



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andrea Fredriksson Wohlström

Barnmorskan som vägrade utföra abort
En rättsutredning om Europakonventionen och
samvetsgrundad vårdvägran

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin: VT17

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställning	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Terminologi	5
1.6 Metod	6
1.7 Material	6
1.8 Forskningsläge	6
1.9 Disposition	7
2 UTGÅNGSPUNKT FÖR EUROPADOMSTOLENS BEDÖMNING	8
3 EUROPAKONVENTIONEN	9
3.1 Allmänt	9
3.2 Artikel 9 - Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet	9
3.2.1 Rättighetens ramar	9
3.2.2 Tillåtna inskränkningar i religionsfriheten	10
3.3 Artikel 14 - Förbud mot diskriminering	12
3.4 Principer av vikt vid bedömningen	13
3.4.1 Margin of appreciation	13
3.4.2 Proportionalitetsprincipen	14
4 EUROPEISK SAMSYN PÅ OMRÅDET	16
4.1 Resolution 1763	16
4.2 Medlemsstaternas reglering av frågan	17
5 PRAXIS	18

5.1 Eweida och övriga mot Storbritannien	18
5.2 Bayatyan mot Armenien	20
5.3 R.R mot Polen och Tysięc mot Polen	21
6 AD 2017 NR 23	22
6.1 Parternas utveckling av talan	22
6.2.1 Ellinor Grimmark	22
6.2.2 Regionen	23
6.2 Arbetsdomstolens bedömning	24
7 KOMMENTARER I DOKTRIN	26
7.1 Inledning	26
7.2 Argumentation	26
8 ANALYS	29
8.1 Slutsats	32
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

Recently a case was settled in the Swedish Labour Court. A midwife had lost out on an employment because of her religiously grounded refusal to participate in abortions. Her opinion is that Sweden, by not accommodating her demands so they could hire her despite of her refusal, has breached the right to religious freedom in article 9 and the prohibition of discrimination in article 14 of the European Convention on Human Rights.

This essay aims to investigate if Sweden, by not allowing conscientious objection, is in fact in breach of the convention. It is done by looking at the way the European Court of Human Rights could be expected to rule in the case with the midwife, if it were to do so. The investigation relates to this case throughout the whole essay.

This essay describes the prerequisites of the relevant articles with further backing from previous rulings of the Court and doctrine. In the areas where additional circumstances could be of significance for the decision further investigation has been done. For example, the question of if a European agreement in the field exists has been regarded. Based on the information above a prognosis has been done over how the European Court of Human Rights would rule in this case.

It is not an easy question to answer since the circumstances in each specific case always is of great importance when it comes to human rights which makes it hard to trust the applicability of previous rulings. In the analysis, the conclusion that Sweden is probably not in breach of the convention is reached. The crucial question in this case seems to be if Sweden is allowed a wide or narrow margin of appreciation.

Sammanfattning

Nyligen avgjordes ett mål i Arbetsdomstolen som handlade om en barnmorska som inte fått anställning på grund av att hon på religiösa grunder vägrar delta i utförandet av aborter. Hon menar att Sverige, genom att inte tillmötesgå hennes krav och anställa henne trots hennes vägran bryter mot religionsfriheten i artikel 9 och förbudet mot diskriminering i artikel 14 i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Denna uppsats syftar till att närmare utreda om Sverige, genom att inte tillåta samvetsgrundad vägran inom abortvård, faktiskt bryter mot konventionen. Detta görs genom att utreda hur Europadomstolen kan förväntas döma i frågan om de skulle ta upp målet med barnmorskan till prövning. Uppsatsen igenom förhåller sig utredningen till detta fall.

Arbetet redogör för rekvisiten i artikel 9 och 14 med förtydligande och stöd från Europadomstolens praxis samt doktrin. På de områden där ytterligare omständigheter kunnat ha betydelse för bedömningen har vidare utredning gjorts. Exempelvis har frågan om en europeisk samsyn på området redogjorts för. Med utgångspunkt i denna utredning har en prognos gjorts av hur Europadomstolens bedömning i detta fall skulle kunna göras.

Det är inte en enkel fråga att utreda då omständigheterna i det enskilda fallet alltid har stor betydelse när det handlar om mänskliga rättigheter och således är det svårt att förlita sig på tidigare rättsfall. I analysen nås slutsatsen att Sverige troligtvis inte kommer anses bryta mot konventionen. Den avgörande frågan verkar vara om Sverige tillåts en vid eller snäv margin of appreciation.

Förord

Att skriva en uppsats har inte varit ett enkelt arbete. Varken för mig eller för de som tvingats ha mig i sin närhet. Därför vill jag tacka alla de som står mig nära, de som läst och kommenterat, kritiserat, stöttat och de som i allmänhet stått ut med mig i rollen som plågad konstnär.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I april 2017 meddelas en dom i Arbetsdomstolen. Parter i målet är Ellinor Grimmark och Region Jönköpings län (Regionen). Grimmark anklagar Regionen för att ha inskränkt hennes rätt till religions- och samvetsfrihet enligt Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Detta för att de valt att inte anställa henne som barnmorska på grund av hennes vägran att utföra vissa arbetsuppgifter kopplade till abortverksamhet.¹

Arbetsdomstolen, som är sista instans för målet i Sverige, dömde till Grimmarks nackdel, vilket hon bekräftat innebär att målet kommer tas vidare till Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen).² Om de tar upp målet och därefter dömer till Grimmarks fördel kan det exempelvis innebära att Sverige tvingas ändra sin lagstiftning och införa en möjlighet till samvetsvägran för vårdpersonal. Det är således ett mål som i längden kan komma att få stora konsekvenser utanför arbetsrätten och därför följs det noga av intresseorganisationer på båda sidor av abortfrågan.³

Vid en närmare titt på artikel 9 i Europakonventionen framgår att det inte är självklart på vilka sätt begränsningar i religions- och samvetsfriheten får göras och därmed överlämnas avvägningen till Europadomstolen, som även har det sista ordet i om brott mot konventionen skett. Det är den avvägningen som denna uppsats huvudsakligen kommer att fokusera på.

¹ AD 2017 nr 23

² Rosén, Emelie: *Abortvägrande barnmorska kan påverka hela Europa*, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=6614537>.

³ Exempelvis RFSU och Alliance Defending Freedom; <http://www.rfsu.se/sv/Sex-och-politik/Heta-fragor/Ratten-till-abort/Vad-handlar-egentligen-barnmorskemalet-om/>; <https://adfinternational.org/detailspages/case-details/grimmark-v.-j%C3%B6nk%C3%B6ping-county-council>

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att med utgångspunkt i Europakonventionen och Europadomstolens praxis utreda hur det är troligt att Europadomstolen bedömer Sveriges agerande i förhållande till Ellinor Grimmarks fall.

1.3 Frågeställning

Följande frågeställningar ämnar denna uppsats besvara:

- Vilka är rekvisiten för samvets- och religionsfrihet enligt artikel 9 Europakonventionen, och vad är relevant i Europadomstolens avvägning mot andra intressen?
- Med utgångspunkt i Ellinor Grimmarks fall, är det troligt att rättsläget i Sverige strider mot Europakonventionen?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer inte att behandla svensk lag. Inte heller kommer andra artiklar än artikel 9 och 14 i Europakonventionen eller eventuella ytterligare folkrättsliga förpliktelser på området att behandlas. Grimmark har i Arbetsdomstolen yrkat på ytterligare omständigheter, som inte utreddes vidare då de var preskriberade alternativt inte styrkta. Dessa kommer inte redogöras för.

1.5 Terminologi

Begreppet samvetsfrihet har för detta arbetes räkning följande betydelse: en lagstadgad frihet att inneha ett samvete. I uppsatsen kommer begreppen

samvetsvägran och samvetsgrundad vägran användas för att beskriva en vägran att utföra en viss handling med hänvisning till sitt samvete.

1.6 Metod

I arbetet med uppsatsen har den traditionella rättsdogmatiska metoden använts. För att besvara frågeställningarna och utröna gällande rätt har således de allmänt accepterade rättskällorna nyttjats, såsom relevant lagstiftning, praxis och etablerad doktrin.⁴ I doktrin har lyfts problematiken med att mänskliga rättigheter är ett område där rättsdogmatikerns entusiasm ofta fördunklar analysen.⁵ Särskild hänsyn har i uppsatsen därvid tagits att lyfta samtliga sidor av problemet och redogöra för andras tolkningar av frågan.

1.7 Material

Materialet i denna uppsats utgörs, förutom av det svenska rättsfallet, i huvudsak av rättskällor med anknytning till Europakonventionen, kommentarer till densamma samt Europadomstolens rättsfall på området. I övrigt bygger uppsatsen på doktrin, i form av såväl artiklar från juridiska tidskrifter, som monografier och annan litteratur skriven av väl ansedda författare på området.

1.8 Forskningsläge

Inom rättsvetenskapen har förvånansvärt lite skrivits på ämnet. Det för uppsatsen mest relevanta arbetet är Kavot Zilléns avhandling *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet* som grundligt redogör för gällande svensk rätt på ämnet, med en europarättslig aspekt. Reinhold Fahlbeck har utrett ämnet ur en arbetsrättslig vinkel, i *Bed och arbete. Om*

⁴ Kleineman, 2013, s. 21ff.

⁵ Ibid., s. 43.

religionsfrihet i arbetsliv och skola. Victoria Enkvist har i avhandlingen *Religionsfrihetens rättsliga ramar*, utrett religionsfriheten ur ett grundlagsperspektiv.

1.9 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort genomgång av omständigheterna i målet för att läsaren ska få en inblick i den situation som Europadomstolen eventuellt kommer bedöma. Detta åtföljs av en redogörelse över rekvisiten i aktuella artiklar samt de relevanta principerna för konventionens tillämpning.

Därefter redogörs kort för hur frågan ses på i Europa. I efterföljande kapitel belyses relevant praxis vilket åtföljs av ett kapitel innehållande parternas respektive argument och Arbetsdomstolens bedömning. Anledningen till att detta kommer sent i uppsatsen är för att läsaren då har getts en förförståelse varför parterna valt att belysa de aspekter de gjort. Till sist redogörs för andra debattörers tolkning av frågan innan analysen görs i det sista kapitlet.

2 Utgångspunkt för Europadomstolens bedömning

Den bedömning Europadomstolen har att göra sker med beaktande av de faktiska omständigheter som legat till grund för målet i Sverige.⁶ Därför avser detta kapitel kortfattat redogöra för det som hänt. Det är omständigheterna nedan som den fortsatta framställningen utgår från.

Ellinor Grimmark var vid tiden för händelserna anställd av Regionen och arbetade där som sjuksköterska. Under åren 2012-2014 utbildade hon sig till barnmorska och sökte sedan arbete på tre av Regionens kvinnokliniker. Vid varje jobbansökan hade Grimmark varit tydlig med att hon, på grund av sin kristna tro och livsåskådning, inte kunde vara med och utföra någon typ av abort. Grimmark uttryckte dock att hon inte hade några problem med att i sitt arbete möta abortsökande personer. Regionen valde vid varje ansökningstillfälle att inte anställa henne, samtliga gånger med argumentet att särskild hänsyn inte kunde tas till hennes önskemål utan att alla barnmorskor på respektive klinik behövde kunna möta alla deras patienter oavsett situation.⁷

Den situation som Europadomstolen har att bedöma kan sammanfattningsvis vara följande: när en barnmorska söker anställning på en kvinnoklinik, är det ett brott mot konventionen att inte omorganisera verksamheten för att tillgodose den sökandes samvetsbetänkligheter angående abort?

⁶ Danelius, 2015, s. 37.

⁷ AD 2017 nr 23.

3 Europakonventionen

3.1 Allmänt

Sverige var en av de stater som i slutet av 40-talet bildade Europarådet och utarbetade Europakonventionen. Den trädde i kraft 1953 och är idag folkrättsligt bindande för 47 stater runt om i Europa.⁸ Det är Europadomstolen som ansvarar för att pröva om brott mot konventionen skett.⁹

För Sverige är Europakonventionen bindande på flera plan, både nationellt och som en del av EU-rätten.¹⁰ Det för denna uppsats centrala är dock den folkrättsliga bundenhet till själva konventionen som vi haft sedan vi ratificerade den på 50-talet. Det bör även observeras att det är Europadomstolen som har den slutgiltiga tolkningen av om brott mot konventionen skett trots att de nationella domstolarna tagit med den i sin bedömning.¹¹

3.2 Artikel 9 - Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet

3.2.1 Rättighetens ramar

Artikel 9 har av Europadomstolen konstaterats vara en av grundstenarna i ett demokratiskt samhälle.¹² Artikeln stadgar till en början att var och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet. Rätten att få ha dessa brukar kallas det okränkbara forum internum, att jämföra med forum externum som är den begränsningsbara rätten att få utöva sin tro.¹³ Det finns

⁸ Danelius, 2015, s. 17.

⁹ Ibid., s. 29ff; Artikel 21 Europakonventionen

¹⁰ Ehrenkrona, 2016, s. 25ff.

¹¹ Danelius, 2015, s. 29ff.

¹² Leyla Şahin mot Turkiet, p. 104.

¹³ Zillén, 2015, s. 125ff.

delade uppfattningar om ifall även tanke- och samvetsfriheten innebär en rätt att praktisera sin övertygelse, eller enbart rätten att inneha en tanke och ett samvete. I Europarådets egen guide till artikeln kommenteras inte skillnaden och i fall där den klagande hänvisat till både samvete och tro har Europadomstolen underlåtit att kommentera det och enbart vidare utrett om brott mot religionsfriheten förelegat. Klart är att religionsfriheten innefattar en rätt att manifesteras den tro eller religion man har.¹⁴ Artikeln skyddar även icke-religiösa livsåskådningar så som exempelvis pacifism och deras manifestation.¹⁵

Alla övertygelsebaserade handlingar är dock inte skyddade av artikeln. Manifestation och övertygelse måste enligt den så kallade Arrowsmith-principen ha ett tillräckligt nära samband med varandra och den företagna handlingen måste ha gett uttryck för övertygelsen.¹⁶ I praxis har Europadomstolen dock på senare tid visat en tendens att inte utreda frågan utan enbart bedöma om handlingen kan anses rättfärdigad.¹⁷

En annan aspekt av artikeln är den negativa religionsfriheten, rätten att inte bli utsatt för någon annans religiösa manifestationer. I exempelvis målen Leyla Şahin mot Turkiet och Dahlab mot Schweiz har förbud mot huvudduk i en skola respektive på ett universitet tillåtits med hänsyn till andras negativa religionsfrihet.¹⁸

3.2.2 Tillåtna inskränkningar i religionsfriheten

Enligt artikel 9.2 Europakonventionen tillåts begränsningar av annars skyddade religionsutövningar under vissa omständigheter. Begränsningarna ska vara föreskrivna i lag och nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till ett antal uppräknade syften: allmän säkerhet, skydd för allmän

¹⁴ Council of Europe, 2015, s. 18ff; Evans, 2001, s. 52ff; Zillén, 2015, s. 138.

¹⁵ Danelius, 2015 s. 446; Arrowsmith mot Storbritannien, p. 69.

¹⁶ Arrowsmith mot Storbritannien, p. 71-75.

¹⁷ Leyla Şahin mot Turkiet; Bayatyan mot Armenien; Zillén, 2015, s. 132.

¹⁸ Leyla Şahin mot Turkiet, p. 116; Dahlab mot Schweiz.

ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.

Laglighetskravet är förhållandevis tydligt och innebär ett krav på att den eventuella begränsningen ska ha stöd i lag eller tillräckligt förutsebar rättslig norm utan utrymme för godtycklighet.¹⁹ Kollektivavtalsbestämmelser eller praxis som nationella domstolar godkänner och tillämpar har godtagits som ”stöd i lag”. Bland annat har arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet ansetts vara lag i konventionens mening.²⁰

Kravet på att en åtgärd ska vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle ställer som synes dels krav på att det ska vara en nödvändig handling, dels på att det ska vara fråga om en demokrati. Det senare är sällan några problem att bedöma, och vid behov kan ledning tas i Handyside mot Storbritannien där pluralism, tolerans och vidsynthet sades karaktärisera ett demokratiskt samhälle.²¹ Nödvändigheten å andra sidan innebär en svårare bedömning och en proportionalitetsavvägning måste göras mellan det skyddade intresset och inskränkningen i fråga.²² Här kan noteras att ”nödvändig” i Europakonventionens mening inte innebär “oundgänglig” eller “ofrånkomlig”, istället ställs krav på att det ska vara fråga om ett angeläget samhälleligt behov (“pressing social need”).²³

Till sist ska inskränkningen ha skett med hänsyn till ett legitimt syfte. De uppräknade syftena är de enda som kan komma i fråga för att rättfärdiga en begränsning av religionsfriheten.²⁴ Endast den allmänna hälsan samt andra personers fri- och rättigheter är relevanta för uppsatsen och de andra kommer inte vidare redogöras för här.

¹⁹ Danelius, 2015, s. 369f; Sunday Times mot Storbritannien, p. 49.

²⁰ Wretlund mot Sverige.

²¹ Handyside mot Storbritannien, p. 49.

²² Danelius, 2015, s.454; Evans, 2001, s. 145f.

²³ Silver och övriga mot Storbritannien, p. 97.

²⁴ Evans, 2001. s. 147.

Den allmänna hälsan kan enligt konventionen väga tyngre än den religiösa manifestation som begränsats.²⁵ Det finns endast ett fåtal avgöranden där hälsan hänvisats till som motstående intresse, varav ett, Eweida och övriga mot Storbritannien, kommer redogöras för mer grundligt längre ned i uppsatsen.²⁶ I målet Cha'are Shalom Ve Tsedek användes det som motstående intresse för att förbjuda rituell slakt.²⁷ Som framgår av fallet Eweida, i vilket en sjuksköterskas rätt att bära ett kors i en kedja fick begränsas med hänvisning till hygien och säkerhet på sjukhuset, är patientsäkerhet alltså en godtagbar anledning som faller inom begreppet allmän hälsa.²⁸

Andra personers fri- och rättigheter innebär enbart de rättigheter som Europakonventionen innehåller och rätten till abort är ingen sådan självständig konventionsrättighet.²⁹ Europadomstolen har uttryckt att det är upp till var land att besluta om det, men i de länder där abort är lagligt faller rätten under artikel 8 om rätt till skydd för privat- och familjeliv. Om en stat underlåter att tillförsäkra god och tillgänglig abortvård kan det således utgöra en kränkning av den abortsökandes rätt enligt artikel 8.³⁰ Vidare har som sagt inskränkningar i religionsfriheten ansetts tillåtna med hänvisning till andras negativa rätt enligt samma artikel.

3.3 Artikel 14 - Förbud mot diskriminering

Den diskriminering som artikeln åsyftar är med hänsyn enbart till konventionsrättigheterna. Detta till trots kan en handling falla under artikel 14 utan att samtidigt ha inneburit en kränkning av en annan artikel, så länge aktuell handling faller inom området för någon konventionsrättighet.³¹

²⁵ Evans, 2001, s. 155ff.

²⁶ Zillén, 2015, s.171f.

²⁷ Cha'are Shalom Ve Tsedek mot Frankrike, p. 61, 68 och 87-88.

²⁸ Eweida och övriga mot Storbritannien, p.99.

²⁹ Evans, 2001, s. 161; Zillén, 2015, s. 173.

³⁰ R.R. mot Polen; Tysięc mot Polen.

³¹ Ehrenkrona, 2016, s. 168; Cha'are Shalom Ve Tsedek mot Frankrike, p. 86.

Diskriminering innebär i konventionens mening att lika fall behandlas olika, men kan även bli aktuellt då olika fall i stället behandlas lika. Vidare kan diskriminering enbart ha skett om en objektiv och godtagbar grund för åtskillnaden saknas, något som bedöms med hänsyn till åtgärdens syften och verkningar. Således måste åtskillnaden både ha ett legitimt ändamål och de medel staten använt måste stå i proportion till det mål som eftersträvas.³²

Vanligtvis börjar Europadomstolen med att utreda exempelvis artikel 9 och i andra hand tittar på artikel 14 om den åberopats. Ofta kommer den därför till samma slutsats i frågan om diskriminering, eftersom bedömningen av den självständiga artikeln redan inneburit en proportionalitetsbedömning och Europadomstolen kan luta sig mot den.³³

3.4 Principer av vikt vid bedömningen

3.4.1 Margin of appreciation

En för Europakonventionens tillämpning central princip är den så kallade "margin of appreciation". Principen betyder en flexibilitet för medlemsstaterna att vid tillämpningen av konventionen beakta nationella omständigheter, som kultur och moral. En tolkningsmarginal att röra sig inom. En bred margin of appreciation innebär att Europadomstolen i sin bedömning kan vara generös mot medlemsstaten så länge den inte uppenbart bryter mot konventionen. Principen bygger på tanken att medlemsstaterna själva är bättre på att bedöma tillämpningen av nationell rätt och göra avvägningar av intressen mot varandra då det är medlemsstaten som har bäst förutsättningar att skaffa sig tillförlitligt underlag. Flera av de rättigheter som konventionen stadgar är som sagt möjliga att begränsa och bedömningen av om en begränsning är nödvändig med hänsyn till ett visst intresse är exempel på situationer där medlemsstaten erkänns en margin of

³² Danelius, 2015, s. 550ff.

³³ Jfr. SAS mot Frankrike, p.161-162

appreciation.³⁴ I förhållande till artikel 9 har Europadomstolen ofta gett medlemsstater en bred bedömningsmarginal i fråga om dess nödvändighet eftersom uppfattningen om religionens vikt i samhället skiljer sig markant mellan de olika medlemsstaterna.³⁵

Vidden av detta bedömningsutrymme kan även bero på vilken rättighet det handlar om samt det motstående intresset. Exempel på intressen som kan ge större margin of appreciation är allmän moral och hälsa.³⁶ Något som å andra sidan begränsar bedömningsutrymmet är den betydelse rättigheten har för individen och vikten av rättigheten i ett demokratiskt samhälle.³⁷

Medlemsstatens bedömningsutrymme kan också bero på om en europeisk standard eller samsyn föreligger eller inte. Vissa områden är mer känsliga än andra, exempelvis frågor rörande privatliv eller frågor om vad som kan och bör göras för att skydda hälsa och moral, och om konventionen inte precist reglerat frågor på dessa områden har Europadomstolen i sina bedömningar sett till om en europeisk samsyn funnits.³⁸ I de fall som det gjorts har en mindre margin of appreciation tillåtits.³⁹

3.4.2 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är även den central vid Europadomstolens bedömningar. Åtgärden ska stå i proportion mot det intresse som inskränks eller skyddas. Nödvändighetsbedömningen ovan görs exempelvis med beaktande av proportionalitetsprincipen. Det ska alltså göras en avvägning mellan hur stort ingreppet är för den enskilde, eller det men hen lider och hur viktigt det motstående intresset som ska tillgodoses är.⁴⁰ Ytterligare

³⁴ Danelius, 2015, s. 56f.

³⁵ Evans, 2001, s. 134, 143.

³⁶ Danelius, 2015, s. 57; Greer, 2000, s. 10.

³⁷ Ibid., s. 454.

³⁸ Ibid., s. 59; Ehrenkrona, 2016, s. 18f.

³⁹ Bayatyan mot Armenien; Evans mot Storbritannien, p. 77.

⁴⁰ Danelius, 2015, s. 57ff.

omständigheter som tas i beaktande är kontexten i vilken ingreppet sker och anledningen till detsamma.⁴¹ Kan förhållandet dessa emellan sägas vara rimligt är begränsningen proportionerlig och därmed nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

⁴¹ Greer, 2000, s. 20.

4 Europeisk samsyn på området

Statens margin of appreciation beror som sagt på ett antal faktorer, varav en är om det föreligger en europeisk samsyn i frågan. Omfattningen på detta arbete tillåter inte en grundlig komparativ analys av synen på abort och samvetsfrihet i Europas medlemsländer, men en snabb överblick ska i detta kapitel försöka ges.

4.1 Resolution 1763

År 2010 utkom Europarådets parlamentariska församling (PACE) med resolution 1763.⁴² Den stadgar att ingen person, sjukhus eller institution ska tvingas utföra eller medverka till eller vid aborter, framtvingade missfall eller eutanasi.⁴³ Medlemsstaterna uppmanas att garantera lagstadgad rätt till samvetsvägran inom vården.⁴⁴ Det bör observeras att tanken med resolutionen från början var att säkerställa allas rätt till god sjukvård även i länder som tillåter samvetsvägran då det funnits tecken på att samvetsklausuler kan innebära allvarliga konsekvenser för abortsökande.⁴⁵ Men när resolutionen slutligen röstades igenom hade så pass många ändringar gjorts att syftet väsentligen förändrats. Notera att resolutionen röstades igenom med en ytterst knapp majoritet på 56 mot 51 röster.⁴⁶

PACEs resolutioner är visserligen inte bindande, men kan ses som rådgivande.⁴⁷ Möjligheten finns alltså för Europadomstolen att ta ledning i

⁴² Resolution 1763 (2010) "The right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care"

⁴³ Ibid., p.1.

⁴⁴ Ibid., p. 2, 4.

⁴⁵ Från Italien har exempelvis kommit rapporter om att 70% av gynekologerna vägrat utföra aborter av samvetskäl. Doc. 12347 (2010), "Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection", s. 3 och Heino m.fl., 2013, s. 232.

⁴⁶ <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=2212&DocID=13164>

⁴⁷ Resolution 1202 (1999) with subsequent modifications of the Rules of Procedure, Rule 25.

dem, något de ibland utnyttjat i förhållande till andra resolutioner.⁴⁸ Ännu så har de dock inte hänvisat till denna resolution i någon dom, enbart i en skiljaktig mening.⁴⁹

4.2 Medlemsstaternas reglering av frågan

Av de länder i Europa som tillåter abort har majoriteten även någon form av samvetsvägran för vårdpersonal.⁵⁰ År 2013 tillät 25 länder i EU abort och av dem hade den absoluta majoriteten samvetsvägran av något slag. Utanför EU tillåter både Norge och Schweiz samvetsgrundad vägran att utföra abort, medan exempelvis Island inte gör det. Sättet länderna reglerat frågan på skiljer sig väsentligt dem emellan, ett par har grundlagsreglerat rättigheten, några andra har det i sin respektive lagstiftning och ett par har helt låtit bli att lagstifta om det.⁵¹

⁴⁸ Exempelvis Bayatyan mot Armenien, p. 50-52.

⁴⁹ Annen mot Tyskland, Joint opinion.

⁵⁰ Doc. 12347, ”Women’s access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection”, 2010, s.5.

⁵¹ Ibid., s. 5-7; Heino m.fl., 2013, s. 232

5 Praxis

I utredningen ovan har hänvisats till flertalet rättsfall av vikt vid tolkningen av konventionen och de relevanta artiklarna. Detta kapitel syftar till att närmare redogöra för ett par avgöranden som kan få betydelse för den slutgiltiga bedömningen.

5.1 Eweida och övriga mot Storbritannien

Målet är egentligen fyra separata som slagits samman då de innefattar liknande frågor. I samtliga av fallen gjorde Europadomstolen ingen djupare utredning av om religionsfriheten överhuvudtaget varit berörd, utan tittade direkt på om begränsningen varit rättfärdigad.

Den första sökande arbetade för British Airways och förbjöds ha ett halsband med kors synligt. I domen konstaterar de att trots att medlemsstaterna har en viss bedömningsmarginal så står inte å ena sidan den sökandes vilja att manifesteras sin tro och å andra sidan arbetsgivarens önskan att upprätthålla en samlad företagsbild i rimliga proportioner till varandra. Europadomstolen anser att det visserligen kan sägas vara ett legitimt mål, men i en jämförelse med religionsfriheten och rätten att manifesteras sin tro, så väger det inte tungt nog.⁵²

Sökande nummer två var en sjuksköterska som inte heller hon tilläts ha sitt halsband med kors på jobbet. I detta fall konstaterar Europadomstolen att till skillnad från situationen med flygvärdinnan är det motstående intresset här mycket tungt vägande, nämligen andras hälsa och säkerhet. I denna fråga, fortsätter domstolen, bör även medlemsstaterna ges en bredare margin of appreciation, då de nationella sjukhusen är bättre lämpade att göra den

⁵² Eweida och övriga mot Storbritannien, p. 89-95.

kliniska bedömningen. Således ansågs begränsningen i religionsfriheten ha varit rättfärdigad med hänsyn till allmän hälsa.⁵³

Den tredje sökande var en vigselförrättare med samvetsbetänkligheter angående att viga samkönade par, något hennes arbetsgivare krävde. Hon klagade på den grund att hon blivit diskriminerad enligt artiklarna 9 och 14. Europadomstolen konstaterar att någon i en jämförbar situation hade varit en vigselförrättare utan religiösa betänkligheter och att kravet som arbetsgivaren ställt upp fick negativa konsekvenser för henne på grund av just hennes religion. Då anledningen för kravet varit att undvika diskriminering av samkönade par ansågs målet dock legitimt. Vid proportionalitetsbedömningen beaktades det faktum att konsekvenserna för den sökande visserligen varit allvarliga då hon förlorat jobbet samt att hon omöjligt kunnat förutse kravet då hon tog anställningen, eftersom samkönad vigsel inte varit lagligt. Trots detta ansågs Storbritannien inte ha överskridit sin margin of appreciation, framförallt med tanke på att det fanns en motstående konventionsrättighet, vilket vidgar bedömningsutrymmet.⁵⁴

Den sista sökande arbetade med psykosexuell terapi men ville på grund av sin tro inte ge rådgivning till samkönade par, vilket arbetsgivaren krävde. Även han byggde sin talan på både artikel 9 och 14. Återigen låg kärnan i om en balans var uppnådd mellan de motstående rättigheterna: rätten till religionsfrihet mot rätten att inte bli diskriminerad. Europadomstolen vägrade in det faktum att den sökande förlorat sitt jobb, men noterade å andra sidan att han frivilligt vidareutbildat sig inom psykosexuell terapi med vetskap om den anti-diskrimineringspolicy som företaget förde. Europadomstolen betonade dock att det faktum att någon tagit en anställning eller ingått ett avtal inte ensamt innebär att hen frånsagt sig sina rättigheter, men att det bör vägas in i bedömningen. Det avgörande verkar ha varit det faktum att när

⁵³ Eweida och övriga mot Storbritannien, p. 96-101.

⁵⁴ Ibid., p. 102-106.

två rättigheter står mot varandra ges medlemsstaten en vid margin of appreciation. En bedömning av artikel 14 gjordes inte.⁵⁵

5.2 Bayatyan mot Armenien

I detta mål hade den klagande, med hänvisning till sin övertygelse som Jehovas vittne, vägrat delta i den obligatoriska militärtjänsten och på grund av detta blivit åtalad och fälld. Europadomstolen började med att konstatera att artikel 9 inte uttryckligen stadgar en rätt till samvetsgrundad vägran, men om vägran att delta i militärtjänstgöring kan anses motiverad av en seriös och oöverkomlig konflikt mellan skyldigheten att delta och personens samvete eller djupa och genuina tro så kan artikel 9 aktualiseras. Europadomstolen gick vidare och noterade att det idag finns en nästan total samsyn i Europa om att på ett eller annat sätt tillåta samvetsvägran vid militärtjänstgöring (enbart två länder tillät det inte vid den tiden), att PACE och ministerrådet antagit dokument med uppmaning till resterande medlemsstater att tillåta det, samt att annan internationell rätt innehåller liknande möjligheter. Denna enhetliga syn ger den avvikande staten en begränsad margin of appreciation och staten måste kunna lägga fram övertygande skäl till varför inskränkningen svarar mot ett angeläget socialt behov. Europadomstolen ansåg det dock inte nödvändigt att utreda om det fanns tillräckliga sådana skäl, då handlingen ändå inte kunde anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Att ålägga medborgarna en sådan allvarlig skyldighet, utan att tillåta någon typ av undantag på grund av samvetsbetänkligheter och att ovanpå det kriminalisera och straffa de som vägrade kunde inte anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle med tanke på den brist i proportionalitet som fanns mellan individens och samhällets intressen. Europadomstolen nämnde vidare att det faktum att Armenien höll på att förändra sin lagstiftning för att kunna erbjuda civiltjänstgöring som alternativ till värnplikten också pekade på att ett trängande socialt behov

⁵⁵ Eweida och övriga mot Storbritannien, p. 107-110.

inte förelåg. Således bröt Armenien mot artikel 9 i konventionen och rättfärdigande skäl kunde inte anses föreligga.⁵⁶

5.3 R.R mot Polen och Tysięc mot Polen

I Europadomstolens tidigare praxis har frågan om abortvägrande läkare tagits upp vid ett par tillfällen i länder där samvetsgrundad vårdvägran redan varit tillåtet. I R.R. mot Polen hade den sökande vägrats abort på grund av läkarnas ovilja att utföra den, trots att hon enligt polsk lag hade rätt till det vid misstanke om att fostret led av en allvarlig sjukdom. Europadomstolen konstaterade att det är statens skyldighet att organisera sjukvården på sådant sätt att samvetsvägran inte hindrar patienter från att få tillgång till den sjukvård de enligt lag har rätt till.⁵⁷ I Tysięc mot Polen vägrades en annan kvinna abort trots att hon på grund av sjukdom riskerade allvarliga synskador om hon genomgick en förlossning. Europadomstolen kom i båda fallen fram till att staten inte uppfyllt sina positiva skyldigheter i enlighet med artikel 8.⁵⁸

⁵⁶ Bayatyan mot Armenien.

⁵⁷ R.R mot Polen, p. 206 , 214.

⁵⁸ Ibid.; Tysięc mot Polen, p. 118-122ff.

6 AD 2017 nr 23

Detta kapitel avser redogöra för parternas respektive argument samt Arbetsdomstolens bedömning i målet.

6.1 Parternas utveckling av talan

6.2.1 Ellinor Grimmark

Grimmark menar att hennes vägran att delta vid abort skyddas av artikel 9 och att det både är hennes religions- och samvetsfrihet som kränkts. Genom att ställa upp kravet på att delta vid abort har Regionen även utsatt henne för diskriminering enligt artikel 14 då det missgynnat henne på grund av hennes tro.⁵⁹

Vid en bedömning enligt artikel 9.2 menar hon att kravet varken har stöd i lag eller är nödvändigt. Argument för laglighetskravet är i korthet att det inte finns arbetskyldighet för barnmorskor att delta vid utförandet av abort då den uppgiften är förbehållen läkare enligt 5 § abortlagen (1974:595) samt att det finns arbetsplatser i Sverige idag som organiserat verksamheten så att eventuella samvetsbetänkligheter tillgodoses och det innebär ett godtycke som talar emot att lagstöd funnits.⁶⁰

Angående nödvändighetskravet och det legitima syftet lyfter hon bland annat att hennes individuella samvetsvägran inte inverkar på möjligheten att få abort utförd och att arbetsgivare utan problem bör kunna organisera sin verksamhet så att hon slipper delta, då det är möjligt i andra länder. Vidare menar hon att det på grund av den barnmorskebrist som råder i Sverige är ett hot mot patientsäkerheten att inte erkänna samvetsvägran. Mot hennes eget intresse att inte vilja utföra abort finns inga intressen av samma vikt. De motstående intressen som finns menar hon är schemaläggning,

⁵⁹ AD 2017 nr 23, s. 11

⁶⁰ Ibid., s. 13.

personalplanering och personaltillgång. Patientsäkerheten som motstående intresse är enbart hypotetisk och abstrakt, nästan en subjektiv åsikt. Ett intresse som skulle kunna väga tyngre är visserligen patientens vård vid livshotande situationer, men endast då kan den abortsökandes intresse väga tyngre och Grimmark menar att det ändå är en högst osannolik situation.⁶¹

Med en hänvisning till resolution 1763 och medicinetiska riktlinjer som erkänner samvetsgrundad vägran hävdar Grimmark även att det finns en europeisk samsyn och att Sverige därför har en mycket liten marginal att röra sig på. På grund av det lilla bedömningsutrymme som Sverige har i frågan måste således starka skäl ges för att få inskränka religionsfriheten och sådana har inte getts.⁶²

6.2.2 Regionen

Regionen har inte motsatt sig att Grimmarks religionsfrihet enligt artikel 9.1 berörts. Dock har den endast marginellt kränkts då hon inte tvingats utföra en handling och inte heller förlorat sitt arbete.⁶³

Angående laglighetskravet menar Regionen att det enligt Socialstyrelsen ingår i barnmorskors arbete att exempelvis ge aborterande läkemedel vid medicinsk abort och att lagstöd finns i arbetsgivarens arbetsledningsrätt och rätten till god vård som stadgas i hälso- och sjukvårdslagen (SFS 2017:30).⁶⁴

Som motstående rättigheter lyfter man den abortsökandes rätt till abort och rätten till hälsa och menar att båda riskerar att inskränkas om man tillgodoser Grimmarks krav. Regionen menar att förlängda väntetider och

⁶¹ AD 2017 nr 23, s. 14ff.

⁶² Ibid., s. 26ff.

⁶³ Ibid., s. 34ff.

⁶⁴ Ibid., s. 13.

sänkt förtroende kan bli effekten av att tillgodose Grimmarks krav. Även den negativa religionsfriheten lyfts som ett motstående intresse.⁶⁵

Vidare motsätter man sig att det skulle finnas en europeisk samsyn kring samvetsvägran. Däremot anser man att det finns en samsyn inom Europa när det kommer till att tillåta abort, dock inte hur det görs och att det därför saknas enhetlighet i frågan om abort och samvetsfrihet och därmed bör Sverige tilldelas stor margin of appreciation.⁶⁶

Slutligen säger Regionen att Grimmark inte blivit diskriminerad då någon annan med samma krav skulle ha behandlats likadant.⁶⁷

6.2 Arbetsdomstolens bedömning

Arbetsdomstolen börjar med att utreda förhållandet mellan Europakonventionen och den svenska lagen. Den lyfter särskilt att det i första hand är konventionsstaten som har ansvaret för att rättigheterna garanteras och att svensk rätt förväntas leva upp till konventionens krav. I de fall den inte gör det bör den tolkas konventionskonformt så långt möjligt. Den nationella lag som i detta specifika fall är relevant för konventionens efterlevnad är diskrimineringslagen (SFS 2008:567) och Arbetsdomstolen menar att skadestånd baserat på Europakonventionen endast kommer i fråga om det först blir klarlagt att diskrimineringslagen inte uppnår den grad av rättighetsskydd som Europakonventionen stadgar. Därmed utgår Arbetsdomstolen främst från svensk lag i sin bedömning.⁶⁸

I Arbetsdomstolens vidare bedömning nås slutsatsen att valet att inte anställa främst berott på att Grimmark inte avsåg utföra aktuella arbetsuppgifter och inte direkt på grund av hennes tro. Då Grimmark inte

⁶⁵ AD 2017 nr 23, s. 14.

⁶⁶ Ibid., s. 35.

⁶⁷ Ibid., s. 37.

⁶⁸ Ibid., s. 11ff.

lyckats visa att någon annan med samma vägran skulle behandlats annorlunda ansågs det inte vara direkt diskriminering enligt varken 1 kap. 4§ 1p diskrimineringslagen eller artikel 14. Därför utgjorde det inte heller en inskränkning av artikel 9.1 Europakonventionen menade domstolen. Däremot kunde det anses vara indirekt diskriminering enligt 1 kap. 4§ 2p, då det krav som Regionen uppställt var till synes neutralt men negativt påverkat en specifik grupp mer än andra. Paragrafen stadgar att om bestämmelsen "har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet" är den tillåten och således måste en proportionalitetsbedömning göras. Denna menar domstolen överensstämmer med art. 9.2 Europakonventionen.⁶⁹

Angående frågan om bestämmelsen haft lagstöd pekar domstolen på arbetsledningsrätten och på det faktum att socialstyrelsens kompetensbeskrivning för barnmorskor stadgar att de ska kunna delta vid medicinska aborter. Lagstöd bedöms således finnas.⁷⁰

Arbetsdomstolen anser vidare att Regionens krav haft ett berättigat syfte då aborträtten är lagstadgad och Sverige således har en skyldighet att tillhandahålla säker och skyndsam abortvård.⁷¹

Slutligen gör domstolen den proportionalitetsbedömning som krävs för att avgöra om åtgärden kan anses nödvändig. Domstolen konstaterar att om abort är lagligt är staten skyldig att tillhandahålla det enligt artikel 8 i konventionen. Med tanke på att majoriteten av aborter som utförs i Sverige utförs medicinskt och att det ofta är barnmorskor som gör det är det inte orimligt att ha verksamheten organiserad som Regionen valt. Åtgärden är alltså nödvändig för att skydda de motstående intressena.⁷²

⁶⁹ AD 2017 nr 23, s. 11ff.

⁷⁰ Ibid., s. 13ff.

⁷¹ Ibid., s. 14ff.

⁷² Ibid., s. 16ff.

7 Kommentarer i doktrin

7.1 Inledning

Reinhold Fahlbeck, professor emeritus i juridik vid Lunds Universitet, har i en artikel i Juridisk Tidskrift från 2014/2015 kommenterat situationen med grund i detta fall.⁷³ Kavot Zillén, doktor i medicinsk rätt vid Uppsala Universitet, har också kommenterat fallet i sin avhandling, även om hon inte specifikt fokuserat på Ellinor Grimmarks fall genom hela avhandlingen.⁷⁴ Deras respektiver analyser av situationen redogörs för nedan.

7.2 Argumentation

Fahlbeck konstaterar i början av sin utredning att religionsfriheten är berörd. Han går vidare och noterar även att kravet på lagstöd är uppfyllt, med hänvisning till arbetsledningsrätten.⁷⁵ Zillén har inte kommenterat frågan i förhållande till Grimmark, men noterar att det i praktiken inte har så stor betydelse för om begränsningen ansetts otillåten eller ej.⁷⁶

Vidare anser Fahlbeck, utan att närmare specificera varför, att det finns en europeisk samsyn om samvetsvägran vid abort och att situationen därför går att jämföra med den i Bayatyan-målet. Han menar därför att Sverige i detta fall endast bör ha en mycket snäv margin of appreciation och måste kunna framställa starka argument för att rättfärdiga vår avvikande inställning.⁷⁷ Zillén å sin sida anser att stater i situationer som denna bör tillerkännas en stor margin of appreciation då det är fråga om allmänhetens hälsa, det faktum att det handlar om religionens inverkan på samhället och moraliskt känsliga vårdåtgärder.⁷⁸

⁷³ Fahlbeck, 2014.

⁷⁴ Zillén, 2015.

⁷⁵ Fahlbeck, 2014, s. 18f.

⁷⁶ Zillén, 2015, s. 144.

⁷⁷ Fahlbeck, 2014, s. 20.

⁷⁸ Zillén, 2015, s. 304.

Fahlbeck argumenterar vidare för att Resolution 1763 är av stor betydelse. Som argument för detta lyfter han bland annat att den antagits av samma organ som utser Europadomstolens domare och att den avviker från tidigare rekommendationer och resolutioner på området. Fahlbeck menar alltså att resolutionen i princip bör ses som bindande.⁷⁹ Även här har Zillén en annan uppfattning och ställer sig tveksam till resolutionen och hur stor vikt som bör läggas vid den. Zillén pekar inte bara på att den de facto endast är ett rådgivande dokument, utan även på det faktum att den antogs med sådan knapp majoritet och att det ursprungliga syftet var något helt annat.⁸⁰

Angående den proportionalitetsbedömning och intresseavvägning som domstolens bedömning kan komma att innehålla så säger Zillén att med tanke på Europadomstolens tidigare praxis, kan slutsatsen dras att patientintresset väger tyngre i situationer där vårdpersonals religionsfrihet står mot lagstadgad rätt till vård.⁸¹ Fahlbeck å sin sida menar att då frågan om livets helighet är en så pass central del av den kristna etiken så krävs ett tungt motstående intresse. Varken arbetsgivarens, andra anställdas eller patienters intressen når upp till det menar han och säger att då rätten till abort inte är en rättighet garanterad enligt konventionen är det inte troligt att heller den rätten når upp, även om den till viss del skyddas.⁸² Trots att resolutionen utgår från att lagstadgad aborträtt är viktig att upprätthålla menar Fahlbeck att först i en situation där den abortsökandes liv är hotat väger det tyngre än religionsfriheten och en person med samvetsbetänkligheter kan då tvingas delta i utförandet av abort. Fahlbeck noterar samtidigt att detta lär hända ytterst sällan.⁸³ Zillén anser dock att tillgången till laglig abort bör ses som ett angeläget samhällsbehov även i

⁷⁹ Fahlbeck, 2014, s. 20f.

⁸⁰ Zillén, 2015, s. 245ff.

⁸¹ Ibid., s. 237ff.

⁸² Fahlbeck, 2014, s. 22f.

⁸³ Ibid., s. 26f.

andra fall än enbart livshotande situationer. Som argument lyfter hon bland annat Europadomstolens praxis i förhållande till artikel 8.⁸⁴

Gällande skyddet för andras fri- och rättigheter hänvisar Zillén till fallet Leya Şahin mot Turkiet och menar att den negativa religionsfriheten kan bli aktuell här, men den bör inte tolkas som att patienter har en absolut rätt att skyddas från att behandlas av religiös personal.

Dock, påminner Zillén, måste inskränkningen i individens religionsfrihet vara det minst inskränkande alternativet och stå i proportion till patientens tillgång till god vård.⁸⁵

⁸⁴ Zillén, 2015, s. 157ff.

⁸⁵ Ibid., s. 173ff.

8 Analys

Ovan har redogjorts för rekvisiten i artikel 9 och 14 samt ytterligare faktorer av vikt vid tillämpningen av konventionen. Detta kapitel avser göra en prognos över hur Europadomstolens bedömning kan komma att gå till i Grimmarks fall och vilka frågor som troligtvis är de mer centrala.

Den första delen av artikel 9 Europakonventionen stadgar rättigheten och dess yttre gränser. Grimmark har visserligen hävdats att både hennes samvetsfrihet och hennes religionsfrihet blivit berörda men då domstolen i tidigare praxis enbart valt att vidare utreda frågan om religionsfriheten kan det i min mening anses troligt att de inte heller i detta fall kommer ta upp samvetsfriheten och dess gränser.

Europadomstolen har även på senare tid varit benägen att inte lägga några större resurser på frågan om religionsfriheten överhuvudtaget blivit berörd eller inte. Därför kan antas att de endast kommer konstatera det som man i den svenska debatten verkar överens om - att Grimmarks religionsfrihet har blivit berörd. Det är fråga om en religiöst grundad uppfattning om livets helighet och dess början som ligger till grund för vägran och manifestationen gav uttryck för denna övertygelse.

Angående Grimmarks invändning om att kravet saknar lagstöd är det sedan länge fastställt i praxis att arbetsgivarens arbetsledningsrätt godkänns som lagstöd och därmed instämmer jag med Fahlbeck om att det verkar osannolikt att domstolen skulle gå emot detta utan anledning.

Vidare finner jag det troligt att Europadomstolen kommer anse att legitima syften funnits. Patienthälsan är som visats i Eweida och övriga mot Storbritannien ett fullgott syfte under den i artikeln stadgade "allmänna hälsan". Både Grimmark och Fahlbeck har i min mening fel när de sätter

upp organisatoriska problem som de enda motstående intressena till hennes religionsfrihet. Regionen har uttryckt en oro för konsekvenserna av att omorganisera sin verksamhet och Europadomstolen har i Eweida och övriga mot Storbritannien konstaterat att det inte är deras uppgift att titta på det kliniska utan att lita på medlemsstatens bedömning. Fallets tillämplighet är dock inte säker då det kan argumenteras för att det där handlade om ett mindre ingripande i religionsfriheten, än vad att inte få arbeta med sitt valda yrke är. Även “andras fri- och rättigheter” kan anses påverkade i enlighet med artikel 8, då Sverige har lagstadgad aborträtt och därmed en skyldighet att upprätthålla den. Ytterligare ett syfte som jag i likhet med Regionen anser skulle kunna användas är den negativa religionsfriheten. Som visats i exempelvis fallet Dahlab kan den användas som rättfärdigande syfte för att slippa utsättas för andras religionsutövning och här är möjligt att argumentera för att abortsökandes intresse av att slippa möta personer med starka samvetsbetänkligheter angående abort är ett starkare intresse än enbart att behöva se någon bära ett visst plagg.

Ingen av frågorna ovan är i min mening de som kommer vara avgörande, utan det kommer vara om kravet kan anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Här spelar margin of appreciation en viktig roll. Som visats är principen viktig i frågan om åtgärden kan anses proportionerlig och därmed nödvändig med hänsyn till intresset. Låt säga att staten medges en mycket liten marginal, då kommer kärnfrågan vara ifall inskränkningen i Grimmarks religionsfrihet har fyllt ett “pressing social need” och varit proportionerlig. Sverige måste då kunna lyfta starka argument för sin sak. Å andra sidan, om staten ges ett stort tolkningsutrymme blir frågan snarare om Sverige gjort något som ligger utanför konventionens ramar.

Margin of appreciation beror som visats på ett antal olika faktorer. Som synes har Zillén och Fahlbeck helt motsatta tolkningar på denna punkt och

således är det inte självklart om Sverige i detta fall bör tillerkännas en vid eller snäv bedömningsmarginal.

I min mening finns det mycket i utredningen ovan som talar för att Sverige bör ges ett större svängrum. Som argument kan lyftas att fallet handlar om religionsfrihet, hälsa och sjukvård, vilka är ämnen som tidigare fått domstolen att lämna bedömningen till medlemsstaten. Samma har gällt när det handlat om en avvägning av motstående konventionsrättigheter, se exempelvis Eweida-fallet.

Ytterligare något som har betydelse är om en europeisk samsyn föreligger. Själv anser jag att Fahlbeck tar i lite när han säger att det går att direkt jämföra Baytayan-målet med Grimmarks situation. Det finns väsentliga skillnader som Fahlbeck underlåtit att kommentera, bland annat det faktum att det är fråga om en påtvingad skyldighet från statens håll samt att det är skillnad på handlingarnas karaktär. Det är skillnad mellan att tvingas tränas i krigföring och att välja ett arbete som innefattar deltagande vid abort. Emellertid anser jag att en gemensam samsyn på samvetsvägran föreligger med tanke på att majoriteten av medlemsländerna har det. Dock bör här lyftas kontroverserna kring resolution 1763 . Jag menar att det ligger något i det Zillén säger, att med tanke på hur den kom till och att nära hälften av de röstande var emot den finns det skäl att tro att alla medlemsstater inte är av uppfattningen att resterande medlemsstater borde införa samvetsvägran, något som eventuellt spelar in på om en europeisk samsyn föreligger.

Mot en bred margin of appreciation talar alltså en eventuell europeisk samsyn samt det faktum att rättigheten är en av grundstenarna i ett demokratiskt samhälle, vilket också har betydelse.

Det är svårt att säkert säga vilken av faktorerna ovan som väger tyngst men jag anser att det mesta talar för att Sverige bör erkännas en vid margin of

appreciation, även om en europeisk samsyn skulle föreligga. Detta måste beaktas vid bedömningen av om handlingen varit proportionerlig. Vidare bör det faktum att Grimmark sökte jobben med vetskap om barnmorskors arbetsuppgifter samt att hon redan hade en anställning vägas in i bedömningen. Likaså hälsan och rätten till abort under artikel 8. Här menar jag, i likhet med Zillén, att patienthälsan är ett intresse som väger tungt även då det inte handlar om någons liv. I målet med sjuksköterskan var exempelvis anledningen att staten fick rätt inte att någons liv faktiskt stod på spel utan att halsbandet kunde innebära risker för patienterna. I andra vågskålen ligger begränsningen av Grimmmarks möjlighet att manifesteras sin religion, något som bör tas mycket allvarligt på i domstolens mening. Grimmark själv har även lyft patienthälsan som ett intresse, med tanke på den barnmorskebrist Sverige har.

Med tanke på att Sverige antagligen kommer tillerkännas en vid margin of appreciation bör handlingen anses proportionerlig och troligtvis kommer Europadomstolen inte anse att brott mot artikel 9 skett.

Till sist kommer frågan om Grimmark varit diskriminerad enligt artikel 14. Här instämmer jag med Arbetsdomstolens bedömning att Grimmark utsatts för indirekt diskriminering. Regionens krav har negativt påverkat Grimmark på grund av hennes religion på ett sätt som det inte skulle gjort mot någon i en jämförbar situation. Men med tanke på domstolens tendens att nå samma slutsats i den fortsatta proportionalitetsbedömningen gör även jag det och anser alltså att kravet både haft ett legitimt ändamål samt varit proportionerligt. Således har Sverige antagligen inte heller brutit mot artikel 14.

8.1 Slutsats

Den inom juridiken populära sägningen “det beror på” har blivit välanvänd av en anledning. Omständigheterna är viktiga för bedömningen av en fråga

och så även i detta fall. Det är svårt att till exempel titta på Europadomstolens tidigare avgöranden som Bayatyan mot Armenien eller Eweida och övriga mot Storbritannien och säga att något av dem går att direkt applicera på Grimmmarks situation, eftersom omständigheterna skiljer sig, om än i större eller mindre utsträckning. Vidare är det ett antal faktorer som kan få betydelse för statens margin of appreciation, och då dessa inte har en tydlig hierarki kan det vara svårt att veta vilken av dem som domstolen kommer anse viktig i detta fall.

Trots det är min slutsats att Europadomstolen troligtvis kommer anse att Sverige varken har brutit mot artikel 9 eller artikel 14 i Europakonventionen.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Europarådet

Council of Europe/European Court of Human Rights, (Research Division),
”*Guide to article 9, Freedom of thought, conscience and religion*”, 2015.

Doc. 12347 (2010), ”*Women’s access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection*”

Resolution 1202 (1999), ”*General revision of the Rules of Procedure of the Assembly*”

Resolution 1763 (2010), ”*The right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*”

Elektroniska källor

Alliance Defending Freedom: *Legal matter: Grimmark v. Jönköping County Council*, <https://adfinternational.org/detailspages/case-details/grimmark-v.-j%C3%B6nk%C3%B6ping-county-council>, besökt 2017-05-19.

Parliamentary Assembly of the European Council: *Vote on Resolution 1763*,
<http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=2212&DocID=13164>, besökt 2017-05-19.

RFSU: *Vad handlar egentligen ”barnmorskemålet” om?*, <http://www.rfsu.se/Sv/Sex-och-politik/Heta-fragor/Ratten-till-abort/Vad-handlar-egentligen-barnmorskemalet-om/>, besökt 2017-04-23.

Rosén, Emelie: *Abortvägrande barnmorska kan påverka hela Europa*, Sveriges Radio, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=6614537>, besökt 2017-04-23.

Litteratur

Monografier

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 5.e upplagan, Stockholm 2015.

Ehrenkrona, Carl Henrik: *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. En kommentar*, Stockholm 2016.

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.

Greer, Steven, *Human rights files No. 17. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on human rights*, Strasbourg 2000.

Kleineman, Jan: "Rättdogmatisk metod", i Korling och Zimboni (red.) (2013), s. 21-45.

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk Metodlära*, Lund 2013.

Trolle Önnerfors, Elsa; Wenander, Henrik: *Att skriva rätt*, Stockholm 2016.

Zillén, Kavot: *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet. En rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård*, Uppsala 2013.

Artiklar

Fahlbeck, Reinhold, *Religionsfrihet och mänskliga rättigheter*, Juridisk Tidskrift, nr 2, 2014/15.

Heino, Anna, m.fl., *Conscientious objection and induced abortion in Europe*, European Journal of Contraception and Reproductive Health Care, vol. 18, nr. 4, 2013.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 2017 nr 23

Europadomstolen

Annen mot Tyskland, ansökan nr 3690/10.

Bayatyan mot Armenien, ansökan nr 23459/03.

Cha'are Shalom Ve Tsedek mot Frankrike, ansökan nr 27417/95.

Dahlab mot Schweiz, ansökan nr 42393/98.

Evans mot Storbritannien, ansökan nr 6339/05.

Eweida och övriga mot Storbritannien, ansökan nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 och 36516/10.

Handyside mot Storbritannien, ansökan nr 5493/72.

Leyla Şahin mot Turkiet, ansökan nr 44774/98.

R.R. mot Polen, ansökan nr 27617/04.

S.A.S mot Frankrike, ansökan nr 43835/11.

Silver och övriga mot Storbritannien, ansökan nr 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75.

Sunday Times mot Storbritannien, ansökan nr 6538/74.

Tysiąc mot Polen, ansökan nr 5410/03

Wretlund mot Sverige, ansökan nr 46210/99.

Europakommissionen

Arrowsmith mot Storbritannien, ansökan nr. 7050/75