



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Har arbetsgivaren rätt att inskränka arbetstagarens samvets- och religionsfrihet?

En arbetsrättslig undersökning om barnmorskor har rätt att inte medverka
vid eller utföra abort på grund av samvets- och religiösa skäl

Ida Lassar och Sara Palander

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH16

15hp

HT21

Handledare

Anneli Carlsson

Innehållsförteckning

1. Inledning	6
1.1 Ämne och bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
2. Internationell rätt	11
2.1 Inledning	11
2.2 Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet i Europakonventionen	11
2.3 Förbud mot diskriminering i Europakonventionen	13
2.4 Resolution 1764	13
2.5 Internationella konventionen om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna	14
2.6 Margin of appreciation	15
2.7 Proportionalitetsprincipen	16
3. Gällande rätt i Sverige	17
3.1 Inledning	17
3.2 Religionsfrihet i regeringsformen	17
3.3 Samvetsfrihet	18
3.4 Diskrimineringslag (2008:567)	18
3.4.1 Diskrimineringsgrunder	18
3.4.2 Direkt diskriminering	19
3.4.3 Indirekt diskriminering	20
3.5 Hälso- och sjukvårdslag (2017:30)	21
3.6 Patientlag (2014:821)	22
3.7 Abortlag (1974:595)	22
3.8 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt	23
3.9 Arbetsgivarens skyldighet att anpassa arbetsförhållandena inom hälso- och sjukvården	24
3.10 Samvetsklausul inom högskoleutbildningen (SOU 1994:84)	25
4. Avgöranden	27
4.1 Inledning	27
4.2 Avgöranden från Europadomstolen	27
4.2.1 Mål 5410/03, Tysiaç mot Polen	27
4.2.2 Mål 27617/04, R.R mot Polen	27
4.3 Avgörande från Arbetsdomstolen	28

4.3.1 AD 2017 nr 23	28
5. Kommentarer gällande samvetsklausuler	31
5.1 Samvetsklausuler i övriga EU-länder	31
5.2 Norsk rätt gällande samvetsklausuler	31
6. Analys och avslutande reflektioner	33
6.1 Inledning.....	33
6.2 Barnmorskans rätt att avstå från att medverka vid eller utföra abort	33
6.3 Inskränkningar av religionsfriheten.....	34
6.3.1 Europakonventionen artikel 9.2	34
6.3.2 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt	35
6.3.3 Patientens rätt till vård.....	36
6.4 Sammanfattande överblick av analysen	37

Summary

The fundamental aim of this essay is to examine the right a midwife has to refuse to assist or perform abortions due to their conscience or religion. Therefore, our research questions address how Swedish law is regulated regarding this subject, how the opposing interests are described and weighed against each other, and what consequences a right for midwives to assist or perform abortions would cause. The method and material the essay is based on is the legal dogmatic method, in purpose to clarify how the subject is regulated by Swedish law. In addition to legislation, we have used case law, legislative history and doctrine as a complement when the legislation is inadequate. Both international and Swedish law is described. The opposing interests are presented, since they affect how the freedom of religion and conscience may be limited for a midwife, which affects the outcome of the questions in the research. There is no national legislation that neither strengthens nor prohibits the right for a midwife to refuse to assist or perform abortions. Although, Swedish case law has established that midwives cannot demand to have an unconditional right to refuse to assist or perform abortions. On the other hand, the employer should consider their employees interests as far as possible. Therefore, a solution with reorganization of tasks could occasionally be an option to solve the conflict that occurs between the midwife's right to perform their freedom of religion and conscience in their professional role, the managerial prerogative and the patient's right to receive good care. At last, the consequences of giving midwives an unconditional right to refuse to assist or perform abortions are discussed. These consequences are based on how the abortion care units, midwives and patients would be affected. On the one hand, it can have an impact on the availability and workload of other midwives, as well as a negative psychological impact on the patient. On the other hand, it allows a midwife not to be prevented from the professional role because of his or her conscience and religion.

Key words: Abortion, midwife, freedom of religion and conscience, managerial prerogative, good care, the European Convention on Human Rights.

Sammanfattning

Utgångspunkten av denna uppsats är att undersöka hur rätten ser ut för en barnmorska att vägra utföra eller medverka vid abort på grund av att det strider mot dennes samvete eller religion. Våra frågeställningar behandlar hur svensk rätt är reglerad gällande ämnet, hur de motstående intressena beskrivs och vägs mot varandra samt vilka eventuella konsekvenser en rättighet för barnmorskan att avstå skulle medföra. Metoden och materialet som används är den rättsdogmatiska metoden för att utröna hur frågan regleras utifrån den befintliga lagstiftningen. Förutom lagstiftning används rättskällor som praxis, förarbeten och doktrin för att komplettera gällande rätt vid avsaknad av konkret lagstiftning. Vidare beskrivs även den internationella rätten. Därefter preciseras svensk gällande och relevant rätt, vilken även innehåller motstående intressen som påverkar utrymmet av samvets- och religionsfriheten för barnmorskan. Det finns ingen nationell lagstiftning som vare sig styrker eller förbjuder rätten att vägra utföra eller medverka vid abort. Utifrån svensk praxis konstateras dock att en barnmorska inte kan kräva en ovillkorlig rätt att avstå. Däremot ska arbetsgivaren i största möjliga mån ta hänsyn till arbetstagarens intressen. En lösning med omorganisering av arbetsuppgifter kan därför i vissa fall utgöra ett alternativ för att lösa konflikten som uppstår mellan barnmorskans rätt att utöva samvets- och religionsfrihet i sin yrkesroll samt arbetsgivarens arbetsledningsrätt och rätten till god vård. Slutligen diskuteras konsekvenser för vårdenheterna, barnmorskorna och de abortsökande patienterna om barnmorskor tillåts att avstå från att medverka vid eller utföra abort. Å ena sidan kan det påverka vårdens tillgänglighet och arbetsbelastning på övrig personal samt en negativ psykisk påverkan på patienten. Å andra sidan leder det till att den anställde kan arbeta som barnmorska och samtidigt utöva sin samvets- och religionsfrihet, utan att det kolliderar med yrkesrollen.

Nyckelord: abort, barnmorska, samvets- och religionsfrihet, arbetsledningsrätt, god vård, Europakonventionen.

Förkortningar

AD - Arbetsdomstolen

DO - Diskrimineringsombudsmannen

EKMR - Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

EU - Europeiska unionen

FN- Förenta nationerna

IKESKR - Internationella konventionen om de ekonomiska, sociala, kulturella rättigheterna

LAS - Lag (1982:80) om anställningsskydd

PACE - Europarådets parlamentariska församling

SOU - Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

Abort är ett omdebatterat ämne som kan väcka starka känslor för många. Historiskt sett har både den rättsliga regleringen och den generella inställningen i Sverige kring abort varit annorlunda från den nuvarande, då det varit både tabubelagt och straffbart. Idag råder en nästintill ovillkorlig rättighet för fri abort fram till vecka 18.¹ Ena sidan av debatten menar att det ska vara en självklarhet för kvinnor att själva bestämma över sina egna kroppar och val. Det finns en annan sida som motsätter sig detta med utgångspunkt i att abort och arbete med abort strider mot ens samvete- och religion, med argument om fostrets rätt till liv. Internationell rätt reglerar abortfrågan till viss del genom bland annat Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR), däremot ges medlemsländerna ett visst tolkningsutrymme att förhålla sig till och anpassa sin nationella lagstiftning efter konventionen.² Regleringen av aborträtten skiftar länder emellan och debatten om abort är därmed ständigt aktuell. Ett intressant exempel på hur detta tas i uttryck är Polen som har en lagstadgad samvetsklausul och ett nästintill ovillkorligt abortförbud sedan 2020.³ Det är inte abortfrågan i sig som uppsatsen ska behandla, utan hur rätten ser ut för barnmorskor att vägra medverka vid eller utföra abort på grund av religiösa skäl. Vad som utmärker Sverige i den här frågan är att det inte finns någon reglering gällande samvetsklausuler inom hälso- och sjukvården, till skillnad från majoriteten av EU-rådets medlemsländer.⁴

Vad som väckte intresset ytterligare gällande frågan är att två större händelser med barnmorskor som gemensam nämnare uppdagades hösten 2021. För det första nekades det omdebatterade barnmorskemålet, *AD 2017 nr 23*, resning av Europadomstolen, efter att Sverige friades i fjol.⁵ I rättsfallet nekades den kärande anställning eftersom hon inte kunde utföra aborter på grund av religiösa skäl. För det andra har krisen inom förlossningsvården

¹ Abortlagen (1974:595) 1§.

² Se avsnitt 2.6.

³ Utrikesdepartementet. POLEN – Mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatens principer: situationen per den 31 december 2020.

<https://www.regeringen.se/49d8ef/contentassets/8a4dc5e987104fe6bbe6783fe907dd77/polen--manskliga-rattigheter-demokrati-och-rattsstatens-principer-2020.pdf> (hämtad 2021-11-27), s.14.

⁴ Se avsnitt 5.1.

⁵ SVT. Europadomstolen nekar barnmorskan Grimmark resning. 2021.

<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/jonkoping/europadomstolen-nobbar-barnmorskan-grimmark-igen> (hämtad 2021-12-04).

blivit påtaglig, då bland annat Region Stockholm nyligen slog larm om akut brist på barnmorskor. Vid frågan om rätten att vägra medverka vid eller utföra abort blir det tydligt att två starka intressen ställs mot varandra, å ena sidan arbetsgivarens arbetsledningsrätt med patienten i primärt fokus, och å andra sidan barnmorskans rätt till religion- och samvetsfrihet på arbetsplatsen. Av dessa anledningar är det intressant att undersöka vad som avgör och påverkar det rättsliga utfallet i situationer där barnmorskor inte vill medverka vid eller utföra abort, och vad rätten i så fall kan leda till för konsekvenser.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna kandidatuppsats är att undersöka hur långtgående arbetsgivarens arbetsledningsrätt är i relation till arbetstagarens rätt att handla i enlighet med sitt samvete eller sin religion i sin yrkesroll. Utgångspunkten är således att undersöka ifall barnmorskor har rätt att avstå från att utföra eller medverka vid abort på grund av religion- och samvetsskäl, samt om arbetsgivarens arbetsledningsrätt och patientens rätt till god vård i så fall kan inskränka den rätten.

Utifrån det övergripande syftet ska följande frågeställningar besvaras:

1. Vad utgör gällande rätt när barnmorskor inte vill utföra eller medverka vid abort på grund av religiösa skäl?
2. Hur behandlas intresseavvägningen gällande barnmorskor som på grund av religiösa skäl inte vill utföra eller medverka vid abort, utifrån arbetsgivarens arbetsledningsrätt, barnmorskans samvets- och religionsfrihet samt patientens rätt till god vård?
3. Vilka eventuella konsekvenser skulle uppstå för vårdenheten, barnmorskan och den abortsökande patienten om barnmorskor tillåts att avstå från att medverka vid eller utföra abort?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen beskriver inte andra länders gällande rätt i någon större utsträckning, förutom ett kortare avsnitt om Norges och Italiens lagstiftade samvetsklausuler samt två domar från Europadomstolen gällande Polen. Syftet är inte att göra en generell jämförelse med andra länders lagstiftning, utan ge läsaren ett perspektiv på hur frågan behandlas olika inom EU. Det ger även en djupare förståelse för hur Sverige ställer sig till frågan. Artikel 14 i EKMR gällande diskriminering behandlas inte av den anledning att rätten överensstämmer med

svensk lag, därför används diskrimineringslagen vid fråga om eventuell diskriminering. Uppsatsen beskriver heller inte artikel 8 i EKMR, annat än i samband med de två domarna från Europadomstolen. Detta på grund av att det inte är nödvändigt utifrån vårt syfte och våra frågeställningar.

Resonemang om hur lagen bör utformas eller en eventuell möjlighet att införa samvetsklausuler, *de lege ferenda*, utförs inte eftersom det inte är en del av uppsatsens syfte. Uppsatsen behandlar inte heller andra arbetsuppgifter som barnmorskor utför utöver abort. Vidare diskuteras inte rätten för annan hälso- och sjukvårdspersonal i abortfrågan än barnmorskans, detta på grund av utrymmesskäl men även för att den nationella praxis som undersöks endast innefattar barnmorskor.

1.4 Metod och material

En rättsdogmatisk metod används för att undersöka och fastställa gällande rätt kring huruvida barnmorskor har rätt att inte medverka vid eller utföra abort på grund av religiösa skäl. Denna metod används även för att ge förståelse för den rättsliga tolkningen och tillämpningen. Rättskällor som används är lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin, för att fastställa vilka rättsliga regleringar som reglerar ämnet⁶, *de lege lata*.⁷ I nationell rätt används regeringsformen, diskrimineringslagen, abortlagen, hälso- och sjukvårdslagen och patientlagen. Anledningen till att utredningen angående samvetsklausul i högskoleutbildningen gällande spiralinsättning beskrivs är för att resonemanget kan preciseras på en generell samvetsklausul för barnmorskans uppgifter. I EU-rätten används artikel 9 i EKMR, resolution 1763 av Europarådets parlamentariska församling och den Internationella konventionen om de ekonomiska, sociala, kulturella rättigheterna (IKESKR). Även om uppsatsen utgår från att undersöka svensk rätt, behöver EU-rätt nödvändigtvis beskrivas eftersom den fungerar som en yttersta ram och påverkar den nationella rätten.

En rättskälla som använts är rättspraxis, eftersom det exemplifierar hur lagen ska tillämpas då de baseras på konkreta fall. Vidare har utlåtanden från de högsta domstolarnas instanser störst betydelse, då de har större prejudicerande vikt. Även om svenska prejudikat inte är formellt bindande är de relevanta för den gällande rätten. Ifall det uppstår en rättslig situation där ett

⁶ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, upplaga 2:1, Författarna och Studentlitteratur, Lund, 2018, s.21ff.

⁷ Lehrberg, Bert. 2010. *Praktisk juridisk metod*, s.26f.

relevant prejudikat kan appliceras på situationen, ska detta i regel följas.⁸ Inom svensk rätt görs inget större urval av praxis, eftersom det inte finns något fall som behandlar frågan lika ingående som barnmorskefallet. Det urvalet av utländsk rättspraxis som görs baseras på att de ger en djupare förståelse för den svenska rätten, genom att illustrera skillnader i hur frågan kan behandlas. För att tydliggöra skillnader ytterligare beskrivs ett kortare avsnitt om norsk och italiensk rätt gällande samvetsfrihet. Det är dock av sådan mindre omfattning att en komparativ metod inte har använts.

Det är främst Arbetsdomstolens avgörande som behandlas och analyseras, men även utlåtande från Diskrimineringsombudsmannen (DO) och tingsrätten. Det görs av den anledningen att rättsutredningen i tingsrätten är något mer omfattande och att Arbetsdomstolen fastställde tingsrättens dom. En annan rättskälla som används är förarbeten. Förarbetena tas i beaktning eftersom de har betydelse vid tolkning av lagtexten, då de beskriver syftet med lagen och hur den är tänkt att tolkas.⁹ Både rättsfall och förarbeten klassificeras vanligen som auktoritativa rättskällor och jurister utgår i regel från dessa, däremot har rättsfall oftast större vikt än förarbeten.¹⁰ Eftersom barnmorskefallet både är relevant för den rättsliga situationen uppsatsen undersöker och kategoriseras som vägledande praxis, är det en central utgångspunkt både i analys av gällande rätt samt i intresseavvägningen som beskrivs i andra frågeställningen.

En tredje rättskälla som används är doktrin, vilket bidrar till en helhetsbild av frågan och en förståelse för de andra rättskällorna. Lagrum och förarbeten kan emellanåt motsäga varandra och ibland saknas även konkret lagstiftning för vissa situationer. I dessa fall bidrar doktrinen med förklaringar som ger förståelse för tillämpningen av bland annat lagtext, förarbeten och propositioner.¹¹ Vidare krävs det att författarna är ledande och tongivande inom ämnet för att doktrinen ska ha högt rättskällevärde.¹² Hans Danelius, Susanne Fransson och Eberhard Stüber, Lars-Åke Johansson samt Kavot Zillén är författare i den doktrin som huvudsakligen används. Detta urval baseras på deras relevanta erfarenheter och forskning inom uppsatsämnet. Som tidigare nämnt är abort ett känsloladdat ämne för många, således håller vi

⁸ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2 uppl., 2010, s.39.

⁹ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, s.48.

¹⁰ Ibid, s.160.

¹¹ Ibid, s.48f.

¹² Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, upplaga 5, Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2021, s.39.

oss till det juridiska perspektivet för att ha ett så objektiva förhållningssätt som möjligt. Det är däremot nämnvärt att vi är medvetna om att våra personliga åsikter kan påverka urval och innehåll. Den doktrin som används kan även vara influerad av författarnas subjektiva åsikter. Det är således näst intill osannolikt att vara fullständigt objektiv i uppsatsens moment, vilket har tagits i åtanke under skrivandet.

2. Internationell rätt

2.1 Inledning

Utgångspunkten i uppsatsen är svensk rätt, men det är oundvikligt att inte beröra internationell rätt eftersom det spelar in och utövar inflytande. Följande avsnitt kommer att belysa gällande rätt, råd och riktlinjer utifrån Europakonventionen, Europarådets resolution 1763 samt FN:s konvention om om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna. Även två centrala huvudprinciper inom EU-rätt kommer att beskrivas, *margin of appreciation* och *proportionalitetsprincipen*.

2.2 Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet i Europakonventionen

Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet regleras i artikel 9 i EKMR. I artikeln preciseras följande:

Article 9.

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

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”¹³

Sverige ratificerade EKMR 1952 och valde att inkorporera den. Konventionen är därmed förenad med svensk rätt och det ska antas att den svenska lagen överensstämmer med EKMR.¹⁴ Att tanke- och samvetsfrihet är skyddat i konventionen, jämsides religion, innebär att det gäller för såväl religiösa som icke-religiösa livsåskådningar. Det ska dock tolkas med en viss försiktighet när det kommer till en individs rätt, då många olika handlingar kan anses strida mot en persons samvete eller religion. Syftet med artikeln är att den inte kan sträcka sig längre än till att ge skydd mot ingrepp i vad som framstår som det centrala innehållet i en

¹³ Den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR), artikel 9.

¹⁴ Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 2015. Norstedts juridik, Stockholm, s.37.

övertygelse eller en religion.¹⁵ En någorlunda vägledning kring vad som anses vara en skyddsvärd trosuppfattning framkommer av domstolens praxis. I en dom fastställdes bland annat att:

“[...] the term “beliefs” [...] appearing in Article 9 (art. 9) - which guarantees freedom of thought, conscience and religion - and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance.”¹⁶

Gällande samvetsfrihet är det skydd som EKMR stadgar endast rätten att ha en samvetsgrundad värdering, s.k. *forum internum*. Rätten att agera i enlighet med sitt samvete, s.k. *forum externum*, är inte definitiv och kan i vissa fall ses som en religiös manifestation enligt artikel 9 men inte alltid. Europadomstolen har funnit att en religiöst motiverad vägran att utföra en viss arbetsuppgift som ålegat en arbetstagare, utgjort ett utövande av religion eller tro.¹⁷ Sammantaget kan samvetsfriheten i EKMR beskrivas som synnerligen begränsad. I situationer då individer anser att de har rätt att handla i enlighet med sin samvetsgrundade övertygelse kan religionsfriheten istället åberopas.¹⁸

Artikel 9:2 i EKMR ger medlemsländerna en viss rättighet att inskränka en persons religionsfrihet, såvida de har grund i lag och är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till vissa allmänna eller enskilda intressen. Det kan konstateras att det finns fem begränsningsgrundade ändamål; allmän säkerhet, allmän ordning, hälsa, moral och skydd för andra personers fri- och rättigheter. Kravet på att begränsningen ska ha sin grund i lag innebär inte att det uttryckligen måste vara beskrivet i lagtext, utan det räcker att den är grundad på någon form av rättslig norm.¹⁹ Det kan hänvisas till nationell arbetsmarknadspraxis, exempelvis arbetstagarens arbetskyldighet enligt kollektivavtal och den s.k. 29:29-principen.²⁰ Det har uttalats i praxis att det i princip inte är godtagbart med arbetsvägran som hänvisas till religion, om det är arbetsuppgifter som vanligen utförs i sin yrkesroll. Den som har åtagit sig en anställning anses ha accepterat de rådande arbetsvillkoren, vilka kan

¹⁵ Danelius, Hans, s.417f.

¹⁶ Campbell och Cosans mot Storbritannien, 1982, Europadomstolen s.36.

¹⁷ Se Eweida m.fl. mot Storbritannien, nr. 48420/10, dom den 15 januari 2013.

¹⁸ Zillén, Kavot. *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård*. Uppsala. 2016, s.125, s.140.

¹⁹ Ibid, s.423, s.170.

²⁰ Fahlbeck, Reinhold. *Religionsfrihet och mänskliga rättigheter*, s.19.

begränsa möjlig religionsutövning.²¹ Religion eller ideologisk övertygelse anses dock vara en så central betydelse för individen, att en inskränkning enligt artikel 9:2 bör göras med försiktighet.²²

2.3 Förbud mot diskriminering i Europakonventionen

Artikel 14 i EKMR behandlar diskrimineringsförbud och konstaterar att lika fall ska hanteras lika. Det är dock enbart tillämpligt på de fri- och rättigheter som är skrivna i konventionen och dess tilläggsprotokoll. För att det ska anses vara diskriminering ska två rekvisit vara uppfyllda. Dels att de personer som jämförs med varandra ska vara i en likvärdig och jämförelsebar situation, dels att den eventuella skillnaden mellan jämförelsepersonerna inte har en objektiv och godtagbar grund.²³ Vidare ska diskrimineringen kunna härledas till en av diskrimineringsgrunderna som lyder av artikeln.

Article 14.

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”²⁴

2.4 Resolution 1763

År 2010 antog Europarådets parlamentariska församling (Parliamentary Assembly) resolution 1763, *The right to conscientious objection in lawful medical care*.

Resolutionen består av fyra punkter som råder samtliga medlemsländer i Europarådet att införa regelverk gällande samvetsklausuler och ingen person, sjukhus eller institution ska tvingas, hållas ansvarig eller diskrimineras på något sätt på grund av en vägran att utföra eller medverka vid abort.²⁵ Punkt 4 lyder följande:

“In view of member states' obligation to ensure access to lawful medical care and to protect the right to health, as well as the obligation to ensure respect for the right of freedom of thought, conscience and religion of

²¹ Se bl.a. Europadomstolens mål 49853/99, Pichon och Sajous mot Frankrike.

²² Danelius, Hans, s.421ff.

²³ Ibid, s.517ff.

²⁴ EKMR, artikel 14.

²⁵ PACE Resolution 1763, The right to conscientious objection in lawful medical care.

health-care providers, the Assembly invites Council of Europe member states to develop comprehensive and clear regulations that define and regulate conscientious objection with regard to health and medical services, and which:

4.1 guarantee the right to conscientious objection in relation to participation in the medical procedure in question;

4.2 ensure that patients are informed of any conscientious objection in a timely manner and referred to another health-care provider;

4.3 ensure that patients receive appropriate treatment, in particular in cases of emergency.”²⁶

Det betonas att med rätten till samvetsvägran följer statens ansvar att säkerställa att patienter får tillgång till sjukvård i rätt tid. När resolutionen antogs blev det en politisk diskussion gällande vårdvägran i Sverige, med motioner i riksdagen som ville införa regelverk inom sjukvården i led med resolutionen. Trots det beslutade riksdagen att inte införa vidare bestämmelser gällande samvetsklausuler inom sjukvården.²⁷

Resolutionen är inte juridiskt bindande, utan är så kallad *soft law*. Fahlbeck poängterar dock fyra anledningar till att resolutionen kan anses vara mer styrande likt *hard law*. För det första, rör det 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.²⁸ För det fjärde menar han att det ska framhållas att den parlamentariska församlingen är Europas moraliska samvete och upprätthållande av mänskliga rättigheter. Det ska betonas att resolutionen inte tar på ställning till aborträtten, utan hänvisar till nationell lag. Den är endast menad att uppmana konventionsstaterna att definiera och reglera vägran av samvetsskäl i sin lagstiftning.

2.5 Internationella konventionen om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna

Rätten till hälsa som en mänsklig rättighet uttrycks på många olika nivåer och inom flera organ, exempelvis FN:s konventioner om mänskliga rättigheter. Sverige har ratificerat den

²⁶ PACE Resolution 1763, The right to conscientious objection in lawful medical care, p.4.

²⁷ Zillén, Kavot, s.30.

²⁸ Fahlbeck, Reinhold, s.22.

Internationella konventionen om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna (IKESKR) och har därmed förbundit sig samtliga åtaganden som följer av konventionen. Länderna har dock ingen omedelbar skyldighet att genomföra målen i konventionen under en särskild angiven tid, utan ska genomföras gradvis beroende på ländernas egna resurser.²⁹

Artikel 12 i IKESKR förpliktar konventionsländerna att vidta åtgärder som ökar den allmänna hälsan, exempelvis att sträva efter förbättringar i lagar och bestämmelser som tillgodoser behoven i hälso- och sjukvården.³⁰ Det ställs därmed krav på att det ska finnas ett hälso- och sjukvårdssystem som gör det möjligt att uppnå bästa möjliga hälsa för patienten. För att kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter ska kunna granska hur länderna arbetar med kraven och om de uppfyller målen angående befolkningens rätt till hälsa används fyra standardkriterier, AAAQ-kriterierna. Bokstäverna står för availability, accessibility, acceptability och quality.³¹ Det innebär bland annat att det ska finnas tillgång till fungerande vårdinrättningar, tillräckligt med personal, lokaler och mediciner. Vården ska även vara tillgänglig för alla som är i behov av vård utan någon diskriminering. Vidare ska vården vara acceptabel, med betoning på att det ska följa etiska principer och normer. Det fjärde och sista kriteriet innebär att länderna är skyldiga att kontrollera att kvalitén på vården utförs på ett godtagbart tillvägagångssätt.³²

2.6 Margin of appreciation

Utifrån praxis har Europadomstolen fastställt ett visst tolkningsutrymme och självständighet för en medlemsstat vid proportionalitetsbedömningar av en fråga, så länge det ryms inom skyldigheterna enligt konventionen. Detta görs eftersom medlemsländerna har olika juridiska, kulturella och traditionella bakgrunder. Det anses därför inte vara lämpligt att ha enhetliga och hårddragna normer för mänskliga rättigheter inom Europa. Av hänsyn till detta uppkom begreppet *margin of appreciation*. Detta ger medlemsländerna handlingsutrymme, med syfte att undvika motsättningar mellan Europadomstolen och medlemsländerna.³³

²⁹ ESK-Kommittén, allmän kommentar nr 14. 2000, s.36.

³⁰ Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. 1966 (undertecknad av Sverige 1967).

³¹ ESK-Kommittén, allmän kommentar nr 14. 2000, s.12.

³² Zillén, Kavot, s.92f.

³³ Council of Europe, Judicial professions, The Lisbon Network. The margin of appreciation. 2021. https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp. (hämtad 2021-11-18).

Huruvida Europadomstolen väljer att pröva en fråga påverkas av olika faktorer. Främst beror det på om det anses vara nödvändigt utifrån bedömningen av det nationella eller lokala tankesättet och vanorna, eller om nationella intressen har särskild betydelse för ett visst avgörande. Det kan ibland således vara lämpligare att den nationella domstolen avgör frågan, men att Europadomstolen förbehåller sig rätten att ingripa om det finns anledning.³⁴ Huruvida brett tolkningsutrymme den nationella domstolen ges av Europadomstolen påverkas om den aktuella frågan anses vara moraliskt eller etiskt känslig. En sådan fråga är bland annat vårdvägran inom abortvården, vilket medför att Europadomstolen särskilt beaktar de intressen som staten anser väga tyngre.³⁵

2.7 Proportionalitetsprincipen

Genom rättspraxis har det fastslagits att den s.k. proportionalitetsprincipen ska beaktas i samtliga åtaganden av EKMR. Det innebär att nationella åtgärder i fråga är acceptabla om de står i rimlig relation till det intresse som de är avsedda att tillgodose. Om så inte är fallet kan det innebära brott mot konventionen.³⁶

I artiklarna 8-11 i EKMR (om rätten till respekt för privatliv och familjeliv, samvets- och religionsfrihet, yttrandefrihet, mötes- och föreningsfrihet) accepteras inskränkningar i de skyddade rättigheterna när det anses vara nödvändigt för att skydda vissa viktiga intressen. Det är därmed vid bedömningen av denna nödvändighet som proportionalitetsprincipen blir aktuell. Det krävs en avvägning av, å ena sidan den enskildes rätt och, å andra sidan vikten av ingreppet för det särskilda intresset. Är ingreppet rimligt i proportion till det skyddade intresset anses det vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.³⁷

³⁴ Danelius, Hans, s.52.

³⁵ Zillén, Kavot, s.178.

³⁶ Danelius, Hans, s.53.

³⁷ Ibid.

3. Gällande rätt i Sverige

3.1 Inledning

I detta avsnitt beskrivs den svenska rätten som behandlar våra frågeställningar. Först beskrivs regleringen av religionsfrihet och samvetsfrihet, därefter diskrimineringslagen. Sedan lyfts motstående intressen, som lagstiftning kring patientens rättigheter inom vården och arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Slutligen presenteras arbetsgivarens skyldigheter att anpassa arbetsförhållandena inom hälso- och sjukvården.

3.2 Religionsfrihet i regeringsformen

Regeringsformen behandlar motverkan av diskriminering och främjar likabehandling.³⁸ En aspekt som lyfts är att den *“offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet”*.³⁹ Bland annat domstolar, kommuner, förvaltningar och landsting bör därför arbeta för att uppfylla denna bestämmelse. Vidare betonas att diskriminering mot individer på grund av bland annat hudfärg, kön, religion eller trosuppfattning ska motarbetas.⁴⁰ Rätten för varje medborgare att utöva sin religion regleras i regeringsformen.⁴¹ Begreppet religion definieras inte vidare, med argumentet att begreppet är så komplext att det inte kan rymmas i en definition.⁴² I regeringsformens förarbeten beskrivs begreppet religion som en *“personlig övertygelse, en tro som går utöver det jordiska”*.⁴³ Fortsättningsvis krävs ingen formell koppling till en religion inom denna definition. Utövande av religion är en absolut rättighet och kan inte begränsas i lag, så länge utövandet inte påverkar samhällets lugn.⁴⁴ Vad som innefattas av religionsutövning har heller inte preciserats eller förtydligats i regeringsformen eller förarbeten. Huruvida vårdvägran av religiösa skäl för hälso- och sjukvårdspersonalen är en religionsutövning har därmed inte diskuterats eller behandlats.⁴⁵ Det leder till att det, å ena sidan, inte kan konstateras några egentliga gränser eller ramar för vad en religionsutövning innebär, vilket därmed skulle kunna innebära att vårdvägran faller inom gränserna. Å andra

³⁸ Göransson, Gabnius, Håkan & Del Sante, Naiti, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm 2018, s.17f.

³⁹ Regeringsformen 1 kap. 2§.

⁴⁰ Göransson, Gabnius, Håkan & Del Sante, s.17f.

⁴¹ Regeringsformen 2 kap. 1§.

⁴² Zillén, Kavot, s.120.

⁴³ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm 2015, s.107.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Zillén, Kavot, s.165.

sidan, beskrivs det i förarbeten att vissa religiösa handlingar inte skyddas av regeringsformen, vilket kan innebära att vårdvägran faller utanför gränserna av vad som anses vara en accepterad religionsutövning.⁴⁶

3.3 Samvetsfrihet

Samvetsfrihet som behandlas i artikel 9 EKMR regleras inte uttryckligen i svensk lagstiftning. Däremot ryms eventuella övertygelser med koppling till någon religion inom regeringsformens reglering av religionsfrihet. Vidare kan konflikter uppstå kring bedömningen av vilken religion som skyddas av regeringsformens bestämmelse och inte. Utifrån detta är samvetsfrihetens betydelse synnerligen begränsad. Därmed är det mer sannolikt att en individ som vill agera utifrån sin samvetsgrundade övertygelse refererar till religionsfriheten vid eventuell konflikt.⁴⁷

3.4 Diskrimineringslag (2008:567)

3.4.1 Diskrimineringsgrunder

Diskrimineringslagens syfte är att *“motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.”*⁴⁸ Vidare ska diskriminering motarbetas med hjälp av bland annat diskrimineringsförbud, då dessa ska förhindra agerande som är diskriminerande i specifika fall. Ett rekvisit för att diskriminering ska ha förekommit är att en person missgynnas utifrån diskrimineringsgrunderna.⁴⁹ Diskrimineringsgrunderna som beskrivs i 1 kap 1 § DL fastställer vem som ryms inom diskrimineringslagens tillämpning. Individer som inte omfattas av dessa skyddas därmed inte av diskrimineringslagen eftersom den är uttömmande.⁵⁰ Diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning definieras inte i lagtexten som de andra diskrimineringsgrunderna, med anledning av propositionen 2007/08:95 s.120 och SOU 2006:22 del 1 s.311. Det behandlas dock i linje med de andra diskrimineringsgrunderna som komplement till etnisk tillhörighet.⁵¹ Termen trosuppfattning

⁴⁶ Zillén, Kavot, s.168.

⁴⁷ Ibid, s.140.

⁴⁸ Diskrimineringslagen 1 kap 1§.

⁴⁹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.51f.

⁵⁰ Ibid, s.52.

⁵¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.90.

innefattas endast av “Endast en sådan trosuppfattning som har sin grund i eller samband med en religiös åskådning bör omfattas av diskrimineringsförbudet”.⁵² Exempel på dessa är buddism, ateism, agnosticism och Jehovas vittnen.⁵³ Politiska, etiska eller filosofiska uppfattningar inkluderas inte i begreppet trosuppfattning.⁵⁴ Eftersom religion eller annan trosuppfattning inte definieras i varken EU-rätt eller svensk rätt, medför det en möjlighet för enskilda tolkningar av nationella domstolar.⁵⁵

3.4.2 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering innefattar tre rekvisit. Först ska en fysisk person inom någon av diskrimineringsgrunderna missgynnats genom att ha behandlats sämre än andra personer. Individen ska ha lidit skada eller påverkats negativt av situationen för att det ska klassificeras som direkt diskriminering, exempelvis genom förlust eller obehag. Vidare anses orsaken till agerandet bakom missgynnandet irrelevant i bedömningen. Att aktivt undvika att agera kan även definieras som missgynnande ifall det har negativ effekt eller skapar skada.⁵⁶ Ett exempel på missgynnande vid direkt diskriminering är att inte bli erbjuden anställning⁵⁷ eller möjlighet till anställningsintervju.⁵⁸

Det andra rekvisitet är jämförbar situation. För att fastställa huruvida diskriminering förekommit, sker en jämförelse med andra individer i en liknande situation. Jämförelsen baseras på hur dessa personer behandlats, eller skulle ha behandlats i en likvärdig situation. Vidare har dessa personer även annat kön, ålder, etnicitet eller religion exempelvis.⁵⁹ Rekvisitet jämförbar situation kräver inte en fysisk jämförelseperson, utan kan även uppfyllas genom en hypotetisk jämförelseperson.⁶⁰ Omständigheter för att situationen ska klassificeras som jämförbar kan vara både faktiska och hypotetiska. Begreppets tolkning skiljer sig beroende på situation och tillämpningsområde. För arbetssökande med kvalifikationer som skiljer sig så pass åt att de inte kan anses befinna sig i jämförbara situationer, utesluts

⁵² Proposition 2002/03:65 s.82.

⁵³ AD 2005 nr 21.

⁵⁴ Proposition 2002/03:65 s.82.

⁵⁵ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.108f.

⁵⁶ Ibid, s.64.

⁵⁷ AD 2010 nr 91.

⁵⁸ AD 2006 nr 96.

⁵⁹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.65f.

⁶⁰ Proposition 2002/03:65 s.88, Proposition 2007/08:95 s.487.

eventuell direkt diskriminering.⁶¹ För att direkt diskriminering ska ha förekommit ska det finnas en koppling mellan handlingen och diskrimineringsgrunden. Vidare krävs det att personen är medveten om individens diskrimineringsgrund. Däremot krävs det inte att det ska ha funnits uppsåt för att direkt diskriminering ska ha förekommit. Vid direkt diskriminering är bevisbördan delad. Först ska käreande visa omständigheter som ger anledning att anta att de diskriminerats. Styrks dessa omständigheter tillräckligt, läggs bevisbördan hos svarande som ska motbevisa att missgynnandet har ett samband till diskrimineringsgrunden.⁶²

3.4.3 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering syftar på:

“[...] att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, viss funktionsnedsättning, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.”⁶³

Vidare finns tre rekvisit för att indirekt diskriminering ska förekomma. Först krävs ett missgynnande, med samma innebörd och kriterier som begreppet missgynnande vid direkt diskriminering. Det krävs att ett obehag, en skada eller att personen påverkats negativt ska ha skett. Ett kriterium eller en bestämmelse som verkar neutralt men typiskt sett missgynnar individer under någon av diskrimineringsgrunderna räknas som indirekt diskriminering. Det andra rekvisitet baseras på en jämförbar situation. Huruvida kriteriet eller bestämmelsen är missgynnande för dessa personer kräver även en jämförelse med andra personer i en annan grupp. Detta rekvisit syftar på att bedöma vilka personer som hade kunnat kvalificera sig för kraven. Upptäcks en signifikant skillnad mellan dessa gruppers möjlighet att uppfylla kravet indikerar det eventuell indirekt diskriminering. För att denna jämförelse ska vara av vikt krävs

⁶¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.65ff.

⁶² Göransson, Gabnius, Håkan & Del Sante, Naiti, s.44ff.

⁶³ Diskrimineringslagen 1 kap 4§.

ofta styrkande statistik utifrån EU-domstolens bedömning. Vid denna jämförelse är hypotetiska jämförelser inte godtagbara.⁶⁴

Det sista rekvisitet är kopplat till en intresseavvägning. Syftet med kriteriet eller kravet ska vara lämpligt och nödvändigt för att anses vara godtagbart. Först måste syftet vara objektivt godtagbart och ha ett berättigat syfte, med sådan vikt att få företräde före eventuell diskriminering. Därefter ska det även vara lämpligt och nödvändigt. Ifall det finns andra medel att uppnå kriteriernas syfte som inte medför diskriminering ska dessa användas istället. Slutligen krävs lämplighet. En arbetsgivare bör motivera kriteriet med ett berättigat syfte för att det ska vara tillåtet. En intresseavvägning mellan arbetsgivarens önskan om god arbetsprestation och de arbetssökandes rättighet att inte utsättas för diskriminering sker vid bedömningen om syftet är lämpligt. Kravet bör vara relevant och nödvändigt för att uppnå sitt syfte.⁶⁵

Vidare är bevisbördan delad vid indirekt diskriminering. Käranden måste styrka de omständigheter som tyder på att kriteriet är missgynnande på grund av någon diskrimineringsgrund, även om det framstår som neutralt. Lyckas kärande uppfylla detta, läggs bevisbördan hos svarande. Svarande måste då bevisa att kriteriet objektivt kan motiveras, har ett berättigat syfte samt att tillvägagångssättet är lämpligt samt nödvändigt, för att indirekt diskriminering inte ska ha förekommit.⁶⁶

3.5 Hälso- och sjukvårdslag (2017:30)

Abort och sterilisering är en del av av hälso- och sjukvården, vilket därför bör regleras samt behandlas på samma sätt som övrig hälso- och sjukvård.⁶⁷ Förutsättningarna för att få utföra abort regleras vidare i abortlagen, däremot reglerar den inte omständigheter kring abort- och steriliseringsverksamheterna. Vidare beskrivs att "*Målet med hälso- och sjukvården är en god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen.*"⁶⁸ Däremot krävs det inte att målet ska uppfyllas vid varje enskilt fall, utan framställer ett önskvärt mål för framtiden. Vidare innebär inte detta något krav på organisatoriska förändringar och kan inte medföra någon

⁶⁴ Göransson, Gabnius, Håkan & Del Sante, Naiti, s.45ff.

⁶⁵ Göransson, Gabnius, Håkan & Del Sante, Naiti, s.47f.

⁶⁶ Ibid, s.51.

⁶⁷ Johansson, Lars-Åke, *Hälso- och sjukvårdslagen: med kommentarer*, Upplaga 11, Författaren och Norstedts Juridik, Stockholm, 2021, s.45.

⁶⁸ Hälso- och sjukvårdslagen 3 kap 1§.

rättslig prövning. Paragrafens första del utgör därmed ett generellt mål som ska eftersträvas.⁶⁹ I 5 kapitlet 1§ anges även att *“Hälso- och sjukvården ska bedrivas så att kraven på en god vård uppfylls.”*⁷⁰ Detta syftar på att vården främst ska uppfylla god kvalitet och hygien, men även tillgodose patientens behov av trygghet, tillgänglighet och med hänsyn för patientens självbestämmande.⁷¹

3.6 Patientlag (2014:821)

Patientlagen har utgångspunkt i sjukvårdares och sjukvårdspersonalens skyldigheter gentemot patienterna, med syfte att förbättra hälso- och sjukvården.⁷² Även i denna lag preciseras det att *“Målet inom hälso- och sjukvården är att uppnå en god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen.”*⁷³ Ett annat mål är att patienterna ska ha tillit till sjukvården, exempelvis genom att få den vård som behövs. Vidare ska alla människor ha möjlighet att utnyttja vårdens tjänster oavsett orsaken bakom behovet. Dessutom betonas vikten av grundprincipen att *“Vården ska ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet.”*⁷⁴ Utöver detta ska alla patienter bemötas med empati och respekt vid konsultation. Personalen på vårdenheten bör vara förstående för patientens situation och känslor, samt vara positivt inställd till att patienten sökt vård när hen behöver hjälp. Detta uttrycks inte ordagrant i lagtexten, däremot exemplifieras icke godtagbart bemötande genom rättspraxis som därmed utgör generella riktlinjer för bemötande av patienter.⁷⁵ Enligt patientsäkerhetslagen är det även vårdgivarens ansvar att god vård uppnås, eftersom de ska leda, planera samt kontrollera organisationen så dessa mål uppfylls.⁷⁶

3.7 Abortlag (1974:595)

Abortlagen trädde i kraft 1 januari 1975. Kvinnans bestämmanderätt kring abort tar avtryck i lagen genom att det råder i princip ovillkorlig rätt att utföra abort fram till 18:e graviditetsveckan. Detta förutsätter däremot att aborten inte bidrar till risk för liv eller hälsa.⁷⁷

⁶⁹ Johansson, Lars-Åke, *Hälso- och sjukvårdslagen: med kommentarer*, s.61ff.

⁷⁰ Johansson, Lars-Åke, *Patientsäkerhetslagen: en kommentar*, Upplaga 1:1, Författaren och Norstedts Juridik, Stockholm, 2020, s.63.

⁷¹ Ibid.

⁷² Johansson, Lars-Åke, *Patientlagen: en kommentar*, Upplaga 2:1, Författaren och Norstedts Juridik, Stockholm, 2020, s.35

⁷³ Patientlagen 1 kap. 6§.

⁷⁴ Johansson, Lars-Åke, *Patientlagen: en kommentar*, s.47f.

⁷⁵ Ibid, s.49ff.

⁷⁶ Johansson, Lars-Åke, *Patientsäkerhetslagen: en kommentar*, s.63.

⁷⁷ Abortlagen 1§.

I förarbetena till abortlagen uttrycker departementschefen att det är vårdgivaren som bär ansvaret av arbetsuppgifternas fördelning och att det inte anses nödvändigt med någon lagstadgad rätt att avstå från att medverka vid eller utföra abort. Vidare förklaras att:

“Vid denna fördelning bör man självfallet inom sjukvården liksom inom arbetslivet i övrigt så långt det är möjligt ta hänsyn till de anställdas intressen och förutsättningar i olika avseenden. Man bör därför undvika att till abortverksamheten binda sådan personal som av exempelvis moraliska eller religiösa skäl har svårt att acceptera sådant arbete. Detta gäller inte minst av hänsyn till den abortsökande kvinnan.”⁷⁸

Förfarandena hänvisar även till att samma vägledning och information återfinns i det då gällande cirkuläret från Socialstyrelsen med råd och anvisningar rörande tidiga abortingrepp. I cirkuläret finns även råd om att abortverksamheten bör organiseras på ett sätt som gör det möjligt för personal att inte behöva utföra eller medverka vid abort av religiösa skäl. Det ska dock inte påverka tillgängligheten för abortsökande kvinnor och inte medföra onödigt dröjsmål. Cirkuläret var inte juridiskt bindande, utan endast vägledande.⁷⁹

3.8 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt utgår från arbetsgivarens rättighet att fritt leda och fördela arbetet, anställa samt säga upp arbetstagare. Sedan införandet av Decemberkompromissen och §32-befogenheterna har arbetsgivarens arbetsledningsrätt därmed präglats av arbetsrätten. Vidare utgör arbetsledningsrätten en dold klausul i kollektivavtal, en allmän rättsgrundsats och präglar i princip alla anställningsförhållanden. Arbetsgivare har befogenhet att reglera metod- samt produktionssätt, förläggning av arbetstid, anställningsförhållanden och omplacering av arbetstagare via arbetsledningsrätten. Däremot begränsas arbetsledningsrätten av ett förbud mot otillbörliga beslut, och måste därmed följa god sed på arbetsmarknaden.⁸⁰ Vidare inskränks arbetsgivarens arbetsledningsrätt av viss lagstiftning, bland annat diskrimineringslagen. Därmed godkänns inte arbetsledningsbeslut som inte är godtyckliga, särbehandlar eller saknar lagstöd.⁸¹

⁷⁸ Prop. 1974:70 s.76f.

⁷⁹ Prop. 1974:70 s.76f och Socialstyrelsens cirkulär MF 1972:59, Med råd och anvisningar rörande tidiga abortingrepp, s.9. (upphävdes 1982).

⁸⁰ Rönnmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget: Lund. 2004, s.45ff.

⁸¹ Rönnmar, Mia, s.63.

Arbetsledningsrätten inskränks av diskrimineringslagen.⁸² Det framhävs att:

“En arbetsgivare får inte diskriminera den som hos arbetsgivaren 1. är arbetstagare, 2. gör en förfrågan om eller söker arbete, 3. söker eller fullgör praktik, eller 4. står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller utlånad arbetskraft.”⁸³

Tillämpningen av bestämmelsen för gruppen arbets sökande eller de som gör förfrågan om arbete är extensiv. Både beslut att anställa eller inte anställa, samt beslut under rekryteringsprocessen ryms under diskrimineringsförbudet i arbetslivet. Urval till anställningsintervjuer, hantering av ansökningar samt ansökningsprocesser med endast en sökande omfattas även av diskrimineringsförbudet. Vidare behöver inget anställningsbeslut tas för att situationen ska omfattas av diskrimineringsförbudet. Att aktivt inte ta ett beslut, beslut om befordran, uppsägning och avsked etcetera innefattas även av diskrimineringsförbudet i arbetslivet.⁸⁴

3.9 Arbetsgivarens skyldighet att anpassa arbetsförhållandena inom hälso- och sjukvården

I föregående punkt diskuteras arbetsgivarens arbetsledningsrätt, vilket i sin tur innebär att arbetsgivaren har rätt att ta beslut om att omfördela arbetsuppgifter eller till viss del förändra dem. Skulle en eller flera arbetstagare inom vården vägra att utföra eller medverka vid en viss arbetsuppgift, i detta fall abort, kan arbetsgivaren i praktiken vid vissa fall omorganisera och tilldela uppgifterna till annan tillgänglig och behörig personal. Ett sådant beslut som ska fungera på ett smidigt och oproblemiskt sätt är beroende av vårdverksamhetens storlek och bemanning. På en mindre vårdverksamhet med begränsad personalstyrka kan det med andra ord vara svårare att omfördela arbetsuppgifter i syfte att tillgodose arbetstagarens önskemål av religiösa skäl.⁸⁵

⁸² Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.126.

⁸³ Diskrimineringslagen 2 kap. 1§

⁸⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, s.137.

⁸⁵ Zillén, Kavot, s.221 ff.

I andra änden av arbetsgivarens arbetsledningsrätt återfinns arbetstagarens arbetskyldighet. Arbetsuppgifter som är en del av yrkesrollen och som följs av arbetskyldigheten kan arbetsgivaren i princip kräva av arbetstagaren. Vägrar arbetstagaren att utföra dessa anses det som arbetsvägran, som i sin tur kan leda till uppsägning eller avskedande enligt 7 och 18 §§ LAS. Det finns således ingen absolut och definitiv skyldighet att fördela om arbetsuppgifter, om det finns ett berättigat syfte och en objektiv godtagbar grund till varför arbetsgivaren inte accepterar en vårdvägran av religiösa skäl. Verksamhetens mål bör prioriteras framför arbetstagarens behov och intressen.⁸⁶ Kompetensbeskrivningen för legitimerade barnmorskor (2018) framställer vad för arbetsuppgifter som är en del av yrkesrollen som barnmorska. Beskrivningen utfärdas av professionsorganisationen Svenska Barnmorskeförbund och är inte bindande, utan endast rekommendationer. Förbundet menar att det ska definiera barnmorskans kunskap, färdighet, förmåga och förhållningssätt. Deras ambition är att det ska vara vägledande för arbetsgivare och chefer inom vården för att kunna garantera personalens kompetens. I beskrivningen nämns det bland annat att en barnmorska ska ha kompetens att informera om abortmetoder, ge vård vid spontan abort och vid inducerad abort samt ge vård vid abortkomplikationer.⁸⁷

3.10 Samvetsklausul inom högskoleutbildningen (SOU 1994:84)

År 1993 tillsatte regeringen chefen för Utbildningsdepartementet, statsrådet Unckel, att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att utreda frågan om behovet av en samvetsklausul inom högskoleutbildningen. Utredningen skulle beröra högskolestudenter som av samvetskäl inte vill delta i utbildningsmoment. Utredningen ledde till betänkandet *Samvetsklausul inom högskoleutbildningen* (SOU 1994:84) som lämnades till utbildningsdepartementet 1994.⁸⁸ I utredningen tas hänsyn till både patienten och till studenten, vilket blir tydligt av följande två citat:

“[...] beträffande vårdmoment tillmäta hänsynen till patienters intresse stor betydelse vid bedömningen av studenters rätt att erhålla dispens. Detta framgår redan av det faktum att svensk hälso- och sjukvårdslagstiftning sätter patienten i centrum för vården.”⁸⁹

⁸⁶ Zillén, Kavot, s.221 ff.

⁸⁷ Svenska Barnmorskeförbundet. 2019. Kompetensbeskrivning för legitimerad barnmorska (version 2.0). <https://storage.googleapis.com/barnmorskeforbundet-se/uploads/2020/04/Kompetensbeskrivning-for-legitimerad-barnmorska.pdf> (hämtad 2021-11-18), s. 3 och s.14.

⁸⁸ Samvetsklausul inom högskoleutbildningen (SOU 1994:84), s.3.

⁸⁹ Ibid, s.128f.

“I ett demokratiskt samhälle som Sverige har studenter med från majoriteten avvikande etiska eller religiösa uppfattningar en självklar rätt att bemötas med respekt. Detta innebär även att deras etiskt eller religiöst grundade önskemål att få avstå från vissa utbildningsmoment bör tillgodoses där så är möjligt.”⁹⁰

Ett utbildningsmoment som tas upp är spiralinsättning i barnmorskeutbildningen och om en student kan ha rätt att avstå från det på grund av sina samvetsbetänkligheter. Det framkommer att en student som vägrar arbeta med att sätta in en kopparspiral, troligtvis också är negativt inställd till abort och dagen efter-piller. Vad som betonas av det konstaterandet är om en student får dispens från ett arbetsmoment, bör hänsyn tas till vad det kan leda till för andra konsekvenser i sin framtida yrkesroll som barnmorska. Vidare diskuteras om arbetet kan organiseras på ett sådant sätt att en annan barnmorska kan sätta in spiralen istället för hen som vägrar, bör hänsyn tas till patienten i fråga. Det kan vara så att patienten upplever attityden som psykiskt påfrestande samt att det skapar skuld känslor och obehag.⁹¹ Utredningen resulterade i att det inte skulle ges dispens till studenter som av samvetsskäl inte vill utföra spiralinsättning. Patientens intressen betonades och är den som ska stå i centrum för vården.⁹²

⁹⁰ Samvettsklausul inom högskoleutbildningen (SOU 1994:84), s.11.

⁹¹ Ibid, s.132ff.

⁹² Aldén, Mats. *Samvete och samvetsfrihet - En analys av samvettskonflikter i det svenska samhället och av begreppen samvete och samvetsfrihet*. Lund. 2002, s.48ff.

4. Avgöranden

4.1 Inledning

I detta avsnitt presenteras praxis som är relevant i förhållande till våra frågeställningar. Inledningsvis beskrivs praxis från Europadomstolen. Dessa fall exemplifierar hur samvetsfrihet regleras i länder där abortlagstiftningen skiljer sig från den svenska, i Europadomstolen. Sedan presenteras nationell praxis som är relevant för uppsatsens ämne.

4.2 Avgöranden från Europadomstolen

4.2.1 Mål 5410/03, *Tysięc mot Polen*

Enligt polsk lag får abort endast genomgå ifall den utgör hot mot kvinnans liv, som även behöver intygas genom två läkarintyg.⁹³ I detta fall nekades en kvinna som sökte abort på grund av att läkarna hävdade att de inte ville utföra abort på grund av samvetsgrundade skäl. Den gravida kvinnan löpte risk att utveckla omfattande synskador ifall förlossningen genomfördes. Dessutom utfärdade en allmänläkare ett utförande kring riskerna för kvinnans hälsa ifall hon skulle genomgå förlossning, utifrån tidigare kejsarsnitt och skadorna i hennes näthinna. Efter två månaders graviditet försämrades kvinnans synskada ytterligare. Däremot fortsatte kvinnan nekas abort, oavsett skadorna. Efter förlossningen försämrades hennes syn ytterligare och hon konstaterades därefter vara funktionshindrad.⁹⁴ Europadomstolen bedömning av fallet syftade på att staten ansvarar över att patienterna ska få den vård de har rätt till, utan att samvetsvägran får utgöra hinder. Utifrån detta hävdade Europadomstolen att Polen inte hade uppfyllt sina skyldigheter att säkerhetsställa kvinnans rättigheter i privat- och familjelivet utifrån artikel 8 i EKMR. Detta baserades bland annat på argumentet att en graviditet påverkar privatlivets sfär eftersom kvinnans privatliv har nära koppling till fostret.⁹⁵

4.2.2 Mål 27617/04 *R.R mot Polen*

I målet R.R mot Polen nekades kvinnan abort eftersom läkarna var ovilliga att utföra abort på grund av samvetsgrundade skäl. R.R nekades abort även fast hon var berättigad till det enligt polsk lag.⁹⁶ Domstolen tolkade begreppet privatliv extensivt, som därmed innefattade abort. Vidare anser domstolen att rätten till personlig autonomi är av betydande vikt, samt att

⁹³ Mål 5410/03, *Tysięc v. Poland*, s.23.

⁹⁴ *Ibid*, s.4ff.

⁹⁵ *Ibid*, s.81.

⁹⁶ Mål 27617/04, *R.R mot Poland*, s.4ff, s.9ff.

begreppet även innefattar rätten för gravida kvinnor att besluta kring huruvida de ska bli föräldrar eller inte.⁹⁷ Utifrån detta menade Europadomstolen att den polska staten ansvarar över att planera och strukturera sjukvården så samvetsvägran inte påverkar sjukvården som patienterna är berättigade enligt lag. Sammanfattningsvis bröt Polen mot artikel 8 i Europakonventionen enligt Europadomstolens bedömning även i detta fall.⁹⁸ Utifrån detta går det att utläsa att även om samvetsfrihet är lagstadgat, får det inte påverka tillgången av de aborter patienten har rätt till enligt lag.

4.3 Avgörande från Arbetsdomstolen

4.3.1 AD 2017 nr 23

I AD 2017 nr 23, även benämnt som *barnmorskefallet*, undersöks frågan om en person diskrimineras genom nekad anställning eftersom hon inte vill utföra abort på grund av sin tro och livsåskådning. Rättsfallet är vägledande och har blivit starkt omdebatterat, i synnerlighet i och med att Sverige är relativt unikt jämförelsevis med andra EU-länder i sin reglering gällande samvetsfrihet.⁹⁹ Fallet behandlade frågan om regionen har gjort sig skyldiga för kränkning samt diskriminering utifrån EKMR och diskrimineringslagen. Parterna i målet var kärke E.G, och svarande var region Jönköping. E.G sökte tjänsten som barnmorska på tre sjukhus och vid ansökan till tjänsten underströk hon att hon inte kunde utföra aborter på grund av hennes kristna tro. E.G nekades anställning på samtliga sjukhus. På grund av detta hävdar E.G att hon blivit diskriminerad och att regionen kränkt hennes rättigheter. Arbetsdomstolen fastställde Tingsrättens domslut och avlog E.Gs talan.¹⁰⁰ Orsakerna till varför sjukhusen nekade E.G anställning beskrivs i domen följande:

“[...] klinikens begränsade storlek inte gjorde det möjligt för de anställda att ha speciella önskemål om vilka patienter de kunde ta hand om, utan alla måste vara beredda att hjälpas åt.”¹⁰¹ (Höglandssjukhusets kvinnoklinik)

“[...] klinikens storlek gör att alla barnmorskor måste vara beredda på att möta kvinnor i olika abortsituationer. Från ett bemanningsperspektiv

⁹⁷ Mål 27617/04, R.R mot Poland, s.41.

⁹⁸ Mål 27617/04, R.R mot Poland, s.56.

⁹⁹ Se avsnitt 5.1.

¹⁰⁰ AD 2017 nr 23.

¹⁰¹ Ibid, s. 4f.

bedömdes det inte möjligt att ha en barnmorska som endast arbetar på BB-avdelningen.”¹⁰² (Höglandssjukhusets kvinnoklinik)

“[...] en anställd måste delta i kvinnoklinikens samtliga arbetsuppgifter och även delta i den rotationstjänstgöring som kliniken tillämpar sedan ca 15 år tillbaka.”¹⁰³ (Ryhovs kvinnoklinik)

Det förelåg därmed inte direkt diskriminering eftersom beslutet att inte anställa E.G. grundades på att hon inte kunde utföra samtliga arbetsuppgifter, inte hennes religiösa övertygelse. Det fanns inget tydligt orsakssamband mellan religionstillhörigheten och missgynnandet. Om indirekt diskriminering förelåg var mer komplext. Första frågan som domstolen diskuterade var huruvida kriteriet som regionen ställt upp hade lagstöd eller inte. Regionen hänvisade till *“den kollektivavtalade, indirekta lagstödda principen om arbetsgivarens arbetsledningsrätt, sjukvårdslagstiftningens reglering av patientens rätt till god vård, respekt och integritet samt diskrimineringslagen och dess begränsningar.”*¹⁰⁴ Vikt lades även vid att Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om läkemedelshantering i hälso- och sjukvården, bekräftar att även om barnmorskan inte utför själva aborten, får hen iordningställa och administrera läkemedel efter en eventuell arbetsuppgiftsfördelning av läkaren.¹⁰⁵ Detta sammantaget medförde att domstolen dömde att kriteriet inte saknade lagstöd enligt Europakonventionens mening.

Arbetsdomstolen ansåg att det fanns ett berättigat syfte med kriteriet, nämligen god hälsovård för den abortsökande kvinnan som den definieras enligt lagstiftning antagen i demokratiska former. Vidare betonades en proportionalitetsbedömning av kriteriet i förhållande till intresset. Domstolen konstaterade att, utan några begränsningar, ska den som får anställningen kunna utföra de arbetsuppgifter som ingår i yrkesrollen.

Ovan nämnda är från Arbetsdomstolens uttalanden. En nämnvärd aspekt som DO hade som utgångspunkt i sin bedömning var Socialstyrelsens kompetensbeskrivning för legitimerad barnmorska, vilket även Tingsrätten delade i sin bedömning. Den beskriver att förmågan att tillämpa kunskaper som på olika sätt har samband med aborter ingår inom flera av de

¹⁰² AD 2017 nr 23, s.4f.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ AD 2017 nr 23, s.13.

¹⁰⁵ Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2000:1) om läkemedelshantering i hälso- och sjukvården.

kompetensområden som en legitimerad barnmorska bör behärska. DO uttalade även att upprätthållandet av dessa kompetenskrav är motiverat av det samhälleliga intresset att säkerställa att kvinnor ges effektiv tillgång till abortvård, vilket medförde att syftet med kravet ansågs relevant och objektivt godtagbart. En ytterligare avgörande aspekt som nämns i Tingsrättens dom var förhöret med verksamhetschefer och vårdenhetschefer. De uttalade att *“Organisationen av verksamheten vid kvinnoklinikerna är uppbyggd med utgångspunkt i att samtliga anställda ska vara delaktiga i all verksamhet som bedrivs där.”*¹⁰⁶

Sammanfattningsvis kan utfallet av domen i korta drag baseras på det samhälleliga intresset av tillgången till abortvård. Efter att E.Gs talan bifölls i Arbetsdomstolen valde E.G att ta fallet vidare till Europadomstolen år 2017. Det var först nu i höst 2021, tre år senare, som Europadomstolen kom med beskedet att de nekar prövning av fallet, efter att Sverige friades i fjol.¹⁰⁷

¹⁰⁶ AD 2017 nr 23, s.59.

¹⁰⁷ SVT. Europadomstolen nekar barnmorskan Grimmars resning. 2021. <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/jonkoping/europadomstolen-nobbar-barnmorskan-grimmar-igen> (hämtad 2021-12-04).

5. Kommentarer gällande samvetsklausuler

5.1 Samvetsklausuler i övriga EU-länder

Det finns inte någon uttrycklig reglering kring rätten till abort i EKMR. Domstolen har dock i praxis uttalat att de konventionsländer som har lagstadgad rätt till abort, ska enligt rätten till privatliv i artikel 8, kunna säkerhetsställa kvinnans tillgång till lagliga och säkra aborter.¹⁰⁸

Det finns inte heller någon europeisk gemensam konsensus gällande vårdvägran inom hälso- och sjukvården. Majoriteten av Europarådets medlemsländer har dock i sin nationella lagstiftning valt att införa samvetsklausuler inom hälso- och sjukvården.¹⁰⁹ Det har i Italien rapporterats att över 85% av hälso- och sjukvårdspersonal i vissa regioner har vägrat att utföra abort, vilket påverkat tillgången till abort drastiskt negativt. Europeiska kommittén för sociala rättigheter gjorde 2013 ett kollektivt klagomål mot Italien gällande deras reglering av lagstadgad samvetsklausul. Klagomålet syftade på att regleringen hindrat tillgången för legala aborter, i och med att det inte fanns tillräckligt tydliga bestämmelser hur vården skulle kunna garantera tillgången när en yrkesutövare vägar att utföra eller medverka vid abort. Kommittén beslutade att den försämrade tillgången lett till att abortsökande kvinnor blivit tvingade att välja annan abortverksamhet på annan ort eller utomlands stred mot artiklarna 11 och E (del V) i Europarådets sociala stadga.¹¹⁰

5.2 Norsk rätt gällande samvetsklausuler

Norge är ett av de länder som är medlemmar av Europarådet som har infört en lagstadgad samvetsklausul. I den norska abortlagen uttrycks att den regionala vården ska organiseras så att en kvinna när som helst kan få utföra abort, men att organiseringen ska ta hänsyn till hälso- och sjukvårdspersonal som av samvetsskäl önskar att inte medverka eller utföra abort. Det benämns i lagen som *reservasjonsrett*.¹¹¹ En aspekt som diskuterades vid införandet av rätten var att det fanns en risk att personal skulle säga upp sin anställning om de blev tvingade att utföra arbetsuppgifter som stred mot deras samvetsbetänkligheter.¹¹²

Rätten till dispens gäller inte hälso- och sjukvårdspersonal som ger kvinnan vård och omsorg före, under och efter aborten. Det kan vara exempelvis vid förberedande åtgärder, rådgivning

¹⁰⁸ Zillén, Kavot, s.176.

¹⁰⁹ Ibid, s.28.

¹¹⁰ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, kollektivt klagomål nr 87/2012. *IPPF EN mot Italien*, beslut 10 september 2013.

¹¹¹ 14 § i lov om svangerskapsavbrudd (lov nr 50, 1975).

¹¹² Zillén, Kavot, s.231 som hänvisar vidare till Magelssen & Fredheim, Når bør leger ha reservasjonsrett?, 2011, s.2518 f.

eller samtal. Rätten omfattar att inte behöva medverka eller utföra kirurgisk och medicinsk abort. Sistnämnda innebär exempelvis att inte behöva ge abortläkemedel eller administrera dessa läkemedel. Detta gäller även om kvinnan själv tar läkemedlet.¹¹³

Det finns ingen statistik på att abortvägran i Norge lett till försämrad tillgång till abort, men att antal beviljanden kan skilja sig markant från region till region. Folkehelseinstituttet har uppgett att samtliga anställda vid ett särskilt sjukhus i Norge har vägrat utföra eller medverka vid abort. Abortsökande kvinnor har därmed fått hänvisas vidare till annan abortverksamhet. Det ska dock inte ha försämrat eller försenat abortprocessen.¹¹⁴

¹¹³ 4 kap. 15 § i norska abortföreskriften (föreskrift om svangerskapsavbrudd, 2001).

¹¹⁴ Zillén, Kavot, s.94.

6. Analys och avslutande reflektioner

6.1 Inledning

Inledningsvis visar denna undersökning att frågan om en barnmorska, på grund av samvets- och religiösa skäl, inte vill medverka vid eller utföra abort påverkas av ett flertal regleringar och lagar. Det uppstår intresseavvägningar som berör samvets- och religionsfrihet, arbetsgivarens skyldighet att anpassa förhållandena inom hälso- och sjukvården, arbetsgivarens arbetsledningsrätt samt arbetstagarens arbetskyldighet. Först och främst bör det poängteras att vårdenhetens storlek kan påverka utfallet av hur möjligheten att avstå från att utföra eller medverka vid abort på grund av religiösa skäl ser ut för barnmorskor. En enhet med fler antal barnmorskor bidrar till större möjlighet för eventuell omorganisering av arbetsuppgifter, och då även möjligheten att avstå från att medverka eller utföra abort som barnmorska. Ifall detta kan ske utan att patientens tillgång till vård påverkas, kan barnmorskan då tilldelas andra arbetsuppgifter inom sin yrkesbeskrivning. En mindre organisation med färre barnmorskor kan å andra sidan innebära färre möjligheter för eventuell omorganisering, som då påverkar möjligheten att avstå från dessa arbetsuppgifter som barnmorska. Utifrån våra frågeställningar och den dagsaktuella situationen med akut brist på barnmorskor i bland annat Region Stockholm, blir det därmed tydligt att flexibiliteten inom en vårdenhet kan skilja sig markant. I följande avsnitt görs en sammanställning av hur gällande rätt ser ut för en barnmorska att avstå från att utföra eller medverka vid abort, vilka faktorer som påverkar den eventuella rätten och vilka rättsliga konsekvenser det blir för de berörda parterna.

6.2 Barnmorskans rätt att avstå från att medverka vid eller utföra abort

En av våra frågeställningar i uppsatsen är hur lagstiftningen ser ut i Sverige gällande rätten att avstå från att utföra eller medverka vid abort på grund av religiösa skäl. För att kunna besvara det krävs det först kunskaper om individens rätt till religionsfrihet och samvetsfrihet, i såväl nationell rätt som internationell rätt. Som tidigare nämnt skyddas religionsfrihet och samvetsfrihet av EKMR i artikel 9 och rätten till religionsfrihet finns även grundlagsstadgat i regeringsformen. Vad som talar för barnmorskors rätt att vägra utföra eller medverka vid abort är bland annat resolution 1763 som utfärdats av Europarådets parlamentariska församling. Det kan även konstateras att majoriteten av EU-rådets medlemsländer har lagstadgat samvetsklausul men Sverige är ett undantag. Vidare finns ingen reglering kring samvetsfrihet eller samvetsklausuler i svensk lag, utan samvetsfrihet är något som i så fall

faller under religionsfrihet om det prövas rättsligt. Att utöva sin religion eller tro är därför starkt skyddat, men det finns ingen uttrycklig reglering om barnmorskors rätt att inte medverka vid eller utföra abort är en accepterad religionsutövning. Det blir därför aktuellt med andra rättskällor än lagtext för att kunna bedöma rättsläget. Barnmorskemålet, AD 2017 nr 23, utgör vägledande praxis vilket tydliggör hur situationer där religionsfrihet och samvetsfrihet behandlas utifrån svensk rätt. I fallet baseras domskälen på bland annat arbetsgivarens arbetsledningsrätt, som sedan årtionden tillbaka är en stark rättslig princip. Abortlagen och dess förarbeten betonas även, vilket understryker ovillkorlig rätt att utföra abort fram till vecka 18 och att det bör undvikas att anställa personal som inte vill utföra eller medverka vid abort. Det ska dock så långtgående som möjligt tas hänsyn till de anställdas intressen och förutsättningar, samt att verksamheten bör organiseras på ett sätt som gör det möjligt att avstå arbetsuppgifter som strider mot ens religion om det inte påverkar tillgången till abort. Vidare beaktas källor som Socialstyrelsens föreskrifter och kompetensbeskrivning för en legitimerad barnmorska. I kompetensbeskrivningen ingår att iordningställa och administrera läkemedel kopplat till abort, vilket därmed tillhör de vardagliga uppgifterna. Det betonas även att en barnmorska ska ha kompetens att informera om abortmetoder samt ge vård vid abort och vid abortkomplikationer. Ytterligare rättskällor som beaktas, spelar in och väger tungt är sjukvårdslagstiftningens reglering av patientens rätt till god vård, respekt och integritet, vilket beskrivs ytterligare nedan i avsnitt 6.3.3.

6.3 Inskränkningar av religionsfriheten

6.3.1 Europakonventionen artikel 9.2

Även om rätten till religionsfrihet och samvetsfrihet regleras genom artikel 9:1 i EKMR, kan det i vissa fall inskränkas enligt 9:2. Det ska dock understrykas att mänskliga rättigheter är av grundläggande betydelse och svåra att inskränka. En inskränkning kan endast göras om det finns grund i lag och om den är nödvändig utifrån allmänna eller enskilda intressen, som nämns i avsnitt 2.1. Även om samvetsfriheten inte regleras uttryckligen i lagtext, kan rättsliga normer som exempelvis vägledande praxis räknas in under "grund i lag". Eftersom fri abort fram till vecka 18 är en lagstiftad rättighet i abortlagen, får religionsfriheten inte inskränka på denna, som då även innefattar att avstå från att medverka vid eller utföra abort.

Utgångspunkten för religionsfriheten blir därmed att den får utföras så länge andra överordnade intressen inte påverkas. Arbetsvägran som sker på grund av religion, och även innefattar arbetsuppgifter som vanligen ingår i yrkesrollen är inte godtagbart enligt praxis.

Även om barnmorskor utför ett flertal andra arbetsuppgifter utöver abort, och även om abort utgör en liten del av de arbetsuppgifter som utförs till vardags, innefattas de fortfarande av yrkesrollen. Att eventuellt argumentera för att det inte är en väsentlig del av tjänsten blir därmed irrelevant, eftersom de accepterat anställningsvillkoren som tjänsten medför när de ingick anställning eller sökte tjänsten.

6.3.2 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt

Vid undersökning kring huruvida arbetsgivaren har rätt att inskränka en barnmorskas religionsfrihet genom arbetsledningsrätten, blir diskrimineringslagen aktuell. Hur långtgående arbetsledningsrätten är beror bland annat på ifall det utgör diskriminering att kräva att barnmorskor ska kunna utföra eller medverka vid abort. Om svaret är ja, har arbetsgivaren inte befogenhet att kräva att barnmorskorna ska kunna medverka vid eller utföra abort. För att undersöka frågan närmare kan ett scenario beskrivas där två barnmorskor, A och B, söker arbete hos en arbetsgivare. Både A och B uppfyller de formella kvalifikationerna för tjänsten, men A kan inte utföra abort på grund av religiösa skäl och nekas därför anställning. Här dras slutsatsen att även om A har de formella kompetenserna som utbildning och erfarenhet, är hen förhindrad att utföra de arbetsuppgifter som tjänsten kräver. Utifrån detta blir det tvivelaktigt om kandidaterna befinner sig i en jämförbar situation. Dessutom saknas direkt samband till diskrimineringsgrunden religion och missgynnandet, vilket utesluter direkt diskriminering.

I detta fall där arbetsgivaren ställer krav på att barnmorskor ska kunna medverka vid eller utföra abort är förbudet mot indirekt diskriminering relevant, eftersom det kan missgynna barnmorskor med viss religiös tillhörighet. Denna fråga lyfts även i barnmorskefallet som beskrivs i avsnitt 4.2.1. Att vårdens syfte med kriteriet är att säkerhetsställa patienternas hälsa anses av Arbetsdomstolen vara godtagbart, vilket utgör ett intresse som ges företräde framför eventuell rätt att avstå från att medverka vid eller utföra abort. På så sätt är detta krav både lämpligt, nödvändigt och har berättigat syfte. Vidare behöver inte kravet att barnmorskor ska utföra alla arbetsuppgifter innebära indirekt diskriminering, även om det missgynnar en viss religiös grupp, eftersom intresset av effektiv tillgång till abort prioriteras. Utifrån diskrimineringslagen och barnmorskefallet kan det utläsas att arbetsledningsrätten har företräde i situationer när barnmorskor inte vill utföra eller medverka under abort på grund av religiösa skäl. Det är dock nämnvärt att det inte utesluter att arbetsgivaren bör organisera

verksamheten utefter arbetstagarens önskan i största möjliga mån.

6.3.3 Patientens rätt till vård

Utifrån denna uppsats konstateras arbetstagarens önskan att agera i linje med sin religion kan begränsas eftersom garanterad patientsäkerhet och god vård har företräde i många fall.

Regleringen av detta är lagstadgat i bland annat hälso- och sjukvårdslagen, patientlagen, patientsäkerhetslagen och abortlagen. Både patientlagen samt hälso- och sjukvårdslagen innehåller eftersträvansvärda mål och bestämmelser för hälso- och sjukvården. Även om bestämmelserna som nämns i avsnitt 3.4 utgör en framtida målbild och riktlinjer som bör följas, medför de inte att vårdenheterna i Sverige tvingas att omorganiseras för att uppnå dessa mål. Fastän det inte medför någon rättslig prövning om en god hälsa och vård på lika villkor för hela befolkningen inte uppfylls, har målet betydelse i uppsatsens undersökning. Detta eftersom det tydliggör att dessa principer bör präglade både hur hälso- och sjukvården organiseras och hur personalen agerar. Ett exempel på detta är att en abortsökande kvinna bör få lika god vård på lika villkor som vilken annan vårdsökande patient. I patientlagen tydliggörs även att de vårdsökande ska få den vård som behövs, och utnyttja vårdens alla tjänster oavsett om orsaken till att patienten söker vård är abort eller inte. Att en abortsökande patient bemöts med empati och förståelse av personalen på vårdenheten är dessutom betydelsefullt, eftersom det som tidigare nämnt är ett känsloladdat och omdebatterat ämne.

Utifrån dessa bestämmelser utläses att rätten till en effektiv abort har företräde framför rätten att avstå från att medverka vid eller utföra abort som barnmorska. Detta behöver dock inte betyda att barnmorskorna aldrig har rätt till att avstå från att medverka vid eller utföra abort, bara att patienter ska kunna utnyttja tjänsten abort och få den vård de är i behov av. Även i förarbetena till abortlagen samt Socialstyrelsens råd och anvisningar gällande tidiga abortingrepp preciseras ett liknande tillvägagångssätt. Däremot lägger förarbetena till abortlagen större vikt vid att personal som inte är villiga att utföra abort inte borde anställas, medan Socialstyrelsens råd och anvisningar rörande tidiga abortingrepp i stället betonar personalens rätt att inte behöva utföra abort, om det finns möjlig och lämplig möjlighet till omorganisering.

6.4 Sammanfattande överblick av analysen

I Sverige, i likhet med övriga länder som har förbundit sig att följa EKMR, är religionsfriheten en grundläggande rättighet som är svår att inskränka. Rättigheten bidrar till ett öppet och jämlikt samhälle där diskriminering samt uteslutning av grupper är en brottslig gärning. Att en barnmorska inte tillåts avstå från eller medverka vid abort på grund av samvets- och religiösa skäl, kan resultera i att dessa särskilda grupper utesluts från sitt yrke som de egentligen har rätt till. Det kan dock konstateras att den liberala aborträtten, den patientfokuserade lagstiftningen och arbetsledningsrätten är faktorer som gör proportionalitetsbedömningen av de motstående intressena i frågan mer balanserad. Svensk praxis har visat att vikten att upprätthålla en hög patientsäkerhet och tillgång till abortvård bedöms som något överordnat barnmorskans rätt att få agera i enlighet med sitt samvete eller religion. Det ska dock understrykas att det inte ska ses som en självklarhet, utan något som beror på kontexten och arbetsgivarens möjligheter att tillgodose barnmorskans önskemål. Sverige har ingen samvetsklausul och ingen lagstadgad rätt till vårdvägran, men det kan vara möjligt att tillgodose önskemål om en omfördelning av arbetsuppgifter inte påverkar kvaliteten eller tillgången till abortvård. Däremot är det även diskuterbart hur det ibland hamnar i skymundan att betona den abortsökande patientens utsatthet när hen söker vård för abort. Att vid ett sådant känsligt skede eventuellt bemötas av eller veta om att det finns personal på avdelningen som inte accepterar ens val, även om en omfördelning kan ske på ett smidigt sätt, kan påverka patienten psykiskt. Konsekvenser kan bli att patienten inte känner sig väl bemött eller anser sig bli professionellt behandlad. Patienten kan även förlora sin tillit för vården i andra avseenden. Att de abortsökande patienterna är i stort behov av hjälp och även är beroende av barnmorskornas arbete, utgör att de befinner sig i en uppenbar utsatt situation. Detta kan kopplas till i vilken utsträckning konsekvensen av att prioritera barnmorskors religionsfrihet eventuellt påverkar andra människors intressen, och dess vikt i intresseavvägningen mellan religionsfriheten och dess motstående intressen som beskrivs i avsnitt 6.3.

Det är nämnvärt att reflektera kring hur fördelningen av psykiskt påfrestande uppgifter mellan barnmorskorna skulle påverkas av en organisatorisk lösning, som har syftet att tillgodose barnmorskornas religionsfrihet. Om arbetsgivare vill säkerhetsställa att fördelningen är jämn, kan de på ett sätt göra detta genom att inte tillåta barnmorskor att vägra utföra eller medverka vid abort. Om det däremot ligger i arbetsgivarens intresse att även uppfylla arbetstagarnas religionsfrihet, kan detta förslagsvis göras genom att tilldela andra psykiskt påfrestande

arbetsuppgifter till barnmorskorna som inte vill utföra eller medverka vid abort. För att detta skulle vara en möjlig lösning, förutsätts det däremot att detta inte medför längre väntetid, sämre vård eller försämrat bedrivande av verksamheten som påverkar patienterna.

Syftet med uppsatsen var inte att undersöka *de lege ferenda*, hur lagen bör utformas, utan *de lege lata*, hur lagstiftningen faktiskt är. Det är dock av intresse att fundera över om tillgången till abort faktiskt påverkas negativt i länder med lagstadgad samvetsklausul, vilket exemplifieras genom situationen i Italien och Europadomstolens praxis gällande Polen. I avsnitt 5.2 nämndes även att samtliga barnmorskor på ett norskt sjukhus vägrat utföra eller medverka vid aborter, vilket även tyder på att en lagstadgad samvetsklausul kan försämra tillgången till abort. Däremot skickades kvinnorna vidare till annan abortverksamhet, som varken försämrade eller försenade abortprocessen. Det kan dock inte uteslutas att om barnmorskor avstår från att utföra eller medverka vid abort, skulle det kunna leda till bland annat längre vårdköer eller att den abortsökande patienten måste vända sig till en annan vårdverksamhet. Det kan i sin tur leda till att aborten fördröjs, vilket blir mer påfrestande för den gravida patienten och kan äventyra hälsan, eller leda till att tidsgränsen för att få utföra abort passeras.

Det kan därmed konstateras att en barnmorskans rätt att inte medverka vid eller utföra abort inte omedelbart medför en sämre tillgång till abort. Beroende på sakomständigheterna, som bland annat storleken på vårdverksamheten och bemanningen av personal, kan dock tillgängligheten påverkas. En organisatorisk lösning kan utgöra ett alternativ för att lösa konflikten som uppstår mellan barnmorskans rätt att utöva religion- och samvetsfrihet i sin yrkesroll samt arbetsgivarens arbetsledningsrätt och rätten till god vård. Däremot kan vägran att medverka vid eller utföra abort inte utgöra en generell och ovillkorlig rättighet utifrån vare sig europeisk eller svensk rätt.

Referenslista

Offentligt tryck

Sverige

Socialstyrelsens cirkulär (MF 1972:59) med råd och anvisningar rörande tidiga abortingrepp.

Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2000:1) om läkemedelshantering i hälso- och sjukvården.

Socialstyrelsens föreskrifter om abort (SOSFS 2009:15).

SOU 1994:84

SOU 2005:90

Proposition 1974:70

Proposition 2002/03:65

Norge

Forskrift om svangerskapsavbrudd, 2001.

Lov nr 50, 1975. *Lov om svangerskapsavbrudd.*

Avgöranden

Europadomstolen

Mål 24617/04 R.R mot Polen

Mål 48420/10 Eweida m.fl. mot Storbritannien

Mål 49853/99, Pichon och Sajous mot Frankrike

Mål 5410/03, Tysiac mot Polen

Mål 7511/76; 7743/76 Campbell och Cosans mot Storbritannien

Arbetsdomstolen

AD 2005 nr 21

AD 2010 nr 91

AD 2010 nr 96

AD 2017 nr 23

Internationella regelverk

ESK-kommitténs allmänna kommentar, nr 14. Rätten att åtnjuta bästa möjliga hälsa. 2000.

Europeiska kommittén för sociala rättigheter, kollektivt klagomål nr 87/2012. *IPPF EN mot Italien*. 2013.

Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (SÖ 1971:41). 1966 (undertecknad av Sverige 1967).

PACE Resolution, 1763, *The right to conscientious objection in lawful medical care*.

Den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, 1950.

Litteratur

Aldén, Mats. *Samvete och samvetsfrihet - En analys av samvetskonflikter i det svenska samhället och av begreppen samvete och samvetsfrihet*. Lunds universitet: Lund, 2002.

Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Upplaga 5. Stockholm: Norstedts juridik, 2015.

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: en kommentar*. Stockholm: Norstedts juridik, 2015.

Göransson, Gabnius. Håkan & Del Sante, Naiti. *Diskrimineringslagen: en lärobok*. Stockholm: Författarna och Norstedts Juridik AB, 2018.

Johansson, Lars-Åke. *Patientlagen: en kommentar*. Upplaga 2. Stockholm: Författaren och Norstedts Juridik, 2020.

Johnsson, Lars-Åke. *Patientsäkerhetslagen: en kommentar*. Stockholm: Författaren och Norstedts Juridik, 2020.

Lehrberg, Bert. 2010. *Praktisk juridisk metod*. Upplaga 13. Uppsala: Iusté Aktiebolag, 2021.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*. Upplaga. Lund: Författarna och Studentlitteratur, 2018.

Rönmar, Mia. *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*. Lund: Juristförlaget i Lund, 2004.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Upplaga 5. Stockholm: Författarna och Norstedts Juridik AB, 2021.

Samuelsson, Joel & Melander, Jan. *Tolkning och tillämpning*. Upplaga 2. Uppsala: Författarna och Iustus förlag AB, 2010.

Zillén, Kavot. *Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård*. Uppsala universitet: Uppsala, 2016.

Tidskrifter

Fahlbeck, Reinhold. "Religionsfrihet och mänskliga rättigheter". Stockholms universitet: Juridisk tidskrift, 2014.

Internetkällor

Council of Europe. The margin of appreciation.

https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp. (hämtad 2021-11-18).

Svenska Barnmorskeförbundet. 2019. Kompetensbeskrivning för legitimerad barnmorska (version 2.0). <https://storage.googleapis.com/barnmorskeforbundet-se/uploads/2020/04/Kompetensbeskrivning-for-legitimerad-barnmorska.pdf> (hämtad 2021-11-18).

SVT. 2021. Europadomstolen nekar barnmorskan Grimmark resning.

<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/jonkoping/europadomstolen-nobbar-barnmorskan-grimmark-igen> (hämtad 2021-12-04).

Utrikesdepartementet. 2020. POLEN – Mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatens principer: situationen per den 31 december 2020.

<https://www.regeringen.se/49d8ef/contentassets/8a4dc5e987104fe6bbe6783fe907dd77/polen-manskliga-rattigheter-demokrati-och-rattsstatens-principer-2020.pdf> (hämtad 2021-11-27).