

RÄTTSLIGA FRÅGESTÄLLNINGAR

Tillämpliga lagbestämmelser

1. Kan Ellinor Grimmark kan grunda sin talan direkt på Europakonventionen?

Enligt artikel 13 EKMR ska var och en vars rättigheter i enlighet med konventionen har kränkts ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet.

Diskrimineringslagen (DL) innehåller ingen materiell reglering av tanke-, religions- och samvetsfrihet eller åsikts- och yttrandefrihet. DL kan inte heller tolkas fördragskonformt till att gälla något annat än frågan om diskriminering. Om en kränkning av Europakonventionen (EKMR) skett är frågan om diskriminering av sekundär art. Diskrimineringsförbudet i EKMR ska tillämpas när det kan konstateras att DL:s regler inte – ens med en konventionskonform tolkning – når upp till det rättighetsskydd som föreskrivs i EKMR.

Huruvida Ellinor Grimmark är berättigad till ideellt skadestånd för Landstingets kränkningar av hennes religions-, samvets-, och tankefrihet samt hennes åsikts- och yttrandefrihet ska i första hand prövas enligt bestämmelserna om det allmännas skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen. Om möjligt ska skadeståndslagens regler tolkas fördragskonformt, vilket enligt praxis (NJA 2009 s. 463) innebär att vissa begräsningar i lagmotiv, praxis eller doktrin inte kan upprätthållas. Staten kan utan särskilt lagstöd åläggas att betala ideellt skadestånd för kränkning av rättigheter enligt EKMR i den mån det behövs för att Sverige ska uppfylla sina förpliktelser enligt konventionen. Detsamma gäller för Landsting / Regionen.

Enligt EKMR är rätten till religions-, samvets- och tankefrihet samt åsikts- och yttrandefrihet å ena sidan och skydd mot diskriminering å andra sidan skilda rättigheter (artikel 9 och 10 respektive 14). DL ger inte ett fullgott rättighetsskydd vid prövning av kränkningar av rätten till religions- och samvetsfrihet samt åsikts och yttrandefrihet. Enligt förarbetena till DL omfattas inte etisk och moralisk övertygelse av lagens skyddsområde.

Ref:

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Diskrimineringslagen (2008:567), SOU 2010:87, NJA 2005 s 462, NJA 2007 s 295, NJA 2007 s 584, NJA 2009 s 463, Söderman mot Sverige, mål 5786/08 Europadomstolen 12 november 2013, Rättsutlåtanden från Alliance Defending Freedom International.

2. Är Ellinor Grimmarks talan preskriberad?

Ellinor Grimmark grundar sin talan på DL i den del som avser diskriminering på grund av hennes religiösa tillhörighet. Rätten till tanke-, samvets- och religionsfrihet samt åsikts-, och yttrandefrihet skiljer sig från diskrimineringsfrågan. Detta märks tydligt i EKMR som fastställer rätten till tanke-, samvets- och rätten till religionsfrihet i artikel 9, och skyddet för åsikts- och yttrandefrihet i artikel 10, medan skyddet mot diskriminering fastställs i artikel 14. Det saknas bestämmelser om ideellt skadestånd vid talan på grund av kränkningar av rättigheter i EKMR i den inhemska skadeståndsrätten, även om utredningar gjorts för att utreda möjligheten att införa en sådan bestämmelse. I den del talan avser kränkning av rättigheter enligt EKMR kan inte andra preskriptionsregler gälla än de som gäller för talan enligt EKMR, det vill säga 10 års preskriptionsfrist enligt allmänna preskriptionsregler. Ellinor Grimmarks talan gällande gottgörelse för kränkning av hennes rättigheter enligt artikel 9 och artikel 10 EKMR är sålunda inte preskriberad.

Ellinor Grimmark har därtill yrkat ersättning för kränkningar av hennes rätt enligt artikel 14 i förening med artikel 9 och 10, primärt genom en konventionskonform tolkning av DL och – i den mån ett sådant tolkningsutrymme inte föreligger – genom en direkt tillämpning av EKMR. Följande händelser är preskriberade enligt DL:

- den uteblivna anställningen 23 april 2013,
- det kränkande uttalandet i april 2013
- den indragna studielönen 28 aug 2013

Ref:

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR), Diskrimineringslagen (2008:567), SOU 2010:87, NJA 2005 s 462, NJA 2007 s 295, NJA 2007 s 584, NJA 2009 s 463, Söderman mot Sverige, mål 5786/08 Europadomstolen 12 november 2013, Rättsutlåtanden från Alliance Defending Freedom International.

Svensk rätt - arbetsrätt

3. Kan en arbetsgivare hävda att utförande av arbetsuppgifter som är förbehållna annan yrkesgrupp enligt lag, är krav för anställning som barnmorska?

Ellinor Grimmark är legitimerad barnmorska. Abortlagen 5 § 1 st stadgar att "(E)ndast den som är behörig att utöva läkaryrket får utföra abort eller avbryta havandeskap

enligt 6 §". Ellinor Grimmark är inte behörig att utöva läkaryrket. Ellinor Grimmark uppfyller Socialstyrelsens kompetensbeskrivning för barnmorskor och hon har erhållit legitimation som visar detta. En kompetensbeskrivning är inte ett rättsligt bindande dokument, vilket även Diskrimineringsombudsmannen påpekat i tidigare prövning. Socialstyrelsen kan inte utfärda föreskrifter eller bindande dokument som är i strid med abortlagen. En arbetsgivare kan inte, genom sin arbetsledningsrätt, kräva av en barnmorska att utföra arbetsuppgifter som enligt lag är förbehållna läkare.

Regionen har anfört att 5 § abortlagen (1974:595) endast rör kirurgisk abort samt att läkare kan ordinera abort. En sådan tolkning av lagen står i strid med lagtextens semantiska betydelse och är alltså inte möjlig. Abortlagen omfattar alla aborter oavsett abortmetod. Socialstyrelsen har via ingiven e-post meddelat att det inte är möjligt att delegera uppgifter som är särskilt förbehållna en yrkesgrupp.

Det som anges i Socialstyrelsens rapport är dessutom att "barnmorskor får iordningsställa och administrera..." (egen kursiv.). Regionen har i sin talan anfört att barnmorskor i princip måste utföra den aktuella uppgiften och att det dessutom är en central del av barnmorskans uppgifter. Påståenden om att "det ingår i barnmorskor och sjuksköterskors arbetsuppgifter att ge patienter ordinerade läkemedel" (Regionens yttrande av den 29 sept 2016, s 3) är missvisande. Det är en stor skillnad på att ge ordinerade läkemedel av medicinska skäl på grund av sjukdom, jämfört med att ge ordinerade läkemedel som är aborterande. En väsentlig skillnad är att den senare omfattas av abortlagen. Det handlar inte om att administrera vilken medicin som helst, utan om aborterande läkemedel. Således kan det ifrågasättas om det är en läkare som "utför" (5 § abortlagen) uppgiften om en barnmorska iordningsställer och administrerar den aborterande medicinen till patienten. En arbetsgivare kan således inte hävda att utförande av arbetsuppgifter som är förbehållna annan yrkesgrupp enligt lag, är krav för anställning som barnmorska.

Ref: Abortlagen 5 §, prop. 1974:70 s. 76, s. 77, Socialstyrelsens kompetensbeskrivning för barnmorskor, sakkunnigutlåtande arbetsrättsprofessor Reinhold Fahlbeck, daterat den 30 augusti 2016, E-post socialstyrelsen rörande 5 § abortlagen samt delegation.

4. Har ett bindande avtal om anställning kommit till stånd avseende Värnamo?

Ett anställningsavtal är formlöst och det är tillräckligt för att ett sådant ska komma till stånd att det mellan arbetsgivaren och den anställningssökande finns samstämmiga viljeförklaringar om anställning. Anställningsavtalets giltighet förutsätter således inte att det i avtalet finns uppgift om den anställdes lön och placering m.m.

Av utredningen i målet framgår att Ellinor Grimmark av Lisbeth Edvinsson, vårdenhetschef över förlossningsavdelningen och BB-avdelningen på Värnamo sjukhus, erbjöds en anställning som barnmorska, med en lön på 26 000 kr, vilket accepterades av Ellinor Grimmark. Det framgår vidare att hennes tillträde till anställningen skulle börja

omgående, i vart fall i maj 2014. Ellinor Grimmark tillfrågades om hon kunde börja så snart hon "kom loss" från sin anställning som sjuksköterska på Högländssjukhuset och fått tjänstledigt.

Ellinor Grimmark lämnade in en skriftlig ansökan om tjänstledighet till Emma Fager, Vårdenhetschef vid Eksjö och meddelade att om tjänstledighet inte beviljades så skulle hon säga upp sin tjänst som sjuksköterska för att kunna tillträda den erbjudna anställningen. Den 24:e januari 2014 skickades en e-post från Ellinor Grimmark till PA konsult Alexandra Norén: *"Oavsett hur svaret från Eksjö ser ut" (red anm. angående tjänstledighet) "så kan jag börja hos er senast 1 maj" (red. anm. efter tre månaders uppsägningstid). "Min plan är börja gå bredvid hos er senast i mars. Jag tänkte att jag då kunde gå bredvid två dagar i veckan om jag inte kommit loss från Eksjö då"*.

Den 27:e jan 2014 uppgav Lisbeth Edvinsson att hon var tvungen att dra tillbaka den utlovade och accepterade tjänsten som barnmorska på grund av att Ellinor Grimmark yttrat sig i media om saken. Hon erbjöds också kuratorsamtal för att ändra sin inställning gällande abort.

Den 27:e januari 2014 skrev Ellinor Grimmark i e-post till vårdenhetschefen i Eksjö, Emma Fager: *"Tack snälla för allt krångel du har fått ha för min skull. Nu har Värnamo dragit tillbaka tjänsten så jag stannar gärna hos er om jag får det."*

Lisbeth Edvinsson har i förhör vid Jönköpings tingsrätt uppgett följande *"Jag hade erbjudit ett vikariat till en barnmorska som kunde möta våra patienter med respekt och värme och ge en god omvårdnad. Nu såg jag bara framför mig någon som var aktiv abortmotståndare. Det kändes som att vi skulle ... att jag hade en barnmorska framför mig som det stod aktiv abortmotståndare på namnskylden."*

Ett bindande juridiskt avtal har således kommit till stånd mellan arbetsgivaren och Ellinor Grimmark avseende Värnamo och det är visat att den erbjudna anställningen drogs tillbaka på grund av att Ellinor Grimmarks åsikter och hennes yttrande om saken i media.

Ref. E-postkommunikation mellan Ellinor Grimmark och Region Jönköping, Vittnesförhör Lisbeth Edvinsson

Svensk rätt – kravet på god vård

5. Vilka är utgångspunkterna för vården?

Rätten till hälsa och kravet på god vård

Utgångspunkten för vården är att patienten skall ha rätt till god vård. För att kunna tillgodose detta behöver det finnas vårdpersonal som kan erbjuda god vård.

Regionen har, som bärare av bevisbördan därför, inte visat att kvinnors tillgång till vård hindras genom Ellinor Grimmark arbete på förlossning och BB avdelning. Situationen är snarare den motsatta. Den akuta bristen på barnmorskor i ett flertal svenska landsting, inklusive i Regionen, är ett stigande hälso- och patientsäkerhetsproblem. Att utestänga kompetenta barnmorskor som Ellinor Grimmark från sjukvården är inte förenligt med patientsäkerhetslagen och rätten till god vård.

I ett beslut från Europarådets expertkommitté i klagomålet framgår tydligt att artikel 11 i Europarådets sociala stadga, som omfattar rätten till hälsa, endast blir aktuell och tillämplig i ärenden rörande samvetsfrihet i vården, om det är visat att kvinnors tillgång till hälsa eller abort hindras.

Det föreligger inte barnmorskebrist vad gäller abort och Regionen har inte på något sätt visat att någon patient inte skulle erhålla god vård om Ellinor Grimmark anställdes. Regionens företrädare har däremot visat att Ellinor Grimmark behövdes i förlossningsvården vid tillfället för erbjuden och återtagen samt nekade anställningar. Regionen har genom att skilja Ellinor Grimmark från sin anställning samt neka henne anställning som barnmorska vid förlossningskliniker och BB-avdelning, inte upprätthållit kravet på god vård.

Ref: Patientsäkerhetslagen (2010:659), Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), Artiklar rörande samvetsfrågan och akut barnmorskebrist i Sverige, Rättsutlåtande European Centre for Law and Justice, Claire de la Hougue, 14 september 2015, bilaga till yttrande av den 21 september 2015, European Centre for Law and Justice anmälan mot Sverige till FN:s särskilde rapportör för religionsfrihet, 23 maj 2015, bilaga 9 till yttrande av den 21 september 2015, FAFCE mfl mot Sverige 99/2013, IPPF-EN mot Italien, 87/2012, 10 september 2013.

Barnmorskans kompetensområde

Regionen ansvarar för att tillgodose att hälso- och sjukvårdspersonal uppfyller uppställda utbildnings- och kompetenskrav. Ellinor Grimmark uppfyller kompetenskraven och har erhållit sin legitimation. Alla barnmorskor kan inte jobba med alla kompetensområden – ett sådant förhållningssätt skulle utgöra en risk för patienten. Det torde vara ostridigt mellan parterna att barnmorskor vanligen roterar mellan två avdelningar, t ex BB och förlossning, eftersom detta är optimalt ur kompetenssynpunkt.

I kompetensbeskrivningen för barnmorskor framgår att barnmorskor ska kunna "tillämpa kunskaper om abort". Ellinor Grimmark vill här framhålla att det inte står att barnmorskor ska *utföra* aborter, eftersom det vore i strid med lag (se 5 § abortlagen). Det är en annorlunda skrivning vad gäller aborter än många andra uppgifter som räknas upp i kompetensbeskrivningen och där det klart framgår att uppgiften ska kunna utföras av barnmorskan.

Ingen barnmorska kan *arbeta* med *alla* uppgifter som räknas upp i kompetensbeskrivningen eftersom det är för omfattande. I barnmorskans kompetensbeskrivning hänvisas också till den Internationella etiska koden för barnmorskor, vilken fastställer att barnmorskor ska ha rätt att avstå från uppgifter mot vilka de hyser moraliska eller religiösa betänkligheter.

Ref: Socialstyrelsens kompetensbeskrivning för barnmorskor, Abortlagen § 5, Utdrag doktorsavhandling Umeå universitet, Meta Lindström, Medicinska fakulteten, Klinisk Vetenskap, Obstetrik och Gynekologi, 2007.

6. Hur är verksamheten vid kvinnoklinikerna organiserad?

Kvinnoklinikernas verksamhet är uppdelad mellan Förlossnings, BB- och gyn-avdelningar, då övervägande verksamhet är förlossnings- och BB-verksamhet. Vården är organiserad på ett liknande sätt i Europa och i de skandinaviska grannländerna, som exempelvis Norge och Danmark. Med hänsyn till att den svenska abortlagens förarbeten hänvisar till vikten av sjukvårdspersonalens rätt att avstå från att medverka vid aborter av religiösa eller andra skäl torde det vara svårt att hävda att sjukvården i Sverige numera är organiserad på ett sådant sätt att det är omöjligt att tillgodose. Enligt en doktorsavhandling från Umeå universitet arbetar endast 41 % av barnmorskor med abortrelaterad verksamhet, 59 % arbetar med andra arbetsuppgifter.

Ellinor Grimmark har sökt arbete på BB och förlossning, inte på gyn-avdelning. På förlossningsavdelning utförs endast sena aborter, aborter efter vecka 18, och dessa utgör ca 1 procent av alla aborter. Aborter mellan vecka 12 och vecka 17 kan i vissa fall utföras på förlossningsavdelning, men de utförs oftast på vårdavdelning. Det rör sig alltså om mycket få aborter som utförs på förlossningsavdelning och de är alltid planerade, inte akuta.

Abortverksamhet är en mycket liten del av verksamheten vid en kvinnoklinik då 93 procent av alla aborter är idag medicinska aborter och utförs i hemmet. Samtliga aborter är planerade under dagtid och är i princip aldrig akuta, till skillnad från förlossningsverksamheten. Förlossningsarbete innebär betydligt tyngre arbete och obekvämt arbetstid. Det krävs också betydligt mer övning och skicklighet för att arbeta med förlossning. Under barnmorskeutbildningen hade Ellinor Grimmark ungefär 15-16 veckors praktik på förlossningsavdelning och utförde ungefär 50 förlossningar. Hon hade endast åtta dagars praktik på gynnottagning. Dessa dagar delades upp på operation, telefonrådgivning, cytostatika behandling för livmodercancer etc., varför endast en halv dag var praktik på abortmottagningen, vilket inkluderade 4 rådgivande samtal. Detta visar hur stor del förlossningsverksamheten är jämfört med abortverksamheten.

Ref:

Proposition 1974:70, Socialutskottets betänkande 1983/84:SoU3 om vissa abortfrågor,

Funktionsbeskrivning för barnmorska i Norge och beskrivning av möjlighet för vårdpersonal i Norge att åberopa samvetsfrihet, ab 26, 28, Erklaring – reservasjon ved Svangerskapsavbrudd, Norge, ab 27, Gynekologer och barnmorskor inom svensk abortvård – åsikter, erfarenheter och upplevelser, Meta Lindström, 2007, Socialstyrelsens abortstatistik.

Svensk rätt – diskriminering

7. Har Ellinor Grimmark vid en prövning av diskriminering enligt DL blivit diskriminerad?

Regionen har som villkor för anställning som barnmorska uppställt krav på att

1. barnmorskor måste utföra abort och
2. barnmorskor måste ha en viss inställning till abort samt
3. barnmorskor får inte yttra sig offentligt negativt om abort (Värnamo).

Dessa villkor kan framstå som neutrala. Den innebär emellertid att ”personer med ... viss religion eller annan trosuppfattning” missgynnas genom att de vägras anställning. Detta är typfallet för indirekt diskriminering enligt DL.

Det ankommer då på arbetsgivaren att visa ”förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet”.

(a) berättigat syfte? Regionen anför verksamhetsmässiga och schematekniska skäl och skäl sammanhängande med allmänhetens förtroende för abortverksamheten.

(b) lämpliga och nödvändiga medel? Här skall en proportionalitetsbedömning ske. Vilka intressen skall ställas mot varandra vid proportionalitetsbedömningen?

Det centrala vid bedömningen är arbetstagarens intresse av tanke-, samvets- och religionsfrihet, åsikts- och yttrandefrihet, som är intressen som finns högst på värdeskalen, och arbetsgivarens intresse av att kunna utöva arbetsledning och personalplanering efter eget gottfinnande, intressen av avsevärt lägre rang på värdeskalen. Personalplanering är typiskt sett en tämligen enkel fråga om schemaläggning. Den saken klaras av i andra länder, till exempel Norge och Danmark, och även inom Regionen – se exempelvis vittnesmål från Margareta Berggren. Det är sålunda inte ett *lämpligt och nödvändigt medel* att tillgripa ett så drastiskt medel som total avstängning av arbetstagare som åberopar mänskliga rättigheter, för att uppnå syftet.

Övriga intressenter i sammanhanget är (1) övriga arbetstagare respektive (2) abortsökande kvinnor. Svenska abortsökande kvinnors intressen kan inte ställas i

motsats till medicinsk personal som åberopar samvetsfrihet eftersom tillgänglighet till abort inte på något sätt av att vårdpersonal av samvetsskäl inte medverkar i abort. Det är alls heller inte fallet i våra grannländer, tex Norge eller Danmark. Ellinor Grimmark har inte saknat några faktiska yrkeskvalifikationer, vilket erhållandet av barnmorskelegitimation visar.

Ellinor Grimmarks ställningstagande, att hon inte kan tänka sig att utföra abortingrepp, är en sådan manifestation av hennes tro som åtnjuter skydd Europakonventionen och förbudet mot diskriminering i DL skall tolkas fördragskonformt och i enlighet med diskrimineringsbestämmelserna i artikel 14 EKMR. Ellinor Grimmark har dessutom utsatts för ett flertal direkt kränkande uttalanden av chefer och företrädare för Regionen. Vid en sådan bedömning har Ellinor Grimmark blivit utsatt för en diskriminering som har haft samband med hennes religion och annan trosuppfattning.

Ref: Diskrimineringslagen (2008:567), DO:s beslut, 2014-04-10, rättsutlåtande professor emeritus Reinhold Fahlbeck, 28 maj 2014 samt rättsutlåtande daterat den 30 augusti 2016. Rättsutlåtanden från Alliance Defending Freedom International, vittnesförhör med barnmorska Elin Eiderbrant, vittnesförhör med barnmorska Ingrid Karlsson, Vittnesförhör Margareta Berggren, tidigare ansvarig för BB-avdelning, Ryhovs sjukhus, Europeiska Sociala Kommitténs beslut i målet FAFCE mfl mot Sverige (nr 99/2013), Avhandling Kavot Zillén Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet, 2016

EKMR

8. Omfattas Ellinor Grimmarks handlande av Europakonventionens rättighetskydd?

Europakonventionen har till syfte att skydda de mänskliga rättigheterna och garantera att staten inte på ett otillbörligt sätt inskränker individens åtnjutande av dessa rättigheter. I en situation där en myndighet uppställer krav för en anställning som innebär att en person begränsas i möjligheten att manifesteras sin religiösa eller i samvetet grundade uppfattning (då denne är förhindrad att utföra vissa åtgärder), samt att inneha en religiös uppfattning eller åsikt, aktualiseras Europakonventionens artikel 9 och 10.

Det är Ellinor Grimmarks övertygelse att livet börjar vid befruktningen. Elinor Grimmark är av övertygelsen att alla människor har samma människovärde, även ett foster som ännu inte fötts. Ellinor Grimmarks kristna tro har präglat hennes syn på livet. Hon har dessutom en etisk filosofiskt baserad samvetsövertygelse som hindrar henne från att utsläcka liv. Ellinor Grimmark vill inte utföra eller delta vid några ingrepp eller några handlingar som resulterar i att ett mänskligt liv avslutas.

Det är ostridigt att Ellinor Grimmark skulle fått behålla sin anställning och anställts om det inte var för hennes inställning gällande medverkan vid abort. Hennes anspråk grundas på en djup, genuin och seriös trosföreställning och samvetsövertygelse och är således en konventionsskyddad rätt till samvetsfrihet enligt Europakonventionen.

Ref: EKMR, DO:s beslut, 2014-04-10 ANM 2014/12 m.fl, Bayatyan mot Armenien, Grand Chamber (23459/03, 7 juli 2011), Oliver Brüstle mot Greenpeace (EU-domstolen, 18 oktober 2011, mål C-34/10)

9. Omfattas Ellinor Grimmarks samvetsfrihet av EKMR:s rättighetsskydd?

För att samvetsfriheten i artikel 9 skall falla in under artikelns tillämpningsområde krävs att begäran om samvetsfrihet är en *djup, genuin och seriös* trosföreställning. Det faktum att så många länder i EU och Europarådet skyddar rätten till samvetsfrihet visar hur grundläggande och betydelsefull samvetsfriheten är.

För Ellinor Grimmark innefattar samvetsfrihet att hon inte medverkar vid:

- utdelning av fosterutdrivande tabletter
- medverkan vid kirurgisk abort
- kvittering eller medverkan vid förlossning vid sena aborter
- insättning av kopparspiral eller dagen-efterpiller som kan resultera i en mycket tidig abort.

Ellinor Grimmark kan möta och vårda en abortsökande kvinna. Detta innefattar från hennes sida:

- Eftervård efter abort som t.ex. smärtlindring, dusch eller omklädning.
- Vård av en kvinna vid en akut blödning eller annan akut situation
- Bemötande av varje patient, även abortsökande kvinnor, med full respekt.

Ellinor Grimmarks inställning gällande abort utgör den typen av manifestering av en individs samvetsfrihet enligt artikel 9 som åtnjuter skydd enligt konventionen.

Ref: Bayatyan mot Armenien, mål [23459/03](#), Grand Chamber, 7 juli 2011, Resolution 1928 (2013) från Europarådets parlamentariska församling Resolution 1763 (2010) från Europarådets parlamentariska församling, Uppdaterad tabell över reglering av samvetsfrihet i europeiska länder, ADF International, ingiven med yttrande av den 17 augusti 2016, Tabell över regleringen av rätten till samvetsfrihet i Europarådets medlemsstater

10. Omfattas Ellinor Grimmarks religionsfrihet av EKMR:s rättighetsskydd?

Rätten till religionsfrihet enligt artikel 9 i Europakonventionen innebär bland annat rätt att utöva (eng. "manifest") sin religion eller tro. Av Europadomstolens praxis framgår att inte varje handling som är religiöst motiverad utgör ett utövande av religion i denna mening. För att anses som ett sådant uttryck för en trosuppfattning som åtnjuter skydd enligt artikeln fordras att manifestationen är direkt förbunden (eng. "intimately linked") med trosuppfattningen i fråga, till exempel i form av ett religiöst uttryck. Förekomsten av ett tillräckligt nära samband mellan handlingen och den bakomliggande trosuppfattningen måste prövas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.

Diskrimineringsombudsmannen fann i beslut ANM 2014/12 m.fl. gällande Ellinor Grimmark, att hennes ställningstagande, att hon inte är beredd att medverka till aborter, utgjorde en sådan manifestation av hennes religiösa, kristna tro som åtnjuter skydd enligt artikel 9 i Europakonventionen. DO konstaterade också att Regionens beslut, att hon på grund av detta ställningstagande inte kunnat komma ifråga för anställning som barnmorska, därmed har utgjort ett ingrepp i hennes rätt till religionsfrihet enligt denna artikel (s. 8 i beslutet).

Regionen har vid upprepade tillfällen ställt upp ett krav på att Ellinor Grimmark måste vara beredd på att utföra aborter, vilket hon är förhindrad att göra med hänsyn till en, i hennes samvete och hennes religiösa övertygelse grundad, inställning. Det är ostridigt att Ellinor Grimmark skulle anställts om det inte var för hennes inställning gällande medverkan vid abort. Hennes anspråk utgör en konventionsskyddad rätt till religionsfrihet enligt Europakonventionen.

Ref: DO:s beslut, 2014-04-10 ANM 2014/12 m.fl, Eweida m.fl. mot Storbritannien mål 48410/10, 27 maj 2013

11. Omfattas Ellinor Grimmarks tankefrihet av EKMR:s rättighetsskydd?

Artikel 9 skyddar, utöver rätten att manifesteras sin religion, en rätt att ha en religiös uppfattning. Företrädare från Regionen / arbetsgivaren har försökt pressa Ellinor Grimmark att ändra sin uppfattning för att kunna erhålla en anställning. Europadomstolen har konstaterat att det huvudsakliga skyddet i artikel 9 ges tankefriheten och att företrädare för staten eller en statlig myndighet inte kan bestämma vad en person ska tro på. Inte heller får staten ta steg för att försöka få enskilda att ändra sina trosuppfattningar.

Det står klart att Ellinor Grimmark skulle anställts om det inte var för hennes inställning gällande abort, i kombination med att hon inte kan medverka vid aborter. Hennes tankefrihet omfattas sålunda av det konventionsrättsliga skyddet.

Ref. Ivanova mot Bulgarien, mål 52435/99, 12 april 2007, Vogt mot Tyskland mål 17851/91, 25 september 2015.

12. Omfattas Ellinor Grimmarks åsikts- och yttrandefrihet av EKMR:s rättighetskydd?

Var och en har rätt till yttrandefrihet enligt artikel 10 EKRM. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser.

Åsiktsfriheten är skyddad enligt artikel 10 i Europakonventionen och innefattar rätten att uttrycka och ha egna åsikter. Det innebär således att en person inte får straffas eller sanktioneras eller utstå andra negativa konsekvenser för att denne inte delar vissa åsikter

Europadomstolen har framhållit med tydlighet att artikel 10 skyddar både de idéer som av allmänheten är allmänt accepterade, och sådana åsikter som för vissa verkar chockerande, eller som väcker anstöt. Detta är ett av de grundläggande kraven på pluralism, tolerans och öppenhet, och dess existens är en förutsättning för ett demokratiskt samhälle.

Av utredningen i målet framgår att Ellinor Grimmark skulle anställts om det inte var för hennes inställning och åsikt gällande abort i kombination med att hon inte kan utföra aborter. Hennes anspråk utgör således en konventionsskyddad rätt till åsiktsfrihet enligt Europakonventionen.

Regionen har i sina yttranden till tingsrätten tydligt anfört att Ellinor Grimmarks inställning gällande abort är orsaken till Regionens behandling, dvs. återtagande av anställning och nekande av anställning.

I Regionens förteckning (ab 119) inkommen den 31 aug 2015 står följande:
(p17) Behandlingen av Ellinor Grimmark måste ses i ljuset av att hon inte endast har en trosuppfattning som hon följer, inte heller att hon i anslutning till trosuppfattningen är abortmotståndare, utan att hon tar tydligt avstånd från abort och all befattning med aborter och är offentlig talesperson för abortmotståndet. Ett sådant aktivt utövande av religionsfriheten berör på ett tydligt sätt andra individers mänskliga rättigheter och skapar särskilda svårigheter i organiseringen av arbetet." (s 9) (se även upprepning i förteckning till AD, ab 63*, 10 jan 2017 s7)

I yttrande av den 31 augusti 2015 (ab 118) anför Regionen:

”Det har därmed inte varit möjligt att ha Ellinor Grimmark sysselsatt i verksamheten, för att inte riskera att abortpatienter ska behöva vårdas av en aktiv abortmotståndare i något led av vårdkedjan. Även förtroendet för verksamhetens objektivitet och professionalitet måste upprätthållas i förhållande till allmänheten, vilket av verksamheten inte bedömdes möjligt om Ellinor Grimmark skulle komma att tjänstgöra där ens en kortare tid.” (s 4)

Det har även framkommit att Ellinor Grimmarks åsikter är oacceptabla för Regionen genom ett flertal vittnesförhör som hållits under huvudförhandlingen. Bland annat har Lisbeth Edvinsson, vårdenhetschef över förlossningsavdelningen och BB-avdelningen på Värnamo sjukhus, har i förhör vid Jönköpings tingsrätt uppgett följande: *”Jag hade erbjudit ett vikariat till en barnmorska som kunde möta våra patienter med respekt och värme och ge en god omvårdnad. Nu såg jag bara framför mig någon som var aktiv abortmotståndare. Det kändes som att vi skulle ... att jag hade en barnmorska framför mig som det stod aktiv abortmotståndare på namnskylden.”* Med andra ord är det hennes inställning, tankar och åsikter som utgör delar av grunden för återtagande och nekandet av anställning.

För att en kränkning ska ske av artikel 10, Europakonventionen (åsikts- och yttrandefriheten) behöver det inte vara inställningen som är den enda faktorn som legat till grund för att avskeda Ellinor Grimmark eller neka henne arbete, det räcker att det är ett av flera villkor.

Ref: Macovei, Council of Europe, A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, 2 u, s 8, Vogt mot Tyskland Europadomstolens mål 17851/91, 25 september 2015.

13. Föreligger grund för inskränkning av Ellinor Grimmarks rättigheter enligt EKMR?

Varje inskränkning i den enskildes rättigheter enligt Europakonventionen måste uppfylla tre krav:

1. Lagstöd
2. Legitimt syfte, godtagbart ändamål
3. Nödvändighet i ett demokratiskt samhälle och proportionalitet, varpå en intresseavvägning måste ske

1. Lagstöd

Samvets- och religionsfriheten

Varje inskränkning i artikel 9 måste utan undantag ha stöd i lag. Föreligger inget sådant stöd utgör inskränkningarna kränkningar av artiklarna oaktat eventuella försvarliga skäl till att inskränkningen genomförts. I förevarande fall har Regionen ställt ett krav på att barnmorskor måste kunna utföra aborter. Kravet på att utföra aborter härleds av Regionen från Socialstyrelsens kompetensbeskrivning för en legitimerad barnmorska. Att uppställa ett krav på att en barnmorska ska utföra aborter saknar dock stöd i lag. Enligt 5 § abortlagen (1974:595) är det enbart den som är behörig att utöva läkaryrket som får utföra aborter eller avbryta ett havandeskap. Det saknas möjlighet att delegera uppgifter som är särskilt förbehållna en yrkesgrupp enligt lag. Vidare framgår av förarbetena till den svenska abortlagen *vikten av att det tas hänsyn till personalens önskemål all slippa delta i abortverksamheten. Vid lagens tillkomst gällde detta läkare, då barnmorskor inte utförde aborter.* Regionens arbetsledningsrätt kan inte användas i strid mot tvingande lagstiftning för att tvinga Ellinor Grimmark att medverka vid aborter, avskeda henne eller neka henne arbete. Det saknas lagstöd för att inskränka samvets- och religionsfriheten. Laglighetskravet enligt EKMR är således inte uppfyllt.

Ref: E-post från Socialstyrelsen ang. abortlagen 5 §, Socialstyrelsens Rapport, "Medicinska aborter, fördelning av arbetsuppgifter – praxis och regelverk", 2008, sjukvårdskungörelsen (1972:676), prop. 1974:70 s 76-77, SoU I 983/84:soU3, Van Dijk m.fl., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4 u, s 769.

Tankefriheten

Regionen har ställt Ellinor Grimmark inför kravet att göra avkall på sin religiöst grundade uppfattning som ett villkor för anställning. En sådan inskränkning i hennes tankefrihet är inte förenlig med rätten att ha en religiös uppfattning enligt artikel 9 Europakonventionen. Det står klart att representanter för berörda kliniker anser att Ellinor Grimmark bör, och att de försökt pressa henne till att, göra avkall på sin religiöst grundade uppfattning. Eftersom en inskränkning i tankefriheten aldrig är förenlig med artikel 9, föreligger en kränkning av denna rättighet.

Ref: Ivanova mot Bulgarien, mål 52435/99, 12 april 2007, Vogt mot Tyskland mål 17851/91, 25 september 2015.

Åsikt- och yttrandefriheten

I fråga om inskränkningen av Ellinor Grimmarks åsikts- och yttrandefrihet finns inget lagstöd för att Ellinor Grimmark skulle vara förhindrad att uttala sig i abortfrågan. Återtågandet av tjänsten vid Värnamo sjukhus på grund av att Ellinor Grimmark uttalat

sig i en intervju i Värnamo tidning, strider därtill klart mot repressalieförbudet i TF 1:3 som gäller att det allmänna inte får ingripa med åtal eller skadeståndstalan mot yttrandefrihetsmissbruk annat än med stöd av TF. Det har dock sedan länge tolkats så att det råder förbud även mot andra sanktioner. Något som lagfäst i TF 3:4 andra stycket där det stadgas att myndighet eller annat allmänt organ inte får ingripa mot någon för att han eller hon medverkar i tryckt skrift.

Av en tämligen rikhaltig praxis från JO och JK framgår att i princip varje form av negativ åtgärd av företrädare för det allmänna mot en person som gjort bruk av sin yttrandefrihet i grundlagsskyddade media är olaglig. Det kan gälla uttalat missnöje kritiska frågor och uttalanden av tillrättavisande innebörd. Tröskeln är alltså låg.

Uppsåtligt ingripande i strid med 3:4 andra stycket är kriminaliserat i TF 3 :5 (tredje stycket) om åtgärden utgör avskedande, uppsägning, meddelande av disciplinpåföljd eller annan sådan åtgärd. Ett återtagande av en tjänst på grund av bruk av yttrandefriheten i tryckt skrift torde falla in under bestämmelsens tillämpningsområde.

Inskränkningen av Ellinor Grimmarks i art 10 skyddade rättighet på grund av att hon gjort bruk av sin yttrandefrihet i media, är under alla omständigheter olaglig. Den strider mot centrala yttrandefrihetsrättsliga regler. Inskränkningen saknar därmed inte endast lagstöd - den är grundlagsstridig- och utgör en tydlig kränkning av art 10.

Regionen har uppställt ett krav på sina anställda att barnmorskor ska vara principiellt beredda att medverka vid abort utifrån en viss inställning till abortsökande kvinnor. I förevarande fall finns ingen lagstiftning som ger stöd för att ställa krav på att offentligt anställda ska dela en viss inställning. Kravet på lagstöd i 10.2 för inskränkning av rättighet är således inte uppfyllt.

Ett krav på att de anställda ska dela vissa åsikter är av Regionens kopplade till en vagt uttryckt eller helt odefinierad värdegrund, vilket ger vidare utrymme för betydande godtycke. Redan på denna grund – att inskränkningen saknar stöd i lag – föreligger således en konventionskränkning.

Ref: Hans- Gunnar Axberger Yttrandefrihetsgrundlagarna s 144 ff och där refererade avgöranden, Macovei, Council of Europe, A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, 2 u, s 8, Vogt mot Tyskland Europadomstolens mål 17851/91, 25 september 2015.

Godtycklighet

Kravet på stöd i lag innebär att lagregleringen ska uppfylla vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier. Lagen måste följaktligen indikera med tillräcklig tydlighet vilken rätt myndigheten har att begränsa konventionsrättigheter.

Det finns en stor skillnad i hur olika landsting i Sverige förhåller sig till det åberopade rättighetsskyddet, och enskilda sjukhus och personer beslutar över

vilken vikt individens samvets- och/eller religionsfrihet ska ges. Det föreligger således ett stort mått av godtycke i förhållande till sjukhusens möjlighet att inskränka enskilda individers religionsfrihet i förevarande fall. Detta är särskilt anmärkningsvärt med hänsyn till den välutvecklade lagstiftning avseende samvetsfrihet som finns i övriga Europa. Bristen på tydliga regler innebär således att en individ kan drabbas av ett i praktiken fullständigt yrkesförbud medan en annan, lika kvalificerad, barnmorska kan ha ett långt yrkesliv med inordnad samvetsfrihet utan att detta leder till problem.

I ljuset av att Regionen haft anställda personer med samvetsfrihet (se exempelvis vittnesmål från Margareta Berggren), vilket Ellinor Grimmark har känt till, innebär det att Regionens handlande mot Ellinor Grimmark framstår som än mer godtyckligt och oförutsebart. I förevarande fall saknas således båda grundläggande förutsättningar för att inskränkningen ska anses ha stöd i lag enligt Europakonventionen.

2. Legitimt syfte, godtagbart ändamål

En inskränkning av en konventionsrättighet skall enligt Europadomstolens praxis vara nödvändig ”med hänsyn till den allmänna säkerheten eller skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter” (artikel 9.2 samt 10.2). I detta ligger att inskränkningen skall ha ett godtagbart ändamål. Ändamålet har av Regionen anförts vara, en plikt att tillhandahålla aborter i enlighet med lag. En enskild barnmorskas vägran att medverka vid abortverksamhet har dock inte något som helst samband med eller inverkan på den *principiella tillgängligheten* av abort i Sverige. Att en enskild barnmorska inte kan medverka vid abortverksamhet har inte heller något som helst samband med eller inverkan på den *praktiska tillgängligheten* av abort i Sverige. Det ändamål som anförts strider därmed mot artikel 9 Europakonventionen. Nödvändighetsbedömningen ska *inte* ske mellan tillgänglighet av abort och förvägrat arbete, dvs i praktiken yrkesförbud. Tillgängligheten av abort är inte en faktor i sammanhanget.

Ändamålet kan uppnås på annat sätt än genom yrkesförbud för Ellinor Grimmark och Regionens handlande har därmed inte ett berättigat syfte. Som alternativ till yrkesförbud kan personaladministrativa åtgärder vidtas. Exempel på sådana är personalplanering, personaltillgång, fördelning av arbetsuppgifter och arbetstidsscheman. Sådana åtgärder förekommer av olika skäl regelmässigt på arbetsplatser. De är mindre ingripande för den som berörs än förvägrat arbete/yrkesförbud.

Att det är möjligt att schemalägga på ett sådant sätt att utrymme ges för samvetsfrihet framgår av att det tidigare skett och sker på flera vårdinrättningar över hela landet. Region Jönköpings län har inte ens undersökt om mindre ingripande åtgärd kunde ha vidtagits. Inte heller i detta hänseende har sålunda

konventionsåliggandet uppfyllts.

Ref: Eweida mfl mot Storbritannien, mål 48420/10 Europadomstolens dom 15 januari 2013, Rättsutlåtande från Alliance Defending Freedom International, Kavot Zillén, Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet mm. 2016, s. 66, Rättsutlåtande Professor Reinhold Fahlbeck daterat den 30 augusti 2016, Rättsutlåtanden Alliance Defending Freedom International, Gynekologer och barnmorskor inom svensk abortvård – åsikter, erfarenheter och upplevelser, Meta Lindström, 2007, Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5 u, S 58. R. R mot Polen, Europadomstolen, mål nr. 57375/08 § 206, 28 november 2011, P och S mot Polen, Europadomstolen, mål nr. 27617/04, 30 januari 2013 § 106, Internationella etiska koden för barnmorskor, Etiska koden för WHO och den internationella federationen för gynekologer, Danelius (2015), kapitel 4, avsnitt 6.2 och 6.5, Europarådets resolution 1763 (2010) om "rätt till samvetsfrihet i lagligt utövad medicinsk vård", Beyeler mot Italien, dom den 5 januari 2005, § 108-110, I målet Bayatyan mot Armenien, mål nr 23459/03, 27 oktober 2009, SAS mot Frankrike uttalar Grand Chamber § 129.

Föreligger ett utrymme för "margin of appreciation"?

I praxis ges medlemsstaterna ett utrymme för egna nationella bedömningar, s.k. *margin of appreciation*. Denna *margin of appreciation* är starkt förknippad med om det finns samsyn bland medlemsländerna i den fråga som saken gäller. Ju större den europeiska samsynen är desto mindre är den nationella marginalen för egenbedömning. Det finns en närmast total samsyn i Europa gällande rätten till samvetsfrihet. Alla länder i EU har generella klausuler i konstitution eller lag som skyddar rätten till samvetsfrihet vilket visar att samvetsfrihet är en grundläggande och etablerad rättighet i Europa. I Sverige återfinns rätten till samvetsfrihet för vårdpersonal i abortlagens förarbeten. Hela 44 av 47 Europarådet medlemsstater skydda rätten till samvetsfrihet. Dessutom är rätten till samvetsfrihet för vårdpersonal inskriven i den internationella etiska koden för barnmorskor, WHO och den internationella federationen för gynekologer. Av betydelse för bedömningen av nödvändighetsrekvisitet och nationell beslutsmarginal är vidare ett antal resolutioner utfärdade av Europarådets parlamentariska församling som entydigt slår fast rätten till samvetsfrihet. Utrymmet för "margin of appreciation" är således i princip obefintligt.

Ref: Tabell över regleringen av rätten till samvetsfrihet i Europarådets medlemsstater, Uppdaterad tabell över reglering av samvetsfrihet i europeiska länder (EU) ADF International, Professor Reinhold Fahlbeck daterat den 30 augusti 2016, Rättsutlåtanden Alliance Defending Freedom International, Danelius (2015), kapitel 4, avsnitt 6.2 och 6.5, Europarådets resolution (2010 nr 1763) om "rätt till samvetsfrihet i lagligt utövad medicinsk vård".

Vilken vikt tillmäter Europadomstolen Europarådets resolutioner?

Rätten till samvetsfrihet för vårdpersonal fastställs i *Europarådets resolution 1763 (The right to conscientious objection in lawful medical care)*, och samvetsfrihet fastställs vidare i resolution 1928 (2013) Resolution 2036 (2015).

Resolutioner är inte bindande för medlemsstaterna men enligt etablerad praxis från Europadomstolen används rekommendationer och resolutioner från Europarådets parlamentariska församling för att ge vägledning kring rådande europeisk praxis och samsyn och resolutioner användas av Europadomstolen vid tolkningen av konventionens rättigheter.

Ref. Demir och Baykara mot Turkiet (mål 34503/97, Europadomstolen dom 12 november 2008, para 74 med hänvisningar), Von Hannover mot Tyskland (2), (mål 40660/08 och 60641/08, Europadomstolen dom 7 februari 2012, paras 106 och 110 med hänvisningar) samt Moskvass Jehovas vittnen m fl mot Ryssland (mål 302/02, Europadomstolen dom 22 november 2010, paras 90 och 157 med hänvisningar).

Vilken betydelsen har internationella etiska koder om samvetsfrihet?

Internationella medicinetiska normer, såsom de som fastställts av Internationella Barnmorskeförbundet (ICM), Världshälsoorganisationen (WHO) och den Internationella federationen för gynekologi och obstetrik (FIGO), ger vägledning om reglering av rätten till samvetsfrihet.

De internationella riktlinjerna förstärker det faktum att det råder en samsyn i övriga europeiska, och andra, länder kring rätten till samvetsfrihet för vårdpersonal. Det som fastställts i Europarådets resolution 1763 (2010) är närmast en avspeglning av det som redan fastställts i internationella medicinetiska koder. Det faktum att det också anges, i de etiska riktlinjerna likväl som i resolution 1763, att patienten ska få den vård som den behöver samtidigt som vårdpersonalen ska beviljas samvetsfrihet visar att det inte finns någon motsättning mellan dessa.

Ref: Internationella medicinetiska normer, såsom de som fastställts av Internationella Barnmorskeförbundet (ICM), Världshälsoorganisationen (WHO) och den Internationella federationen för gynekologi och obstetrik (FIGO)

3. Nödvärdigt i ett demokratiskt samhälle och proportionerligt

En inskränkning av en konventionsrättighet måste enligt Europadomstolens

praxis vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle och vara proportionerlig. I förevarande fall ska Ellinor Grimmars, i praktiken, totala yrkesförbud ställas mot sjukhusets intresse av att inte ha en anställd som inte delar det specifika sjukhusets "värdegrund" eller en viss inställning gällande abort samt sjukhusets personalplanering och schemaläggning.

Den fråga som uppkommer i den konkreta intresseavvägningen är om anställningen av Ellinor Grimmars negativt skulle påverka sjukhusets möjligheter att utföra abort. Det finns – som utredningen i målet visar – inget stöd för att någon kvinnas möjlighet att få abort utförd, skulle försämrats. Tvärtom visar såväl internationella som svenska erfarenheter att samvetsfrihet går att inordna i sjukhusens verksamhet. Det ska i detta sammanhang även beaktas att endast ca 40 % av de svenska barnmorskorna utför abort.

Regionen har en betydande barnmorskebrist. Förlossningsvården i stora delar av landet är i kris och enligt den enkätundersökning som Sveriges kommuner och landsting utfört bland samtliga landsting och regioner i Sverige, räknar 80 procent av alla landsting med att barnmorskor blir fortsatt svårt att rekrytera. Sålunda är inskränkningen varken nödvändig i ett demokratiskt samhälle eller proportionerlig.

Ref: Artiklar rörande samvetsfrågan och artiklar om akut barnmorskebrist i Sverige, Artikel Aftonbladet 2016-07-11, Gravid fick inte plats – barnet dog, Artikel Jönköpingsposten, 2016-03-19, Ännu barnmorskebrist, PM från Sveriges kommuner och Landsting 25 april 2016, Artikel "En förlossningsvård i kris", svenska barnmorskeförbundet, Utdrag doktorsavhandling Umeå universitet, Meta Lindström, Medicinska fakulteten, Klinisk Vetenskap, Obstetrik och Gynekologi, 2007,

14. Ellinor Grimmars har rätt till ett effektivt rättsmedel enligt EKMR

Uppfyllandet av konventionsförpliktelse enligt art 13 EKMR kan ske genom en direkt tillämpning av konventionen men också genom tillämpning av annan inhemsk rätt, *under förutsättning att den inhemska rätten i det enskilda fallet når upp till rättighetsskyddet i konventionen.* En bedömning av om ett sådant rättighetsskydd föreligger kräver alltså en ingående fristående konventionsrättslig prövning av varje hävdad rättighetskränkning. Endast när en sådan konventionsprövning har gjorts kan det avgöras om den inhemska lagregleringen garanterar ett tillräckligt rättighetsskydd. Om ett sådant skydd inte kan ges – ens vid en konventionskonform tolkning – ska EKMR tilläpas direkt.

Artikel 13 EKMR följer att var och en, vars i EKMR angivna fri- och rättigheter har kränkts, skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet och detta även om kränkningen förövats av någon under utövning av offentlig myndighet.

Högsta domstolen har i en rad avgöranden på senare tid utförligt behandlat fråga om "effektivt rättsmedel" vid kränkning av EKMR. I samtliga avgöranden har situationen varit den att det i inhemsk, *i Sverige ursprungligen stiftad*, lag inte finns någon regel om rättsmedel.

Genom dessa avgöranden har det bland annat fastslagits:

att "(E)n stat har enligt artikel 13 i konventionen också en skyldighet att se till att det vid en rättighetskränkning finns tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet" (NJA 2015 s 899, punkt 14);

att normen i Artikel 13 EKMR skall tillämpas i Sverige av svenska domstolar även om det inte finns stöd för det i svensk, *i Sverige stiftad*, lag;

att ideellt skadestånd kan utgöra ett rättsmedel enligt Artikel 13 EKMR;

att kommun kan "åläggas att betala skadestånd om det krävs för att Sverige ska uppfylla sina förpliktelser enligt konventionen" (NJA 2015 s 899, punkt 15);

att skadeståndsrättsligt ansvar för stat och kommun "kan utlösas så fort ett handlande innefattar en kränkning av en rättighet enligt Europakonventionen" (NJA 2015 s 899, punkt 35, motsättningsvis).

Detta rättsläge innebär sålunda att Region Jönköpings län kan åläggas att betala skadestånd till Ellinor Grimmark för den rättighetskränkning som landstinget utsatt henne för. Högsta domstolen har inte givit riktlinjer för skadeståndens beloppsmässiga storlek. Rättsmedlet skadestånd skall emellertid vara "ett effektivt rättsmedel". I t.ex. det nyligen avgjorda målet *Arlewin mot Sverige* (mål 22302/10, Europadomstolen dom 1 mars 2016) bestämde domstolen med stöd av Artikel 41 EKMR ett ideellt skadestånd om € 12.000, dvs cirka 113.000 kronor.

Ref. NJA 2003 s 414, NJA 2005 s 462, NJA 2009 s 463, NJA 2012 s 211, NJA 2012 s 1039 I – II och senast NJA 2015 s 899.

Hur skall rättegångskostnaderna fördelas?

Vardera parten ska bära sina egna kostnader i målet. Enligt Diskrimineringslagen 6 kap 7 § fastställs att rätten kan förordna att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad om den part som har förlorat målet hade skälig anledning att få tvisten prövad. Enligt förarbetet kan skälig anledning att få tvisten prövad föreligga när omständigheterna varit sådana att rättsläget eller bevisläget varit svårbedömt och det framstår som obefogat strikt att hålla fast vid huvudregeln om förlorande parts ansvar för rättegångskostnaderna (prop. 2007/08:95 s 565). Detsamma gäller enligt 5 kap. 2 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, där det föreskrivs att det i mål som handläggs enligt den lagen kan förordnas att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad, både i tingsrätt och Arbetsdomstolen, om den part som förlorat målet hade skälig anledning att få tvisten prövad. Kvittning kan också ske om båda parter har ett intresse av en auktoritativ uttolkning av rättsläget.

Ellinor Grimmark har haft skälig anledning att få sin sak prövad eftersom hon inte tillåts arbeta som barnmorska i Sverige. Saken är också av principiell vikt för andra barnmorskor och båda parter har därför ett intresse av att få rättsläget vad gäller samvetsfrihet för vårdpersonal klarlagt.

Vardera parten ska bära sina egna kostnader också för att Sverige ska uppfylla rätten till ett effektivt rättsmedel enligt Europakonventionen artikel 13. I NJA 2012 s 211 (I) anför HD att 18 kap rättegångsbalken (1972:740) kan modifieras om det krävs för att tillgodose kravet enligt artikel 13 i Europakonventionen på att Sverige ska tillhandahålla ett effektivt rättsmedel med hänvisning till Europadomstolens mål *Zullo Ernestina mot Italien* (64897/01, 29 mars 2006, § 94). I NJA 2012 s 211 (II) kvittar HD kostnaderna i samtliga instanser trots att käranden annars skulle anses som tappande.

I SOU 2010:87 (Skadestånd och Europakonventionen) s 435 har utredaren funnit att "Ett alltför strikt fasthållande vid principen om att förlorande part ska ersätta motpartens kostnader skulle riskera att medföra att enskilda avhåller sig från att väcka skadeståndstalan med åberopande av Europakonventionen trots att de haft rimlig anledning att göra det. Det kan därför inte uteslutas att det kan uppkomma fall i rättstillämpningen där det skulle kunna utgöra en kränkning av Europakonventionen att inte ge den enskilde en mer förmånlig behandling i fråga om rättegångskostnader än vad utfallet hade blivit vid tillämpning av 18 kap. 1 § rättegångsbalken." I en artikel anför utredaren Johan Hirschfeldt att "Saken kan också uttryckas så att ett rättsmedel som ger möjlighet till skadestånd vid åsidosättanden av Europakonventionen i nationell domstol inte bör vara alltför ekonomiskt betungande för enskilda som har befogade krav på att få en sådan talan prövad" (Europakonventionen, skadestånd och andra effektiva rättsmedel -behovet av nya svenska regler, Ny Juridik 1:11 s 7 ff). I stora delar är det samma resonemang som ligger till grund för detta som i diskrimineringslagen.

Ref: NJA 2012 s 211 (I), 18 kap rättegångsbalken (1972:740), artikel 13 EKMR, Zullo Ernestina mot Italien, 64897/01, 29 mars 2006, § 94, NJA 2012 s 211 (II), I SOU 2010:87 (Skadestånd och Europakonventionen) s 435, prop. 2007/08:95 s 565, Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, Diskrimineringslagen.