

Barnmorskedomen – Politiken vann, juridiken förlorade

1. Inledning

Den 12 april 2017 meddelade AD dom i det uppmärksammade barnmorskemålet.¹ Kärande var barnmorskan Ellinor Grimmark (i fortsättningen EG). I målet hade AD tillgång till bl.a. ett av mig författat rättsutlåtande (i fortsättningen Utlåtandet). Utlåtandet byggde på en tidigare artikel i JT men var utbyggt med ledning av fördjupat studium av rättsfrågorna.² Utlåtandet författades *pro bono* på anmodan av EG:s juridiska ombud. Det innehåller emellertid en strikt rättsvetenskaplig framställning utan inslag av partshänsyn.

Målet gällde huruvida EG fått sin religionsfrihet enligt EKMR kränkt genom att Region Jönköpings län vägrade henne anställning som barnmorska. EG hade i förväg förklarat att hon med hänsyn till sin religion och sitt samvete inte kunde medverka i abortverksamhet. AD valde att avgöra målet med tillämpning av diskrimineringslagen, DL. Den europeiska människorättskonventionen 1950 (i fortsättningen EKMR) är emellertid utgångspunkt i domen i den meningen att EG:s vägran av AD bedömdes vara ”att anse som sådan religionsutövning som skyddas av artikel 9 i Europakonventionen”. EKMR bildar vidare ständig bakgrund och anförs fortlöpande i domen.

Den centrala frågan i domen är om EG blivit religiöst diskriminerad enligt DL. EG synes ha velat få sin sak bedömd enligt EKMR. Någon skillnad i sak uppstår inte eftersom DL indirekt (via EU-rätten) är styrd av EKMR. Kriterierna för bedömningen blir desamma.

EG hade till synes även velat få bedömt om hennes samvetsfrihet hade kränkts. AD hävdade emellertid att man i detta fall inte kan ”tänka sig en bedömning, avseende religions- och samvetsfrihet, som innebär att den ena friheten blivit kränkt men inte den andra”. Detta är emellertid felaktigt. Som framgår av praxis i Europadomstolen – redovisad i Utlåtandet med citat från Europadomstolen – kan prövning ske separat av om en persons samvetsfrihet kränkts även om personen samtidigt har viss religion.³ Så som AD utformade sin dom fick detta dock ingen betydelse för utgången i målet.

¹ AD 2017 nr 23, Ellinor Grimmark mot Region Jönköpings län.

² Religionsfrihet och mänskliga rättigheter, JT 2014–15.

³ Savda mot Turkiet, nr 42730/05, dom 12 juni 2012. Som stöd för sin åsikt hänvisar AD till Hans Danielius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5:e uppl. 2015, s. 446, men hänvisningen är missvisande ty det står inget av det AD påstår. Vidare hänvisas Zillén, Kavot, Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet, s. 138 f. Kavot skriver det som AD uttrycker.

2. Direkt diskriminering

Föreligger direkt diskriminering? Nej, säger AD. AD fann klarlagt att Regionens beslut att inte erbjuda EG anställning berodde på hennes vägran att medverka i abortverksamhet och inte på EG:s religiösa övertygelse. AD fann av samma skäl att EG:s religions- och samvetsfrihet inte hade kränkts. Dessa ställningstaganden framstår som okontroversiella.

AD tillade ”att det inte framkommit annat än att andra arbetssökande som, under åberopande av andra skäl, förklarat att de inte avsåg” att medverka i abortverksamhet ”skulle ha behandlats på samma sätt som E.G.”. Tillägget är välkommet. Det ligger linje med domen AD 2005 nr 21 och tar (indirekt och outtalat) avstånd från en principiellt motsatt ståndpunkt som Stockholms tingsrätt lyckades inta vid ett tillfälle.⁴

Målet gällde en muslimsk man som med hänvisning till sin religion vägrat att ta en kvinnlig företagsledare i hand när han kom för introduktion till en praktikperiod vid företaget. I anledning av detta återkallades mannens anvisning till ett arbetsmarknadspolitiskt program. Tingsrätten ansåg att mannen utsatts för diskriminering. Motiveringen var att ”(D)et måste antas att en hypotetisk jämförelseperson – som av något annat godtagbart skäl varit förhindrad att ta en främmande person av motsatt kön i hand – inte skulle ha drabbats av motsvarande åtgärd från Arbetsförmedlingens sida. Vid sådant förhållande ska direkt diskriminering anses föreligga”. Tingsrättens antagande om vad som skulle hända en av annan anledning icke handskakande person framstår som totalt orealistiskt och nästan obegripligt verklighetsfrämmande. Inte desto mindre har en annan tingsrätt i ett mål som också rörde icke-handskakning med instämmande hänvisat till avgörandet och dömt på samma sätt.⁵

En cynisk betraktare kan kanske tycka att handskakningsmålet dömdes på det sätt som skedde därför att den aktuella personen var muslim medan samvetsfrihetsmålet dömdes på det sätt som skedde därför att den aktuella personen

Framställningen hos Kavot är emellertid sakligt felaktig eftersom Kavot inte känner till fallet Savda. Det är betänkligt eftersom Kavots bok är en doktorsavhandling. På sådana ställs vanligen krav på fullständighet. Emellertid finns fallet Savda inte nämnt i Kavots två svenska förlagor. Det är en för Kavot förmildrande omständighet!

⁴ Stockholms tingsrätt, T 7324-08, dom 2010-02-02, DO mot Arbetsförmedlingen. Se om målet med referat, analys och kritik Fahlbeck, Bed och arbeta – Om religionsfrihet i arbetsliv och skola (2011), avsnitt 3.1.3.

⁵ Hässleholms tingsrätt, T 1370-13, dom 2015-04-08, DO mot POLOP. Se om målet med referat, analys och kritik Fahlbeck, Begreppet ”religion” i europeisk och svensk rätt, SvJT 2017 s. 203 ff. Lunds tingsrätt, FT 3174-16, dom 2017-04-10, upprepade emellertid inte misstaget av Stockholms respektive Hässleholms tingsrätter. Direkt diskriminering ansågs följaktligen inte föreligga.

var kristen. Hur skulle det dömts vid omvänd religionstillhörighet? Vad som är tillåtet för vissa är inte tillåtet för andra?⁶

3. Indirekt diskriminering

Föreligger indirekt diskriminering? Nej, säger AD. Sådan diskriminering föreligger inte om den aktuella handlingen/normen har lagstöd, har ett berättigat syfte och de använda medlen är ”lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet”.

3.1 Lagstöd?

Sådant befanns föreligga i första hand i den i rättspraxis fast förankrade principen om arbetsgivares arbetsledningsrätt. Denna får emellertid inte utövas i strid med ”lag och goda seder”. Hade så skett? Enligt 5 § abortlagen får endast läkare ”utföra abort”. AD hänvisar till Socialstyrelsen som undersökt ”barnmorskors deltagande vid medicinska aborter”. Socialstyrelsen menar att begreppet ”utföra” i abortlagen omfattar ordination av läkemedel som framkallar medicinsk abort. Läsaren undrar om detta inte borde innebära att barnmorskor inte får ”utföra” sådan ordination. Tydligt menar Socialstyrelsen att så inte är fallet eftersom ”läkaren även vid generella direktiv har det övergripande ansvaret för utförandet av medicinska aborter”. AD anför vidare att Socialstyrelsen ”är av den uppfattningen att en verksamhetschef är fri att fördela arbetsuppgifterna mellan olika personalkategorier” men preciserar inte hur omfattande denna fördelningsrätt är. Socialstyrelsen menar vidare, skriver AD, ”att det, mot bakgrund av gällande lagar och föreskrifter, finns en stor flexibilitet för verksamhetschefer att organisera abortverksamheten med bibehållen eller ökad tillgänglighet och med hänsyn till patientsäkerheten”. En läsare undrar kanske vad detta har med personalens samvetsfrihet att skaffa. Slutligen anger AD att det av Socialstyrelsens föreskrifter (SOSFS 2000:1) framgår ”att barnmorskor får iordningsställa och administrera läkemedel”. AD drar av det nu redovisade ”den slutsatsen att regionen inte utövat sin företags- och arbetsledningsrätt – kravet att barnmorskor, efter ordination av ansvarig läkare, ska iordningställa och ge aborterande läkemedel – i strid mot lag”. En läsare kan undra hur det som enligt 5 § abortlagen är förbjudet för annan än läkare att ”utföra” genom Socialstyrelsen blir tillå-

⁶ Det klassiska talesättet för vad som är tillåtet för vissa men inte för andra är – som latinisten minns – ”Quod licet Iovi, not licet bovi”, ”Vad som är tillåtet för en gud är inte tillåtet för en oxe”. Se t.ex. Pelle Holm, *Ordspråk och talesätt* (1964), s. 331, eller *densamme*, *Bevingade ord* (14 uppl. 1964), s. 109.

tet utan lagstöd för detta. AD har ingen sådan undran. Socialstyrelsen uppfyller i AD:s värld kravet på lagstöd i EKMR!

Emellertid måste tilläggas att kravet på lagstöd i EKMR är svagt. Det kan inte uteslutas att Europadomstolen skulle godta Socialstyrelsens uppfattningar som lagstöd när dessa uppfattningar godtagits av AD.

3.2 Berättigat syfte?

Regionens syfte är ”att genomföra den lagstiftning om abortvård som beslutats i demokratisk ordning enligt svensk grundlag”. Detta är ett godtagbart syfte, säger AD, liksom syftet att ge ”god hälsovård för den abortsökande kvinnan”. Detta synes okontroversiellt.

I anslutning till behandlingen av syftet antecknar AD följande. ”I förarbetena till abortlagen (prop. 1974:70 s. 77) uttalas att man bör undvika att till abortverksamheten binda sådan personal som av exempelvis moraliska eller religiösa skäl har svårt att acceptera sådant arbete och att detta inte minst gäller av hänsyn till den abortsökande kvinnan”.

Citatet är ytterst missvisande eftersom det inte anger den överordnade principen om samvetsfrihet. Detta är vad regeringspropositionen säger.

”Frågan om sjukvårdspersonals skyldighet att medverka vid abort har tagits upp av flera remissinstanser, vilka genomgående framhåller vikten av att det tas hänsyn till personalens önskemål att slippa delta i abortverksamheten. Enligt 13–15 §§ sjukvårdskungörelsen (1972:676) vilar ansvaret för fördelningen av sjukvårdspersonalens arbete i första hand på klinik- och blockchefer. 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. Jag vill erinra om att vad jag nu anför även kommit till uttryck i det tidigare nämnda cirkuläret (MF 1972:59) från socialstyrelsen med råd och anvisningar rörande tidiga abortingrepp. Några särskilda författningsbestämmelser i ämnet anser jag f.n. inte behövliga.”

Detta uttalande ger en annan bild än den AD förmedlar. Detta är i än högre grad fallet med det som Socialutskottet uttalade under riksdagsbehandlingen (SoU 1974:21 s. 40). Socialutskottet återkom till dessa uttalanden vid ett flertal senare tillfällen.⁷

⁷ Se t.ex. Socialutskottet, SoU 1986/87:5 s. 11. ”Utskottet anser mot bakgrund av det anförda att det inte föreligger något skäl att ompröva riksdagens ställningstagande från 1974 rörande frågan om lagreglering av sjukvårdspersonals medverkan vid abort. Utskottet vill samtidigt uttala att utskottet är berett att ånyo pröva den här aktuella frågan för den händelse det skulle visa sig att någon sjukvårdshuvudman söker tvinga läkare eller annan sjukvårdspersonal att medverka vid abort, trots att vederbörande befattningshavare av etiska eller religiösa skäl finner sådan medverkan oacceptabel och trots att det inte är fråga om abortingrepp som är nödvändiga för att undvika fara för moderns liv eller hälsa” (min kursivering).

”Beträffande fördelningen av arbetsuppgifterna bör beaktas att ett utmärkande drag i dagens arbetsliv är ansträngningarna att ge den anställda en ökad insyn i och ett ökat inflytande på arbetsplatserna och man bör, som departementschefen framhåller, inom sjukvården liksom inom arbetslivet i övrigt ta hänsyn till de anställdas intressen och förutsättningar i olika avseenden. Mot denna bakgrund förutsätter utskottet att läkare och annan sjukvårdspersonal, som av etiska eller religiösa skäl har svårt att acceptera abortingrepp, skall slippa delta i verksamhet härmed, varför någon författningsmässig reglering av frågan inte är påkallad. Å andra sidan förutsätter utskottet att sjukvårdspersonal som har betänkligheter i angivet hänseende inte skall vägra medverka då fråga är om abortingrepp som är nödvändiga för att undvika fara för moderns liv eller hälsa.”

Som framgår av dessa uttalanden bygger abortlagen i hög grad på att medverkan vid abort som utgångspunkt och huvudregel inte kan påtvingas sjukvårdspersonal. Det skall råda samvetsfrihet.

AD:s redovisning av förarbetena är sålunda juridiskt högst ofullständig och sakligt i hög grad missvisande. Redovisningen framstår även som intellektuellt ohederlig genom att citera bara det som passar domslutet och att inte citera det viktigaste uttalandet i lagförarbetena, dvs. riksdagsutskottet. Redovisningen underbygger en dom som går emot vad förarbetena faktiskt uttrycker. En kritiker kan tycka att det är politiken som talar, inte juridiken.

AD förbigår utan ens omnämmande den år 2010 av Council of Europe (PACE; Europarådets parlamentariska församling) antagna Resolution 1763 (2010).⁸

Resolutionen bygger på att medlemsländer som tillåter abort garanterar att ”patients receive appropriate treatment”. Medlemsländerna skall säkerställa ”that the interests and rights of individuals seeking legal medical services are respected, protected and fulfilled”. Detta utvecklas i resolutionen i flera led som alla ålägger medlemsländerna förpliktelser.

Som framgår av AD:s dom uppfyller svensk abortverksamhet det som resolutionen kräver.

Resolutionens huvudtema och besked är emellertid det som anges i punkt 1, nämligen skydd mot påtvingad medverkan i abortverksamhet av varje slag:

”No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason.”

Här fastställs samvetsfrihet med synnerligen bestämda ordalag. Resolution kan ses som en *soft law*-förklaring av vad Artikel 9 EKMR innebär vad gäller religion/samvete och abort. Den är av särskild betydelse eftersom abortlagens uttryckliga princip om samvetsfrihet inte efterlevs i Sverige för närvarande. Ingen nationell ”*margin of appreciation*” finns i resolutionen.

⁸ “The right to conscientious objection in lawful medical care”. Samma budskap återkommer i senare resolutioner, t.ex. Resolution 2036 (2015) “Tackling intolerance and discrimination in Europe with a special focus on Christians”.

3.3 Nödvändighet och lämplighet

AD anger att ”(D)et avgörande synes då vara om inskränkningen av E.G:s religionsfrihet är nödvändig och lämplig i ett demokratiskt samhälle, vilket innebär att en värdering måste göras om inskränkningen är proportionerlig i förhållandet till det skyddade intresset. Vid intresseavvägningen anses konventionsstaten åtnjuta en viss bedömningsmarginal *'margin of appreciation'* (jfr Danelius, a.a. s. 454 och NJA 2005 s. 805)”.

3.4 Föreligger nödvändighet?

Den överordnade principen vid nödvändighetsbedömningen är att det skall undersökas om den vidtagna eller planerade åtgärden är den som minst ingriper i det skyddade intresset. Europadomstolen har publicerat en vägledning rörande Artikel 9 EKMR.⁹ Där anför domstolen följande om nödvändighets- och proportionalitetsbedömningen:

”38. The Court’s task is to determine whether the measures taken at national level are justified in principle and proportionate (*Leyla Şahin v. Turkey* [GC], § 110). That means that **there must be no other means of achieving the same end that would interfere less seriously with the fundamental right concerned**; on that point, the burden is on the authorities to show that no such measures were available (*Biblical Centre of the Chuvash Republic v. Russia*, § 58). It is implicit in Article 9 § 2 of the Convention that any interference must correspond to a ‘pressing social need’; thus the notion ‘necessary’ does not have the flexibility of such expressions as ‘useful’ or ‘desirable’ (*Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukraine*, § 116)” (*min fetstil*).

Som framgår av domstolens uttalande ankommer det på myndigheten – här Regionen – att visa att annan, mindre ingripande, åtgärd inte fanns. Som framgår ankommer vidare på domstol att fastställa att så inte var fallet. Har inget av detta skett är nödvändighetsrekvisitet inte uppfyllt.

AD underlåter att ens ange denna överordnade princip. Helt med bortseende från och i strid med denna princip godtas det mest omfattande ingreppet i det skyddade intresset, nämligen yrkesförbud för EG.

Den juridiskt avgörande frågan i sammanhanget är sålunda huruvida det legitima ändamålet kan uppnås på annat sätt än genom totalförbud för EG. Svaret är uppenbarligen jakande. Som alternativ till yrkesförbud kan personaladministrativa åtgärder vidtas. Exempel på sådana är personalplanering, arbetsanpassning, fördelning av arbetsuppgifter och arbetstidsscheman. Dessa är mindre ingripande för den som berörs än förvägrat arbete/yrkesförbud. Det är sådana åtgärder som vidtas på de kliniker i Sverige där samvetsfrihet råder. AD har i annat sammanhang i domen noterat att sådana kliniker finns i Sverige men ignorerar

⁹ European Court of Human Rights, Guide to Article 9. Freedom of thought, conscience and religion, 2015. Denna vägledning är intagen i Utlåtandet och fanns alltså i AD:s material.

detta vid nödvändighetsbedömningen. Likaledes ignorerar AD att abortlagen bygger på att arbetsanpassning skall ske för att tillgodose personalens samvetsfrihet. Det är sådana åtgärder som vidtas i alla konventionsländer där samvetsfrihet råder och som gör att respekt för samvetsfrihet kan iakttas, t.ex. Danmark och Norge. AD ignorerar fullständigt detta. Det inte ens nämns i domen.

Såvitt framgår av domen har Region Jönköpings län inte ens undersökt om mindre ingripande åtgärd än yrkesförbud kunde ha vidtagits. AD har för sin del såvitt framgår av domen inte ens undersökt om Regionen gjort sådan undersökning. Inte heller prövar AD om mindre ingripande begränsningar av religionsfriheten än yrkesförbud kunde tillgripas. AD diskuterar det inte ens.

Det nu sagda innebär uppenbarligen att nödvändighetsrekvisitet för att tillåta indirekt diskriminering 1 kap. 4 § punkt 2 DL inte är uppfyllt. Indirekt diskriminering enligt samma lagrum i DL föreligger sålunda.

Ytterligare två frågor bör beröras, varav en i anslutning till uttalanden av AD i domen.

En grundläggande princip i EKMR är att det åligger konventionsländerna att respektera de fri- och rättigheter som tillförsäkras envar i EKMR *och att aktivt befrämja dem* (positiva åtgärder).¹⁰ AD berör inte detta. Det förhållandet att så inte skett understryker hur konventionsvidrigt AD behandlat målet vad gäller nödvändighetsrekvisitet.

AD anger att konventionsstater har en viss bedömningsmarginal ("*margin of appreciation*") vid intresseavvägningen. Detta är korrekt. Denna *margin of appreciation* är emellertid starkt förknippad med om det finns samsyn bland medlemsländerna i den fråga som saken gäller. Ju större den europeiska samsynen är i en mänsklig rättighetsfråga desto mindre är den nationella marginalen för egenbedömning. Det illustreras med stor tydlighet i *fallet Bayatyan*.¹¹

Målet rör vapenvägran av samvetsskäl, alltså en situation som ligger mycket nära abortvägran eftersom bägge situationerna avser värnandet om mänskligt liv. Europadomstolen konstaterade att det fanns en nästan total samsyn i medlemsländerna att godta vapenvägran av samvetsskäl. Detta får till följd att "a State which has not done so enjoys only a limited margin of appreciation and must advance convincing and compelling reasons to justify any interference" med en vapenvägran beroende på "individual conscience". Staten "must demonstrate that the interference corresponds to a 'pressing social need'" (para 123).

¹⁰ Se i litteraturen t.ex. Danelius, a.a., kapitel 4, avsnitt 6.4, eller Fahlbeck a.a. (2100), avsnitt 4.5.

¹¹ Bayatyan mot Armenien, mål 23459/03, Europadomstolen dom 7 juli 2011. I äldre praxis kan hänvisas till Sunday Times mot Storbritannien, mål 6538/74, Europadomstolen dom 26 april 1979. Domstolen uttalade där såvitt är av relevans här följande (para 59): "The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area. --- Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation".

På samma sätt finns en nästan total europeisk samsyn att godta vägran att medverka i aborter av samvetsskäl.¹² Principerna i *fallet Bayatyan* är därför tillämpliga. Detta innebär att Sverige har en mycket snäv *margin of appreciation*. Sverige måste därför kunna rättfärdiga begränsning av religions/samvettsfriheten med skäl som är specifika för Sverige jämfört med den stora majoriteten av medlemsländerna i Europarådet, till exempel Danmark och Norge. I alla dessa andra länder organiseras abortverksamhet på sådant sätt att samvettsfriheten kan respekteras.

AD underlåter helt att redovisa detta (trots utförlig redovisning i Utlåtandet). AD:s domskäl blir även i detta hänseende juridiskt högst ofullständiga och sakligt i hög grad missvisande. Inga skäl framförs heller till varför det som är möjligt i t.ex. Danmark och Norge inte skulle vara möjligt i Sverige. Domen framstår därför även i detta hänseende som intellektuellt ohederlig. En kritiker kan tycka att det, återigen, är politiken som talar, inte juridiken.

Vilken bedömningsmarginal ger AD till Regionen? Helt i strid mot principen i EKMR ges Regionen obegränsad bedömningsmarginal. AD hänvisar till hur Regionens kvinnokliniker är organiserade. Denna innebär, anför Regionen enligt domen, att ”alla barnmorskor ska kunna delta i verksamheten i dess fulla vidd”. Enligt Regionen föreligger alltså nödvändighet.

Detta godtar AD och lägger det till grund för domen. Emellertid är detta självfallet att alldeles vända upp och ned på saken. Det är ju den aktuella organisationen som *är* problemet. Det är den som *är* felet. Arbetsorganisationen är sådan att den kommer i strid med artikel 9 EKMR (och DL) eftersom den innebär att alla barnmorskor måste medverka i abortverksamhet även om det kränker deras samvettsfrihet. AD bortser helt från detta. AD gör istället problemet, felet, till nödvändigheten!

Likaledes ignoreras att samvettsfrihet för EG självfallet inte skulle påverka Regionens måluppfyllelse liksom det inte gör det på kliniker i Sverige där samvettsfrihet råder. Även där utförs abort ”snarast möjligt” utan att klagomål på försinkelser avhörs.

Vid intresseavvägningen nämns EG:s intressen över huvud taget inte. Hur angeläget är det för EG att få arbeta i sitt yrke? Hur ingripande är yrkesförbudet för henne? Såvitt framgår av domen bryr sig AD inte om sådana frågor. Bedömningen sker helt på Regionens villkor. En iakttagare kan knappast undgå slutsatsen att AD över huvud taget inte gjort en proportionalitetsbedömning av nödvändigheten. En strukturellt diskriminerande organisation godtas och tas till intäkt för att nödvändighet föreligger i det enskilda fallet!

¹² Här kan hänvisas till den utförliga redovisningen, utförd av Alliance Defending Freedom (ADF), som föreligger i aktmaterialet i målet. AD noterar att EG hävdar att det föreligger europeisk samsyn men, anges i domen, ”Regionen har ... bestritt att en europeisk princip om samvettsfrihet skulle ha den innebörd som E.G. har gjort gällande”. AD gör ingen bedömning av ADF:s redovisning. Såvitt framgår av domen bortses från frågan om europeisk samsyn. Regionens åsikt godtas utan ens ansats till bevisvärdering av ADF:s redovisning.

3.5 Föreligger lämplighet?

AD diskuterar över huvud taget inte lämpligheten. Återigen sker heller ingen proportionalitetsbedömning!

Är det lämpligt att utestänga en barnmorska som vill ha samvetsfrihet från anställning? Det faller utanför denna uppsats att diskutera. Det må emellertid pekas på det välkända faktum att det råder en skriande brist på barnmorskor i Sverige. Är avvisning lämplig i ett sådant läge? AD väljer att helt bortse från detta.

3.6 Föreligger indirekt diskriminering enligt AD?

I början av domen förklarar AD med hänvisning till EKMR att det är ”den enskilda konventionsstaten som primärt ansvarar för att skyddet enligt konventionen upprätthålls. Detta ska i Sverige i första hand ske genom nationellt antagna rättsregler. — — — Den nationella reglering det är fråga om i detta fall är diskrimineringslagen (2008:567). — — — Ett eventuellt skadestånd till E.G. enligt de principer för det allmännas skadeståndsansvar för kränkningar mot rättigheter enligt Europakonventionen som utvecklats i Högsta domstolens praxis kan, enligt Arbetsdomstolens mening, således komma i fråga först om det konstateras att den svenska diskrimineringslagens regler inte – ens med konventionskonform tolkning – når upp till det rättighetsskydd som föreskrivs eller följer av Europakonventionen.”

Detta är okontroversiellt. AD:s konklusion är att ”(V)id en sammantagen bedömning anser Arbetsdomstolen att det tillämpade kriteriet för anställning som barnmorska får anses som både lämpligt och nödvändigt för att uppnå det aktuella syftet. Regionen har därmed haft rätt att uppställa kriteriet och agerandet har därmed inte utgjort indirekt diskriminering. Av samma skäl finner Arbetsdomstolen att det inte heller har skett någon kränkning av E.G:s rätt enligt artiklarna 9.2 och 14 i Europakonventionen.”

Denna konklusion är alldeles riktig utifrån AD:s juridiskt felaktiga behandling av nödvändighetsrekvisitet. En bedömare kan tycka att AD förvandlar högsta orätt till högsta rätt, summa injuria görs till summum jus!

4. Slutord

En bedömare kan tycka att AD:s dom är vemodig läsning. En bedömare kan tycka att det är vemodigt att en högsta domstol lämnar ifrån sig en dom som är i så hög grad juridiskt felaktig och intellektuellt undermålig som domen AD 2017 nr 23. En bedömare kan tycka att det är vemodigt att en högsta domstol av allt

att döma låter sig styras av gatans parlament. En bedömare kan tycka att det är vemodigt när politiken tillåts vinna på juridikens bekostnad.

Starka slutord? Ja, men nödvändiga. Dixi et salvavi conscientiam meam.

Reinhold Fahlbeck