



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Axel Mattsson

Diskrimineringskyddet för vårdpersonal i svensk rätt

- Hur effektiv är den egentligen?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Richard Croneberg

Termin: Hötterminen 2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Avgränsningar	5
1.3 Metod och material.....	6
1.4 Disposition	7
2 DEN SVENSKA DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNINGEN	8
2.1 Bakgrund.....	8
2.1.1 EU-rätt	8
2.1.2 Internationella konventioner	9
2.1.3 Regeringsformen.....	10
2.2 Diskrimineringslagen.....	11
2.2.1 Lagens syfte.....	11
2.2.2 Diskrimineringsgrunderna.....	12
2.2.3 Direkt och indirekt diskriminering.....	12
3 VÅRDPERSONALENS DISKRIMINERINGSSKYDD	15
3.1 Diskrimineringskydd mot arbetsgivare	15
3.2 Diskrimineringskydd mot patienter.....	17
3.2.1 Diskrimineringslagens tillämplighet	17
3.2.2 Andra diskrimineringskydd utöver diskrimineringslagens reglering	17
3.2.3 Ökat fokus mot en personcentrerad vård inom hälso- och sjukvården	
19	
4 PROBLEMSKAPADE FALL	22
4.1 Enkel hälsoundersökning	22
4.1.1 Direkt diskriminering	22
4.1.2 Indirekt diskriminering	24

4.2 Akut vårdssituation	25
4.2.1 Direkt diskriminering	25
4.2.2 Indirekt diskriminering	27
5 SLUTSATSER	29
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31

Summary

For many workers in Sweden, the risk of discrimination is part of everyday life. Comprehensive and effective discrimination legislation is therefore a decisive instrument for reducing discrimination in working life and increasing employee security.

The Discrimination Act (2008:567) prohibits discrimination in various areas of society in Sweden. The law is applicable to working life and largely regulates the relationship between employee and employer. Employers' prohibition of discrimination is stipulated in Chapter 2, 1 § Discrimination Act and prohibits unfavourable actions that are connected to at least one of the law's grounds for discrimination. This means that discriminatory treatment of persons with, for example, a certain gender, ethnicity or disability is not permitted for employers. The prohibition applies to both direct and indirect discrimination.

In the social debate, attention has recently been drawn to the fact that personnel in the health and medical care have been exposed to unfavourable treatment from patients. While the Discrimination Act protects healthcare staff against discriminatory employers, there is little regulation that protects staff against treating patients differently. It can therefore be questioned whether the Swedish discrimination legislation is effective enough to satisfy stakeholders worthy of protection with effective discrimination protection. At the same time, conflicts of interest can arise which involve difficult balancing of interests that must be considered. Patients' rights to self-determination and the right to good care are such interests.

In the essay, the healthcare staff's national discrimination protection against both employers and patients are investigated. Furthermore, applicable law is concretized and analysed using constructed cases based on judgments from the Labor Court, which are also reported on. Finally, several conclusions are presented based on what was presented in the essay.

Sammanfattning

För många arbetstagare i Sverige är risken för diskriminering en del av vardagen. Ett heltäckande och effektivt diskrimineringslagstiftning utgör därför ett avgörande instrument för att minska diskriminering i arbetslivet och öka arbetstagares trygghet.

Diskrimineringslagen (2008:567) förbjuder diskriminering inom olika samhällsområden i Sverige. Lagen är tillämplig för arbetslivet och reglerar i stor omfattning relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare. Arbetsgivares diskrimineringsförbud stadgas i 2 kap. 1 § DL och förbjuder missgynnande handlingar som har koppling till minst en av lagens diskrimineringsgrunder. Detta innebär att särbehandling av personer med exempelvis visst kön, etnicitet eller funktionshinder är otillåten för arbetsgivare. Förbudet gäller för såväl direkt som indirekt diskriminering.

I samhällsdebatten har på sistone uppmärksammats att personal inom hälso- och sjukvården utsatts för kränkande särbehandling från patienter. Medan diskrimineringslagen skyddar vårdpersonal mot diskriminerande arbetsgivare, finns det föga reglering som skyddar personal mot särbehandlande patienter. Det kan därför ifrågasättas om den svenska diskrimineringslagstiftningen är tillräckligt effektiv för att tillgodose skyddsvärda intressenter med ett effektivt diskrimineringskydd. Samtidigt kan intressekonflikter uppstå som innebär svåra intresseavvägningar som måste beaktas. Patienters rättigheter till självbestämmanderätt och rätten till god vård är sådana intressen.

I uppsatsen utreds vårdpersonalens nationella diskrimineringskydd gentemot såväl arbetsgivare som patienter. Vidare konkretiseras och analyseras gällande rätt med hjälp av konstruerade fall baserade på domar från Arbetsdomstolen, vilka även redogörs för. Slutligen presenteras ett antal slutsatser baserat på vad som presenterats under uppsatsens gång.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
DN	Dagens Nyheter
DL	Diskrimineringslagen (2008:567)
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssättsätt
FN	Förenta Nationerna
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen (2017:30)
ILO	Internationella arbetsorganisationen
PSL	Patientsäkerhetslagen (2010:659)
RF	Regeringsformen (1974:152)

1 Inledning

Ett granskande reportage i Dagens Nyheter från 2021 avslöjade uppgifter om att tandläkarkliniker och vårdcentraler i samtliga regioner i Sverige tillåtit vissa patienter att välja vårdpersonal utifrån deras etniska ursprung.¹ Granskningen bestod av att tandläkarkliniker och vårdcentraler blev uppringda av reportrar som uppgav sig söka vård. När reportrarna framförde önskemål om att bli tilldelade personal med svenskt ursprung, fick de svar som bland annat följande.

Jag kan skriva upp dig på en svensk tandläkare, det är helt okej. Vi har ju i alla fall två ljusa, uppgav en folktandvårdsklinik i mellersta Skåne. På en klinik i Kronoberg svarade personalen med: Jag har Stina som är svensk. Moa är uppväxt här men adopterad. Så om du vill kan vi boka dig på Stina. Eller bara skriva in här att du bara vill träffa svenska tandläkare.

Det är rimligt att anta att situationen vid de uppmärksammade klinikerna inte är unika, och att motsvarande svar alltså hade kunnat erhållas av många andra kliniker i Sverige. För denna typ av situation för hälso- och sjukvårdspersonal uppkommer frågor såsom hur långt personalens skydd för diskriminering på arbetsplatsen sträcker sig enligt svensk rätt idag och om den är tillräcklig för att motverka situationer såsom de som DN uppmärksammade i sitt reportage.

Reportaget belyser alltså frågor om i vilken utsträckning som arbetstagare är skyddade mot särbehandling av tredje man. Med detta arbete vill jag därför utreda arbetstagarens diskrimineringskydd i relation till både arbetsgivare och tredje man. Eftersom jag har ett stort intresse för hälso- och sjukvården

¹ Dagens Nyheter (2021), ”Patienter tillåts välja läkare med enbart svenskt ursprung – över hela landet.”

förefall det naturligt att centrera uppsatsen kring vårdpersonal, med särskilt fokus på relationen till patienter.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda det svenska diskrimineringskyddet för hälso- och sjukvårdspersonal. För att få en heltäckande bild kommer arbetet inte endast att utreda vårdpersonalens skydd i förhållande till arbetsgivare, utan även skyddet i relation till patienter. Uppsatsen tar alltså sin utgångspunkt i dessa två relationer.

För att uppnå detta syfte har arbetet utgått från följande frågeställningar:

- I vilken utsträckning skyddas vårdpersonal mot diskriminering i relation till arbetsgivare respektive patienter?
- I vilken utsträckning finns det behov av ett utökat diskrimineringskydd för vårdpersonal i relation till patienter?

1.2 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar ett område som är såväl omfattande som dynamiskt, varför jag har satt specifika avgränsningar rörande vad arbetet kommer behandla. Dessa avgränsningar kommer nu att presenteras.

För det första har uppsatsens utgångspunkt varit att utreda det svenska diskrimineringskyddet enligt gällande rätt. Det innebär att jag inte har undersökt den internationella diskrimineringsrätten i vidare mån än vad som behövs för att förstå den svenska diskrimineringsrättens bakgrund. *För det andra* har jag av utrymmesskäl valt att begränsa arbetet till diskrimineringsformerna direkt respektive indirekt diskriminering i 1 kap 4 § diskrimineringslagen.

Eftersom uppsatsen utreder diskriminering i arbetslivet har jag *för det tredje* valt att utreda diskrimineringsförbudet i 2 kap 1 § DL vad gäller relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Inom ramen för förbudet har

personkretsen ”arbetstagare” och ”arbetssökande” utretts, eftersom uppsatsens frågeställningar berör vårdpersonal i deras dagliga arbete.

För det fjärde – vad gäller utredning av särbehandlande – har jag fokuserat arbetet på situationer där vårdpersonal väljs bort på grunder som motsvarar diskrimineringslagens diskrimineringsgrunder. Vidare ska begreppet diskrimineringskydd i detta arbete förstås utifrån den innebörd som det har i diskrimineringslagen, där särskilt möjligheten till diskrimineringsersättning är av betydelse.

1.3 Metod och material

Denna uppsats avser att fastställa gällande rätt inom ramen för uppsatsens ämne, och i de fall den visar sig vara problematisk, bidra med argument till varför gällande rätt bör ändras. För att uppnå detta syfte används den rättsdogmatiska metoden. Vad gäller rättsdogmatikens definition kan metodens huvudsakliga uppgift beskrivas vara att med stöd av lagstiftning, förarbeten och praxis fastställa *de lege lata*.² Den traditionella rättsdogmatiken riskerar dock att arbetet blir alltför inskränkt och deskriptivt. Den rättsdogmatiska synen på rätten innebär dessutom att den gällande rätten ska tillämpas som den är, oavsett om resultatet blir etiskt korrekt eller inte.³

Dagens rättsvetenskapliga praktik tycks dock ägna sig även åt analys också av andra än de traditionella rättskällorna.⁴ Det har framförts argument om att det vid tillämpning av rättsdogmatiken inte finns några principiella hinder mot att gå utanför gällande rätt. Enligt Jareborg avser vetenskaplig verksamhet att finna nya svar och lösningar.⁵ Det har vidare hävdats att en kritisk granskning av rättsläget ingår i tillämpningen av rättsdogmatiken.⁶ Genom att anlägga ett externt perspektiv har man enligt Olsen dessutom

² Jareborg, SvJT 2004 s. 8 och Olsen, SvJT 2004 s. 122.

³ Olsen, SvJT 2004 s. 116.

⁴ Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, s. 648 ff.

⁵ Jareborg, SvJT 2004, s. 4.

⁶ Kleinman, Rättsdogmatisk metod, s. 39.

utökade möjligheter att bedriva diskutera och analysera utifrån *de lege ferenda*.⁷

Vad gäller val av material har jag utifrån ovan resonemang utöver de traditionella rättskällorna även en statlig utredning och myndighetsrapporter med mera.

Vidare presenteras i uppsatsen fyra konstruerade fall där vårdpersonal på olika sätt särbehandlas av patienter. Dessa fall är inspirerade av domar från Arbetsdomstolen där arbetstagare exkluderas – till exempel genom att inte erbjudas anställning – till följd av deras etnicitet, religiösa tro eller annan diskrimineringsgrund.

1.4 Disposition

Uppsatsens olika delar återspeglas i dispositionen. Jag inleder mitt arbete med en redogörelse för bakgrunden till den svenska diskrimineringslagstiftningen i kapitel 2. Här redovisar jag centrala delar av EU-rätten, internationella konventioner, regeringsformen samt den svenska diskrimineringslagen.

I kapitel 3 behandlas det svenska diskrimineringskyddet i förhållande till dels arbetsgivaren, där diskrimineringslagen är det centrala regelverket, dels patienter, där olika regelverk undersöks. Kapitlet avslutas med en redogörelse för relevanta rättigheter som patient.

I kapitel 4 går jag sedan vidare med att presentera fyra fall inom vården, där vårdpersonal särbehandlas av en patient. Fallen är baserade på utvalda domar från Arbetsdomstolen där direkt och indirekt diskriminering prövas.

Jag avslutar mitt arbete med en analys i kapitel 5, där jag besvarar mina frågeställningar och diskuterar möjliga förslag till ett förstärkt diskrimineringskydd.

⁷ Olsen, SvJT 2004 s. 122.

2 Den svenska diskrimineringslagstiftning en

I detta kapitel presenteras dels bakgrunden till den svenska diskrimineringslagstiftningen ur ett internationellt och svenskt perspektiv, dels diskrimineringslagen med särskilt fokus på direkt och indirekt diskriminering inom arbetslivet.

2.1 Bakgrund

2.1.1 EU-rätt

Den svenska utbredningen av diskrimineringslagstiftning hänger starkt samman med EU-rättens utveckling. Framför allt återspeglar den svenska diskrimineringslagstiftningen flera tvingande regler i FEU, FEUF⁸ och EU-direktiv.⁹ Till exempel framgår det av artikel 2 i FEU att medlemsstaters samhällen ska kännetecknas av icke-diskriminering, tolerans och principen om jämställdhet. Enligt artikel 18 FEUF ska all nationell diskriminering vara förbjuden. Diskrimineringsförbuden i den svenska diskrimineringslagen har sin huvudsakliga grund i artikel 19 FEUF, enligt vilken rådet kan vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

Vidare har Sverige genomfört ett flertal likabehandlingsdirektiv med syfte att minska diskriminering inom EU-staterna. Det rör sig särskilt bland annat om direktiv 2006/54 avseende likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet,

⁸ Fördraget om Europeiska Unionen och Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssättsätt.

⁹ Fransson och Stüber, Diskrimineringslag (2008:567), kommentaren till ”EU-rättens utveckling”, Nordstedts Juridik (JUNO).

direktiv 2000/78 avseende likabehandling i arbetslivet av personer oavsett religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, och direktiv 2000/43 om likabehandling av personer oavsett etnisk tillhörighet. Av artikel 21 i EU-stadgan framgår vidare att all diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, religion, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden.

2.1.2 Internationella konventioner

Utöver de åtaganden som följer av EU-rätten har Sverige förbundit sig till ett flertal internationella åtaganden med syfte att motarbeta diskriminering.¹⁰ Ett av de mest betydelsefulla åtaganden är FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, inom vilken diskriminering förbjuds i artikel 2. Förklaringen är visserligen inte bindande, däremot är bland annat artikel 2 en del av internationell sedvanerätt.¹¹ År 1971 ratificerade Sverige 1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, enligt vilken framgår att stater ska vidta nödvändiga åtgärder för att tillförsäkra envar effektivt skydd mot varje åtskillnad på grund av bland annat ras, hudfärg, kön och religion.¹²

Samma år ratificerade Sverige 1965 års FN-deklaration om avskaffande av alla former av rasdiskriminering. Enligt artikel 2.2 i deklarationen ska konventionsstaterna vidta särskilda och konkreta åtgärder för att säkerställa ett tillfredsställande skydd för vissa rasgrupper och enskilda personer som tillhör dessa grupper för att garantera dem fullt och lika åtnjutande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter. Ytterligare åtaganden är bland annat 1979 års FN-konvention om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor, 1989 års FN-konvention om barnets rättigheter och 2006 års FN-konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

¹⁰ Swanstein och Henrikz (2022), s. 200.

¹¹ Fransson och Stüber, Diskrimineringslagen (2008:567), kommentaren till rubriken ”Internationella konventioner om diskriminering”, Nordstedts Juridik (JUNO).

¹² Artikel 2 i 1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter.

Vidare har Sverige antagit ett flertal arbetsrättsliga konventioner. Dessa konventioner är utfärdade av Internationella arbetsorganisationen, ILO, vilket är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetetslivsfrågor. Gemensamt för dessa konventioner är att de förpliktar konventionsstater att genom olika medel säkerställa likabehandling och motverka diskriminering på arbetsplatsen. Några exempel är ILO-konventionen nr 100 angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde, ILO-konventionen nr 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning samt ILO-konventionen nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ.

2.1.3 Regeringsformen

Principen om icke-diskriminering utgör en grundsten i den svenska rättsordningen och återfinns bland annat i regeringsformen (1974:152).¹³ I regeringsformens 1 kap. 2 § stadgas att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet. Enligt paragrafens femte stycke ska det allmänna motverka diskriminering på grund av bland annat kön, hudfärg, tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning och ålder. Målsättningsbestämmelsen ger uttryck för vissa särskilt centrala mål för den samhällseliga verksamheten. Bestämmelsen är emellertid inte juridiskt bindande och innebär inte några faktiska rättigheter för medborgare.¹⁴ Bestämmelsen åberopas inte heller enskilt i domstol, utan får istället betydelse för tolkning av andra rättsregler som berör diskriminering.¹⁵

Vidare framgår av 2 kap. 12 § RF att lagar eller föreskrifter inte får missgynna medborgare därför att han eller hon tillhör en minoritet med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning. I 13 § samma kapitel stadgas dock möjligheten till positiv

¹³ Swanstein och Henrikz (2022), s. 203.

¹⁴ Hirschfeldt, Regeringsformen (1974:152) 1 kap. 2 §, Karnov (JUNO).

¹⁵ Swanstein och Henrikz (2022), s. 204.

särbehandling, om syftet är att eftersträva jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.

2.2 Diskrimineringslagen

2.2.1 Lagens syfte

Enligt *Svenska ordboken* innebär diskriminering att ”behandla olika, göra åtskillnad, missgynna, förfördela, särskilja, särbehandling, orättvis behandling, missgynnande, åtskillnad”. Att uppleva sig diskriminerad och att betraktas som diskriminerad i lagens mening är emellertid skilda saker. För att ett fall av särbehandlande ska anses vara juridisk diskriminering krävs det att ett flertal ytterligare omständigheter och faktorer är uppfyllda i anslutning till själva särbehandlandet.¹⁶

Den 1 januari 2009 trädde diskrimineringslagen (2008:567) i kraft och ersatte sju tidigare lagar som förbjöd diskriminering inom olika samhällsområden.¹⁷ Syftet med diskrimineringslagen är att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter. Detta syfte sätts i relation till sju diskrimineringsgrunder: kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.¹⁸ Den avsedda verkan är att värna principen om alla människors lika värde samt rätten att bli behandlad som individ på lika villkor.¹⁹ I funktionellt hänseende fungerar ett fastställande av syftet som en upplysning om lagens kärna, men även som en ledning vid tolkning av lagens diskrimineringsförbud och undantag.²⁰

¹⁶ Swanstein och Henrikz (2022), s. 25.

¹⁷ Till exempel jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

¹⁸ Se 1 kap. 1 § DL.

¹⁹ Prop. 2007/2008:95 s. 79.

²⁰ Fransson och Stüber, Diskrimineringslagen (2008:567), kommentaren till 1 kap. 1 §, Nordstedts Juridik (JUNO).

2.2.2 Diskrimineringsgrunderna

Diskrimineringsgrunderna anges i 1 kap. 1 § och definieras 1 kap. 5 § DL: kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. Dessa grunder har en funktionell betydelse genom att de avgör om en person skyddas av lagens bestämmelser om diskrimineringsförbud. Grunderna fungerar således som en definition av lagens personkrets. Listan är uttömmande och innebär därmed även en tydlig avgränsning i den mening att ett missgynnande på annan grund än de uppräknade inte omfattas av lagen. Vidare omfattas enbart fysiska individer av diskrimineringslagens skyddsbestämmelser, vilket exkluderar alla juridiska personer.²¹

Eftersom uppsatsens arbete utreder vårdpersonalens övergripande diskrimineringskydd gentemot arbetsgivare och patienter kommer uppsatsen inte att undersöka de nämnda grunderna djupare.

2.2.3 Direkt och indirekt diskriminering

Diskriminering kan ta sig i uttryck genom sex former: direkt- och indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera. Följande är en redogörelse för innebörden av direkt och indirekt diskriminering.

Direkt diskriminering härrör från EU-rätten och definieras bland annat i artikel 2 direktivet mot etnisk diskriminering.²² Diskrimineringsformen innebär att en person missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Till detta erfordras ett samband med ett eller flera av diskrimineringsgrunderna.²³ Definitionen består således av tre objektiva rekvisit: missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband. Däremot

²¹ Fransson och Stüber, *Diskrimineringslagen* (2008:567), kommentaren till 1 kap. 5 §, Nordstedts Juridik (JUNO).

²² Direktiv 2000/43/EG om principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniskt ursprung.

²³ Se 1 kap. 5 § DL.

förutsätts inte uppsåt, oaktsamhet eller andra subjektiva rekvisit för tillämpning av diskrimineringsformen.

Ett tydligt exempel på direkt diskriminering är AD 2010 nr 91. I målet hade en 62-årig kvinna sökt två tjänster vid Arbetsförmedlingen. Hon kallades inte till intervju och tjänsterna tillsattes med två yngre kvinnor. Arbetsdomstolen konstaterade att kvinnan mycket väl uppfyllde den kravprofil som angavs för arbetet och hon var bättre meriterad än flera av som kallades till intervju. Vidare fann domstolen att staten inte visat att det saknades ett samband mellan beslutet att inte kalla kvinnan till intervju och hennes kön eller ålder. Inte heller lyckades staten visa att ett samband inte fanns mellan beslutet att inte erbjuda henne anställning och hennes ålder. Staten hade därför utsatt kvinnan för dels köns- och åldersdiskriminering genom att hon inte kallades till intervju, dels åldersdiskriminering genom att hon inte erbjöds sökta anställningar.

Indirekt diskriminering innebär 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 som skyddas av ett eller flera diskrimineringsgrunder.²⁴ Rekvisiten missgynnande och jämförelse innebär även ett krav på att det ska finnas ett orsakssamband med ett eller flera diskrimineringsgrunder.²⁵ Till skillnad från direkt diskriminering innehåller indirekt diskriminering en inbyggd intresseavvägning. Om den till synes neutrala bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet föreligger inte indirekt diskriminering.²⁶ Diskrimineringsformen innebär således tre objektiva rekvisit: särskilt missgynnande, jämförelse och intresseavvägning.

²⁴ Se 1 kap. 1 § DL.

²⁵ Fransson och Stüber, *Diskrimineringslagen (2008:567)*, kommentaren till 1 kap. 5 §, Nordstedts Juridik (JUNO).

²⁶ Se 1 kap. 4 § DL.

Få fall av indirekt diskriminering har prövats av Arbetsdomstolen.²⁷ Ett klagörande exempel är dock AD 2005 nr 87. I målet hade en arbetsgivare tillämpat ett krav på en kroppslängd om minst 163 cm för att erbjudas anställning. Till synes var denna policy neutral och motiverades med objektiva faktorer med hänvisning till belastningsskador, utan samband med kön. När en kvinna nekades anställning då hon inte uppfyllde längdkravet uppkom frågan om kvinnan blivit indirekt diskriminerad av arbetsgivaren. Arbetsdomstolen fann att kriteriet särskilt drabbade kvinnor och att hon blivit missgynnad på grund av sitt kön. Vidare ansåg domstolen att längdkravet inte var nödvändigt och lämpligt för att undvika belastningsskador. Genom att tillämpa längdkravet hade arbetsgivaren därigenom gjort sig skyldigt till indirekt könsdiskriminering.²⁸

²⁷ En granskning av Arbetsdomstolens arkiverade domar (<https://www.arbetsdomstolen.se/sv/meddelade-domar/arkiverade-domar/>).

²⁸ Se även bland annat AD 2002 nr 128, AD 2014 nr 19, AD 2017 nr 23, AD 2017 nr 65, AD 2018 nr 51 och AD 2022 nr 34.

3 Vårdpersonalens diskrimineringskydd

I detta kapitel klargörs vårdpersonalens diskrimineringskydd i relation till arbetsgivare respektive patient. Dessa relationer är som nämnts tidigare i fokus för denna uppsats. Därutöver utreds patienters rättigheter inom hälso- och sjukvården vad gäller möjligheter att som patient påverka sin egen vård.

3.1 Diskrimineringskydd gentemot arbetsgivare

I diskrimineringslagens andra kapitel återfinns lagens diskrimineringsförbud. Dessa förbud är kategoriserade utifrån olika samhällsområden, bland annat arbetsliv, utbildning och socialtjänst. Förbuden är olika utformade och reglerar olika delar inom respektive samhällsområde. Det relevanta samhällsområdet i denna uppsats är arbetslivet.

I 2 kap. 1 § DL stadgas diskrimineringsförbudet för arbetsgivare. Diskrimineringsförbudet omfattar arbetsgivares handlande mot bland annat arbetstagare och arbetssökande. Diskrimineringsförbudet tillämpas således inte i vissa särskilda situationer som i de äldre lagarna, utan istället i vissa relationer.²⁹ Arbetsgivare som utsätter personal eller arbetssökande för diskriminering ska utge diskrimineringsersättning till skadelidande, enligt 5 kap. 1 §. Lagen är dessutom tvingande, vilket innebär att arbetsgivare inte kan avtala bort diskrimineringsförbudet eller möjlighet till diskrimineringsersättning.

Diskrimineringsförbudets tillämpning är inte undantagen hälso- och sjukvården och ska således tillämpas i relationen mellan vårdpersonal och arbetsgivare.³⁰ Till exempel har Arbetsdomstolen prövat om diskriminering förelegat när arbetsgivare vägrat vårdpersonal att bära särskilda klädesplagg,

²⁹ Persson Härneskog, Diskrimineringslagen (2008:567) 2 kap. 1 §, Karnov (JUNO).

³⁰ Selberg (2022), s. 93.

även om vårdpersonalen har haft religiösa skäl att vilja bära klädesplagget. Domstolen har även prövat om en arbetssökande barnmorska utsatts för diskriminering när hon inte erbjudits anställning då hon vägrat utföra abort av religiösa skäl.³¹ Eftersom hälso- och sjukvården innefattar medicinerättsliga och etiska hänsynstaganden kan diskrimineringslagens tillämpning inom vården innebära komplexa intresseavvägningar och frågeställningar. Det kan därför vara svårt att på förhand föreställa sig hur en domstol uppfattar de medicin- och etikrättsliga utgångspunkterna vid prövning av en arbetsgivares otillåtna särbehandling av vårdpersonal.³² Två belysande mål på denna problematik är AD 2017 nr 23 och AD 2017 nr 65, som behandlas i kapitel 4.

Arbetsgivares diskrimineringsförbud mot arbetstagare är emellertid inte undantagslös. Som framgår av 2 kap 2 § DL hindrar förbudet inte fyra utpekade handlanden, som lagstiftaren ansett utgöra legitima särbehandlande. Undantagen gäller enligt följande. I första punkten framgår att diskriminerande särbehandling vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran kan tillåtas. Undantaget förutsätter att handlandet föranleds av en egenskap som på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs utgörs av ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte. Yrkeskravet ska vidare vara lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet.

I andra punkten stadgas ett undantag som tillåter positiv särbehandling, under förutsättning att handlandet syftar till främjande av jämställdhet mellan kvinnor och män. Undantaget omfattar inte åtgärder avseende löne- eller andra anställningsvillkor. I tredje och fjärde punkten finns undantag till viss åldersdiskriminering. Det först avser åldersgränser för rätt till vissa förmåner i individuella avtal eller kollektivavtal. Det andra innehåller ett generellt undantag för särbehandling på grund av ålder. Detta generella undantag förutsätter dels ett berättigat syfte, dels att de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

³¹ AD 2017 nr 23 och nr 65. Fallen behandlas i kapitel 4.

³² Selberg (2022), s. 93–94.

3.2 Diskrimineringskydd gentemot patienter

3.2.1 Diskrimineringslagens tillämplighet

Som framgår ovan tillgodoser diskrimineringslagen ett rättsligt skydd för vårdpersonal från diskriminering av arbetsgivare. För vårdpersonal finns det dock ytterligare en relation att beakta – närmare bestämt den till patienten. Denna relation kan liksom relationen mellan vårdpersonal och arbetsgivare innebära en risk för särbehandling på grunder motsvarande de i 1 kap. 4 § DL.

Även om diskrimineringslagen syftar till att främja likabehandling och motverka icke-diskriminering, innehåller lagen inga förbud mot diskriminering som är tillämpligt i de fall tredje man särbehandlar en arbetstagare. Detta oavsett hur kränkande och grovt särbehandlandet är. Om vårdpersonal särbehandlas av en patient är det således inte fråga om diskriminering i lagens mening.³³ Däremot innehåller diskrimineringslagens tredje kapitel skyldigheter för arbetsgivare om aktiva åtgärder. Dessa skyldigheter innebär att arbetsgivare inom olika samhällsområden – däribland arbetslivet – ska förebygga och främja arbete mot diskriminering och på annat sätt verka för lika rättigheter och möjligheter.³⁴ Det framgår dock varken av bestämmelsernas ordalydelse eller lagens förarbeten huruvida handlingar mot arbetstagare från tredje man omfattas.

3.2.2 Andra diskrimineringskydd utöver diskrimineringslagens reglering

Som framgått ovan ger diskrimineringslagen inte ett heltäckande skydd mot diskriminering för vårdpersonal i relation till patienter. Det finns därför skäl att fästa avseende vid ytterligare regelverk som kan bli aktuella i de fall patienter särbehandlar vårdpersonal.

³³ Selberg (2022), s. 97.

³⁴ Se 3 kap. 1–14 §§ DL.

Ett sådant relevant regelverk är arbetsmiljölagstiftningen. Arbetsmiljölagen (1977:1160) är en ramlag som innehåller grundläggande bestämmelser om arbetsmiljön och kompletteras med ett stort antal föreskrifter. Enligt 1 kap. 1 § AML är lagens ändamål att förebygga ohälsa och olycksfall och i övrigt uppnå en god arbetsmiljö. Lagen gäller varje verksamhet i vilket arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning.³⁵ Lagens andra kapitel innehåller allmänt beskrivna och grundläggande krav på arbetsmiljön. Det handlar bland annat om krav på tillfredsställande arbetsmiljö med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utvecklingen i samhället, såväl som att arbetet ska planläggas och anordnas så att den utförs i en säker miljö.³⁶

Vidare innehåller tredje kapitlet bestämmelser om ansvar för arbetsmiljön. Det huvudsakliga ansvaret för arbetsmiljön ligger på arbetsgivaren.³⁷ Enligt 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen ska arbetsgivare vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagare utsätts för ohälsa eller olycksfall. Lagen innehåller emellertid inga bestämmelser om ersättning i de fall arbetsgivare överträder lagen, till skillnad från diskrimineringslagen.³⁸

Arbetsmiljölagstiftningen innehåller även sakföreskrifter. Av särskild relevans är Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö (2015:4), som syftar till att främja en god arbetsmiljö och förebygga risken för ohälsa på grund av organisatoriska och sociala förhållanden.³⁹ Föreskrifterna reglerar bland annat arbetsgivares ansvar att förebygga och motverka kränkande behandling mot arbetstagare.⁴⁰ Enligt Arbetsmiljöverkets konsekvensanalys framgår emellertid att föreskrifterna är särskilt inriktade på kränkande särbehandling från arbetsgivare eller andra arbetstagare, inte från tredje man.⁴¹ Vidare saknas möjlighet till ersättning till den skadelidande i de fall arbetsgivare bryter mot ovannämnda föreskrifter.

³⁵ Se 1 kap 2 § AML.

³⁶ Se 2 kap. 1–2 §§ AML.

³⁷ Arbetsmiljöverket, ”Arbetsmiljölagen – med kommentarer”, s. 37.

³⁸ Här bortses från arbetsgivarens skadeståndsskyldighet om ett skyddsombud hindras från att fullgöra sina uppgifter, se 6 kap. 10–13 §§ AML.

³⁹ Se 1 § Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö (2015:4).

⁴⁰ Ibid. 13–14 §§.

⁴¹ SOU 2021:94, s. 210.

Ett annat regelverk av relevans är strafflagstiftningen. I brottsbalken (1962:700) återfinns till exempel brottet ofredande som kan bli aktuellt om en patient framför grova och detaljerade kränkningar av sexualiserad eller våldsamt natur gentemot en vårdpersonal.⁴² Likaså är brottet förolämpning av betydelse. Brottet förutsätter att beskyllning, nedsättande uttalande eller förödmjukande beteende kan konstateras. Brottshandlingen kan bestå av ord eller andra beteenden som ger uttryck för ett kränkande budskap för någon annans självkänsla eller värdighet.⁴³ Vidare erfordras att handlingen är riktad mot den utpekade. Brottet är således inte aktuellt om en person yttrar sig kränkande till tredje person med avsikt att denne ska vidarebefordra yttrandet till den berörde.⁴⁴ Brottet ligger dessutom under enskilt åtal, vilket innebär att den enskilde själv behöver föra sin talan i domstol. Ett exempel på förolämpning är NJA 1989 s. 374, där domstolen fann att benämna en person av främmande etniskt ursprung för ”jävla svartskalle” skulle betraktas som en förolämpning.

Andra brott som kan innefatta särbehandling kan i praktiken vara svåra att tillämpa vid enstaka yttranden. Till exempel syftar brottet olaga diskriminering till att motverka just diskriminering, men det förutsätter att en näringsidkare i sin verksamhet är den diskriminerande parten.⁴⁵ Brottet förtal förutsätter att uppgifter lämnas till någon annan än den uppgiften avser.⁴⁶ Hets mot folkbrott kräver vidare att ett meddelande nås av minst ett fåtal människor.⁴⁷

3.2.3 Ökat fokus mot en personcentrerad vård inom hälso- och sjukvården

I 5 kap. hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) återfinns allmänna mål inom hälso- och sjukvården. I 5 kap. 1 § framgår att vård ska bedrivas så att kraven

⁴² Jfr. Bexar, Brottsbalken (1962:700) 4 kap. 7 §, Karnov (JUNO).

⁴³ Prop. 2016/17:222, Ett starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten s. 101 och s. 72–73.

⁴⁴ Bexar, Brottsbalken (1962:700) 5 kap. 3 §, Lexino (JUNO).

⁴⁵ Se 16 kap. 9 § BrB.

⁴⁶ Bexar, Brottsbalken (1962:700) 5 kap. 1 §, Karnov (JUNO).

⁴⁷ Roos, Brottsbalken (1962:700) 16 kap. 8 §, Karnov (JUNO).

på god vård uppfylls. Det innebär bland annat att tillgodose patientens behov av trygghet och att vården ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet.⁴⁸ Denna portalparagraf tydliggör de målsättningar som hälso- och sjukvården ska efterleva. Dessa målsättningar kan emellertid vara svåra att möta, mäta, vikta, tolka eller hantera i praktiken.⁴⁹ Vidare framgår bland vårdpersonalens allmänna skyldigheter i patientsäkerhetslagen (2010:659) att vården så långt som möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten.⁵⁰ En patients samtycke är avgörande för beslutsprocessen och om en patient vägrar vård är det att betrakta som att patienten tackar nej till erbjuden vård.⁵¹

Inom vården talar man om en förändring i riktning mot en ökad personcentrerad vård. Begreppet har utvecklats som en beskrivning av god omvårdnad, där vårdpersonalen ska ta hänsyn till patientens preferenser och tillgodose dennes andliga, existentiella, sociala och psykiska behov i samma utsträckning som fysiska behov. Personcentrerad vård kan förklaras som en modell där en överenskommelse görs med patienten som aktivt deltagande i planering och genomförande av den egna vården. Patienten ska i hög utsträckning vara delaktig i vårdprocessen och mot patienten riktade vårdbeslut. Det är följaktligen centralt att vårdpersonal är lyhörd för patientens önskemål inom ramen för kommunikationsprocessen. Som vårdpersonal innebär personcentrerad vård att arbetsgivaren behöver arbeta systematiskt för att skapa förutsättningar och kvalitetssäkra omställningen till sådan vård.⁵²

Sammantaget kan man konstatera att såväl lagstiftningen som utvecklingen inom hälso- och sjukvården anger som mål att det ska verkas för nära relationer mellan patient och hälso- och sjukvårdspersonal, där patientens behov och intressen ska vara i fokus. Rådande lagstiftning betonar patientens

⁴⁸ Se 5 kap. 1 § HSL.

⁴⁹ Swanstein och Henrikz (2022), s. 34.

⁵⁰ Se 6 kap. 1 § PSL.

⁵¹ Swanstein och Henrikz (2022), s. 76.

⁵² Vårdhandboken (2020), ”Bemötande i vård och omsorg, värdegrund”.

intressen i detta förhållande medan personalens intressen är föga uppmärksammade med avseende på diskrimineringskyddsreglering.⁵³

⁵³ Se kapitel 3.2.

4 Problemskapade fall

I följande kapitel redogörs för ett antal fall inom hälso- och sjukvården som kan vara problematiska sett till vårdpersonalens behov av ett rättsligt skydd. Närmare bestämt är syftet att med hjälp av några konkreta fall åskådliggöra och konkretisera vårdpersonalens relation till arbetsgivare och patienter ur ett diskrimineringsperspektiv samt att påvisa olika intresseavvägningar. Detta med syfte att utreda om det finns behov av ett utökat diskrimineringskydd.

Fallen består av fyra situationer med två olika vinklar – direkt- och indirekt diskriminering. Dessa fall är inspirerade av verkliga fall från Arbetsdomstolen vilka också redogörs för i kapitlet. Samtidigt speglar fallen olika stadier i vården – en enkel hälsoundersökning och en akut vårdssituation – i syfte att inte utelämna praktiska hänsynstaganden. Fallen analyseras och diskuteras med utgångspunkt från den ovan presenterade gällande rätt.

4.1 Enkel hälsoundersökning

4.1.1 Direkt diskriminering

Det första fallet rör en patient som söker vård hos sin vårdcentral med anledning av lindrig smärta i kroppen. Patienten får en tid till en enkel hälsoundersökning bestående av kontrollfrågor. Inför undersökningen noterar patienten läkarens namn och anar att denne har ett icke-svenskt ursprung. Patienten ringer upp läkaren och framför önskemål om att tilldelas en annan läkare med svenskt ursprung.

Som visats i kapitel 3 är en patients särbehandlade inte diskriminering i rättslig mening. Likaså är det ovisst om en arbetsgivares skyldigheter till aktiva åtgärder får genomslag i en situation som denna. Vad gäller arbetsmiljölagsstiftningen innehåller arbetsmiljölagen inget konkret skydd för vårdpersonalen. Även om arbetsgivaren brister i sin tillsyn över arbetsmiljön och att vårdcentralen till följd därav beviljar patientens önskemål, har läkaren ingen möjlighet att utkräva ersättning. Vad gäller Arbetsmiljöverkets

föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö (2015:4) saknar dessa bestämmelser om ersättning och sanktionsavgifter. Därutöver är föreskrifterna särskilt inriktade på särbehandling från arbetsgivare eller andra arbetstagare, vilket innebär oklarhet om föreskrifterna avser handlingar som begås av tredje man.

Härutöver finns skäl att beakta läkarens straffrättsliga skydd. Som framgår i delkapitel 3.2.2 kan brottet förolämpning vara relevant vid enstaka yttranden. Yttrandet måste konstateras utgöra beskyllning, nedsättande uttalande eller förödmjukande beteende. Emellertid ligger brottet som huvudregel under allmänt åtal. Eftersom vårdpersonal är ansvarig för att tillgodose patienten med god omvårdnad och då patienten i hög utsträckning förutsätts vara delaktig i vårdprocessen, kan det finnas risk för att personalen inte vågar föra talan mot patienten. Vad gäller brottet ofredande är enstaka yttranden behöver yttrandets natur vara grövre, till exempel av våldsam eller sexualiserad natur, för att brottet ska aktualiseras, vilket inte är fallet.

För en arbetsgivare är rättsläget ett annat. Dels finns arbetsgivarens diskrimineringsförbud enligt 2 kap 1 § DL, dels har arbetstagaren möjlighet att kräva arbetsgivaren på diskrimineringsersättning enligt 5 kap. 1 § DL. Så var fallet i AD 2014 nr 19. I målet hade en kvinna blivit uppring av en arbetsgivare hos vilken hon sökt arbete. I samtalet fick kvinnan förklarat för sig att arbetsgivaren inte var intresserad av hennes ansökan. Detta efter att arbetsgivaren blivit informerad om kvinnans graviditet. Arbetsdomstolen fann att den arbetssökande kvinnan hade blivit missgynnad genom att ha behandlats sämre andra arbetssökande. Vidare fanns ett orsakssamband mellan missgynnandet och hennes graviditet. På grund därav fann domstolen att kvinnan blivit direkt könsdiskriminerad.

Emellertid behöver inte ett tydligt särbehandlande i form av exkludering föranleda ett skydd för arbetstagaren, även om ett samband till en diskrimineringsgrund föreligger. I ett nytt fall från Arbetsdomstolen prövades frågan om en kvinna som blivit uppsagd på grund av nedsatt arbetsförmåga, vilket berodde på sjukdomen multipel skleros (MS), hade utsatts för direkt diskriminering. Domstolen menade att det inte strider mot

diskrimineringsförbudet att arbetsgivaren beaktar funktionsnedsättningar som medför en väsentlig nedsättning av arbetsförmågan och som inte kan åtgärdas genom skäliga åtgärder för tillgänglighet. Domstolen konstaterade vidare att kvinnan - utan åtgärder för tillgänglighet - inte befunnit sig i en jämförbar situation med en person utan motsvarande funktionsnedsättning. Arbetsgivaren hade därför inte gjort sig skyldig till direkt diskriminering.⁵⁴

4.1.2 Indirekt diskriminering

I det andra fallet har önskemålet från den ovannämnda patienten om att tilldelas en ny läkare nekats. När patienten ankommer till vårdcentralen vägrar denne att undersökas av läkaren. Patienten förklarar att denne inte vill bli undersökt av personal som bryter i det svenska språket. Kravet är varken nödvändigt eller lämpligt, då läkarens språknivå är mer än tillräcklig för att undvika kommunikationssvårigheter. Trots det kräver patienten att tilldelas en läkare utan brytning.

Patientens begäran är till synes neutral och är inte specifikt riktad mot läkaren. Trots det drabbar patientens krav särskilt läkaren, då ett beviljande av begäran innebär ett särbehandlande av läkaren där denne exkluderas till följd av sin etnicitet. Det finns emellertid inget tydligt diskrimineringskydd, då diskrimineringslagen inte är tillämplig och arbetsmiljölagstiftningen innehåller oklarheter samt saknar ersättningsmöjligheter. Vad gäller strafflagstiftningens tillämplighet förutsätter brottet förolämpning att förolämpningen är riktad mot den utpekade, vilket inte är fallet då regeln i detta fall är av allmän karaktär riktad mot vårdcentralen.

Vid en motsvarande handling från arbetsgivaren blir däremot diskrimineringslagens bestämmelse om indirekt diskriminering aktuellt, vilket belyses i AD 2002 nr 128. I målet hade en arbetssökande varit i telefonsamtal med en arbetsgivare, vilket ledde till att rekryteringen avbröts. Frågan i målet var om arbetsgivaren hade gjort sig skyldig till indirekt diskriminering genom att ställa för höga språkkrav. Domstolen konstaterade inledningsvis att avbrytandet av rekryteringen antagligen berodde på att den

⁵⁴ AD 2022 nr 34.

arbetssökande hade en brytning under telefonsamtalet. Vidare ansåg domstolen att arbetsgivaren, genom sitt handlande, tillämpat ett krav på språkkunskaper. Det uppsatta språkravet var neutralt till sin karaktär, men missgynnade särskilt den arbetssökande, med hänsyn till hennes etniska tillhörighet. Inte heller var kravet nödvändigt, varför arbetsgivaren hade gjort sig skyldig till indirekt diskriminering.

Ett liknande fall – där arbetstagaren likväl exkluderades genom en till synes neutral regel – är AD 2018 nr 51. I målet hade en arbetsgivare tillämpat en regel som innebar att arbetstagare inte fick vägra ta personer av motsatt kön i hand. En kvinna sökte arbete som tolk hos arbetsgivaren, men rekryteringsförfarandet avbryts efter det att kvinnan under anställningsintervjun inte tagit i hand med en manlig företrädare för företaget. Skälet var att kvinnan tillhörde den trosinriktning inom islam där personer inte tar personer av motsatt kön i hand. Eftersom arbetsgivarens regel särskilt drabbade en arbetssökande som av religiösa skäl vägrade ta motsatt kön i hand, fann domstolen att arbetsgivaren hade gjort sig skyldig till indirekt diskriminering. Vidare bedömde domstolen att regeln inte var lämplig och nödvändig för att uppnå sitt syfte. Arbetsgivaren hade således utsatt kvinnan för indirekt diskriminering.

4.2 Akut vårdssituation

4.2.1 Direkt diskriminering

I det tredje fallet har den ovannämnda patienten genomfört sin undersökning. Ett par dagar efter undersökningen får patienten en kraftig smärta i magen och svåra andningssvårigheter. Patienten ringer efter ambulans och blir förd till en akutmottagning. Väl på plats undersöks patienten och får förklarat för sig att en operationen omedelbart krävs. Inför operationen träffar patienten läkaren som är ansvarig för operationen, som till följd av hörselproblem har påtagliga talsvårigheter. Patienten vägrar att bli opererad av läkaren, av rädsla för kommunikationssvårigheter och att fel ska inträffa under operationen.

Som tidigare redogjorts för saknas diskrimineringskydd för vårdpersonal i en situation som denna. Emellertid är det - till följd av situationens känsliga och omedelbara läge - särskilt centralt att beakta patientens rättigheter inom hälso- och sjukvården. Som framgått i delkapitel 3.2.3 ska kravet på god vård uppfyllas genom att bland annat patientens behov av trygghet och självbestämmande tillgodoses. Kravet på en personcentrerad vård innebär dessutom ökade krav på hälso- och sjukvårdspersonalen att arbeta ”nära” patienten för att kunna uttolka dennes individuella behov och intressen i vårdarbetet. Det innebär i sin tur att vårdpersonal bör ta hänsyn till patientens preferenser och vara lyhörd för patientens önskemål inom ramen för kommunikationsprocessen. Vidare har en vuxen patient en absolut rätt att säga nej till vård såsom operationer eller andra kroppsliga ingrepp enligt svensk rätt. Om en patient vägrar vård betraktas det som att patienten tackar nej till erbjuden vård – även om grunden enbart är diskriminerande.

Samtidigt innebär en sådan begäran ett särbehandlande där läkaren missgynnas – genom att inte få utföra sitt arbete – där ett samband till läkarens funktionshinder finns. Det uppstår således en konflikt mellan vårdpersonalens intresse av att inte bli indirekt särbehandlad på grund av etnicitet och hälso- och sjukvårdens mål om att tillgodose patientens behov av trygghet och utforma och genomföra vården i samråd med patienten.

Motsvarande intresseavvägning mellan vårdpersonal och arbetsgivare belyses i AD 2017 nr 23. I målet hade en arbetssökande vägrats tjänst som barnmorska då hon förklarat sig ovillig att utföra abort. Frågan i målet var om arbetsgivaren genom sin vägran gjort sig skyldig till diskriminering. Intresseavvägningen bestod således av å ena sidan en arbetstagares rätt till religionsfrihet inom arbetslivet och å andra sidan hälso- och sjukvårdens målsättning om god vård. Domstolen konstaterade att barnmorskan inte behandlats annorlunda än vad en annan abortvägrande barnmorska skulle ha behandlats. Arbetsgivaren hade därför inte gjort sig till direkt diskriminering. Vidare fann domstolen att arbetsgivarens kriterium om att barnmorskor ska utföra abort var både lämplig och nödvändig. Domstolen tog särskild hänsyn till abortverksamheten som en integrerad del av kvinnokliniken och

motverkandet av att förverkliga en god hälsovård. Domstolen konstaterade därför att indirekt diskriminering inte heller förelåg. Barnmorskans rätt till fri religionsutövning fick således ge vika för hälso- och sjukvårdens mål om god vård.

4.2.2 Indirekt diskriminering

I det fjärde fallet utgår vi från att patienten framför ett annorlunda önskemål. Denne förklarar att patienten är väldigt nervös inför operationen och vill vårdas av personal som uppfyller den förväntade kapaciteten av en opererande läkare i allmänhet.

Fallet illustrerar ytterligare en intresseavvägning mellan patientens rätt till god vård och vårdpersonalens intresse att inte särbehandlas. Huruvida önskemålet beviljas eller inte är utanför ramen för vad detta arbete behandlar. Dock kan påpekas att vård- och tandläkarmottagningar har valt att inte tilldela patienter viss vårdpersonal utifrån deras etniska bakgrund, som avslöjades i Dagens Nyheters granskande reportage. Om vårdpersonal bortses med anledning av deras etniska ursprung, vad utesluter då att vårdpersonal inte också exkluderas av andra diskrimineringsgrunder? Skulle vårdpersonalen bevilja önskemålet och tilldela patienten vårdpersonal utan funktionsnedsättning för att öka patientens känsla av trygghet, har läkaren blivit indirekt särbehandlad. Det finns dock återigen skäl att sätta behovet av att skydda vårdpersonal från särbehandling i relation till patienten som kärnpunkt inom hälso- och sjukvården. Särskilt med tanke på att handlandet motsvarar diskrimineringslagens indirekta diskriminering, vilket inte föreligger om kraven på nödvändighet och lämplighet är uppfyllda. De negativa effekterna som det till synes neutrala kravet innebär för den drabbade bör därför ställas mot hälso- och sjukvårdens mål om god vård, genom en intresseavvägning.

I AD 2017 nr 65 tog Arbetsdomstolen ställning till en motsvarande intresseavvägning. I målet hade en tandläkare använt engångsarmar för att av religiösa skäl skylla sina armar vid arbete med manliga patienter. Arbetsgivaren hindrade tandläkaren från att använda engångsarmar. Frågan i

målet var om tandläkaren därigenom utsatts för indirekt diskriminering eller om förbudet var ett lämplig och nödvändigt medel för att bibehålla patientsäkerheten. Inledningsvis fastslog domstolen betydelsen av en enhetlig vetenskapligt grundad rutin och att användande av engångsärmar ökar risken för smittspridning. Vidare bedömde domstolen att vikten av patientsäkerheten gör att många åtgärder med negativa verkningar för andra berättigade intressen är proportionerliga. Domstolen fann slutligen att patientsäkerhetsintresset väger över och gör förbudet proportionerligt – trots att det exkluderar kvinnor som vill skyla sina bara armar i tandvården av religiösa skäl. Med bakgrund av ovan fann domstolen att diskriminering inte förelåg.

5 Slutsatser

I detta kapitel redogörs för ett antal slutsatser gällande den svenska vårdpersonalens diskrimineringskydd mot arbetsgivare respektive patienter. Vidare diskuteras behovet av ett utökat diskrimineringskydd utifrån vad som framförts och analyserats under uppsatsens gång. Slutligen presenteras några övergripande förslag hur lagstiftningen kan förbättras samt tillämpliga argument mot dessa förslag.

Den svenska diskrimineringsrätten förbjuder diskriminering inom flera samhällsområden, däribland arbetslivet. Genom diskrimineringslagens förbud i 2 kap. 1 § förbjuds arbetsgivare att direkt och indirekt diskriminera arbetstagare. Arbetsgivarens diskrimineringsförbud är avsedd att motverka konkreta diskriminerande handlingar och värna arbetstagares rätt att bli behandlade som individer på lika villkor. Om en arbetsgivare utsätter vårdpersonal för diskriminering finns möjlighet att utkräva diskrimineringsersättning i enlighet med lagens 5 kap. 1 §. Till följd av diskrimineringslagens definition av diskriminering gäller skyddet även inom hälso- och sjukvården. Samtidigt innebär en tillämpning av diskrimineringslagen inom hälso- och sjukvården att domstolen måste ha hänsyn till särskilda intresseavvägningar – dels etiska och medicinerättsliga sådana, dels konflikter mellan vårdpersonalens egna intressen och hälso- och sjukvårdens målsättningar. De berörda målen AD 2017 nr 23 och AD 2017 nr 65 belyser denna problematik, där Arbetsdomstolen fann att vårdpersonalens intresse av religionsfrihet fick ge vika för hälso- och sjukvårdens mål om god vård.

Vad gäller relationen mellan vårdpersonal och patienter verkar ett diskrimineringskydd i stort sett inte existera. Förutom att diskrimineringslagen inte är tillämplig innehåller inte heller arbetsmiljölagstiftningen eller straffrätten tydliga diskrimineringskydd för vårdpersonal i relation till patienter. Det sistnämnda lagstiftningsområdet verkar visserligen ge ett visst skydd genom brottet förolämpning. Dock ligger brottet under enskilt åtal. Det innebär att den diskriminerade parten själv

måste för talan i domstol, något som kan föranleda osäkerhet kring brottets genomslagskraft. Vidare innebär utvecklingen mot en alltmer personcentrerad vård ökad risk för särbehandling från tredje man mot vårdpersonal. I och med att patienter får en större roll i vård- och beslutprocessen, där patientens delaktighet och preferenser ska värnas, ökar behovet av att skydda vårdpersonalens intresse av att inte blir diskriminerad. Det finns sammantaget ett behov av ett utökat diskrimineringskydd för vårdpersonal.

Vårdpersonalens avsaknad av komplett diskrimineringskydd synliggör risken att det inte enbart är vårdpersonal som riskerar att lida av ett bristfälligt diskrimineringskydd. Inom flera andra samhällsområden riskerar arbetstagare att utsättas för särbehandling från tredje man - kunder till butikspersonal, passagerare till busschaufförer, studenter till lärare, och så vidare. Möjligen innebär därför ett bristfälligt diskrimineringskydd ett utsatt läge inte enbart för vårdpersonal, utan även för arbetstagare i allmänhet.

Ett möjlig väg till ett förstärkt diskrimineringskydd är att utreda möjligheten till ett uttryckligt diskrimineringsförbud som skyddar arbetstagare mot tredje man. Ett andra alternativ är att tydliggöra arbetsgivarens ansvar över arbetsmiljön i de fall patienter särbehandlas av tredje man, till exempel genom att utarbeta särskilda föreskrifter. En tredje möjlighet är att arbetsgivarens skyldigheter att vidta aktiva åtgärder enligt diskrimineringslagen förtydligas så att även handlingar från tredje man omfattas. Argumentet mot dessa förslag är den konstanta intresseavvägning som ska beaktas - den mellan vårdpersonalens intresse av att inte bli särbehandlad och patientens grundläggande rättigheter inom hälso- och sjukvården. Oavsett finns det mycket som tyder på att diskrimineringskyddet för vårdpersonal inte är tillräckligt för att betraktas som fullständigt. Om det svenska arbetslivet ska genomsyras av icke-diskriminering och likabehandling är det angeläget att utreda hur diskrimineringslagstiftningen kan förstärkas vad gäller skyddet gentemot patienter.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bexar, Mikaela. Brottsbalken (1962:700), kommentarerna till 4 kap. 7 § och 5 kap 1 §, Karnov (JUNO).

Bexar, Mikaela. Brottsbalken (1962:700), kommentaren till 5 kap 3 §, Lexino (JUNO).

Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen – en kommentar*, Nordstedts Juridik, 2021 (JUNO, version 3).

Hirschfeldt, Johan. Regeringsformen (1974:152), kommentaren till 1 kap. 2 §, Karnov (JUNO).

Jareborg, Nils. ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1–10.

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”. I: *Juridisk metodlära*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 1:2 uppl., Lund: Studentlitteratur AB, 2013.

Nordström, Marie. Diskrimineringslagen (2008:567), kommentaren till 1 kap. 2 §, Lexino (JUNO).

Olsen, Lena: ”Rättsvetenskapliga perspektiv” I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 105–145.

Persson Härneskog, Gudrun. Diskrimineringslagen (2008:567), kommentaren till 2 kap. 1 §, Karnov (JUNO).

Roos, Mari-Ann. Brottsbalken (1962:700), kommentaren till 16 kap. 8 §, Karnov (JUNO).

Sandgren, Claes, ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?” I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2005, s. 648–656.

Selberg, Niklas. ”Arbetsvillkor för god vård - arbetsrätten i hälso- och sjukvården”. I: *Medicinsk rätt*, Zillén, Kavot, Mattsson, Titti & Slokenberga, Santa (red.), 2 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2022.

Swanstein, Filippa och Henrikz, Karin. *Diskrimineringslagen inom hälso- och sjukvård*. Lund: Studentlitteratur, 2022.

Propositioner

Proposition 2007/2008:95. *Ett starkare skydd mot diskriminering*.

Proposition 2016/17:222. *Ett starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten*.

Myndighetsrapporter

Arbetsmiljöverket, *Arbetsmiljölagen - med kommentarer*, 21 april 2018. Stockholm.

Föreskrifter

AFS 2015:4, Organisatorisk och social arbetsmiljö.

Internationell rätt

1965 års FN-deklaration om avskaffande av alla former av rasdiskriminering.

1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter.

Direktiv 2000/43/EG om principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniskt ursprung (cit. direktivet mot etnisk diskriminering).

Fördraget om Europeiska Unionen.

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

Internetkällor

Sadjkovic, A., Chamy, C., Mattisson, L. ”Patienter tillåts välja läkare med enbart svenskt ursprung – över hela landet”. *Dagens Nyheter*. 2021-07-27. Hämtad från <https://www.dn.se/sverige/patienter-tillats-valja-lakare-med-enbart-svenskt-ursprung-over-hela-landet/>.

Udo, Camilla. ”Bemötande i vård och omsorg, värdegrund”. *Vårdhandboken*. 2020-01-09. Hämtad från <https://www.vardhandboken.se/arbetsatt-och-ansvar/bemotande-i-vard-och-omsorg/bemotande-i-vard-och-omsorg-vardegrund/personcentrerad-vard/>.

Arbetsdomstolen

AD 2002 nr 28.

AD 2005 nr 97.

AD 2010 nr 91.

AD 2014 nr 19.

AD 2017 nr 23.

AD 2017 nr 65.

AD 2018 nr 51.

AD 2020 nr 3.

AD 2022 nr 34.