴

Rekommendationerna han syftar på tar ställning för att rätten till religionsutövning har en svagare ställning än en demokratiska vi stats demokratiska vilja. Den andra resolutionen⁷⁵ handlar om kvinnors rättigheter i förhållande till religion, i vilken PACE är tydlig med att religionsfriheten inte får användas för att rättfärdiga kränkningar av kvinnors rättigheter.⁷⁶

70 Fahlbeck, 2014, s 20.

71 a.a. s 19–22.

72 PACE, Resolution 1763 (2010) – “The right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care”.

73 Resolution 1763, p 1-4.

74 Fahlbeck, 2014 s 21.

75 PACE, Resolution 1464 (2005) – “Women and Religion in Europe”.

76 Resolution 1464, p 5.

7.2.3 Fahlbecks slutsats

På frågan om en inskränkning av en kristen barnmorskas rätt att hävda samvetsfrihet uppfyller kravet på proportionalitet är Fahlbecks svar nekande. Enligt honom ska arbetsgivaren organisera sin verksamhet så att både den abortsökande kvinnan och den kristna barnmorskans rättigheter tillgodoses. Skyldigheten gentemot patienten är arbetsgivarens, inte barnmorskans. Med hänvisning till fallet *A, B och C mot Irland* konstaterar han att rätten till abort, till skillnad från religionsfriheten, inte åtnjuter Europakonventionens skydd.⁷⁷

Fahlbecks slutsats är att barnmorskors rätt till samvetsfrid ska respekteras. Den kan bara inskränkas i situationer som är livshotande för patienten då dennes rätt till liv går före enligt artikel 2 Europakonventionen. I icke livshotande situationer går dock religionsfriheten före kvinnans rätt till abort och arbetsgivarens arbetsledningsrätt eftersom dessa är rättigheter av lägre rang än den förra. Dessutom är Sveriges tolkningsutrymme minimalt i den här frågan och det finns enligt Fahlbeck ingen *pressing social need* som kan rättfärdiga den svenska regleringen.⁷⁸

7.3 Kommentar angående resolution 1763

Då Fahlbeck argumenterar för resolutionens auktoritet skriver han att den inte är juridiskt bindande, vilket stämmer.⁷⁹ Dock utelämnar han det faktum att domstolen mycket sällan hänvisar till resolutionerna sina domar i fall som berör religionsfrihet, vilket han själv skriver i sin bok *Bed och arbeta*.⁸⁰ Resolutionens röstades igenom av en knapp majoritet i PACE (56 var för och 51 mot), vilket enligt mig försvagar resolutionens auktoritet och bevisvärde för att det råder en bred konsensus för samvetsklausuler för vårdpersonal i samband med abortvård.⁸¹

77 Fahlbeck, 2014, s 21f

78 a.a. 2014 s 26f

79 *The Powers of the Assembly*, PACE.

80 Fahlbeck, 2011, s 255.

81 *The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*, PACE.

8. Analys

8.1 Den yttre religionsfriheten

Så som nödvändighetstestet framställs i *Ewedia* anser jag att en barnmorskas samvetsvägran från att medverka vid abortvård omfattas av den yttre religionsfriheten i artikel 9 (1) Europakonventionen så länge kravet på intimitet mellan manifestering och övertygelse är uppfyllt. Att detta är ett vedertaget uttryckssätt anser jag vara bevisat, bland annat genom att en majoritet av medlemsstaterna tillåter samvetsvägran i samband med abortvård. Skyddet är således relativt vilket innebär att det kan inskränkas med stöd av artikel 9 (2) Europakonventionen.

8.2 Inskränkning av den yttre religionsfriheten

8.2.1 Anställningsförhållandet

Samvetsklausuler för barnmorskor regleras inte i svensk rätt, vilket innebär att förpliktelsen att medverka vid abortvård uppstår genom barnmorskans arbetskyldighet. Så länge skyldigheten gentemot arbetsgivaren inte strider mot en högre norm har arbetsgivaren full rätt att leda och fördela arbetet. I abortlagens förarbete skriver lagstiftaren att arbetsgivaren så långt det går inte ska tvinga samvetsömma arbetstagare att utföra abort. Dock framhåller man samma proposition att en kvinnas beslut att utföra en abort inte får mötas av ifrågasättande och moraliserande från personalens sida. Förmodligen hade det varit möjligt att balansera dessa två intressen på en större arbetsplats, men på en liten klinik torde det inte föreligga något sådant krav (jfr 6.3.1).

Enligt Fahlbeck har arbetsgivaren enligt Europakonventionen en skyldighet att omorganisera arbetsfördelningen eftersom arbetsgivarens rätt att leda arbetet inte åtnjuter samma hierarkiska skydd som religionsfriheten. Han har rätt i sitt resonemang i angående de olika rättigheternas rang. Jag finner det dock anmärkningsvärt att han inte hänvisar till den stora mängd praxis som framhåller arbetsgivarens stora frihet att organisera arbetet i den här typen av

fall. Så länge arbetsgivaren kan rättfärdiga organiseringen med hänvisning till motstående intressen som erkänns av Europakonventionen är möjligheterna för arbetstagaren att nå framgång med sin invändning enligt praxis mycket begränsad. Detta framgår bland annat av *Ewedia-domen* vars prejudikatvärde jag finner vara högt med tanke på att den endast är några år gammal.

8.2.2 Motstående intressen

Som jag redan skrivit (se 6.3.3) är anställningsförhållandet numera endast något som vägs in i proportionalitetsbedömningen. Numera är det avgörande huruvida det finns ett motstående intresse eller en kolliderande fri- och rättighet som skyddas av Europakonventionen för att en inskränkning av den sökandes religionsfrihet ska anses vara legitim och proportionell. I registratorfallet från *Ewedia* spelade det ingen roll att det föll inom medlemsstaternas tolkningsutrymme att bestämma om de skulle tillåta samkönade äktenskap – eftersom England tillät sådana skyddades denna rättighet av Europakonventionen. Enligt de två polska fallen (se 5.4.3) gäller detsamma aborträtten och således skyddas kvinnors rätt till abort i Sverige av artikel 8 Europakonventionen.

I fallet med registratorn ansåg Europadomstolen att en inskränkning av hennes religionsfrihet kunde rättfärdigas då intresset att inte diskriminera homosexuella par i förhållande till heterosexuella par ansågs ha ett högre skyddsvärde. Att kvinnors rätt till abort skyddas av artikel 8 Europakonventionen på samma sätt som homosexuellas rätt att ingå äktenskap, anser jag tala för att en inskränkning av barnmorskors religions- och samvetsfrihet kan rättfärdigas med hänvisning till detta intresse. Detta förstärks även av det allmännas intresse att skydda den allmänna hälsan.

8.2.3 Tolkningsutrymmet

Gällande tolkningsutrymmet finns det argument som både talar för att det är stort respektive litet. Något som talar för ett bredare tolkningsutrymme i den här frågan är att frågan om samvetsklausuler för vårdpersonal i samband med abortvård är en moraliskt känslig fråga, i vilken uppfattningen, precis som i frågan om aborträtten, skiljer sig åt mellan konventionsstaterna på grund av kulturella, religiösa och sociala skillnader. Vissa länders abortlagstiftning har

som utgångspunkt att abort är något kvinnan endast ska ha rätt till i undantagsfall. I andra länder, Sverige inräknat, är utgångspunkten den motsatta. Med tanke på att synen på kvinnors rätt till abort skiftar så mycket har medlemsstaterna ett stort tolkningsutrymme när det kommer till att reglera denna. På grund av att samma moraliska och religiösa värderingar ligger till grund för reglerandet av samvetsvägran från att delta vid abortvård, anser jag tala för att tolkningsutrymmet är stort även i den frågan.

Ett annat argument för är att medlemsstaternas tolkningsutrymme är större när olika konventionsintressen kolliderar med varandra, vilket bland annat fastslogs i *Ewedia*. Trots att den lokala myndigheten förmodligen hade kunnat uppfylla sin skyldighet att inte diskriminera samkönade par genom att andra arbetstagare skötte registreringen av dessa ansåg domstolen ändå att de lokala föreskrifterna som ålade alla arbetstagare denna skyldighet föll inom tolkningsutrymmet och var proportionella.

En majoritet av medlemsstaterna har en lagstadgad samvetsklausul, vilket talar för ett snävare tolkningsutrymme. Detta stadgade Europadomstolen i bland annat *Bayatyan-fallet* (se 7.2.1) och stöd för detta finns även i doktrinen (se 5.3.2) Utöver den breda överensstämmelsen vad det gäller lagstiftning anger Fahlbeck två argument för att Sveriges tolkningsutrymme att förbjuda samvetsklausuler är litet. Det första är att omständigheterna i det hypotetiska barnmorskefallet hans artikel utgår från är så pass lika de i *Bayatyan* att en fullgod parallell kan dras mellan de båda fallen. Dock kommenterar han inte skillnaden att en barnmorskas plikt att medverka vid abortvård uppstår genom ett frivilligt val, medan Bayatyans plikt uppstod genom att han var armenisk medborgare. Jag anser att fallen inte är fullt så jämförbara som Fahlbeck framhåller, då just frivillighetsaspekten spelat en avgörande roll för utfallet i Europadomstolens domar gällande religions- och samvetsfrihet.

Hans andra argument är att Sverige, på grund av den konsensus som råder gällande samvetsklausuler inom vården, är skyldigt att följa Resolution 1763. Om PACE:s dokument varit juridiskt bindande, eller om domstolen hade tagit hänsyn till dem i större utsträckning hade situationen varit annorlunda. Men när

resolutionens funktion i princip är att ge en anvisning om åt vilket vädersträck Europas gemensamma moraliska kompass pekar försvagas dess auktoritet, enligt mig, avsevärt när nästan hälften av ledamöterna ville gå i en annan riktning.

8.3 Slutsats och diskussion

Som det framgår av denna uppsats är det många aspekter som spelar in när man ska svara på frågan huruvida en barnmorska som är anställd vid en kvinnoklinik, enligt gällande rätt, kan vägra att medverka vid utförandet av aborter, med hänvisning till sitt samvete. Med tanke på att det finns starka argument för ett stort respektive litet tolkningsutrymme går det enligt mig inte med säkerhet att fastslå huruvida Sverige är skyldigt att tillåta samvetsvägran för barnmorskor eller inte. Det faktum att frågan aldrig prövats av Europadomstolen gör att rättsläget är oklart. När två eller flera intressen som skyddas av Europakonventionen kolliderar med varandra har emellertid domstolens inställning varit att det är upp till medlemsstaterna att bedöma vilket eller vilka intressen som ska ges företräde framför det andra. På grund av detta, tillsammans med anställningsförhållandets betydelse vid bedömningen av huruvida en inskränkning av religionsfriheten anses vara proportionell eller ej, anser jag att den svenska regleringen förmodligen kan rättfärdigas enligt artikel 9 (2) Europakonventionen.

Om svensk rätt emellertid anses strida mot Europakonventionen måste Sverige införa en samvetsklausul i abortlagen eller på något annat sätt garantera barnmorskors och annan vårdpersonals rätt till samvetsvägran i samband med abortvård. Detta hade inneburit en uppluckring av de arbetsrättsliga principer som fastslår arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Vad detta hade inneburit för svensk arbetsrätt i stort är svårt att sia om. Dock förefaller det inte som helt orimligt att ett införande av en samvetsklausul i samband med abortvård hade öppnat vägen för samvetsklausuler i samband med andra typer av behandlingar, vilket i sin tur hade kunnat äventyra den inom sjukvården grundläggande principen att vård ska ombesörjas på patientens villkor.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 2005:90 Abort i Sverige

Propositioner

- Prop. 1974:70 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till abortlag, m.m.
- Prop. 1981/82:97 Om hälso- och sjukvårdslag, m.m.

Beslut, föreskrifter och dokument från myndigheter

- Socialstyrelsen, Kompetensbeskrivning för legitimerad barnmorska, Artikelnr 2006-105-1, publicerad 2006.
- Socialstyrelsens föreskrifter om abort, SOSFS 2009:15 (M).
- Diskrimineringsombudsmannens beslut i ärende 2014/12.

Resolutioner från Europarådet parlamentariska församling

- Resolution 1763 (2010), "The right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care".
- Resolution 1464 (2005), "Women and Religion in Europe".

Elektroniska källor

- *Ebba Busch Thor: Vårdpersonal ska få neka utföra aborter*, Aftonbladet, <http://www.aftonbladet.se/nyheter/article20690230.ab>, hämtad 2015-05-17, kl. 13:35.
- *Blev av med utlovat jobb när hon vägrade delta vid aborter*, Vårdförbundet, <https://www.vardforbundet.se/Vardfokus/Webbnyheter/2014/Januari/Blev-av-med-utlovat-jobb-nar-hon-vagrade-delta-vid-aborter/>, hämtad 2015-05-17, kl. 13:12.
- *Samvetsfrihet*, Nationalencyklopedin, hämtad 2015-05-21 kl. 17:53 från: <http://www.ne.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/samvetsfrihet>.
- *The Powers of the Assembly*, Europarådets parlamentariska församling, hämtad 2015-05-21 kl. 14:56 från: http://website-pace.net/en_GB/web/apce/Powers.
- *The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*, Europarådets parlamentariska församling, hämtad 2015-05-21 kl. 15:02 från: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails_EN.asp?fileid=17909&lang=EN&search=cmVzb2x1dGlvbiAxNzYzfGNvcnB1c19uYW11X2VuOijPZmZpY2lhbCBkb2N1bWVudHMj
- *Sverige och Europarådet*, Regeringen, hämtad 2015-04-15 kl. 13:37 från: <http://www.regeringen.se/sb/d/2562>.

Litteratur

- Bates, Ed: *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, New York 2010.
- Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 4.e upplagan, Stockholm 2012.
- Enkvist, Victoria: *Religionsfrihetens rättsliga ramar*, Uppsala 2013.
- Evans, Carolyn: *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001.
- Fahlbeck, Reinhold: *Bed och arbeta : om religionsfrihet i arbetsliv och skola*, Malmö 2011.
- Fahlbeck, Reinhold: "Religionsfrihet och mänskliga rättigheter". I: *Juridisk tidskrift* 2014.
- Källström, Kent, Malmberg, Jonas: *Anställningsförhållandet : Inledning till den individuella arbetsrätten*, 3:e upplagan, Uppsala 2013.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från arbetsdomstolen

- AD 1980 nr 149

Rättsfall från Kommissionen och Europadomstolen

- *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976.
- *Arrowsmith v. the United Kingdom*, no 7050/75, kommissionen 1978.
- *Sunday Times v. the United Kingdom*, no 6538/74, ECHR 1980.
- *X v. the United Kingdom*, no. 8160/78, kommissionen 1981.
- *Van Dungen v. the Netherlands*, no. 22838/93, kommissionen 1995.
- *Konttinen v. Finland*, no 24949/94, kommissionen 1996.
- *Kalac v. Turkey*, no. 20704/92, ECHR 1997.
- *Stedman v. the United Kingdom*, no. 29207/95, kommissionen 1997.
- *A, B and V v. Ireland*, no. 25579/05, ECHR 2010.
- *Bayatyan v. Armenia*, no. 23459/03, ECHR 2011.
- *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, ECHR 2011.
- *P and S v. Poland*, no. 57475/08, ECHR 2013.
- *Ewedia and others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 3616/10, ECHR 2013