



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Carolina Öwre

Ett effektivt förbud mot diskriminering?

En studie av 16 kap 9§ BrB och Diskrimineringslagens
tillämpning och effektivitet.

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: VT 2014

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	2
Förord	3
Förkortningar	4
1 Inledning	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Metod	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Material	6
1.5 Disposition	7
2 Den straffrättsliga bestämmelsen – olaga diskriminering	8
2.1 Internationell rätt	8
2.2 Olaga diskriminering	10
Diskrimineringsbegreppet	10
Diskrimineringsgrunderna	10
Ansvarssubjekten	11
Diskussion om 16 kap 9§ BrB	13
Mer om bevisbördan, beviskrav och bevisvärdering	15
Antal anmälningar åren 1999-2013	17
Böter, fängelse och skadestånd	17
Antal domar i HD och underrätterna	18
Praxis	19
3 De civilrättsliga lagarna	26
3.1 Internationell rätt	26
3.2 1979 års Jämställdhetslag	26
Diskrimineringsbegreppet i 1979 års Jämställdhetslag	27
Bevisbördan i 1979 års jämställdhetslag	28
Kontrollorgan i 1979 års jämställdhetslag	29
3.3 EU-rätten före år 2000	30
EU-rättslig praxis angående bevisbördan i diskrimineringsmål	31
3.4 1991 års Jämställdhetslag	33
Diskrimineringsbegreppet i 1991 års jämställdhetslag	33

3.5	EU-rätten från år 2000 till 2009	34
3.6	2003 års diskrimineringslag	35
	Den delade bevisbördans innebörd under debatt	35
	Civilrättens överlappning med straffrätten	37
3.7	2005 års ändring av 1991 års Jämställdhetslag	38
	EU-rättslig praxis angående jämförbar situation	39
3.8	EU-rätten år 2009 och framåt	40
3.9	2009 års Diskrimineringslag	41
	Diskrimineringsbegreppet	41
	De sju diskrimineringsgrunderna	42
	Ansvarssubjekten	43
	Första och andra ledet i bevisfrågan	43
	Innebörden av direkt diskriminering	43
	Innebörden av indirekt diskriminering	45
	Innebörden av trakasserier och sexuella trakasserier	47
	Innebörden av instruktioner att diskriminera	48
	Undantag från diskrimineringsförbudet	48
	Diskrimineringsombudsmannen	49
	Lagstiftning kring DO:s och ADB:s uppdrag	49
	Diskrimineringsombudsmannens uppdrag	50
	Antal anmälningar åren 2009-2013	52
	Antal domar och förlikningar åren 2009-2013	52
	Diskrimineringsersättning	53
	Praxis	55
4	Analys och slutsatser	58
4.1	Behövs 16 kap 9§ BrB?	58
4.2	Är DO:s uppdrag lämpligt och effektivt?	60
4.3	Avslutande kommentar	62
	Bilaga I	63
	Bilaga II	64
	Käll- och litteraturförteckning	65
	Rättsfallsförteckning	68

Summary

This paper aims to investigate whether there is a need for two regulations since Chapter 16 Section 9 of the Penal Code and the Discrimination Act from 2009 both regulate the same area of discrimination. The first regulation, Chapter 16 Section 9 of the Penal Code, regulates unlawful discrimination based on the grounds of race, colour, ethnic origin or sexual orientation. The second regulation, the Discrimination Act from 2009, regulates discrimination based on the same grounds as Chapter 16 Section 9 of the Penal Code as well as functional disability, sex and age. The paper also aims to investigate whether the application of law conducted by Equalityombudsman (DO) meets the requirements of EU law related to the right of individuals to a judicial view and settlement.

Unlawful discrimination is a rule based on penal law, meaning that a high standard of proof is required. A conviction requires that it can be proved that the perpetrator has discriminated by not dealing with, or refusing access to, a person under the terms and conditions normally applied to other persons. It requires a causal relationship between the decisive reason for discriminating and at least one ground of discrimination. Convictions are rare due to these relatively strict evidentiary requirements and in practice this means that Chapter 16 Section 9 of the Penal Code is rarely applied. Furthermore, it can be stated that there are more convictions based on the Discrimination Act from 2009 than Chapter 16 Section 9 of the Penal Code since the burden of proof according to EU case law is lower for the former. This can be explained by a shared burden of proof, interpreted as a relieved burden of proof for the plaintiff, in the Discrimination Act from 2009 according to EU case law. For the period in time that the regulations overlap there is a marked increase in the number of reports to DO and reduced application of Chapter 16 Section 9 of the Penal Code. For these reasons it is the opinion of the author that it can be concluded that Chapter 16 Section 9 of the Penal Code has lost its function.

Concerning the mission of DO, it can be concluded that the authority has a possibility, but not an obligation, to bring cases to court. In recent years the authority has introduced discrimination areas with special focus, which should be prioritized. As a consequence, according to the author, not all cases that could be brought to court are actually brought to court. Generally, as an overall strategy by DO, fewer cases have been brought to court and fewer settlements have been made by DO. For this reason it can be concluded that the possibility to judicial proceedings for some individuals is limited. In summary, it is the opinion of the author that the present role of DO should be further investigated with the goal of improving the efficiency related to the procedure of selecting which cases that are brought to court. Furthermore, DO needs to select cases to appeal with an intention to raise the levels of discrimination award to be in line with what is required by EU law. The cases should also be selected such that the number of persons potentially entitled to discrimination award is large enough to have a deterrent effect.

Sammanfattning

Uppsatsen syftar till att utreda om det finns ett behov av både 16 kap 9§ BrB och Diskrimineringslagen från år 2009 eftersom de behandlar samma diskrimineringsområde. 16 kap 9§ BrB reglerar olaga diskriminering baserat på ras, hudfärg, etnicitet och sexuell läggning. DiskL reglerar samma diskrimineringsgrunder som 16 kap 9§ BrB, men även funktionshinder, kön och ålder. Uppsatsen avser även att undersöka om den rättstillämpning som sker via Diskrimineringsombudsmannen (DO) uppfyller de krav på rättslig prövning och förlikning för den enskilde som ställs av EU-rätten.

Regleringen om olaga diskriminering är en straffrättsligt utformad regel, vilket innebär att den ställer höga beviskrav. För en fällande dom krävs att det går att fastställa att gärningsmannen uppsåtligt inte gått någon tillhanda och därmed behandlat en person mindre förmånligt än andra. Det krävs också att det avgörande skälet till handlingen eller underlåtenheten har orsakssamband med en eller flera diskrimineringsgrunder. Rekvisiten innebär att en fällande dom är ovanlig och resulterar i att regleringen sedan år 2003 i praktiken knappt används. Vidare kan man vid en jämförelse mellan de båda regleringarna av bevisbördans placering fastställa att Diskrimineringslagen innebär fler fällande domar eftersom domstolen enligt EU-rättslig praxis har att använda en delad bevisbörda som innebär en bevislättnad för käranden. För den tid där lagarna överlappar varandra finns en tydlig markering av ökade anmälningar till DO och minskad användning av 16 kap 9§ BrB. På grund av detta går det att dra slutsatsen att 16 kap 9§ BrB har mist sin funktion.

Vad gäller DO:s uppdrag konstateras att myndigheten har en möjlighet att driva mål men inte en skyldighet. De senaste åren har det införts särskilda diskrimineringsområden som ska prioriteras, med konsekvensen att anmälningar som skulle kunna drivas inte drivas. Dessutom har en generell minskning skett av prövningar i rätten och DO har medvetet strävat efter färre förlikningar. Det kan konstateras att dessa omständigheter gör att frågan om den enskildes möjlighet till effektiv och lämplig rättsprövning aktualiseras. Författaren definierar olika lösningar på de identifierade problemen där utökad budget och fler Antidiskrimineringsbyråer är några av förslagen. Sammanfattningsvis menar författaren att den inriktning som DO:s uppdrag har tagit bör utredas mer eftersom ett behov av att effektivisera arbetet fortfarande finns. Domarna som överklagas bör även väljas med avsikten att höja ersättningsnivåerna i linje med vad som krävs av EU-rätten. Domarna bör dessutom väljas för att få en bred effekt vad gäller potentiellt antal ersättningsberättigade för att åstadkomma en större avskräckande effekt.

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Per Norberg, som med tålamod och enormt kunnande stöttat mig igenom denna examensuppsats.

Ett stort tack till mina föräldrar som alltid har stöttat mig i alla väder. Tack för att ni alltid tycker att jag och min syster är störst, bäst och vackrast. Även de dagar då vägen mot målet varit lång och tung. Den kärlek ni ger och givit mig sedan jag var liten bär jag alltid med mig i mitt hjärta.

Ett stort tack till mina kära barnvakter som så troget ställt upp då min son varit sjuk. Lena, Hanna, mamma, pappa och lillasyster Elli. Utan er skulle uppsatsen inte blivit av.

Sist men inte minst vill jag tacka min familj. Min sambo som tålmodigt korrekturläst och stått vid min sida. Min lille son som växt i takt med orden på tangentbordet och vars klingande skratt är det vackraste ljud jag känner. Det är för er jag kämpat mig igenom 4,5 års studier.

Nu kan det nya livet börja.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
Brå	Brottsförebyggande Rådet
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
DiskL	Diskrimineringslagen (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
EKMR	Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
ICERD	Internationella konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering
ILO	Internationell Labour Organisation
JämstL	Jämställdhetslagen
JämO	Jämställdhetsombudet
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
SkL	Skadeståndslagen
Terroristförordningen	Rådets förordning nr 881/2002 om införande av vissa särskilda restriktiva åtgärder mot vissa, med Usama bin Ladin, nätverket al-Qaida och talibanerna associerade personer och enheter.
TR	Tingsrätten
RF	Regeringsformen

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

I svensk diskrimineringsrätt fanns historiskt sett diskrimineringsförbudet i RF. Sedan kom enskilda lagar som utvecklades till att täcka fler och fler diskrimineringsområde. Idag är de flesta förbuden samlade i en och samma lag, Diskrimineringslagen från 2009 (DiskL). Men det finns även en annan betydligt äldre reglering med straffrättsliga rötter som hänger kvar. Den reglerar exakt samma områden som DiskL, kallas olaga diskriminering och återfinns i 16 kap 9§ BrB. Denna överlappning av lagarnas diskrimineringsområde följs av en undran om det verkligen finns ett behov av två regleringar med samma diskrimineringsområden. För att utreda behovet av 16 kap 9§ BrB belyser författaren regleringens effektivitet med hjälp av internationell rätt, svenska lagstiftningsförarbeten, praxis och viss doktrin. Effekten av DiskL belyses på samma sätt men har ett särskilt fokus på Diskrimineringsombudsmannens uppdrag som innebär att driva mål och verka för förlikningar för enskilda personer.

Mina frågeställningar är således:

- Är 16 kap 9§ BrB effektiv i jämförelse med Diskrimineringslagen och behövs den i dagens lagstiftning?
- Är DO:s uppdrag lämpligt och effektivt?
- Har diskrimineringsersättningen den avskräckande effekt som EU-rätten påbjuder?

För att kunna utreda detta föreligger två underliggande frågeställningar:

- Hur ska vi förstå den rättshistoriska bakgrunden till regleringarnas utveckling av bevisbördan och uppsåtet?
- Hur ser den praktiska tillämpningen ut av regleringarna?

Med hjälp av de här frågeställningarna har författaren som syfte att belysa diskrimineringsförbudens utveckling och faktiska effekt för att nå en slutsats om 16 kap 9§ BrB fortfarande är funktionell eller om den bör avskaffas. Vidare är syftet att utreda den riktning som DO:s uppdrag tagit avseende minskade rättsliga prövningar och förlikningar. Det ifrågasätts även huruvida dagens diskrimineringsersättningsnivåer tillförsäkrar den avskräckande effekt som EU-rätten avser.

1.2 Metod

Med hjälp av ett historiskt perspektiv beskrivs i vilken mån de olika regleringarna har växt fram och förändrats över tid. Detta har också till syfte att placera in dagens system i ett större sammanhang. Det är först vid 2003

års diskrimineringslag som de båda regleringarna blir jämförbara eftersom det är vid denna tidpunkt de börjar täcka samma område. De båda regleringarna studeras följaktligen utifrån sin funktionalitet och sin aktualitet. Med det menas att det undersöks dels hur många anmälningar och domar som finns men också hur praxis och det rättsliga uppdraget ser ut för de båda regleringar.

I övrigt har traditionell rättsdogmatisk metod använts där gällande lagstiftning undersöks, tolkas och ifrågasätts. På så vis går det att fastslå gällande rätt och granska behovet av att ha två regleringar av diskrimineringsförbudet. Författaren avser inte bara studera gällande rätt¹, utan uppsatsen handlar också om att göra en kritisk granskning, analysera argument och föreslå tänkbara lösningar.² Författaren har granskat och analyserat främst svensk diskrimineringsrätt men även relevanta EU-rättsliga dokument.

1.3 Avgränsningar

De delar som är i fokus innefattar kapitel ett och två i DiskL. Vad gäller kapitel sex i DiskL uppehåller sig författaren framför allt vid den tredje paragrafen, som är bevisbörderegeln. Eftersom olaga diskriminering ryms i en enda paragraf har allt i den beaktats.

I denna utredning utelämnats frågor relaterade till diskriminering inom utbildningssektorn. Lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever är en av de sju lagar som slogs samman för att bilda den nuvarande DiskL. Sedan dess har det kommit en del andra regleringar, däribland Skollagen (2010:800) som även reglerar kränkning av elever. De diskrimineringsområden som främst belyses är missgynnande behandling vid tillgång till service och tjänster i allmänna lokaler samt bostadsdiskriminering. Den främsta diskrimineringsgrunden som belyses är etnisk diskriminering. Följaktligen tas områden som rör kön, ålder och könsöverskridande identitet, funktionshinder och ålder inte upp i samma utsträckning eftersom de saknar jämförbara parametrar. När det gäller mål om sexuell läggning finns endast ett fall avdömt under 16 kap 9§ BrB och ett fåtal fall i DiskL vilket gör det svårt att dra några slutsatser om rättstillämpningen.

Det EU-rättsliga materialet har inkorporerats då EU-rätten kom in i svensk diskrimineringsrätt. De direktiv som rör diskriminering, samt EU-domstolens i frågan viktigaste praxis finns med.

1.4 Material

Det grundläggande materialet består av propositioner och utredningar som behandlar regleringarnas syfte och tänkta användning. Förarbetena har vävts in i texten tillsammans med rättspraxis med syftet att åskådliggöra för läsaren hur regleringarna är tänkta att användas och hur den rättsliga effekten blir.

¹ Lehrberg, s. 26f.

² Sandgren s. 650, s. 652

Rättspraxis består således av rättsfall som är vägledande på respektive område samt en del nyare fall då det finns ett nyhetsvärde i en jämförelse med äldre fall.

Det finns viss doktrin till hjälp för att förklara enskilda delar av den straffrättsliga regleringen, men i ett större sammanhang saknas aktuell litteratur som klargör rättsläget för olaga- diskrimineringsparagrafen (16 kap 9§ BrB). Möjligen beror detta på att den i dagsläget används så sällan och att den överskuggas av den något modernare civilrättsliga lagen. Frågan om etnisk diskriminering, som är grunden för olaga diskrimineringsparagrafen, diskuterades till viss del i Sverige när den kom till, men som framgått av förarbetena så ansågs det länge som att det rättsliga skyddet mot diskriminering var tillräckligt. Det var först i samband med utvecklingen i den internationella rätten som en översyn gjordes av diskrimineringsförbudet.

Vad gäller den civilrättsliga lagen finns det en hel del skrivet om rättsläget, och en mindre del om bevisning. Under 1990-talet diskuterades bevisbörderegeln utformning samtidigt som EU-rätten började komma in i svenska diskrimineringslagstiftning. Med EU-rätten följde också ett krav på ett organ som skulle driva mål och verka för förlikningar åt enskilda. Därav bildades också DO vars arbete med att förändra sin organisation hänger starkt samman med hur den praktiska användningen av DiskL ser ut. För att få en klarare bild av det utredningsarbete som pågår angående DO:s uppdrag har intervju genomförts med Arbetsdepartementets ena utredare. Dessvärre ledde denna intervju inte till någon ytterligare kunskap om ämnet eftersom myndighetens utredning inte hade startat ännu.

1.5 Disposition

Uppsatsen tar sin utgångspunkt i en rättshistorisk utredning av den straffrättsliga bestämmelsen 16 kap 9§ BrB där den internationella rätten i form av konventioner belyses. Vidare går författaren igenom de olika rekvisiten som utgör olaga diskriminering där särskild fokus läggs på rekvisitet uppsåt och den bevisbörda det innebär. Sedan följer statistik och kommentarer på de anmälningar och domar som gjorts samt en överblick över straffpåföljderna och dess effektivitet. Avsnittet om praxis avser ge en klarare bild av bevisbördan och uppsåtet samt hur paragrafens effektivitet i rättstillämpningen ser ut.

Utredningen om den civilrättsliga bestämmelsen tar också sin utgångspunkt i den internationella rätten. Den första jämställdhetslagen från 1979 härstammar från FN-konventioner medan jämställdhetslagen från 1991 samt resterande diskrimineringslagar har en EU-rättslig grund. I takt med EU-rättens inträde läggs lagändringar och nya lagrekvisit fram för att åskådliggöra EU-rätten som föregångare till den svenska rättsutvecklingen. EU-rätten blir extra tydlig i slutet av 1990-talet efter Sveriges inträde i EU. Sedan följer ett fokus på DiskL från år 2009 där lagens rekvisit presenteras med ett extra ljus på bevisbördan och DO:s uppdrag vad gäller rättslig prövning och förlikning i ljuset av EU-rätten.

I analysdelen binds utredningen samman för att visa den funktion som 16 kap 9§ BrB fått inom dagens diskrimineringslagstiftning. Fokus i diskussionen ligger på kravet på uppsåt och dess effekt på rättstillämpningen. I frågan om DO:s uppdrag är lämpligt ifrågasätts om de särskilt prioriterade diskrimineringsområdena står i vägen för enskildas rätt till rättslig prövning samt om diskrimineringsersättningen har den avskräckande effekt som EU-rätten avser.

2 Den straffrättsliga bestämmelsen – olaga diskriminering

2.1 Internationell rätt

Det finns ett flertal FN-konventioner rörande diskriminering som bidragit till diskrimineringslagarnas framväxt i Sverige. I detta sammanhang nämns några som är betydelsefulla för förståelsen av begreppet diskriminering. I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna slås fast att alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. I artikel 2 i den allmänna förklaringen förbjuds diskriminering. Enligt artikeln är envar berättigad till alla de fri- och rättigheter som omfattas av förklaringen utan åtskillnad av något slag såsom ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt. Från 1948 till 1966 var den huvudsakliga uppgiften för FN:s kommission för mänskliga rättigheter att skapa ett internationellt organ för lagar om mänskliga rättigheter baserat på förklaringen. Två huvudsakliga dokument sammanställdes: *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) och *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) som båda blev internationell lag år 1976. ICCPR förpliktigar sina medlemmar att se till att alla som lever under en stats jurisdiktion tillförsäkras, utan åtskillnad, alla rättigheter³. Den som upplever kränkning har rätt att få sin fråga prövad med hjälp av effektiva rättsmedel⁴. Enligt artikel 26 i konventionen är alla lika inför lagen och har rätt till lika skydd mot diskriminering. I detta avseende ska lagen förbjuda all diskriminering och garantera var och en ett likvärdigt och effektivt skydd mot all slags diskriminering, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt. ICESCR förbjuder diskriminering enligt artikel 2 och ska trygga rätten till bland annat arbete, bostad och utbildning. Vidare finns barnkonventionen⁵ som skyddar barns rättigheter oavsett barnets eller dess föräldrars eller vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, handikapp, börd eller ställning i övrigt.

³ International Covenant on Civil and Political Rights article 2.1.

⁴ International Covenant on Civil and Political Rights article 2.3.

⁵ Convention on the Rights of the Child.

Den 5 maj 1966 undertecknade Sverige International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD). Syftet med konventionen är i korthet att erkänna allas likhet inför lagen och frihet för alla utan begränsningar av hudfärg eller etnisk härkomst. Alla konventionsstater har också en skyldighet att arbeta mot likställighet och att förhindra diskriminering och stödja åtgärder som ämnar göra detta. Innan den ratificerades år 1971 var man tvungen att se över den svenska lagstiftningens kompatibilitet.⁶ En särskild diskrimineringsutredning undersökte frågan om det svenska diskrimineringskyddet uppfyllde kraven i konventionen. I BrB fanns redan brotten hets mot folkgrupp (med en motsvarighet i TF), förgärlig beteckning, ärekränkning, förtal, ämbetsbrott liksom de allmänna reglerna om brott mot person samt förmögenhetsbrotten.⁷ Trots att man på flera ställen ansåg att den svenska lagstiftningen var tillräcklig⁸ så kunde kommittén ändå konstatera att det behövdes några viktiga tillägg för att Sverige skulle uppfylla sina åtaganden.

ICERD består av 25 artiklar som i korthet behandlar olika förbud mot diskriminering samt medlemsländernas förpliktelser. Enligt artikel 6 ICERD ska konventionsstaterna försäkra den enskilde skydd och verksamma rättsmedel. Detta ska säkras genom att nationella domstolar och andra organisationer ger ett verksamt skydd. Den enskilde har också en rätt att rätten att hos sådana domstolar begära rättvis och tillfredsställande ersättning eller upprättelse för skada som lidits till följd av diskriminering. Artikel 5 som är omfattande och tar sikte på diskriminering mellan myndigheter och enskilda och mellan två enskilda personer är viktig för förståelsen av 16 kap 9§ BrB:s framväxt.⁹ Reglerna i artikel 5 ska gälla i samtliga relationer, vilket Sverige vid denna tidpunkt inte kunde uppfylla med gällande lagstiftning.¹⁰ Det man saknade var den horisontella aspekten av skydd mot diskriminering, det vill säga individ mot individ. Vidare i artikel 5 i konventionen statueras en rättighetskatalog bestående av olika delar av samhället där diskriminering på grund av etnicitet framför allt skall motverkas. Artikel 5 (f) är av särskild betydelse för förståelsen av 16 kap 9§ BrB och reglerar att ingen diskriminering får ske vad gäller tillgång till allmänna utrymmen samt tjänster:

The right of access to any place or service intended for use by the general public, such as transport hotels, restaurants, cafes, theatres and parks.

Mot bakgrund av kravet i denna artikel bestämdes att ett nytt förbud behövde införas i svensk lag kallat olaga diskriminering.¹¹ Förbudet föreslogs omfatta både enskilda näringsidkare och personer anställda i enskild eller allmän tjänst. I ordet näringsverksamhet skulle också offentliga arrangemang inbegripas. I praktiken omfattar den också betydligt fler allmänna utrymmen

⁶ Prop. 1970:87.

⁷ Prop. 1970:87 s 8f.

⁸ Utredningen förnekade till viss del att diskriminering skulle förekomma i någon större utsträckning, se vidare om detta i prop. 1970:87, DU 1983.

⁹ För fullständig redogörelse av artikel 5 se Bilaga I.

¹⁰ Prop. 1970:87 s 24 f.

¹¹ Prop. 1970:87 s 32 f

och tjänster än vad som framgår av konventionen. Även artikel 5 e (iii) som rör rätten till boende är av betydelse för 16 kap 9§ BrB då många fall kom att röra just denna fråga.

2.2 Olaga diskriminering

Den nuvarande 16 kap 9§ BrB omfattar relationen mellan näringsidkare, anordnare av allmän sammankomst (eller tillställning) och privatpersoner. Lagen är med andra ord framför allt är till för att skydda enskilda individer, inte grupper. Tanken med regleringen är att se till att det offentliga rummet ska kunna användas av alla, oavsett vem man är, utan brottsligt missgynnande.¹²

Diskrimineringsbegreppet

Diskrimineringsbegreppets betydelse i konventionen innebär enligt artikel 1 ICERD att ”varje skillnad, undantag, inskränkning eller företräde på grund av ras, hudfärg, härstamning eller nationellt eller etiskt ursprung som har till syfte eller verkan att omintetgöra eller inskränka åtnjutandet eller utövandet, på lika villkor, av mänskliga rättigheter eller grundläggande friheter på politiska, kulturella, sociala eller andra områden av det offentliga livet” är förbjudet. Av orden syfte och verkan framgår att konventionen avser både direkt och indirekt diskriminering.¹³

Diskriminering enligt 16 kap 9§ BrB innebär att en person uppsåtligt missgynnar någon på grund av att personen tillhör någon av de grupper som anges i kap 2.2.2 genom att behandla en person mindre förmånligt än andra. Det finns ingen uppdelning eller skillnad på olika typer av diskriminering¹⁴ som det gör i den civilrättsliga bestämmelsen (till exempel direkt och indirekt diskriminering) eftersom det är själva handlandet eller underlåtelsen som ger ett uppsåt att diskriminera. I likhet med civilrätten kan man säga att diskrimineringsbegreppet kretsar kring rekvisiten missgynnande, jämförelse och kausalsamband.¹⁵

Diskrimineringsgrunderna

De särskilt skyddade grupperna i lagens mening är *ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung* samt *sexuell läggning*. Dessa diskrimineringsgrunder motsvarar de grunder som också finns i 16 kap 8§ BrB hets mot folkgrupp.¹⁶ Paragrafen har som syfte att skydda grupper av människor, till skillnad från 16 kap 9§ BrB, som skyddar enskilda individer. Definitionen av diskrimineringsgrunderna är desamma i de båda paragraferna så för att förstå

¹² Hela paragrafen återfinns i Bilaga II.

¹³ SOU 2001:39 *Ett effektivt diskrimineringsförbud - Om olaga diskriminering och begreppen ras och sexuell läggning*, s 33.

¹⁴ Se vidare NJA 1999 s 556 samt NJA 1976 s 489.

¹⁵ SOU 2001:39.

¹⁶ 16 kap 8 § BrB i sin helhet finns i Bilaga II.

diskrimineringsgrunderna i 16 kap 9§ BrB utgår följande avsnitt delvis av utredningar och propositioner som rör hets mot folkgrupp, 16 kap 8§.

Användandet av ordet ras i paragrafen är kontroversiellt och komplicerat. Många anser idag att det varken är politiskt korrekt eller värdigt att tala om en persons ras.¹⁷ Man talar idag hellre om etnisk diskriminering. Trots detta finns ordet ras fortfarande kvar i 16 kap 9§. Enligt förarbeten är anledningen att termen används för att uppfylla internationella konventioner¹⁸ och EU-direktiv¹⁹. Ordet kan också anses skydda personer då någon felaktigt uppfattar någon tillhöra en viss grupp (ras). I korthet hävdar man att:

... termen ras används för att skydda människor från agerande som har sin grund i en uppfattning om att det finns olika raser och inte för att det finns en tro på förekomsten av olika raser eller för att stödja en sådan uppfattning...²⁰

Således kan man tolka användandet av ordet ras som att lagstiftaren inte anser att det är riktigt att dela in personer i olika raser utan istället vill skydda individer mot andra som *hävdar* att det går att dela in personer i olika raser.²¹ Det finns också, som tidigare angetts, enligt utredningarna, en förpliktelse att uppfylla de konventioner och direktiv som Sverige har tillträtt.

Med begreppet *etniskt ursprung* lär relativt enhetliga kulturmönster avses.²² Det kan nämnas att samer och andra individer som ingår i folkgrupper vars nationalitet är den samma avses i en av utredningarna.²³

1987 infördes skydd för homosexuella i 16 kap 9§ BrB. Numera används den mer generella beteckningen sexuell läggning. Denna ändring gjordes år 2009 och innebär att det inte finns några avgränsningar till någon specifik sexualitet utan omfattar homo-, bi och heterosexuell läggning. Man avser dock inte avvikande beteende såsom pedofili.²⁴

Ansvarssubjekten

Vid en närmare studie av ansvarssubjekten ser man att 16 kap 9§ BrB är relativt omfattande. Detta gäller framför allt betydelsen av orden näringsidkare och näringsverksamhet. Förarbeten och praxis visar att med näringsidkare avses en fysisk eller juridisk person som driver ekonomisk verksamhet. Även kommunala och statliga bolag omfattas. Det finns inget krav att verksamheten ska vara vinstdrivande utan kan också innefatta ideella och välgörande syften.²⁵ Benämningen näringsidkare har alltså fått en vid betydelse, och enligt praxis räknas även bostadsrättsföreningar dit.²⁶ Den

¹⁷ Se exempelvis SOU 2001:39 s 187ff och SOU 2006:22.

¹⁸ Avser bland andra ICERD och EKMR.

¹⁹ Avser direktivet mot etnisk diskriminering (2000/43/EG).

²⁰ SOU 2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning* s 308.

²¹ Prop. 2001/02:59, *Hets mot folkgrupp m.m.* s 25.

²² Ulväng et al., *Brotten mot allmänheten och staten*, 2012 s 178.

²³ SOU 2001:39 s 55.

²⁴ Prop. 2001/02:59 s 40.

²⁵ Ulväng et al. s 180, Holmqvist et al., *Brottsbalken – En kommentar* 16:9 s 2.

²⁶ NJA 1979 s 657.

straffrättsliga paragrafen ska inte användas i sammanhang som rör arbetsmarknadsförhållanden (arbetsgivare och arbetstagare) eller på utbildningsområdet.²⁷

En anställd i näringsverksamhet eller en anställd som innehar allmän tjänst eller allmänt uppdrag kan också bära straffansvar likt näringsidkaren.²⁸ Här avser man allt från affärsbiträden till anställda inom stat och kommun. Anställd i näringsverksamhet kan även innebära en anställning i organisationer som utövar offentligt funktion, tjänar ett allmännyttigt ändamål eller ha grundats med hjälp av, eller understöds av, allmänna medel.²⁹

En anställd inom näringsverksamhet kan ådömas straffansvar om gärningen sker i den anställdes yrkesutövning och inom näringsverksamheten³⁰. Uttrycket i lagtexten ”att handla å någons vägnar” avser att en person fullgör en uppgift utan att vara anställd. Även detta ska ske inom näringsverksamheten för att ansvar ska gälla.³¹ Med personer som innehar allmänt uppdrag avses personer med offentliga uppdrag, såsom förtroendevalda.³²

Enligt direktivet om etnisk diskriminering krävs inte något skydd mot diskriminering vid anordnande av allmän sammankomst eller offentlig tillställning. I svensk lag har lagstiftaren dock valt att inkludera detta i lagtexten.³³ Med sammankomster eller tillställningar avses sådant som inte är näringsverksamhet eller allmän verksamhet och som faller under Ordningsslagens kriterier.³⁴ Några exempel på detta är demonstrationer, föreläsningar, teaterföreställningar, konserter och biograföreställningar. En anordnare är den som anordnar sammankomsten eller tillställningen och är denne en juridisk person åvilar straffansvaret behörig företrädare, förutsatt att det är denne som utfört gärningen. Medhjälpare kan också ha straffansvar och kan vara medarbetare eller annat biträde till anordnaren.³⁵ Med offentlig tillställning menas till exempel tävlingar och uppvisningar i sport, idrott och flygning, danstillställningar, tivolinöjen och festtåg, marknader och mässor, samt andra tillställningar som inte är att anse som allmänna sammankomster eller cirkusföreställningar. Ett annat kriterium är att allmänheten ska ha tillträde till tillställningen.

²⁷ Karnov Lagkommentar till 16 kap 9§ 1st. Författare: Göran Nilsson. Hämtat 2014-05-09.

²⁸ Se 16 kap 9§ 2 st. BrB.

²⁹ Holmqvist et al., Brottsbalken – En kommentar 16:9 s 6.

³⁰ Prop. 1970:87 s 74.

³¹ Prop. 1970:87 s 75.

³² Prop. 1985/86:98 s 116ff.

³³ Se 16 kap 9§ 3 st. BrB.

³⁴ Ordningsslagen (SFS 1993:1617), se Nilsson, Brottsbalk (1962:700) 16 kap. 9 §, Lexino Hämtat 2014-05-09.

³⁵ Ulväng et al. s 182.

Diskussion om 16 kap 9§ BrB

I straffrättsligt hänseende är uppsåtskriteriet ett av de viktigaste kriterierna för att utreda straffansvar. Det finns dock ingen lagstiftning om uppsåtsbegreppets innebörd. Med ordet uppsåt menar man vanligen att företa något med ”vett och vilja” samt att gärningsmannen förstår vad den gör. Man kan också kalla det en medveten kontrollerad handling eller en underlåtenhet.³⁶ För att förstå hur 16 kapitlet 9 paragrafens betydelse av uppsåt är uppbyggt ska man därför tänka sig att den innehåller en kontrollerad diskriminerande handling eller en passivitet. Detta förutsätts eftersom handlingen strider mot hur gärningsmannen i vanliga fall skulle behandlat en person om den inte tillhört en diskrimineringsgrund.³⁷

Vid tiden för 16 kap 9§ BrB:s införande talade man om tre olika uppdelningar av uppsåt, *direkt uppsåt*³⁸, *indirekt uppsåt*³⁹ och *eventuellt uppsåt*⁴⁰. Genom ett nytt avgörande i HD⁴¹ år 2004 introducerades nya uppsåtsbegrepp som koncentrerade de gamla uppsåtsbegreppen till i princip två begrepp. De nya begreppen kallades *insiktsuppsåt* och *likgiltighetsuppsåt*. Ett insiktsuppsåt är en insikt om att en viss effekt kommer att inträda eller att en viss omständighet föreligger som ett resultat av en handling/underlåtenhet. Detta innebär också att gärningsmannens inställning vid tiden för brottet är avgörande för om uppsåt kan fastställas. Ett insiktsuppsåt bygger på att gärningsmannen inte hyser några tvivel om att en följd kommer att inträffa som en konsekvens av gärningen/underlåtenheten och är likgiltig inför denna följd eller omständighet.⁴² I vårt fall förefaller det som att insiktsuppsåtet är mest relevant för förståelsen av uppsåt i diskrimineringsmål eftersom rätten ofta uppehåller sig vid om gärningsmannen ”insett” följden av sitt handlande. Grovt förenklat kan man säga att för att fastställa uppsåt utgår man från den brottsliga gärningens olika rekvisit och prövar sedan de olika rekvisiten för att se om uppsåt finns. Kan man inte konstatera att det rör sig om en kontrollerad handling eller om gärningsmannen är okunnig eller i villfarelse så föreligger uppsåtsbrist.⁴³

I diskrimineringsutredningen SOU 2001:39 analyserades frågan huruvida en förändring av uppsåtsrekvisitet var aktuellt. Man ställde sig frågan vad som gäller i de fall där någon kan sägas ha ”vart fall insikt” om att ett visst handlingsmönster kan få en diskriminerande effekt. Det vill säga vad gäller vid indirekta orsakssamband?⁴⁴ Enligt utredningen saknar insikter av detta

³⁶ Asp et al., *Kriminalrättens grunder* s 310.

³⁷ Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* s 200f.

³⁸ Innebär att ett syfte med en viss följd föreligger. Se vidare Asp et al., *Kriminalrättens grunder*, s 320. Om det äldre begreppet se vidare Jareborg, *Allmän kriminalrätt*, 2001, s 310.

³⁹ Innebär att följden av en gärning inte behöver vara syftet, det kan finnas andra syften i utgångsläget. Se vidare Asp et al., *Kriminalrättens grunder*, s 320.

⁴⁰ Innebär en bedömning av om gärningsmannen förstår att en följd kan ske, samt om det vid ett hypotetiskt prov kan hållas för visst att gärningen företagits även om säkerhet funnits för följden. Se vidare Asp et al., *Kriminalrättens grunder*, s 321.

⁴¹ Se vidare NJA 2004 s 176 som gäller ansvar vid försök till grov misshandel.

⁴² Asp et al., *Kriminalrättens grunder*, s 319ff.

⁴³ Asp et al., *Kriminalrättens grunder*, s 358. Se också vidare om täckningsprincipen s 352.

⁴⁴ SOU 2001:39 s 124.

slag betydelse. Det räcker med att gärningsmannen har skridit till verket genom att företa en handling som innebär negativ särbehandling. Om detta görs och om handlingen eller passiviteten har en koppling till någon diskrimineringsgrund säger man att det finns uppsåt. De undantag från förbudsregeln som finns måste vara godtagbara. Vad som utgör en godtagbar, objektiv anledning avgörs av domstolen.⁴⁵

Uppsåtet hos en gärningsman hör alltså starkt samman med ett missgynnande. Ett *missgynnande* i bestämmelsens mening innebär att en individ får sämre förmåner än en annan person. Praktiskt sett innebär det att en näringsidkare eller anordnare av allmän sammankomst inte går en skyddad person tillhanda på de villkor som verksamheten tillämpar på andra.⁴⁶ Ett missgynnande kan både innebära en uppsåtlig *handling* och en uppsåtlig *underlåtelse att handla*.⁴⁷ När något av dessa uttryck leder till att det finns en skillnad i behandling av människor föreligger ett missgynnande om koppling finns till en diskrimineringsgrund.⁴⁸

För att bestämma om en handling är diskriminerande kan man göra en jämförelse. Om handlingen får en annan effekt på en skyddad individ än vad den skulle ha haft på en som *inte* omfattas av en diskrimineringsgrund kan den ses som diskriminerande. Det är viktigt att man jämför med individer som befinner sig i samma situation. Det behöver dock inte vara fråga om en verklig person, utan det går också att göra en hypotetisk jämförelse. I straffrättsligt hänseende sammanfaller jämförelsen med kausalitetsbedömningen.⁴⁹ Detta är ett sätt att fastställa negativ särbehandling.

Med kausalsamband menas i detta sammanhang sambandet mellan den diskriminerande handlingen av gärningsmannen och offrets grupptillhörighet. Själva orsaken till den diskriminerande handlingen ska bedömas med hypotetiska resonemang som innebär att man tänker sig ett scenario där subjektet inte tillhörde någon skyddad grupp och vad som skulle ha hänt i så fall. Om domstolen finner att utfallet då skulle bli avsevärt annorlunda kan man sluta sig till att en diskriminerande handling med stor sannolikhet förekommit.⁵⁰ Det är inte nödvändigt att en diskrimineringsgrund är den enda orsaken till ett handlande eller en underlåtenhet men det måste vara det *avgörande* skälet.⁵¹ Vid en kausalitetsbedömning är det svårt att utesluta andra anledningar till en till synes diskriminerande handling. I vanliga fall inom straffrätten ser man till *syftet* med en handling. Svårigheten med 16 kap 9§ BrB är att man inte talar om en *avsikt* (alltså det framåtsyftande resultatet) utan om ett *faktumskäl*. Faktumskäl är ett bakåtsyftande skäl som innebär att man företar en handling för att man *antar* eller *tror att något är på ett visst vis*.⁵² I vårt fall innebär faktumskälen ras, hudfärg, nationellt eller etniskt

⁴⁵ SOU 2001:39 s 125.

⁴⁶ SOU 2001:39 s 45.

⁴⁷ Karnov Lagkommentar till 16 kap 9§ 1st Författare: Göran Nilsson. Hämtat 2014-05-09.

⁴⁸ 16 kap 9§ 1 st BrB.

⁴⁹ SOU 2001:39 s 47.

⁵⁰ SOU 2001:39 s 47.

⁵¹ Karnov Lagkommentar till 16 kap 9§ 1st Författare: Göran Nilsson. Hämtat 2014-04-28.

⁵² SOU 2001:39 s 47.

ursprung samt sexuell läggning, alltså de skyddade grupperna enligt lagtexten. Man kan säga att en handling eller underlåtenhet ska företas med uppsåt för att man antar eller tror något om en diskrimineringsgrund.

Mer om bevisbördan, beviskrav och bevisvärdering

Redan vid utredningsarbetet 1970 gjordes anmärkningar om att bevissvårigheter kunde komma ifråga. Särskilt gällde detta, menade man, då näringsidkare tillhandahöll tjänster av kvalificerat slag. Ändå framhöll man att bevismöjligheten var fullt acceptabel när det rörde varor och tjänster av standardmått. Utredningen menade vidare att det fanns goda möjligheter att bevisa systematisk diskriminering i en näringsidkares verksamhet.⁵³ Den utredning som här har företagits och övrig doktrin och praxis visar att bevissvårigheter alltför ofta förekommer.

Det råder en principiell skillnad mellan tvistemål och brottmål beträffande bevisbördans placering. I brottmål är det enbart åklagaren som har bevisbördan, med avseende på samtliga relevanta omständigheter.⁵⁴ Ibland påstås att bevisbördan är fördelad mellan processens parter⁵⁵, men andra menar att det är åklagaren som har den äkta bevisbördan för ett rättsfaktum.⁵⁶ Det finns också något som kallas *falsk bevisbörda* och den kan åvila både åklagaren och den tilltalade. Denna initieras typiskt när den tilltalade ska frambringa sin motbevisning. Det är dock viktigt att poängtera att domstolen inte ska bedöma huruvida den tilltalade fullgjort sin bevisbörda utan det kommer an på åklagaren att fullgöra sin bevisbörda först.⁵⁷

Huvudregeln i brottmål är att beviskravet ska nå upp till statusen av ”ställt utom rimligt tvivel”, det vill säga att det ska vara styrkt. Detta gäller för alla brottmål⁵⁸ och framför allt de objektiva rekvisit som brottet består av. Med objektiva rekvisit avses den del av gärningen som är synlig och konkret, vilket i vårt fall torde vara handlingen/underlåtenheten. De subjektiva rekvisiten kan hänföras till motivet bakom gärningen, vilket i vårt fall torde vara orsaken till en handling/underlåtenhet. För att avgöra om de subjektiva rekvisiten är uppfyllda måste man ta ställning till den tilltalades sinnesnärvaro vid brottstillfället.⁵⁹

En annan huvudregel är att samma beviskrav skall gälla för alla brottmål, vilket kan uttryckas som att beviskraven har konstans. HD har dock meddelat att det finns vissa brottmål i vilka det kan tolereras en viss lindring av

⁵³ Prop. 1970:87 s 69.

⁵⁴ Diesen, *Bevisprövning i brottmål* s 9.

⁵⁵ Ekelöf, *Rättegång IV* s 115.

⁵⁶ Ett rättsfaktum är av omedelbar betydelse för utgången och i teorin kallas det ofta ”ett omedelbart relevant faktum”. Se vidare Ekelöf s 12.

⁵⁷ Ekelöf, *Rättegång IV* s 64, 115f.

⁵⁸ Det finns dock brottmål där en lindring i beviskravet förekommit, exempelvis i sexualbrottsmål. Se vidare om detta i Diesen, *Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål*, s 525.

⁵⁹ Diesen, *Bevisprövning i brottmål* s 91.

beviskravet.⁶⁰ Det finns dock inget som talar för att just olaga diskriminering skulle kunna anses höra till denna kategori enligt HD.

En bevisvärdering i straffrättsligt hänseende innebär att rätten ska ta hänsyn till vad som i målet är bevisat.⁶¹ Detta kan sägas vara en generalklausul som anger att rätten ska tillämpa *den fria bevisprövningens princip*. Stadgandet utelämnar dock hur bevisprövningen ska gå till samt vad som krävs för att beviskravet ska vara uppfyllt.⁶² Enligt min undersökning av den straffrättsliga bevisprövningen är det relevant att klargöra de orsakssamband som finns mellan diskrimineringsgrund och uppsåtligt missgynnande det görs genom att åklagaren måste styrka sina påståenden om diskriminering. I många av de fall som gått upp till HD är det därför inte fråga om särskilt oklara omständigheter. Frågan är istället vad som var skälet till handlingen/underlåtenheten. Vittnesmålen beaktas och viktas mot varandra och slutligen tar man in om svaranden kan ha någon godtagbar förklaring till sitt handlande. Vid bifall till en dom har domstolen fastställt att det skett en negativ särbehandling och om detta varit det avgörande skälet till en handling eller en passivitet. Utredningen kan också baseras på svarandens inställning till kändens diskrimineringsgrund.

I 2001 års utredning dras slutsatsen att det är viktigt att hålla isär vad som ska vara täckt av gärningsmannens uppsåt och vad som var gärningsmannens motiv eller avsikt med beteendet. Gärningsmannens eftersträlvade mål är, objektivt sett, ovidkommande. Frågan om till exempel en person har rasistiska åsikter måste hållas isär från prövningen av uppsåtet. Men den kan i och för sig ingå som ett bevisfaktum i skuldfrågan. Det är vanligt förekommande att domstolen gör en utredning om det förekommer så kallad systematisk diskriminering. Detta skulle ur denna synvinkel inte höra samman med en uppsåtsbedömning.⁶³

Det största problemet med 16 kap 9§ BrB är, som framgått, att åklagaren måste styrka att en gärning inte skulle företagits om inte den utsatte ingått i någon av diskrimineringsgrunderna. Utredningen angav därför ett förslag om ett försvagande av det direkta orsakssambandet. Å andra sidan uttrycktes att det inte var aktuellt att frånga allmänna straffrättsliga principer.⁶⁴ Enligt mina undersökningar har något försvagande av det direkta orsakssambandet inte gjorts.

RÅ gav år 1998 Åklagarmyndigheten i uppdrag att granska ärenden med olaga diskriminering. Av resultatet kan man se att som förklaring till att lagföring inte sker i så många fall angavs bevisvärigheter. Den svårigheter som definierades var bland annat att svaranden förnekade omständigheter vid brottets tidpunkt. Det framkom också att målsäganden inte ville medverka i

⁶⁰ Diesen, *Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål*, s.525, Diesen et al., *Bevispraxis, Bevis 5* s 76.

⁶¹ Se 35 kap 1§ RB.

⁶² Diesen, *Bevisprövning i brottmål*, s 7f.

⁶³ SOU 2001:39 s 131 f.

⁶⁴ SOU 2001:39 s 131 f.

utredningen. Sist men inte minst angavs att underlag för att stärka bevis saknades. Utredaren angav särskilt att fallet NJA 1996 s 768 ställde beviskravet synnerligen högt vilket försvårade läget ytterligare.⁶⁵

Antal anmälningar åren 1999-2013

I anmälningstatistiken kan man se en minskning av olaga diskriminering efter år 2000. År 1999 gjordes 210 anmälningar⁶⁶, år 2000 sjönk antalet anmälningar till 158⁶⁷ och höll sig ungefär på denna nivå fram till 2003 då det sjönk till 100 stycken per år⁶⁸. Under 2004 sågs en liten uppgång till 224 ärenden⁶⁹, som fortsatte fram till 2009 med en topp på nästan 400 ärenden år 2006. Efter år 2009 minskade anmälningarna och ligger i snitt runt 200 anmälningar per år. År 2013 var antalet anmälningar nere på 211 stycken vilket är nästan samma som år 1999.

Böter, fängelse och skadestånd

I samtliga fall har straffpåföljden böter använts vid olaga diskriminering. Men ansvarssubjekten kan också dömas till fängelse i högst ett år⁷⁰, och om diskrimineringen anses vara behäftad med försvårande omständigheter, till exempel vid ett hatbrott mot en person som ingår i en av de skyddade grupperna, kan det bli aktuellt att använda straffskärpningsregeln i 29 kap 2§ BrB. En straffskärpning skedde år 1986 för fängelse. Tidigare var fängelsestraffet 6 månader men höjdes nu till ett år.⁷¹ I förarbetet kan man se att departementschefen ansåg att det var viktigt att poängtera allvaret med diskriminering och straffskärpningen ska ses som en markering av detta.⁷²

Tendensen i mål innan 1986 är att svaranden dömdes till låga böter men inte till skadestånd för kränkning eller lidande. Skadestånden skulle bedömas enligt dåvarande 1 kap 3§ SkL.⁷³ Vanligt var att man dömde till 10 dagsböter tiden innan 1986, men sedan ökade antalet dagsböter till mellan 15-60. Det ska noteras att, enligt mina undersökningar, mellan åren 1999-2000 förekom de högre dagsböterna i spannet. Möjligen kan detta tolkas som att synen på straffvärdet skärptes något.

År 1986 lades olaga diskriminering till i uppräknningen över brott som kan ge kränkingsersättning. Innan dess kunde ersättning utgå, men gjorde inte alltid det. Om diskrimineringen avsåg en tydlig ärekränkning dömdes oftare till

⁶⁵ SOU 2001:39 s 74-75. Se också RÅ:s årsredovisning 1999.

⁶⁶ Brottslighet kopplad till rikets inre säkerhet 2001, Rapport från Säkerhetspolisen, s 22.

⁶⁷ Brottslighet kopplad till rikets inre säkerhet 2001, Rapport från Säkerhetspolisen s 22.

⁶⁸ Brottslighet kopplad till rikets inre säkerhet 2003, Rapport från Säkerhetspolisen s 21.

⁶⁹ Brottslighet kopplad till rikets inre säkerhet 2004, Rapport från Säkerhetspolisen s 20.

⁷⁰ Se 16 kap 9§ 1 st.

⁷¹ Ds A 1984:7 *Om olaga diskriminering*.

⁷² Prop. 1985/86:98 s 119.

⁷³ Se NJA 1979 s 657 som inte innebar någon ersättning avseende lidande för kändan, men böter för ansvarsfrågan utdömdes. I NJA 1976 s 489 utdömdes svarandena att betala 20 dagsböter å 35 kr samt 15 dagsböter å 15 kr i ansvarsfrågan. Se också NJA 1985 s 226 där endast ansvarsböter utdömdes. I Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 4 november 2003 i mål nr 2660-02 dömdes svaranden att betala 5000 kr i böter för kränkning.

ersättning.⁷⁴ I senare mål kan man följaktligen utläsa en större benägenhet att utdöma skadestånd för kränkning i samband med den diskriminerande handlingen eller passiviteten, men fortfarande är det ovanlig att ersättning utgår för lidande.⁷⁵ Innan år 1986 talade man mest om ett reparativt syfte vad gäller skadestånd.⁷⁶ Efter ändringen till kränkingsersättning anfördes i förarbetena ett mera preventivt syfte med straffet.⁷⁷ Detta syns dock inte i de straffrättsligt utdömda skadeståndens storlek.

Skadestånd för kränkning vid olaga diskriminering kan idag dömas ut enligt 2 kap 3§ samt 6 kap 5§ i SkL vilket innebär att den som allvarligt kränker någon annan genom brott som inbegriper ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall betala skadestånd för denna kränkning. Det krävs inte att en personskada uppstått i form av sjukdomsliknande tillstånd för att skadestånd ska falla ut, men den som yrkar ersättning skall vara särskilt berörd av brottet.⁷⁸ Denna typ av ersättning utdelas endast vid allvarliga kränkningar. I HD har man i två fall yrkat på skadestånd. Endast i ett av målen ålades motparten att utge skadestånd. I fallet NJA 1999 s 556 yrkade käranden på 8000 kr varav 3000 kr var för sveda och värk. Detta bifölls i HovR men i HD avslogs de 3000 kronorna och käranden fick endast 5000 kr. HD konstaterade utan vidare att det inte var visat att käranden haft sveda och värk. I fallet NJA 1979 s 657 yrkades skadestånd på 5000 kr för psykiskt lidande. HovR biföll skadeståndet men HD ansåg inte att kränkningen var skadeståndsgrundande och avlog skadeståndstalan.

Det rättsliga efterspelet vid ett diskrimineringsfall sköts enligt straffrättens regler av åklagare och allmän domstol. Åklagaren har en åtalskyldighet när en anmälan om olaga diskriminering kan leda till en fällande dom. Det är dock, enligt mina undersökningar, vanligt att anmälan inte når åklagaren utan läggs ner redan vid kontakt med polisen. Den största anledningen torde vara att bevisen inte är tillräckliga.

Antal domar i HD och underrätterna

Undersökningen visar att HD har tagit upp sju fall av olaga diskriminering. Ytterligare 34 fall finns representerade i underrätterna. De flesta mål behandlades mellan åren 1986 och 2000. Det är tydligt att de flesta fall främst avser händelser i samband med restaurangbesök och bostadsansökningar. Det förekommer även fall med avvísningar från butiker och andra offentliga inrättningar. Det går att återfinna ett fall av diskriminering på grund av sexuell läggning, ett på grund av religion och trosbekännelse, resterande fall rör etnisk diskriminering som alltså utgör den största gruppen. Åtal har bifallits i

⁷⁴ Prop. 1972:5 s 571.

⁷⁵ Se NJA 1999 s. 556 där käranden fick 5000 kr för kränkning. HovR över Skåne och Blekinge Mål nr B 2660-02 där käranden fick 5000 kr för kränkning.

⁷⁶ Se vidare diskussion i Friberg, *Kränkingsersättning*, s 372.

⁷⁷ Prop. 1985/86:98 s 120. SOU 2006:22 s 251.

⁷⁸ Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 391ff.

21 fall och ogillats i 13 fall.⁷⁹ I samtliga fall har jag funnit att påföljden bestämts till böter.

Jag har funnit att sedan 2009 finns inga domar om olaga diskriminering från de skånska tingsrätterna.⁸⁰ Samma sak gäller för Hovrätten över Skåne och Blekinge. Sedan 2009 fram till 2013 har i hela landet skett ca 200 anmälningar per år med rubriken olaga diskriminering enligt statistik från Brottsförebyggande rådet.⁸¹ Från åren 2009 till 2011 skedde ingen lagföring över personer som begått brottet olaga diskriminering. År 2012 lagfördes två personer och straffades med böter. I min statistiska undersökning var det svårt att hitta både anmälningar och domar med olaga diskriminering som ett enskilt brott. Det förefaller som att olaga diskriminering går till åtal när åklagaren ändå ska åtala för andra brott.

Praxis

Undersökningen visar att fall som rör diskriminering i samband med restaurangbesök är vanligt förekommande i diskrimineringsmål. Även diskriminering i samband med butiksbesök är ett vanligt förekommande diskrimineringsområde.⁸² En stor del av de fall som blivit vägledande rör etnisk diskriminering.

I fall NJA 1976 s. 489 hade en restaurangägare meddelat sina anställda ett förbud mot inträde av kvinnliga gäster som bar långa kjolar. En kvinna iklädd en finsk-romsk vid kjol avvisades således från en restaurang. Restaurangägaren hade meddelat sina anställda att neka gäster med denna klädsel med motivet att ”sådana kjolar med hänsyn till sin vidd och sitt material vållade olägenheter för andra gäster”. Motivet till förbudet ansågs inte godtagbart av TR som drog slutsatsen att förbudet uteslutande drabbade kvinnor med romsk härkomst. TR dömde svaranden för olaga diskriminering. Fallet överklagades till HovR som fastställde TR:s dom. När fallet kom upp i HD konstaterades att svaranden uppenbarligen måste ha *insett* att förbudet i praktiken enbart drabbade romska kvinnor. Därför hade kvinnan utsatts för negativ särbehandling och det räckte för att konstatera att olaga diskriminering förelåg. I fallet dömdes de två svaranden till böter. Den ena svaranden dömdes för anstiftan till olaga diskriminering. Enligt 23 kap 4§ BrB kan den som förmått annan att utföra brottslig gärning dömas för anstiftan. I fallet får man förutsätta att det var restaurangägarens instruktioner till den anställda som resulterade i att det blev anstiftan, eftersom det inte fanns något synligt förbud. I ett fall från Stockholms tingsrätt dömdes också svaranden till anstiftan efter att ha instruerat sina anställda att inte släppa in

⁷⁹ SOU 2001:39. Uppgifterna har uppdaterats med mina egna undersökningar av antal fall. Två fall av olaga diskriminering lokaliserades efter kontakt med Skånes tingsrätter samt Hovrätten över Skåne och Blekinge.

⁸⁰ Gäller tingsrätterna i Malmö, Lund, Ystad, Kristianstad och Hässleholm samt Hovrätten över Skåne och Blekinge.

⁸¹ För statistik se Brå:s hemsida <http://www.bra.se/bra/brott-och-statistik/statistik/anmalda-brott.html>.

⁸² SOU 2001:39 s 62.

personer i traditionell romsk dräkt på restaurangen.⁸³ De här fallen är dock de enda fall av anstiftansdomar som gått att finna.

I ett senare fall, NJA 1999 s 556, var omständigheterna sådana att käranden nekats inträde i en butik på grund av sin romska härkomst. Nekandet grundades i att butiken hade satt upp ett förbud för personer med stora vida kjolar att inträda. Dessutom blev hon vid nekandet verbalt kränkt genom ett uttalande om att romer är benägna att stjäla. Butiksägarna hade godkänt ett inträde om hon hade gjort ett klädomblyte så att hon inte längre bar sin traditionella romska kjol. Trots att förbudet slog hårt mot romska kvinnor i vida kjolar menade TR att det inte var fråga om någon systematisk diskriminering av romer. En avgörande skillnad mot förhållandena i NJA 1976 s 489 var att i det här fallet hänvisade näringsidkaren till ett brottsförebyggande syfte. Detta, menade TR, var inte skäl nog för att neka en person inträde, eftersom förbudet i praktiken innebar att romska kvinnor var utpekade och nekades inträde. Att kvinnan erbjudits klädbyte var en kränkning i och för sig menade TR, men uppfyllde trots detta inte kraven på olaga diskriminering. Trots att TR fastställde att en negativ särbehandling hade skett ansåg TR sammantaget att det inte gick att visa att det *avgörande* skälet var att diskriminera kvinnan och ogillade domen. Domen i TR är förvånande eftersom den negativa särbehandlingen fastställdes men ansågs inte vara tillräcklig för att utgöra de avgörande skälet. I NJA 1976 s 489 räckte detta konstaterande redan i TR för att fastställa dom.

Domen i NJA 1999 s 556 överklagades till HovR som menade att butiksägarna måste ha insett att just romska kvinnor blev drabbade. De vida kjolarna var ett starkt uttryck för kulturell identitet hos just romer. Att i brottsförebyggande syfte neka personer inträde står butiksägaren fritt, men det ska ske efter en bedömning av personliga egenskaper inte på grund av etnisk grupptillhörighet. Detta hade framgått av ett annat fall där en företrädare för ett kommunalt bostadsföretag har nekat en zigenare att hyra en lägenhet i ett visst bostadsområde för att han ansåg att överrepresentation av invandrare icke skall tillåtas i något visst område. Rätten menade i detta fall att en vägran att gå någon tillhanda inte får grunda sig i en persons etnicitet.⁸⁴ I NJA 1999 s 556 stämde domstolens åsikt med nämnda fall och HovR fastslog att det brottsförebyggande syftet var kopplat till etnicitet, och inte en personlig bedömning, därför ansågs syftet inte vara ett godtagbart skäl till att neka inträde. HovR dömde svaranden till böter. HD fastställde senare HovR:s dom.

I några underrättsfall kan man se att det brottsförebyggande syftet bedömts olika men i de flesta fall har inte etnicitet accepterats som ett godtagbart argument för att avvisa någon. I Ängelholms tingsrätt fanns ett mål där käranden en tid innan det aktuella avvisandet varit inne i butiken och då ertappades med att tillgripa eller konsumera varor. Svaranden dömdes inte till olaga diskriminering för att ha avvisat personerna en andra gång eftersom det

⁸³ Stockholms tingsrätt dom den 6 mars 1990 i mål B 463-89.

⁸⁴ NJA 1985 s 226.

var baserat på en personlig bedömning och inte på etnicitet.⁸⁵ I ett annat fall bedömdes det brottsförebyggande skälet som godtagbart på grund av tidigare erfarenhet av snatteri utfört av personer med utländsk bakgrund. Inget skadestånd hade yrkats.⁸⁶ I Gällivare tingsrätt ansågs att ett generellt förbud för en viss etnisk grupp tillhörighet att inträda i butik inte var godtagbart.⁸⁷ I ett mål från Hovrätten över Skåne och Blekinge från år 2003 menade domstolen att det inte fanns någon anledning att betvivla att svarandens syfte med avvisningen varit att stävja tillgrepp i butiken. Avvisandet var riktat generellt mot kärandens ursprung. Därför fann TR också att kriterierna för olaga diskriminering var uppfyllda. Käranden yrkade på skadestånd för sveda och värk vilket domstolen ansåg ej belagt. Däremot utgick ett skadestånd på 5000 kr för kränkning. Svaranden överklagade till HovR som fastställde TR:s domslut.⁸⁸

I ett betydligt senare fall som är det enda sedan 2009 som förekommer som ett enskilt brott, år 2012, dömdes en restaurangägare för olaga diskriminering då hon begärt förskottsbetalning av mat från några romska gäster men inte av de andra (svenska) gästerna. Som bevisning anfördes en inspelning på mobiltelefonen där restaurangägaren hördes säga att svenskar kunde välja om de ville betala innan eller efter maten, medan det för målsägandes ”gäng” gällde att betala i förskott. Restaurangägaren hade i polisförhör förklarat att med målsägandes ”gäng” avsåg hon ”ett gäng där kvinnorna har stora kjolar”. Restaurangägaren hänvisade sitt handlande till brottsförebyggande skäl. I sin bedömning av svarandens ursäktande omständigheter baserade TR främst sin dom på polisförhör och den inspelade konversationen och fann att åklagaren styrkt sitt påstående om olaga diskriminering genom att visa att målsäganden utsatts för negativ särbehandling på grund av sin etnicitet. Svaranden dömdes till böter.⁸⁹

En annan stor orsak till anmälningar är att personer inte tillåts konkurrera om en bostad på samma villkor som andra.⁹⁰ I fallet NJA 1979 s. 657 avslog en bostadsrättsförening, enligt målsägande, ansökan om medlemskap på grund av sökandens etnicitet. Av föreningens styrelseprotokoll framgick bland annat att ”det bland föreningens medlemmar råder ett kompakt motstånd mot att lägenheter överlåtes till andra än svenska medborgare” och att föreningen inte ansåg sig kunna gå emot dessa intressen, samt att föreningen hade ”dålig erfarenhet” av utländska personer som tidigare bott i fastigheten. Styrelsen slog fast att en koncentration av utländska familjer på samma ort ”skapar stora problem”.⁹¹ Trots styrelsens uttalanden i styrelseprotokollen antog tingsrätten en restriktiv hållning och menade att det endast skulle vara möjligt att döma enligt diskrimineringsparagrafen i svåra fall och ogillade målet. HovR menade att styrelsens avslag i protokollet skulle ses som ”en till intet

⁸⁵ Ängelholms tingsrätt dom den 21 april 1993 i mål B 335-92.

⁸⁶ Falu tingsrätt dom den 17 maj 1995 i mål 12-95.

⁸⁷ Gällivare tingsrätt dom den 18 maj 1993 i mål B 45-93.

⁸⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 4 november 2003 i mål nr 2660-02.

⁸⁹ Uppsala Tingsrätt dom 7 februari 2012 mål nr B 8173-11.

⁹⁰ SOU 2001:39 s 62.

⁹¹ I fallet NJA 1985 s 226 konstaterade HD senare att ovilja mot boendekoncentration inte är en anledning att neka en bostadssökande boende.

förpliktande meningsyttring av styrelsen”. Detta bör betyda att uttalandet i protokollet inte ska betraktas bindande. Föreningens agerande kunde inte tolkas som en vägran att anta kändanden som medlem i föreningen om han förvärvade lägenheten. Det bör tilläggas att en bostadsrättsförening har en principiell rätt att neka en sökande medlemskap. Däremot kan föreningen bli skyldig att anta en sökande som felaktigt blivit nekad om Hyresnämnden bestämmer så.

HovR fastställde alltså tingsrättens dom. En skiljaktig ledamot i HovR anförde att protokollet trots allt styrkte att styrelsens avslag av överlåtelsen var att betrakta som att kändanden inte var välkommen i föreningen. Därför var det även visat att diskrimineringsgrunden hade samband med avvisandet. När fallet kom upp i HD argumenterade man i liknande linjer som den skiljaktige. HD menade att styrelsens beslut att avslå kändandens ansökan på grund av etniskt ursprung fick direkt konsekvens för överlåtelsens uteblivande. Sökandens etnicitet var det avgörande skälet för avslaget och styrelsen hade vägrat att gå kändanden tillhanda på det vis som annars skulle ha gjorts med en person som inte omfattades av en diskrimineringsgrund. Därför dömdes svaranden för etnisk diskriminering.

Praxis har visat att en näringsidkare kan dömas för diskriminering i fall där diskrimineringen varit riktad mot kändandens närstående. I fallet NJA 1994 s 511 hade en fastighetsägare nekat ett par där mannen var färgad att hyra en lägenhet. Kändandesidan hävdade att fastighetsägaren i ett första skede varit intresserad av att hyra ut lägenheten till paret men ändrat sig ”för grannarnas skull” när han fick veta att det rörde sig om en färgad hyresgäst. Fastighetsägaren hävdade att det istället var fördelarna med den andre boendesökanden som övervägde. Han kände denne och kunde ha personlig nytta av att denne bodde i huset. TR ogillade målet med motiveringen att det var svårt att klarlägga den avgörande orsaken till att kändanden nekats boende. Vidare ansågs att det inte gick att utesluta att intresset att hyra ut lägenheten setts som mer positivt av kändanden än vad som egentligen var fallet. HovR ansåg att valet av boendesökande var en sak och urvalsprocessen en annan sak. Det som var avgörande i detta fall var att kändanden redan i tidigt skede sällats bort ur kretsen av tänkbara hyresgäster. Rätten bedömde att då fastighetsägaren inte låtit kändanden konkurrera på samma villkor som andra sökanden kunde ett missgynnande styrkas som hade samband med diskrimineringsgrunden nationellt ursprung och hudfärg. Hovrätten dömde svaranden och HD fastställde domen.⁹²

I NJA 1985 s 226 nekade en hyresvärd en romsk person bostad i ett särskilt bostadsområde med förklaringen att en boendekoncentration av en viss folkgrupp inte var önskvärt. Domstolen konstaterade enhälligt att den som har ett legitimt eller godtagbart intresse av att ge företräde åt, och gynna, vissa folkgrupper inte ska falla under straffbudet. Som ett exempel anges att:

⁹² NJA 1994 s 511.

... det någon gång torde kunna anses legitimt att en i Sverige verksam affärsinnehavare av utländsk nationalitet ger sina landsmän särskild rabatt. Skulle däremot en affärsidkare här i riket ge rabatt åt endast svenska medborgare, torde syftet undantagslöst vara att diskriminera utländska medborgare.⁹³

Av detta kan man dra slutsatsen att personer som tillhör vissa folkgrupper kan gynnas. Exemplet visar att det rör sig om gynnande villkor gentemot personer som inte tillhör den "etniska majoriteten". I fallet konstaterade domstolen dock undantaget till trots att det inte kan anföras att det alltid är straffritt att missgynna en person ur en viss folkgrupp och hänvisa till att "åtgärden ytterst antas vara till fördel för gruppen i fråga". Enligt förarbeten anses det inte vara godtagbara skäl att företa en handling/underlåtelse av denna sort utan att en personlig bedömning görs. Handlandet/underlåtenheten får således inte ha koppling med någon av diskrimineringsgrunderna.⁹⁴

I de underrättsdomar som finns att tillgå har ett fall från Hovrätten över Skåne och Blekinge tagit upp innebörden av rekvisitet "vägran att gå någon tillhanda".⁹⁵ I fallet framgick att en iransk kvinna ringt och frågat efter en lägenhet men fått svaret att fastighetsbolaget endast ville ha svenska namn på dörrarna. Käranden hade blivit arg och avslutat samtalet utan att begära om köplats till lägenheten. HovR ansåg inte att kärandens fråga kunde tolkas som att hon var intresserad av att ställa sig i kö. Därför menade HovR att det inte gick att fastställa att svaranden förvägrat henne att få en ledig lägenhet eller ställa sig i kö. Därmed fanns det inte heller en koppling till kärandens etnicitet. Käranden hade yrkat på 50 000 kr i skadestånd. Både TR och HovR ogillade åtalet. Den huvudsakliga frågan i fallet kretsade kring kärandens fråga om att eventuellt få hyra en lägenhet. Min tolkning är att kärandens fråga rörande lediga lägenheter inte var att anse som en förfrågan, därmed bröt inte heller svaranden mot förbudet att inte gå henne tillhanda. Hade det däremot varit frågan om att svaranden haft tillgängliga lägenheter och i det skedet nekat mannen skulle det ha kunnat vara fråga om diskriminering.

I fallet NJA 1996 s 768 åberopades olaga diskriminering då en dörrvakt hade vägrat de målsägande entré till en restaurang. Målsäganden hade velat testa om de skulle komma in eller inte. Enligt åklagaren skedde nekandet på grund av de målsägandes etniska tillhörighet. Det rådde ingen tvist om att målsäganden blivit avvisad. Tvist rörde istället om det bakomliggande skälet till vägran att släppa in målsägande. I utredningen framkom att det är tillåtet att neka personer inträde men att detta inte får ske på grund av etnisk tillhörighet. Godtagbara skäl till vägran kan vara när personer är onyktra, har ovårdad klädsel eller har en olämplig attityd. Svaranden menade att omständigheter som att restaurangen var fullsatt också skulle anses vara ett godtagbart skäl.

I utredningen framkom att målsäganden hade uppgivit att de var nyktra och vårdat klädda. Visserligen hade de blivit arga men det var först efter att de fått reda på att de inte skulle släppas in. Ingen aggression riktades direkt mot

⁹³ Prop. 1970:87 s 128 och 131f.

⁹⁴ NJA 1985 s 226.

⁹⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 1 april 1996 i mål B 1400-95.

vakten. En fråga av intresse i utredningen blev då huruvida restaurangen varit fullsatt eller inte. I TR utreddes inte närmare om restaurangen var full. Tingsrätten menade dock att det var troligt att skälet till avvisningen var att det var fullt. En koppling till de målsägandes etniska tillhörighet saknades därför och åtalet ogillades i TR.

För att en fällande dom skulle avkunnas var det av vikt att diskrimineringsgrunden var det *avgörande* skälet till avvisandet. Enligt förarbetena till lagen ska det avgöras om det förekommer systematisk diskriminering vid erbjudande av vissa tjänster, och om så är fallet räknas det som tillräckliga bevis för fällande dom.⁹⁶ I HovR utreddes därför om det förekom någon systematisk diskriminering på restaurangen. Vittnen tillkallades av svaranden som skulle visa att det var vanligt med färgade personer i restaurangen. Åklagaren lyckades därmed inte visa att dörrvakten hade en rasistisk inställning (systematisk diskriminering). I HovR utreddes vidare om restaurangen hade varit fullsatt eller inte. Som vittne kallades också en reporter som varit på plats och gjort ett program om händelsen. Reportern angav att det inte var fullt, snarare såg det ”dött ut” i salen. En videofilm styrkte att det i vart fall inte varit fullt i baren. Reportern och kameramannen hade släppts in kort efter målsägandena. HovR bedömde förklaringen om att det var fullsatt som icke trovärdig, och gick vidare för att utreda om det inte var omöjligt att målsäganden, som begett sig till restaurangen för att testa om de skulle komma in, gav ett intryck som vakten ansåg utgöra tillräckliga skäl att neka målsägandena inträde. Anledningen till restaurangbesöket var att testa om de skulle komma in och detta menade HovR kunde ge ett sådant intryck att dörrvakten fann att de målsägande inte kunde släppas in. Det gick därför inte att säga att det avgörande skälet till nekandet att släppa in målsäganden var deras etnicitet. HovR fastställde därför TR:s dom.

I HD anfördes att det visserligen inte var fullständigt utrett huruvida det varit fullsatt men att det heller inte var klarlagt att dörrvakten skulle ha några andra motiv till avvisningen. HD instämde i HovR:s yttrande om att den förväntan att bli avvisade som målsägande hade kan ha gett ett sådant intryck att en avvisning kunde vara befogad. Det gick inte att utesluta att det intrycket kan ha påverkat beslutet att avvisa målsäganden. HD fastställde Hov R:s beslut.

I tingsrätten fanns två skiljaktiga. Deras huvudargument baserades på en bedömning av trovärdigheten i de olika sidornas vittnesberättelser. De bedömde målsägandes berättelser som präglad av ”måttfullhet” och verkade ”självupplevda”. Svarandens å andra sidan upplevdes som ”påfallande luftig” och hans berättelse verkade mer som en ”efterhandskonstruktion”. Efter en samlad bedömning av vittnesuppgifterna fastslogs att karendens berättelse var både trovärdig och tillförlitlig och ”skall läggas till grund för domen”. Angående platsbristen i restaurangen fastslog man att ”det vart fall funnits plats i baren” och att det inte fanns några förmildrande omständigheter för svaranden att neka de målsägande inträde. Allt sammantaget innebar att svaranden skulle dömas till böter för olaga diskriminering. I hovrätten ansåg

⁹⁶ Prop. 1970:87 s 69.

en skiljaktig även att svaranden brast i trovärdighet och skulle dömas. HD var däremot enig i sin dom.

Som tidigare anförts kom fallet att påverka rättsläget genom att kravet på vad som utgör det avgörande skälet ställdes väldigt högt. Det innebar också att ett uteslutande av andra skäl än diskrimineringsgrunden genom en undersökning av svarandens rasistiska handlingsmönster påverkade kommande domar så att en fällande dom blev svårare att få.

I fallet NJA 1999 s. 639 nekades en kvinna med utländskt ursprung att få hyra en lägenhet. Förvaltaren gjorde på olika sätt klart för henne att hon inte skulle få möjlighet till detta. Som skäl angavs att ”det kunde förutsättas bli konflikter i huset” på grund av kärandens iranska ursprung. Som i NJA 1994 s 511 hävdade motparten i domstol att anledningen till nekandet var oro för grannarna samt att denne haft konflikter med personer med utländsk härkomst. TR var även i detta fall restriktiv och menade att kärande haft anledning att känna sig kränkt av detta uttalande, men att detta inte är det samma som diskriminering. Tingsrätten fortsatte att det för ett bifall till åtalet till en början krävdes att det var visat att S på grund av sitt iranska ursprung utsatts för negativ särbehandling samt att eftersom det inte var visat att svaranden systematiskt diskriminerade personer fanns uppenbara svårigheter att bevisa diskriminering. Man hänvisade här till NJA 1996 s 768. Vidare ansåg tingsrätten att det fanns godtagbara skäl att välja andra personer framför käranden med hänsyn till vad som var upplyst om kärandens ekonomi. Åtalet ogillades av TR.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom. HD utredde frågan om förvaltaren låtit käranden konkurrera på samma villkor som andra hyressökanden. Till skillnad från NJA 1994 s 511 hade svaranden meddelat samtliga sökanden, efter den tidpunkt som samtal med käranden förts, att hyresvärden inte hade avgjort hyresfrågan. Detta tolkade domstolen som att käranden fortfarande ”betraktades som en hyressökande bland flera”. Ytterligare skäl till svarandens fördel var att kärandens ekonomi var oklar. Den hyresgäst som till slut hade valts bedömdes ha stabil ekonomi. Domstolen ansåg inte att åklagarens bevisning styrkte en *negativ särbehandling*. Svaranden hade dessutom godtagbara skäl (ekonomiska skäl) att välja en annan hyressökande. Åtalet bifölls inte heller i HD. Sammantaget kunde det inte anses styrkt att förvaltaren inte låtit käranden konkurrera med andra hyressökanden på samma villkor. Det gick inte heller att visa att käranden sällats bort i ett tidigt skede av uthyrningsprocessen som i NJA 1994 s 511.

Det enda fall angående sexuell läggning som prövats avser ett yrkat ansvar från åklagaren att en kyrkoherde vägrat döpa ett barn för att barnets faddrar var homosexuella.⁹⁷ Målet ogillades dock av Svea Hovrätt för att domstolen ansåg att det skydd som avses med paragrafen i först hand är till för den som begärt handlingen, det vill säga föräldrarna och inte faddrarna.

⁹⁷ Svea Hovrätt 20 december 1989 i mål B 1205-89.

3 De civilrättsliga lagarna

3.1 Internationell rätt

Den första svenska jämställdhetslagen har sitt ursprung i FN konventioner. FN-deklarationen om de mänskliga rättigheterna (UDHR) från 1948 definierar den grundläggande tanken om alla människors lika värde och rättigheter. ICCPR binder medlemsstaterna att trygga invånarnas grundläggande medborgerliga och politiska rättigheter och ICESCR är en grund för män och kvinnors lika rätt i samband med till exempel arbete, utbildning, hälsa och boende. I FN-konvention om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (CEDAW)⁹⁸ avses varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av kön som har till följd eller syfte att begränsa eller omintetgöra erkännandet av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter är förbjuden. Enligt artikel 2 förpliktar sig konventionsstaterna att införa principen om jämställdhet mellan kvinnor och män i sina nationella grundlagar och andra lämpliga författningar. Vidare ska det vidtas lämpliga lagstiftningsåtgärder samt säkerställa att domstolar och andra offentliga institutioner utgör ett effektivt skydd för kvinnor mot varje diskriminerande handling. Enligt artikel 3 ska konventionsstaterna på alla områden, men i synnerhet de politiska, sociala, ekonomiska och kulturella områdena, vidta alla lämpliga åtgärder inklusive lagstiftning för att säkerställa full utveckling och framsteg för kvinnor. På så sätt ska kvinnor kunna åtnjuta alla de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna på grundval av jämställdhet med män. Vid FN:s kvinnokonferens i Mexiko år 1975 antogs en världsomspännande aktionsplan för att öka jämställdheten mellan kvinnor och män. Den innebar att varje land bundet av FN-stadgan skulle arbeta fram en nationell aktionsplan.⁹⁹ Den svenska aktionsplanen¹⁰⁰ ledde fram till 1979 års JämstL¹⁰¹.

3.2 1979 års Jämställdhetslag

Lagens vida syfte var att främja jämställdhet i arbetslivet, lika möjligheter till utveckling samt se till att lika arbetsvillkor efterlevdes på arbetsplatser runt om i landet. I förarbetet kan man utläsa att lagen var tänkt att spegla begreppet jämställdhet byggt på en grundsyn att ”varje människa är unik och har sina personliga egenskaper och önskningar”. Det uttrycktes också en strävan mot att bryta de ”fastlåsta mönster” som ansågs föreligga i arbetslivet vad gäller kvinnors situation. Jämställdheten, skrev man, är en utmaning och den nya lagen skulle bidra till att skynda på jämställdhetsprocessen i samhället.¹⁰²

⁹⁸ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

⁹⁹ Prop. 1979/80:56 s 7.

¹⁰⁰ Se SOU 1979:56 *Steg på Väg*.

¹⁰¹ Lag (SFS 1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Hädanefter 1979 års JämstL.

¹⁰² Prop. 1978/79:175 *med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet*, m. m.s 11, 27f.

Lagen består av två delar. Den ena delen i lagen innehåller tvingande regler om förbud mot könsdiskriminering¹⁰³, som syftade till att skydda *enskilda individer*.¹⁰⁴ Den andra delen innehåller dispositiva regler om aktiva jämställdhetsåtgärder och kan sägas skydda *grupper*. De aktiva jämställdhetsåtgärderna var i korthet en huvudregel för arbetsgivare att anpassa sin arbetsplats till både kvinnliga och manliga arbetstagare.¹⁰⁵ Den typiska situation där en åtgärd blev aktuellt var till exempel när en arbetstagare fått sämre arbetsvillkor eller lön än en annan av *motsatt* kön. En förutsättning för att detta skulle kunna bevisas var att det utförda arbetet var att betrakta som *likvärdigt*.¹⁰⁶ I förarbetena betonades dock att lagens delar inte skulle ses som två olika frågor utan båda går in i varandra under samma mål, nämligen att verka för jämställdhet.¹⁰⁷

Diskrimineringsbegreppet i 1979 års Jämställdhetslag

Lagens huvudregel återfanns i 2§ och bör ses som det övergripande målet och innebär att en arbetsgivare inte fick missgynna en arbetstagare eller arbetssökande på grund av kön. Detta missgynnande, menade man i förarbetet, bottnade i oriktiga uppfattningar om mäns och kvinnors förmåga och lämplighet att utföra vissa typer av arbete.¹⁰⁸ Enligt förarbetena förelåg ett *missgynnande* när en arbetstagare tillfördes en *skada* eller åsamkades en *nackdel* genom en handling eller ett underlåtande. I 3§ 1st stadgas att *missgynnande* på grund av kön förelåg när en arbetsgivare vid anställning, befordran eller vid utbildning utser annan av motsatt kön, fastän den som utelämnas hade *bättre sakliga förutsättningar* för arbetet eller utbildningen. De situationer som lagen avsåg att reglera var när en verksamhets *arbetsfördelning* medfört att en arbetstagare blivit oförmånligt behandlad jämfört med någon av motsatt kön vid lika eller likvärdigt arbete.¹⁰⁹ När arbetsgivaren sa upp, permitterade, avskedade någon eller vidtog annan åtgärd som innebar skada för arbetstagaren och det berodde på den personens kön kunde ett missgynnande konstateras.¹¹⁰ Ett *orsakssamband* mellan handling/underlåtenhet och kön skulle föreligga för att diskriminering skulle kunna fastställas i domstol.¹¹¹

Lagen föreskrev två undantag från diskrimineringsförbudet. Det ena var förhanden då en arbetsgivare kunde *visa* att beslutet att företa den diskriminerande handlingen/underlåtenheten inte berodde på kön utan att beslutet *de facto* var till för att främja jämställdhet i arbetslivet i stort¹¹². Denna företeelse kom också att gå under namnet *positiv särbehandling*¹¹³ och

¹⁰³ Se 1979 års JämstL, 2-5§§.

¹⁰⁴ Prop. 1978/79:175 s 116 samt Fransson & Stüber, s 39.

¹⁰⁵ Se 1979 års JämstL, 6§.

¹⁰⁶ Se 1979 års JämstL, 4§ 1p.

¹⁰⁷ Prop. 1978/79:175 s 28.

¹⁰⁸ Se 1979 års JämstL, 3§ 1 st.

¹⁰⁹ Se 1979 års JämstL, 4§ 2p. I lagtexten anges att ett lika eller likvärdigt arbete avgörs av en överenskommen norm eller arbetsvärdering.

¹¹⁰ Se 1979 års JämstL, 4§ 3p.

¹¹¹ Prop. 1978/79:175 s 42.

¹¹² Se 1979 års JämstL 3§ 2 st.

¹¹³ Prop. 1978/79:175 s 40, 114.

definierades i förarbetena som åtgärder där hänsyn togs till kön och företräde gavs till det underrepresenterade könet med sämre kvalifikationer. Det var dock inte fråga om att förtur skulle ges vid *lika* kvalifikationer.¹¹⁴ Det här undantaget användes enligt undersökningar endast sparsamt.¹¹⁵ Få rättsfall behandlar positiv särbehandling specifikt.

Det andra undantaget innebar att ett diskriminerande beslut ”är berättigat av hänsyn till ett ideellt eller annat särskilt intresse”.¹¹⁶ I förarbetena definierades detta som att ”det inte är förbjudet med särbehandling som är ofrånkomlig för att tillgodose ett särskilt intresse som inte rimligen bör vika för intresset för jämställdhet”. Som exempel anfördes att det kunde finnas ”ideella eller andra intressen” som skulle respekteras framför intresset för jämställdhet när dessa kolliderade med varandra.¹¹⁷

Bevisbördan i 1979 års jämställdhetslag

En viktig fråga för den praktiska tillämpningen av lagen var hur bevisbördan i diskrimineringsmål enligt 1979 års lag var placerad. Det framgick inte av lagtexten i 1979 års JämstL men bevisreglerna var utformade på olika sätt beroende på vilken typ av diskriminering det gällde.

När det var fråga om brott mot 2-3 §§ i 1979 års JämstL var regeln utformad så att man kan anta att arbetsgivaren gjort sig skyldig till könsdiskriminering om denne anställt en person framför någon annan av motsatt kön, således var det fråga om en presumtionsregel.¹¹⁸ Enligt arbetsrättslig praxis får endast sakliga skäl åberopas mot denna presumtion. I domen AD 1982 nr 139 angav domstolen att endast speciella omständigheter kunde bryta presumtionen. Dessa omständigheter förelåg när arbetsgivaren kunde hänvisa ett beslut till andra faktorer än kön. Det ansågs inte lämpligt att det lämnades åt arbetsgivarens eget godtycke att avgöra vilka kriterier som skulle gälla vid anställning av en person. Detta ansågs stämma bra överens med att presumtionen för missgynnande skulle vara stark. I förarbetena poängterades att domstolen inte skulle ta hänsyn till om arbetsgivaren haft ett diskriminerande syfte med beslutet eller inte. Den praktiska betydelsen av detta innebar att en arbetsgivare kunde dömas även om syftet inte var att diskriminera.¹¹⁹

Bestämmelserna vad gäller lönediskriminering var också utformade som presumtionsregler, det vill säga det antogs att arbetsgivaren gjorde sig skyldig till diskriminering om en sådan situation som beskrivs i lagen förelåg. Arbetsgivaren hade dock möjlighet att visa att beslutet inte berodde på kön

¹¹⁴ Prop. 1978/79:175 s 122f. EU-domstolen motsade detta bl.a. i Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, REG 2000, s I-5539.

¹¹⁵ För vidare läsning se Numhauser-Henning 150f, samt Schömer s 158f. Se också SOU 2006:22 s 602.

¹¹⁶ Se 1979 års JämstL, 3 § 2 st.

¹¹⁷ Prop. 1978/79:175 s 19.

¹¹⁸ Prop. 1978/79:175 s 49.

¹¹⁹ Prop 1978/79:175 s 48.

utan grundade sig på andra, sakliga skäl.¹²⁰ Det framhölls dock i förarbetena och lagkommentarer att presumptionen rent allmänt sett inte behövde vara stark eftersom den individuella lönesättningen på grund av personliga kvalifikationer var så vanlig.¹²¹ I 4 § 2-3p skulle bevisen för diskriminering i samband med arbetsledning, nyanställning och andra jämförbara fall bygga på en stark presumtion för att en arbetsgivare gjort sig skyldig till könsdiskriminering. Om arbetsgivaren hade tagit ett beslut som innebar att någon fick en fördel framför en annan av motsatt kön, trots att den som förbigåtts hade bättre kvalifikationer än den som utsågs presumerades diskriminering.¹²² Det betyder att arbetstagaren kunde driva mål på samma sätt som anges i 3§.¹²³

Angående lönediskrimineringsmål ansågs det i fallet AD 1991 nr 62 ostridigt att den kvinnliga arbetstagaren hade utfört lika arbete med den man som erhöll högre lön än henne.¹²⁴ Presumtionen för diskriminering slog således in. Den bevisning som sedermera framlades av arbetsgivaren bestod av kollektivavtal och vedertagen lönepraxis som stödde de olika lönerna. Arbetsgivaren visade på detta sätt att godtagbara skäl förelåg eftersom en mellanliggande lönerörelse hade skett. Den löneskillnad som avsågs i fallet grundades således på att ändringen inte kommit käranden tillgodo när anställningen inleddes och hade inget med kön att göra. Domstolen fastslog också att 4§ 1 st inte är en materiell föreskrift om lika lön till en kvinna och en man för lika arbete hos samma arbetsgivare. Svårigheten med lönediskrimineringsmål var att arbetsgivarens skäl för bedömning av lön kunde härledas ur en bedömning av de personliga kvalifikationerna. Den här typen av bedömningar var oerhört svåra att ta ställning till eftersom det var svårt att urskilja de anförda motiven från de egentliga motiven.

Sammanfattningsvis går det, enligt min undersökning, att konstatera att bevisbördans placering i 1979 års lagstiftning innebar att ifall käranden kunde styrka sina omständigheter fördes bevisbördan över på svaranden att frambringa sin motbevisning. I de fall där käranden inte kunde styrka sina förhållanden avstannade utredningen i domstolen och orsakssambandet mellan diskrimineringsgrunden och händelsen/underlåtenheten ansågs brutet. De målen kunde inte leda till att bevisbördan gick över och målet avslutades helt sonika.

Kontrollorgan i 1979 års jämställdhetslag

För första gången instiftades JämO¹²⁵ vars uppgift var att se till att Jämställdhetslagen efterlevdes. JämO kunde föra talan för enskild privatperson då det var det lämpligt för rättstillämpningen eller när det fanns andra särskilda skäl till att ta upp fallet i domstol. I första hand skulle JämO

¹²⁰ Prop. 1978/79:175 s 76f.

¹²¹ Prop. 1978/79:175 s 76 samt Bergqvist et al., *Jämställdhet i arbetslivet*, s 95f.

¹²² Prop. 1978/79:175 s 49.

¹²³ Bergqvist et al., s 97.

¹²⁴ Fallet dömdes av innan 1991 års JämstL trätt i kraft.

¹²⁵ Jämställdhetsombudsmannen.

verka för att arbetsgivaren frivilligt följde lagen.¹²⁶ Förbudet mot diskriminering kunde vid brott resultera i ogiltigförklaring av avtal¹²⁷ eller leda till skadestånd.¹²⁸ Skadeståndet skulle utmätas enligt arbetsrättsliga skadestandsregler.¹²⁹ Ansvarssubjektet, arbetsgivaren, skulle utge ersättning både för ekonomisk förlust samt utge allmänt skadestånd om det blev aktuellt.

3.3 EU-rätten före år 2000

EU bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt på rättsstatsprincipen. Det EU-rättsliga arbetet med diskrimineringsfrågor stärktes undan för undan allt medan unionen utvecklades. EKMR hade funnits sedan år 1950 men var fortfarande bara ett minimiskydd. EU-fördragets reformer innebar ökad rättslig påverkan för EU-rådet och domstolen. I artikel 6.2 Maastrichtfördraget (1992) angavs att EKMR skulle respekteras och i ett tillägg i 6a artikeln i Amsterdamfördraget (1997) föreskrevs till exempel ett ökat EU-rättsligt arbete för ett diskrimineringsförbud med större befogenheter att motverka diskriminering. Jämställdhet mellan kvinnor och män var också ett uttalat viktigt och grundläggande mål.

Alla EU:s medlemsländer är vid den här tiden parter till EKMR som var att anse som ett minimiskydd för mänskliga rättigheter. Enligt artikel 6 i EKMR ska medlemsländerna sörja för att en enskild får en rättvis rättegång inom skälig tid. Enligt artikel 13 i EKMR ska den vars fri- och rättigheter kränks ha tillgång till effektiva nationella rättsmedel. Artikel 14 innehåller det konkreta förbudet mot diskriminering. En av de mest grundläggande principerna inom EU är den så kallade likabehandlingsprincipen¹³⁰ som är central för förståelsen av både den EU-rättsliga tanken och de, för denna undersökning vidkommande, viktigaste direktivens uppbyggnad. Med likabehandling avses att all form av diskriminering är förbjuden. Enligt artikel 2 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen ska EU arbeta för en sådan jämställdhet. EU:s sociala stadga¹³¹, som är ett komplement till EKMR, omfattar ekonomiska och sociala rättigheter. Den sociala stadgan fyller det tomrum som EKMR lämnar eftersom konventionen endast berör civila och politiska rättigheter. Stadgan anger till exempel att de undertecknande parterna ska erkänna manliga och kvinnliga arbetstagares rätt till lika lön för likvärdigt arbete¹³², rätten till bostad och oberoende, social integrering och deltagande i samhällslivet för personer med funktionshinder¹³³. Stadgans skydd bygger dock på medborgarskap.

¹²⁶ Prop. 1978/79:175 s 33. Se också 1979 års JämstL, 11§.

¹²⁷ Se 1979 års JämstL, 8§.

¹²⁸ Se 1979 års JämstL, 8-9§.

¹²⁹ Prop. 1978/79:175 s 20 samt Bergqvist et al., s 123. Se också 1979 års JämstL, 8-9§§.

¹³⁰ Principen fanns redan i direktiv 76/207/EEG, men ändrades till direktiv 2000/78.

¹³¹ Nr 35 Europeisk social stadga (omarbetad version 1996) artikel 15.

¹³² Nr 35 Europeisk social stadga (omarbetad version 1996) artikel 4.3.

¹³³ Nr 35 Europeisk social stadga (omarbetad version 1996) Del V Artikel E samt artikel 15 och 30.

EU-rättslig praxis angående bevisbördan i diskrimineringsmål

Den av EU-domstolen speciella, utarbetade regel för bevisbördan i mål om könsdiskriminering innebar att bevisbördan kan gå över på arbetsgivaren för att undvika att likabehandlingsprincipen bryts. Den som utsatts för diskriminering har rätt till effektiva rättsmedel, och vid så kallade *prima facie-fall* av diskriminering har således arbetsgivaren bevisbördan för att ange objektiva godtagbara skäl för sin handling/underlåtenhet att handla. Ett *prima facie-fall* föreligger då käranden frambringat uppgifter som gör det antagligt att diskriminering föreligger. Några exempel på tillämpning av bevisbörderegeln är *Danfoss-målet* där arbetsgivaren använde sig av ett intransparent lönesystem där kvinnor tjänade mindre än män. EU-domstolen ansåg att det låg på arbetsgivaren att visa att lönesystemet inte diskriminerade kvinnor och ålade arbetsgivaren att göra lönesystemet offentligt¹³⁴. Uttalandet av domstolen liknar en presumtion om sambandet med kön och kvinnornas lägre lön i jämförelse med männen.¹³⁵ I *Brunnhofer-målet* konstaterades att det individuella lönesystemet inte ska användas som godtagbar ursäkt av arbetsgivaren i de fall då kvinnor systematiskt får lägre lön.¹³⁶ Vid indirekt könsdiskriminering kunde domstolen använda sig av en specificerad proportionalitetsprincip. I *Bilka-Kaufhaus-målet* fastslogs proportionalitetsprincipens närmare innehåll. De skäl som angavs av arbetsgivaren som motbevisning i målet är nu känt som Bilka-testet. Syftet med testet är att kunna avgöra om det bakom ett beslut finns objektiva ekonomiska skäl som inte är relaterade till kön.¹³⁷ Domstolen skulle sålunda göra en avvägning mellan den utsattas situation och arbetsgivarens ekonomiska skäl. I *Enderby-målet* utvecklade EU-domstolen proportionalitetsprincipen och arbetsgivaren ålades att styrka att löneskillnaden står i proportion till de objektiva omständigheterna. EU-domstolen fastslog att denna prövning ska utföras av den nationella domstolen utifrån en princip där det tydligt framgår att syftet är att skydda arbetsgivarens rättssäkerhet.¹³⁸ EU-domstolens dom i *Dekker-målet* angav att rätten till ett botemedel inte beror på fel å den diskriminerandes sida, vilket avskärmar skuldfrågans bedömning från straffrättens generella regler om att uppsåtet måste verifieras. *Dekker-målet* bekräftade också att endast straffrättsliga påföljder ensamt inte uppfyller EU-rätten.¹³⁹ Vad gäller skadestånd så kan konstateras att det generellt inte finns någon övre gräns för hur hög ersättningen vid diskriminering ska vara.¹⁴⁰

Den EU-rättsliga rättspraxisen kodifierades ytterligare i bevisbördedirektivet från år 1997. I direktiv 97/80 hade som grund förutsatts att det i praktiken krävdes en bevislättning för att förbuden skulle upprätthållas. I artikel 4.1

¹³⁴ Mål C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989)s 15.

¹³⁵ Fransson, Susanne, Lönediskriminering, s 261.

¹³⁶ Mål C-381/99 Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkassen AG (2001), s 80.

¹³⁷ Mål 170/84 *Mål C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz* (1986)., s 35-37.

¹³⁸ Mål C-127/72 *Enderby*, I-5535, p. 26-29.

¹³⁹ Remedies and sanctions in EC non-discrimination law, s 17.

¹⁴⁰ Remedies and sanctions in EC non-discrimination law, s 42.

anges att personer som anser sig kränkta genom att likabehandlingsprincipen inte efterföljs ska kunna lägga fram fakta som gör det antagligt att diskriminering föreligger.¹⁴¹

I och med Sveriges förväntade intåg i EU hade svensk praxis under 1990-talet börjat närma sig EU-rättslig praxis i diskrimineringsfrågor. När Sverige blev medlem i EU år 1995 följde också en skyldighet att följa EU-domstolens praxis. Bevisbörderegler inom svensk rätt uttrycktes vanligen inte direkt i lagstiftning innan 1990-talet. Den äldsta svenska lagen om förbud mot etnisk diskriminering i arbetslivet från 1986¹⁴² innehöll inga bevisbörderegler alls. Den senare lagen från 1994¹⁴³ samt lagen om likabehandling av studenter i högskolan¹⁴⁴ innehöll dock regler som påminde om den praxis som EU-domstolen utarbetat. I Sverige hade Arbetsdomstolen utarbetat bevisbörderegler som användes som en typ av presumtionsregler i arbetsrättsliga tvister¹⁴⁵. Den reglering med delad bevisbörda som fanns i 1999 års diskrimineringslag¹⁴⁶ motsvarade vid denna tid redan EU-rättens krav på bevislättnader.¹⁴⁷ I samband med de tre diskrimineringslagarnas införande år 1999 kom utöver JämO också DO, HO och HomO¹⁴⁸ som fick varsitt diskrimineringsområde att övervaka.

För att befästa den EU-rättsliga praxis som växt fram angående indirekt diskriminering anpassades 1991 års JämstL till den EU-rättsliga standarden. Enligt artikel 2 punkt 1 i direktiv 97/80 innebär indirekt diskriminering att en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva kriterier som inte har samband med personernas kön.¹⁴⁹ Begreppet hade funnits med i tidigare svenska lagförarbeten¹⁵⁰ men saknat uttrycklig definition i lagtext tills det togs med i 1999 års diskrimineringslag. Indirekt diskriminering kom i svensk rätt att innebära att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller arbetstagare genom användandet av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar

¹⁴¹Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering.

¹⁴² Lag (1986:442) mot etnisk diskriminering.

¹⁴³ Lag (1994:134) mot etnisk diskriminering.

¹⁴⁴ Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan.

¹⁴⁵ Fransson & Stüber, s 543.

¹⁴⁶ Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

¹⁴⁷ Prop. 1997/98:177 s 40 ff. Prop. 1997/98:179 s 64 ff. Prop. 1997/98:180 s 45 ff. Prop 2002/03:65 s 104.

¹⁴⁸ Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO), Handikappombudsmannen (HO) och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO).

¹⁴⁹ Prop. 1990/91:113 *Om en ny jämställdhetslag, m.m.* s 79f.

¹⁵⁰ Prop. 1978/79:175 s 121.

personer av ett visst kön.¹⁵¹ Definitionen stämmer väl överens med den som finns i direktivet.¹⁵²

3.4 1991 års Jämställdhetslag

I ljuset av utvecklingen inom EU kom den 1 januari 1992 en ny svensk Jämställdhetslag¹⁵³ i kraft. Både 1991 års JämstL och 1979 års JämstL karaktäriseras av en strävan efter jämställdhet mellan könen i arbetslivet.¹⁵⁴ Den gamla lagen brast i effektivitet vad gäller att driva jämställdheten framåt och lagtexten var svårtillgänglig och svår i sin tillämpning. I förarbetena går det att utläsa att förhoppningarna på den förra lagen inte hade infriats, som exempel nämndes att endast få mål prövats i domstol sedan 1979 års lag trädde i kraft.¹⁵⁵ Det konstaterades även att den gamla lagen inte uppfyllde de krav som fanns inom EU.

Diskrimineringsbegreppet i 1991 års jämställdhetslag

Den stora skillnaden från tidigare lag innebar således att lagens utformning påverkats mycket av EU-rätten. Diskrimineringsgrunderna i 1991 års JämstL innefattade i den tidigaste versionen ett förbud mot könsdiskriminering i arbetslivet samt förbud mot trakasserier och sexuella trakasserier. Könsdiskriminering enligt 1991 års JämstL innebar att någon missgynnas under sådana omständigheter att missgynnandet har ett direkt eller indirekt samband med den missgynnades könstillhörighet (direkt och indirekt diskriminering). Sammanfattningsvis är de rekvisit som räknas in under diskriminering enligt 1991 års JämstL missgynnande, jämförbarhet samt orsakssamband. I tidigare lagar fanns inget skydd mot trakasserier och sexuella trakasserier. Arbetsgivare förbjöds nu att uttryckligen utsätta arbetstagare för sexuella trakasserier.¹⁵⁶

Undantag från presumtionen om könsdiskriminering godtogs endast sparsamt. Godtagbara och sakliga skäl för arbetsgivaren vid rekrytering innebar att denne visade att det varken fanns direkt eller indirekt samband med kön. Med indirekt samband avsågs i praktiken indirekt diskriminering, som var en ny paragraf.¹⁵⁷ Andra skäl kunde vara att arbetsgivarens beslut ingick i ett led för att främja jämställdhet (positiv särbehandling) eller om orsaken var av annat ideellt eller särskilt intresse kopplat till jämställdhet.¹⁵⁸ I fall där arbetsgivaren förbigick någon med likvärdiga sakliga förutsättningar och det var sannolikt att det berodde på kön godtogs beslut enligt 16 § punkt 1-3 vid positiv särbehandling trots diskrimineringsförbudet.¹⁵⁹ Detsamma gällde vid otillåten arbetsledning, uppsägning, permission och avskedande. Då arbetsgivaren utgav lägre lön eller tillämpade sämre arbetsvillkor kunde

¹⁵¹ 1991 års JämstL 16§.

¹⁵² Prop. 1990/91:113 s 106.

¹⁵³ Jämställdhetslag (SFS 1991:433). Hädanefter 1991 års JämstL.

¹⁵⁴ 1 § 1 st. 1991 års JämstL. Se också prop. 1990/91:113 s 6.

¹⁵⁵ Prop. 1990/91:113 s 61-62.

¹⁵⁶ Prop. 1990/91:113 s 72.

¹⁵⁷ Prop. 1990/91:113 s 107. Se också 16§ 1 p 1991 års JämstL.

¹⁵⁸ Prop. 1990/91:113 s 107. Se också 16§ 2-3 p JämstL.

¹⁵⁹ Prop. 1990/91:113 s 108. Se också 17§ 2 st JämstL.

detta godtas om det visades att det berodde på skillnaden i arbetstagarens sakliga förutsättningar och att kön inte var orsaken.¹⁶⁰

Den avskräckande och reparativa effekt, som EU-rätten krävde, utformades som ett skadestånd. Nivån på skadeståndet skulle följa den arbetsrättsliga praxis som redan utarbetats. I fall av sexuella trakasserier drevs målen enligt skadeståndslagen och kunde också få ett straffrättsligt efterspel.¹⁶¹ JämO hade, som förut, rätt att föra talan i domstol och i förarbetena står att uppdraget omfattade att föra talan även när det fanns särskilda skäl. Inte bara när det ansågs betydelsefullt för rättstillämpningen.¹⁶²

3.5 EU-rätten från år 2000 till 2009

Nicefördraget antogs år 2000 och godkände då en stadga innehållandes en katalog över politiska och sociala rättigheter. Stadgan samlar rättigheter som tidigare varit spridda i olika rättsakter, exempelvis i nationella lagar och EU-lagar samt i Europarådets, FN:s och (ILO:s) internationella konventioner, i ett enda dokument. Tillsammans med EU-domstolens praxis utvecklades det gemenskapsrättsliga fri- och rättighetsskyddet i ett flertal mål och de i sin tur påverkade utformningen av det EU-rättsliga diskrimineringsförbudet. I fördragets artikel 7 sas att den katalog med rättigheter som införlivades skulle erkännas samt att rättigheterna enligt EKMR skulle anses som allmänna principer. Artikel 13 angav att rådet fått behörighet att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

Den ständiga balansgången mellan EU-rätten och nationell rätt debatterades flitigt i Europa och EU-domstolen visade i ett antal mål att domstolens kompetens och makt ökade i fri- och rättighetsfrågor rörande tolkningen av EKMR.¹⁶³ Det går att säga att en rättslig grund skapades för en kommande anslutning mellan unionen och EKMR.

Direktiv 2000/43¹⁶⁴ rörande förbud mot etnisk diskriminering¹⁶⁵ och det likaledes viktiga direktivet 2000/78 som innebar en EU-rättslig ram för likabehandling i arbetslivet och innefattar förbud mot etnisk diskriminering, diskriminering mot funktionshindrade och diskriminering på grund av sexuell läggning och ålder infördes under år 2000. I direktiven framgår att vid prövningen av om diskriminering förekommit skall bevisbördan fördelas enligt följande. Om den som anser sig ha blivit diskriminerad lägger fram fakta som ger anledning att *anta* att diskriminering har förekommit övergår bevisbördan på svaranden. Det åligger sedan svaranden att bevisa att

¹⁶⁰ Prop. 1990/91:113 s 109. Se också 18§ 2 st JämstL.

¹⁶¹ Prop. 1990/91:113 s 90. I straffrättsligt hänseende var brottsbalkens regler om sexuellt utnyttjande, sexuellt ofredande eller ofredande det som avsågs.

¹⁶² Prop. 1990/91:113 s 94-95.

¹⁶³ Melin, *EU:s konstitution*, s 119.

¹⁶⁴ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

¹⁶⁵ Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

diskriminering inte har förekommit eller att godtagbara objektiva skäl (undantag) föreligger. Detta stadgas både i artikel 8.1 i direktiv 2000/43 och i artikel 10.1 i direktiv 2000/78. I direktiven kan man också se att lättningen i bevisbördan inte är avsedd för straffrättsliga förfaranden. Medlemsstaterna är fria att införa än mer fördelaktiga bevisregler för den som anser sig diskriminerad vilket framgår av artikel 8.2 i direktiv 2000/43 samt i direktiv 2000/78 artikel 10.2. Den enskildes rätt till rättslig prövning skyddas genom artikel 7.1 i direktiv 2000/43 samt artikel 9.1 i direktiv 2000/78. Medlemsstaterna ska säkerställa att alla som anser sig blivit diskriminerade ska ha tillgång till rättsliga och/eller administrativa förfaranden. Medlemsstaterna ska också se till att det finns effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner vid överträdelse av de nationella bestämmelserna enligt direktiven.¹⁶⁶

Detta föranledde en lagändring år 2000 av 1991 års JämstL där det bestämdes att presumtionsreglerna som härstammade från 1979 års lag skulle tas bort, likaså kravet på jämförelseperson, likvärdighet och bättre sakliga förutsättningar. Det ansågs inte försvarbart att behålla dessa kriterier i ljuset av den EU-praxis som växt fram.¹⁶⁷

3.6 2003 års diskrimineringslag

Syftet med införandet av lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering var att inkorporera de betydelsefulla direktiven 2000/43 och 2000/78. Det konstaterades också att gällande lagstiftning både inom civilrätt, straffrätt samt i RF inte var tillräcklig. De tidigare regleringarna kring diskriminering behövde utökas till att också omfatta lagstiftning utanför arbetslivet och högskolan. Lagen omfattar diskrimineringsgrunderna etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och funktionshinder och vid en lagändring år 2005 lades grunden kön också till.¹⁶⁸

Den delade bevisbördans innebörd under debatt

Den så kallade delade bevisbördan, som alltså hämtats från EU-rättslig praxis, började dyka upp i svensk praxis under 2000-talet. Redan tidigare hade det funnits fall där man använt sig av en delad bevisbörda med hjälp av presumtionsregeln. Inspirerad av EU-domstolens praxis anförde den svenska domstolen i AD 2002 nr 128 att det bör användas någon form av bevislättning för att förbudet ska kunna efterlevas. I domen har domstolen hänvisat till bevisbördedirektivet 97/80/EG. Detsamma gäller i AD 2002 nr 45 och AD 2001 nr 76 som gällde tillämpning av 45 a§ JämstL.

Fokus i den svenska rättsvetenskapliga debatten lades huvudsakligen på problematiken med den delade bevisbördan. Enligt Heuman var tanken med den forna bevisregeln från 1979 års JämstL att det skulle underlätta för domstolen, att det skulle fungera som en bevislättning samt minska risken för

¹⁶⁶ Artikel 15 direktiv 2000/43 respektive artikel 17 direktiv 2000/78.

¹⁶⁷ Prop. 1999/00:143.

¹⁶⁸ Lag (2005:480) med ändring av jämställdhetslagen (1991:433).

att domstolen skulle få en materiellt oriktig dom baserat på bristfälligt bevismaterial.¹⁶⁹ I ett antal domar¹⁷⁰ om etnisk diskriminering underlättades domstolens bevisvärdering av den delade bevisbördan¹⁷¹, men i andra fall¹⁷² bidrog den knappast till någon lättnad. Heuman menar att bevisbördan bör fungera mer som en presumtionsregel.

Malmberg framhåller vikten av en diskrimineringslags effektivitet och syftar då främst på effektivitet genom ”fällande domar”. Han menar att kritiken mot att det är svårt att få just fällande domar är missriktad. Problemet härrör från den outtalade uppfattning om vad diskriminering egentligen är. Grundproblemet, som Malmberg ser det, är att diskrimineringsbegreppet inte täcker den typ av diskriminering som samhällsdebatten innehåller. I lagen har diskriminering en mer begränsad betydelse, som är tydligare i både innebörd och funktion.¹⁷³

Lindell menar att den delade bevisbördan inte är logiskt möjlig eftersom den kan innebära att båda parter ska bevisa samma sak. Regeln som den beskrivs i direktiven kan tillsynes innebära att båda parter ska ha en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum.¹⁷⁴ Malmberg bemöter kritiken genom ett exempel som visar att orsakssambandet ska härstamma från olika bevisfakta som han benämner a, b, c. a innebär karendens diskrimineringsgrund. b och c innebär svarandens eventuellt godtagbara förklaringar till handlingen. Domstolen ska sedan binda ihop de olika bevisfaktum som anförts för att se om ett orsakssamband föreligger. I exemplet framgår att det rör sig om olika bevisfakta som ska bevisas. Malmberg menar att man istället för en delad bevisbörda ska tala om bevisprövning i två led. Domstolen ska då värdera vardera parts bevis för sig och sedan fastställa rättsfaktum. När bevisbördan förklaras på detta sätt blir det tydligt att parterna inte ska bevisa (eller motbevisa) samma omständigheter.¹⁷⁵ Det vill säga om ord står mot ord vad gäller själva händelsen (den diskriminerande handlingen/underlåtenheten) så får bevisprövningen se ut på andra sätt.

I fallet NJA 2006 s 170 riktades kritik av samma slag som ovan med stöd av tidigare praxis och viss doktrin. Målet rör diskriminering på grund av sexuell läggning. TR menade att den aktuella bevisbörderegeln skulle tillämpas så att karenden hade bevisbördan för att styrka omständigheterna i fallet. Prövningen skulle sedan göras utefter normala beviskrav i ett dispositivt tvistemål. Först när omständigheterna var styrkta på kärandesidan och man kunde anta diskriminering gick bevisbördan över till svarande att styrka sin motbevisning. TR gjorde dock en kontroversiell tolkning av bevisbörderegeln och menade att om karenden inte kunde uppfylla sina beviskrav så behövde svarandens argument inte prövas. I sin tolkning stöttade sig TR på proposition

¹⁶⁹ Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, s 117.

¹⁷⁰ Se vidare AD 2003 nr 73 och AD 2004 nr 22.

¹⁷¹ Heuman, s 119.

¹⁷² AD 2003 nr 55.

¹⁷³ Malmberg, *Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten*, Förhandlingarna vid det 37:e nordiska juristmötet i Reykjavik 18-20 augusti 2005 och JT 2001-02 s. 97-98.

¹⁷⁴ Lindell, *Civilprocessen*, s 507 f.

¹⁷⁵ Malmberg, *Bevisning i diskrimineringstvister*, s 808.

2002/03:65¹⁷⁶ samt hänvisade till fall AD 2001 nr 76, 2002 nr 45 och 128. Detta innebar ett steg tillbaka till 1979 års JämstL och bevisbördans placering.

I HovR hänvisade man till att 21§ i 2003 års diskrimineringslag innebar en delad bevisbörda där en presumtion om diskriminering kan antas om käranden styrker sina omständigheter. HovR menade att om man, som TR, ålade kärandesidan att visa att de aktuella ömhetsbetygelser inte var av det slag som svarandesidan påstod blev 21§ diskrimineringslagen innehållslös och tappade sitt syfte. Detsamma gällde också frågan om varför målsägande avvisades. HovR menade att i det uppkomna fallet var det istället motparten som skulle visa att godtagbara objektiva skäl förelåg.

Även om det framgår att bevisbördan är delad enligt förarbetena, framgår det inte hur den är delad. Enligt förarbetena var avsikten med bevisbörderegeln att den som anser sig diskriminerad ska ha en bevislättnad.¹⁷⁷ Enligt HD gav de sammanlagda EU-rättsliga utgångspunkterna i direktiv 97/80 samt direktiv 2000/43 och direktiv 2000/78 att bevislättningen skulle vara en utgångspunkt även för svensk rätt. Rätten beaktade att den diskussion som förekommit angående att den delade bevisbördan inte kan sägas betyda att båda parter ska visa samma rättsfaktum. Därmed fastställdes det att det skulle röra sig om en presumptionsregel där antaglighet av styrkta rättsfakta gör att bevisbördan går över på svaranden.

Civilrättens överlappning med straffrätten

2003 års lag innehåller ett förbud mot diskriminering som har samband med tillhandahållande och efterfrågan av varor, tjänster och bostäder, som återfinns i 9§. Lagens täckningsområde sammanfaller nu än mer med 16 kap 9§ BrB eftersom de innehåller i stort sett samma diskrimineringsområden. Utredningen angav att med ledning av direktiv 2000/43 ska skyddet gälla både när en person vill tillhandahålla varor och tjänster och när en person efterfrågar detsamma. Men detta motsades av regeringen som menade att direktivet endast anger att ”utbudssidan” inte får diskriminera den som efterfrågar en vara, tjänst eller bostad. Inte att den som tillhandahåller ett utbud skulle vara skyddad också. Så blev också innebörden av den slutgiltiga lagen.

Vidare framgår av förarbeten att diskrimineringsförbudet avser näringsidkare som yrkesmässigt tillhandahåller varor och tjänster samt bostäder som är tillgängliga för *allmänheten*. Det framgår också att rent privata transaktioner inte ska omfattas av lagen. Direktiv 2000/43 omfattar ju som bekant endast ras och etnicitet som diskrimineringsgrunder, men i utredningen ansågs det vara lämpligt att 2003 års lag innehöll samma diskrimineringsgrunder som i 16 kap 9§ BrB, som ett minimum. Skyddet utökades från minimumnivån till att också omfatta kön och funktionshindrade.¹⁷⁸ Detta gjordes med beaktande av artikel 13.1 i EU-fördraget där direktiv 2004/113 antogs med syfte att

¹⁷⁶ Prop. 2002/03:65 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*, s 107.

¹⁷⁷ Prop. 2002/03:65 s. 105 ff.

¹⁷⁸ Prop. 2002/03:65 s 131-133.

motverka könsdiskriminering vid tillhandahållande av varor och tjänster.¹⁷⁹ De skyddade grupperna i lagen kom därför att bli kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och funktionshinder i en och samma lag.¹⁸⁰

I utredningen ville man också reglera allmän sammankomst och offentlig tillställning, också detta något som regleras i 16 kap 9§ BrB 3 stycket. Enligt direktiv 2000/43 behövdes dock inte en sådan reglering, därför avvaktade man en utredning om ett eventuellt behov av att ersätta 16 kap 9§ 3st med en civilrättslig bestämmelse. Bestämmelsen kom med i 2009 års DiskL och går att finna i 2 kap 12 §.

En tydlig skillnad mellan 16 kap 9§ BrB och 2003 års diskrimineringslag framkommer vid en jämförelse av två likartade fall som gäller etnisk diskriminering. Dem aktuella fallen är det straffrättsliga fallet NJA 1996 s 768 och det civilrättsliga fallet NJA 2008 s 915. Båda fallen rörde frågan om etnisk diskriminering av ett flertal personer som gjort så kallade diskrimineringstest. I NJA 2008 s 915 hade ett sällskap som bestod både av personer med ”svenskt” utseende och ”utländskt” utseende, testat om alla kunde komma in på samma bar. Testet var, liksom i det straffrättsliga målet, en del av ett större projekt för att undersöka diskriminering i flera städer. De åtta förstnämnda kom in medan de fem sistnämnda nekades inträde. De faktiska omständigheterna var ostridiga i båda fall, nämligen att de personer som inte hade ett ”svenskt” utseende nekades inträde. Därav gick bevisbördan över på svaranden enligt det civilrättsliga fallet och man utredde om det fanns några ursäktande omständigheter för den diskriminerande handlingen. Det räckte således att konstatera att *en* av anledningarna till den diskriminerande handlingen hade koppling till målsägandes etnicitet.

I det straffrättsliga målet NJA 1996 s 768 var sökandet efter det avgörande skälet av främsta vikt. För en fällande dom krävdes att domstolen kunde konstatera att det *avgörande skälet* var målsägandes etnicitet. Eftersom det inte gick att utesluta andra avgörande beslut eller det verkliga uppsåtet, som t ex målsägandes attityd, gick det inte heller att fastställa att avvisande på grund av etnicitet var avgörande och målet ogillades. I NJA 2008 s 915 kunde en fällande dom göras eftersom svarandens ursäktande omständigheter inte ansågs godtagbara.

3.7 2005 års ändring av 1991 års Jämställdhetslag

I 1999 års lagar samt i 2003 års diskrimineringslag fanns bevisbördan redan i en egen paragraf men efter ändringen år 2005 definieras den delade bevisbördan i en egen paragraf även i 1991 års JämstL. Anledningen till att man valt att bryta ut bevisbördan från den paragraf som anger

¹⁷⁹ Prop. 2004/05:147 *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering* s 78f.

¹⁸⁰ 2003 års diskrimineringslag 9§.

diskrimineringsförbudet var att regeln skulle framgå tydligare.¹⁸¹ Tydligheten var också något som framhölls enligt förarbetena till de andra lagarna.¹⁸²

EU-rättslig praxis angående jämförbar situation

En omfattande EU-rättslig praxis rörande jämförbar situation och konkret jämförelseperson framträdde alltmer under början av 2000-talet. Redan i det tidigare *Dekker-målet*¹⁸³ tog EU-domstolen ställning till betydelsen av jämförbar situation. I detta fall gjorde domstolen några viktiga uttalanden kring tillämpningen av de bestämmelser som stadgas i likabehandlingsdirektivet gällande tillgång till anställning. EU-domstolen fastslog att en gravid arbetstagare befinner sig i en jämförbar situation med andra arbetstagare trots att detta innebär en ekonomisk förlust för arbetsgivaren som i fallet skulle behöva betala sjuklön under lång tid för kvinnan. EU-domstolen fastslog också att jämförelsen inte behöver göras med en person av motsatt kön. De slutsatser man kan dra av *Mahlburg-målet*¹⁸⁴ och *Tele Danmark-målet*¹⁸⁵ är att det är otillåtet att beakta ekonomiska nackdelar till följd av graviditet. Även *Gillespie-målet* angav att det inte finns något krav på en konkret jämförelseperson¹⁸⁶. Recastdirektivet, som var en sammanslagning av ett antal direktiv, kom år 2006 att ersätta en del av de direktiv som reglerade bevisbördan och lika löner.¹⁸⁷

Vid lagändringen år 2005¹⁸⁸ togs likartad situation bort och ersattes med jämförbar situation. Kravet på jämförelse med en person "av motsatt kön" ersattes med jämförelse med "någon annan". Den föregående EU-praxisen hade bitvis fått genomslag i svensk rätt, bland annat i fallet AD 2002 nr 45 där en gravid barnmorska sökte jobb på en vårdcentral. Omständigheterna liknade de som förelåg i *Dekker-målet* då den gravida kvinnan hade bäst meriter men jobbet gavs till en annan sökande. AD menade att man brutit mot likabehandlingsdirektivet och att diskrimineringsförbudet gäller även om det saknas en jämförelseperson av motsatt kön. Intressant nog var inte likabehandlingsdirektivet inkorporerat i svensk lag vid denna tidpunkt. Domstolen hävdade ändå att direktivet fick direkt vertikal effekt¹⁸⁹, eftersom svaranden var ett statligt organ.

I de svenska förarbetena konstateras, helt i linje med EU-rätten, att utifall det är rimligt att olika individer behandlas lika så befinner de sig i en jämförbar situation.¹⁹⁰ Ibland kan det vara svårt att finna den jämförande faktorn och

¹⁸¹ Prop. 2004/05:147 s 120.

¹⁸² Se prop. 1999/2000:143 *Ändringar i jämställdhetslagen m.m* s. 48 f. samt prop. 2003/03:65 s. 106.

¹⁸³ Mål C-177/88 Dekker Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen.

¹⁸⁴ Mål C-207/98 Silke-Karin Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern.

¹⁸⁵ Mål C-109/00 Domstolens dom den 4 oktober 2001 *Tele Danmark A/S mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

¹⁸⁶ Mål C-342/93, Gillespie.

¹⁸⁷ Direktiv 2006/54/EG ersatte bevisbördedirektivet 97/80, 75/117/EEG mfl.

¹⁸⁸ SFS 2005:476 Lag om ändring i jämställdhetslagen (1991:433).

¹⁸⁹ Se vidare angående direkt vertikal effekt i Nyström, *EU och arbetsrätten* s 39ff.

¹⁹⁰ Prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s 487.

därför måste domstolen hitta olika vägar. I förarbetena konstateras att det naturliga är att göra en jämförelse med en existerande person. Som EU-domstolen fastslagit i bland annat *Dekker-målet* kan även en *hypotetisk* jämförelseperson användas. I andra hand kan domstolen därför enligt förarbetena använda en hypotetisk jämförelseperson. Värt att notera är dock att jämförelsen blir endast rättvisande då det är rimligt eller naturligt att jämföra specifika personer med varandra. Vidare anges att frågan om vilka och vad som går att jämföra bestäms av domstolen utefter omständigheterna i varje enskilt fall.¹⁹¹

I svensk rättspraxis användes en jämförelse med hypotetisk person i ett ökande antal mål. Ett exempel är AD 2005 nr 21. Domstolen fastslog här att en anställd som tillhörde Jehovas Vittne inte hade diskriminerats när denne avskedades på grund av att personen inte ville utföra vissa arbetsuppgifter relaterade till julfirande. Den grundläggande anledningen härtill, och således också resultatet av den hypotetiska jämförelsen, var att bolaget skulle ha avskedat även andra anställda om de vägrat utföra vissa arbetsuppgifter. Även i de senare målen AD 2011 nr 23 och 2011 nr 2 användes hypotetisk jämförelseperson.

I doktrin diskuterades vad den jämförbara situationen skulle inneburi om man konstant skulle välja att jämföra med en konkret person. Malmberg menade att resultatet ibland skulle kunna bli missvisande eftersom det stundtals fanns bättre lösningar.¹⁹² Han menade som exempel att då någon sägs upp går det också att jämföra personens *tidigare situation*, alltså inte med en annan *person*, för att finna om diskriminering ägt rum.¹⁹³ Jämförelsen kunde också bestå i ett avvikande från en ”normalstandard” som upprätthölls i ett visst sammanhang.

3.8 EU-rätten år 2009 och framåt

Arbetet för mänskliga rättigheter stadgades nu i ett nytt fördrag Lissabonfördraget (2009) där artikel 6 innebar att unionen erkänner de rättigheter och principer som finns i Europeiska stadgan för de mänskliga rättigheterna samt att unionen slutligen anslöt sig till EKMR. Lissabonfördraget innebar i sin tur att stadgan blev rättsligt bindande. I artikel 20 i Europeiska stadgan för de mänskliga rättigheterna står att alla är lika inför lagen. Artikel 21 och 23 anger att all diskriminering är förbjuden och att medlemsstaterna ska sträva efter jämställdhet mellan kvinnor och män både vad gäller anställning, lön och arbete. Om en rättighet i stadgan motsvarar rättigheter som garanteras av EKMR, är avsikten och omfattningen av dessa rättigheter densamma som definieras i konventionen, trots att EU-lagstiftningen kan ge ett mer omfattande skydd.

¹⁹¹ Prop. 2007/08:95 s 487.

¹⁹² Malmberg, s 248-249, se också Fransson & Stüber, s 73.

¹⁹³ Malmberg, *Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten* s 246-247.

EU-rätten kräver att nationell rätt tillhandahåller adekvat juridiskt skydd. Det innebär effektiva, lämpliga, proportionerliga och avskräckande sanktioner.¹⁹⁴ EU-domstolen ger inte ett exakt svar på hur dessa sanktioner ska se ut. Möjligen kan man utläsa att det finns en skyldighet att bedöma hur sanktionerna ska se ut utefter det enskilda fallets omständigheter, man måste beakta likabehandlingsprincipen och troligen bör sanktionerna gå lite utöver den minimistandard som direktiven föreskriver för att verka avskräckande och vara effektiva.¹⁹⁵ Det är alltså upp till det enskilda medlemslandet att avgöra vilken typ av sanktioner det ska finnas.

Enligt artikel 13 i direktiv 2000/43 ska EU:s medlemsstater utse ett eller flera organ som ska främja likabehandling av personer oavsett etniskt ursprung. Motsvarigheter finns i direktiv 2006/54 artikel 20 samt 2004/113 artikel 12. Omfattningen av organens behörighet enligt EU-direktiven består i att bistå enskilda med att driva klagomål om diskriminering, genomföra oberoende undersökningar, offentliggöra oberoende rapporter och rekommendationer som rör diskriminering. De statliga organen ska också utbyta information med motsvarande organ på EU-rättslig nivå. Parisprinciperna¹⁹⁶ som är antagna av FN:s generalförsamling understryker vikten av att nationella institutioner som arbetar med mänskliga rättigheter har en självständig position. Mandatet ska, enligt direktiven, gärna vara reglerat i lag och vara så brett som möjligt. Resolutionen är inte bindande utan utgör endast en rekommendation.

3.9 2009 års Diskrimineringslag

År 2009 kom den nuvarande diskrimineringslagen i kraft. Syftet bakom införandet av lagen var att skapa en heltäckande och effektiv lagstiftning som också symboliserar värdet av att motarbeta all slags diskriminering. De gamla lagarna upplevdes som svåröverskådliga och ineffektiva.¹⁹⁷

Diskrimineringsbegreppet

De sju tidigare diskrimineringslagarna slogs samman och bildar nu en enda gemensam lag.¹⁹⁸ Sammanslagningen betydde att man behöll diskrimineringsbegreppet såsom det hade växt fram i samklang med EU-rätten. Diskriminering enligt 2009 års lag innebär således en uppdelning i direkt och indirekt diskriminering, trakasserier, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera. Enligt EU-domstolen innebär en sammanfattande beskrivning av diskrimineringsbegreppet ”att olika regler

¹⁹⁴ Remedies and sanctions in EC non-discrimination law, s 14.

¹⁹⁵ Remedies and sanctions in EC non-discrimination law, s 17.

¹⁹⁶ UN General Assembly Resolution 48/134 of 1993.

¹⁹⁷ Prop. 2007/08:95 s 84 och 93.

¹⁹⁸ Se 1991 års JämstL, Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lag (2003:307) om förbud mot diskriminering och lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

tillämpas i jämförbara situationer eller att samma regel tillämpas i olika situationer”.¹⁹⁹ Vilket stämmer väl med hur svensk rätt utvecklats.

De sju diskrimineringsgrunderna

De sju diskrimineringsgrunderna härstammar också från de sju tidigare lagarna. Diskrimineringsgrunderna ålder och könsöverskridande identitet var nya för svensk lagstiftning. I förarbetena diskuterades ifall lagen skulle innehålla en så kallad ”öppen lista” vilket skulle innebära ett generellt förbud från diskriminering. En öppen lista innebär att domstolen skulle kunna pröva olika typer av diskriminering och inte vara styrd av de definierade diskrimineringsgrunderna i lagen. Detta stöds bland annat av EKMR artikel 14, ICCPR och CDESCR. Trots detta valdes att inte införa någon lista eftersom man bland annat ansåg att diskrimineringsgrunderna skulle bli för många.²⁰⁰ DiskL är således baserade på *kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning, ålder och könsöverskridande identitet*.

Definitionen av *kön* utgår från att man i rättslig bemärkelse kan avgöra om en person är en man eller en kvinna. En ny diskrimineringsgrund i DiskL har en mer flytande innebörd och kallas *könsöverskridande identitet*. Allmänt sett är det en persons mentala eller självupplevda bild som avses, men bestämmelsen omfattar även en persons sociala uttryck i form av kläder, kroppsspråk, smink eller frisyr.²⁰¹ För att lagen ska omfatta alla människors *sexuella läggning* har man även inkluderat homo- samt – bi och heterosexuella som en skyddsgrupp.²⁰² Med *funktionshinder* menas varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av skada eller sjukdom som fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå. Det sistnämnda innebär att vissa sjukdomar som till exempel MS (Multipel skleros), som kan leda till funktionshinder, även omfattas. När det kommer till *ålder* är det viktigt att iakta att begreppet innefattar både barn, ungdom och äldre utan att det finns vare sig en nedre eller övre åldersgräns.²⁰³ Vad gäller *etnisk tillhörighet* avses både faktisk och förmodad etnicitet. Även personer som är gifta eller sambo med någon med en viss etnisk tillhörighet omfattas av lagen. Diskrimineringsgrunden *religion eller annan trosuppfattning* är inte närmare definierad i lagen. I EU-direktivet²⁰⁴ användes ordet ”*religion*” samt ”*övertygelse*” och ersatte ordet trosbekännelse. På Lagrådets inrådan valdes trots det benämningen ”religion eller annan trosuppfattning”. I förarbetena nämns buddismen, ateism och agnoscism för att som exempel på trosuppfattningar.²⁰⁵

¹⁹⁹ Prop. 2007/08:95 s 96ff.

²⁰⁰ Prop. 2007/08:95 s 110ff.

²⁰¹ Karnov Lagkommentar 1 kap 5§ 2p. Författare: Gudrun Persson Härneskog. Hämtat 2014-05-09.

²⁰² Men avvikande sexualiteter, som t ex pedofili omfattas inte av skyddet.

²⁰³ Karnov Lagkommentar 1 kap 5§ 2 p. Författare: Gudrun Persson Härneskog. Hämtat 2014-05-09.

²⁰⁴ Direktiv (2000/78).

²⁰⁵ Prop. 2007/08:95, s 121.

Ansvarssubjekten

Inom arbetslivets gränser är det arbetsgivaren²⁰⁶ som bär ansvar för diskriminerande handlingar/underlåtenhet inom arbetslivet och kan dömas för diskriminering. Inom utbildningssektorn är den ansvarig som bedriver verksamhet som avses i skollagen²⁰⁷ eller annan utbildningsverksamhet. Diskriminering inom olika samhällsinstitutioner gör stat, landsting och kommun ansvarig för eventuell diskriminering²⁰⁸. Försvarsmakten²⁰⁹ och den som utlyser offentlig anställning²¹⁰ bär också ansvar. Även den som bedriver arbetsmarknadspolitisk verksamhet eller arbetsförmedling utan offentligt uppdrag²¹¹ och arbetstagarorganisationer, arbetsgivarorganisationer eller yrkesorganisationer²¹² bär skuld om diskriminering förekommer.

Den som tillhandahåller varor, tjänster eller bostäder till allmänheten eller ordnar sammankomst eller offentlig tillställning ska också beakta diskrimineringsförbudet.²¹³ Det här ansvarsområdet innebär att DiskL även omfattar områden som 16 kap 9§ BrB 2 st. om offentliga tillställningar och liknande. Enligt förarbeten till DiskL angavs att den nya lagen skulle vara bristfällig om dess omfattning inte var minst lika stor som 16 kap 9§.²¹⁴

Första och andra ledet i bevisfrågan

För att underlätta förståelsen för den delade bevisbördan talar man ofta om första och andra ledet i bevisfrågan. I det så kallade första ledet avgörs om det föreligger omständigheter som innebär diskriminering. När det gäller direkt diskriminering består dessa omständigheter av två rekvisit. Det ena är *missgynnande* och det andra är *jämförbar situation*. Man kan även hävda att *orsakssamband* är ett tredje rekvisit. Orsakssambandet är det som binder ihop rättsfakta med diskrimineringsgrunden. Om omständigheterna kan göras antagliga, ger presumptionsregeln ett förväntat samband med en diskrimineringsgrund och käranden har fullgjort sin bevisbörda. I det andra ledet i bevisfrågan går bevisbördan över på svaranden. Denne måste bevisa att det föreligger andra godtagbara och sakliga skäl till den diskriminerande handlingen, man kan också säga att svaranden måste bryta orsakssambandet.

Innebörden av direkt diskriminering

I fjärde kapitlet första punkten återfinns bestämmelsen om direkt diskriminering. Direkt diskriminering kan sägas föreligga när en person har missgynnats i en situation som är jämförbar med en annan person. Det krävs också att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och den jämförbara situationen. Den EU-rättsliga definitionen av direkt

²⁰⁶ Se 2 kap 1-4§§ DiskL samt prop. 2007/08:95 s 406.

²⁰⁷ Se 2 kap 5-8§§ DiskL samt Skollagen (2010:800). Se också prop 2007/08:95 s 407.

²⁰⁸ Se vidare 2 kap 13-14b§§ DiskL.

²⁰⁹ Se 2 kap 15-16 §§ DiskL.

²¹⁰ Se 2 kap 17§ DiskL.

²¹¹ Se 2 kap 9§ DiskL samt prop 2007/08:95 s 407.

²¹² Se 2 kap 11§ DiskL.

²¹³ Se 2 kap 12-12b§§ DiskL.

²¹⁴ SOU 2006:22 s 508 f.

diskriminering finns i direktivet mot etnisk diskriminering²¹⁵, likabehandlingsdirektivet²¹⁶, i direktivet om varor och tjänster²¹⁷ samt recastdirektivet²¹⁸. Enligt dessa direktiv ska direkt diskriminering anses förekomma:

... när en person på någon av de grunder som anges i direktiven behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.

De ”grunder” som åsyftas i direktiven är desamma som de skyddade grupper som åsyftats ovan. Den svenska lagtexten är i princip identisk med den EU-rättsliga definitionen. Orden ”mindre förmånligt” har dock bytts ut mot ”missgynnas” i svensk lag, innebörden är dock den samma.

I diskrimineringslagen finner man bevisbördan i 6 kap 3§ DiskL. I förarbeten till de tidigare nämnda diskrimineringslagarna har bevisregeln beskrivits som en regel om delad bevisbörda²¹⁹ medan HD i NJA 2006 s. 170 kallade regeln en presumptionsregel. Båda innebär att de omständigheter som käranden visar i det första ledet av bevisprövningen skapar en presumption för att diskriminering föreligger. Svaranden kan därefter bryta presumptionen genom sin motbevisning. För att direkt diskriminering ska anses föreligga ska alltså totalt tre rekvisit vara uppfyllda: missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband.²²⁰

Det första rekvisitet (missgynnande) karaktäriseras av att en person försätts i ett sämre läge eller när en person behandlas på ett sätt som innebär förlust eller skada för denne.²²¹ Ett missgynnande sker typiskt när en individ lidit skada eller en negativ effekt uppstått. Med det menas en faktisk förlust, obehag eller liknande.²²²

Av avgörande vikt är att ett orsakssamband föreligger mellan missgynnande, jämförelse och diskrimineringsgrund. Ett samband mellan en diskrimineringsgrund och ett missgynnande kan vara starkt eller svagt. Ett starkt samband existerar när det finns uppsåt till en diskriminering, det nödvändiga sambandet blir då mycket tydligt.²²³ Ett svagt samband innebär att det kan finnas andra skäl till ett missgynnande. Det räcker att någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till missgynnarens handlande, bemötande eller underlåtenhet. Detta kan uttryckas som att missgynnandet inte bara behöver ske på grund av diskrimineringsgrunden. Vad gäller direkt diskriminering räcker det att det föreligger ett svagt samband mellan de olika rekvisiten för att man ska fastställa diskriminering. Det krävs således inte att den enda orsaken till en handling/underlåtenhet är diskriminering,

²¹⁵ Direktiv (2000/43/EG) artikel 2.2.

²¹⁶ Direktiv (2000/78/EG), artikel 2.2.

²¹⁷ Direktiv (2004/113/EG) artikel 2a.

²¹⁸ Direktiv (2006/54/EG) artikel 2.1. Direktivet är en sammanslagning av direktiv 76/207/EEG, direktiv 86/378/EEG, direktiv 75/117/EEG samt direktiv 97/80/EG.

²¹⁹ Se t.ex. prop. 2002/03:65 s. 104, prop. 2004/05:147 s. 138 och prop. 2005/06:38 s. 121.

²²⁰ 1 kap 4§ DiskL.

²²¹ Prop. 2007/08:95 s. 486 f.

²²² Fransson & Strüber s 71.

²²³ Prop. 2005/06:38 s 96.

Handling/underlåtenhet kan även ingå som en del i andra icke-diskriminerande förhållanden.²²⁴ Att tidsaspekten har relevans kan sägas framgå av orsakssambandets uppbyggnad. Ett beslut att diskriminera efter en insikt om en persons diskrimineringsgrund kan bli mer uppenbar ju närmare i tid beslutet ligger. Rättspraxis har visat att den relevanta tidsaspekten mellan tid, insikt och den missgynnande handlingen eller underlåtenheten kan variera utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.²²⁵

I det andra ledet är det alltså svaranden som ska bevisa sina godtagbara objektiva skäl till sitt brott mot diskrimineringsförbudet. Vad som ska anses som godtagbara, objektiva skäl bestäms av domstolen utefter omständigheterna i det enskilda fallet. Indirekt diskriminering. Det kan också finnas ett indirekt orsakssamband vid direkt diskriminering. Ett sådant orsakssamband inträffar när någon missgynnas på felaktiga eller förmodade diskrimineringsgrunder, ett exempel på en felaktig grund skulle, enligt förarbetena, vara att man felbedömer någons sexuella läggning.²²⁶

Det kan också finnas indirekt orsakssamband vid direkt diskriminering. Det föreligger när missgynnandet sker på grund av att en person har koppling till en annan persons diskrimineringsgrund. Exempel från förarbetena är att en hyresvärd inte vill hyra ut en lägenhet till en person som har en homosexuell släkting eller att en person gift sig och antagit ett utländskt efternamn diskrimineras.²²⁷ Ett indirekt orsakssamband som dessa är tillräckliga för att hävda direkt diskriminering på alla diskrimineringsgrunder.

Innebörden av indirekt diskriminering

Den andra punkten i 1 kap 4§ DiskL är indirekt diskriminering. Med indirekt diskriminering avses missgynnande effekter som uppstår när kriterier eller bestämmelser tillämpas. De kriterier som avses kan innebära vissa uppställda, men icke uttalade krav, för en anställning eller en utbildning. En bestämmelse kan vara till exempel avgifter, prissättning eller interna ordningsregler i en verksamhet. Med förfaringssätt avses en handling, som på ytan verkar neutralt, men som får en diskriminerande effekt.

Till skillnad från direkt diskriminering finns det inte ett rakt orsakssamband mellan handling och diskrimineringsgrund när det gäller indirekt diskriminering. Inom EU-rätten växte skillnaden mellan de två fram genom rättslig praxis där begreppet proportionalitetsbedömning härrör från det EU-rättsliga *Sotigu-fallet* och användes första gången i *Bilka-Kaufhaus-målet* där

²²⁴ Fransson & Stüber s 79 samt prop. 2007/08:95 s 489.

²²⁵ Fransson & Stüber s.81. Se också AD 2005 nr 32. Fallet handlade om en funktionshindrad som sas upp och diskriminering ansågs föreligga trots att arbetsgivaren känt till funktionshindret i endast tre månader, och att verklig arbetsbrist uppkommit.

²²⁶ se SOU 2006:22 del I s 315, prop. 2007/08:95 s 125 samt Fransson & Stüber s 80.

²²⁷ SOU 1997:174 s 170 f., prop 2002/03:65 s 91, prop 2007/08:95 s 489 och Fransson & Stüber s 80.

intresseavvägningsmetoden presenterades.²²⁸ Indirekt diskriminering innebär att kriterier eller bestämmelser på ytan verkar neutrala men i själva verket innebär det att en skyddsperson blir missgynnad enligt 1 kap 4§ 2p. En annan skillnad är att de olika typerna av diskriminering är uppbyggda på olika rekvisit där direkt diskriminering tillhör en pliktnorm och indirekt diskriminering innebär en avvägningsnorm. Det som orsakar tvetydighet om skillnaderna är att en och samma situation kan utgöra både direkt och indirekt diskriminering.²²⁹

Det finns tre rekvisit för indirekt diskriminering. De två första rekvisiten är i princip samma som vid direkt diskriminering, nämligen *missgynnande* och *jämförelse*. Det tredje steget är annorlunda uppbyggt och kallas för *intresseavvägning*. Intresseavvägningen i sin tur består av två led. Första ledet består av *rättsfakta*, där missgynnande och jämförelse ingår. Det andra ledet består av *motbevisfakta* som omfattar de sakliga skäl som gör diskrimineringen godtagbar. Det sistnämnda är med andra ord vad man kan kalla ett proportionalitetstest.

Innebörden av ordet missgynnande är detsamma som för direkt diskriminering. Jämförelsen ska göras mellan olika grupper av människor och ser därför annorlunda ut jämfört med jämförelsen vid direkt diskriminering. Den skyddsgrupp som en person tillhör ska jämföras med en av domstolen utvald jämförbar grupp. När det kommer till den jämförande undersökningen får den vid indirekt diskriminering inte vara hypotetisk utan måste vara konkret. Jämförelsen tar sikte på dem som kan och dem som inte kan uppfylla det för målet aktuella kravet. Om jämförelsen visar en betydande skillnad i gruppernas möjligheter talar det för att indirekt diskriminering skett. Det måste finnas en *betydande* skillnad.²³⁰

När man har funnit att det troligen föreligger indirekt diskriminering måste man i nästa led göra en intresseavvägning där det avgörs om det avsteg som gjorts från diskrimineringsförbudet har ett berättigat syfte och kan anses *objektivt sett godtagbart*²³¹. För att det ska vara objektivt godtagbart måste syftet vara tillräckligt väsentligt och värt att skydda. Om en grupp har missgynnats måste man alltså kunna ange en objektivt godtagbar förklaring till detta.

Det måste slutligen vara en åtgärd som är lämplig och nödvändig för att uppnå det godtagbara syftet. Om det finns andra tillgängliga alternativ som inte innebär diskriminering eller missgynnande som kunde använts, så innebär det följaktligen att indirekt diskriminering föreligger.²³²

²²⁸ Se t ex Elderby-målet i kapitel 3.3. Förhandsavgörande Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost (1974) mål 152-73 samt Mål C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz (1986).

²²⁹ Fransson & Stüber s 88.

²³⁰ Prop. 2007/08:95, s 490f.

²³¹ Prop. 2007/08 s. 491.

²³² Prop. 2007/08 s. 491.

Innebörden av trakasserier och sexuella trakasserier

I 1 kap 4§ 1 st 3p och 4p finns regler om förbud mot trakasserier och sexuella trakasserier. Med trakasserier menar man en form av diskriminering som anknyter till någon av diskrimineringsgrunderna och avser ett uppträdande som kränker någons värdighet. Trakasserier kan bestå i kränkande handlingar, beteenden eller bemötanden.²³³ De handlingar som åsyftas kan vara fysiska, av verbal karaktär eller bestå i något annat, som till exempel nedsättande kommentarer, kränkande gester och kommentarer om utseende eller beteende, förlöjligande och förnedringar. Det ska i första hand vara riktat mot en eller flera individer, men även grupper kan avses. Ett krav är att någon i gruppen uttrycker att ett yttrande är kränkande.²³⁴ Enligt förarbetena kan rasistiska märken, klotter och liknande också anses som trakasserier.²³⁵ I ett fall kallade någon en annan person för ”Blackey” och detta ansågs vara trakasserier på grund av etnicitet.²³⁶

När det kommer till sexuella trakasserier är definitionen densamma som vid trakasserier förutom att man lägger till ett nytt rekvisit, kränkningen ska vara av sexuell natur. Det innebär att det måste finnas en *sexuell anknytning* i handlingen eller beteendet. Den sexuella anknytningen kan förklaras innebära verbala uttryck om ”sexuell samvaro” eller rent fysiska kränkningar som ”beröring, klappande, nypande eller strykningar mot en annan persons kropp”.²³⁷ För gränsdragningens skull bör nämnas att grova sexuella trakasserier, sexuellt ofredande, sexuellt utnyttjande och våldtäkt behandlas enligt 4 kapitlet i brottsbalken och hör således inte hemma i DiskL.

Bevisfrågan vad gäller trakasserier och sexuella trakasserier ser i princip ut som vid direkt och indirekt diskriminering. Det vill säga att huvudregeln är att den som känner sig kränkt ska styrka missgynnande genom att till exempel visa att det var ett oönskat beteende av sexuell natur. Med missgynnande avses att en skada eller obehag tillfogats en person och kränk dennes värdighet. Bevisbördan går därefter över på motparten som har att motbevisa karendens påståenden.

I praxis kan man se att trakasseribegreppet tolkas restriktivt.²³⁸ Handlingarna eller de verbala påhopporna ska inte vara för ”bagatellartade” utan det krävs att de är tydliga och märkbara.²³⁹ Det fordras inte ett syfte att kränka för att trakasseribegreppet ska anses uppfyllt, det är istället avgörande att en diskriminerande effekt uppnås. Ett annat rekvisit är att handlingen eller beteendet måste vara *oönskat*.²⁴⁰ En bedömning av om en handling eller ett beteende varit oönskat görs inte genom en objektiv bedömning utan sker helt

²³³ Prop. 2007/08:95 s 492.

²³⁴ Fransson & Stüber s 90.

²³⁵ Prop. 2002/03:65 s 97 samt prop. 2007/08:95 s 493.

²³⁶ AD 2009 nr 4.

²³⁷ Prop. 2007/08:95 s 494 samt AD 2006 nr 54.

²³⁸ Norrköpings tingsrätt mål nr T 3730-08 och RH 2008:62, AD 2009 nr 87.

²³⁹ Fransson & Stüber s 90.

²⁴⁰ Prop. 2007/08:95 s 492.

subjektivt. Den som är utsatt bestämmer om det är oönskat eller ovärdigt.²⁴¹ Den som kränker måste i uppenbara fall anses ha *insikt* om att ett beteende är kränkande och att det faller in under en diskrimineringsgrund om trakasserierna. I andra fall ska den som känner sig kränkt rikta uppmärksamhet mot att handlingen eller beteendet är oönskat och missgynnande.²⁴² Slutligen måste det finnas ett *orsakssamband* mellan handling och beteende och en eller flera diskrimineringsgrunder.

Innebörden av instruktioner att diskriminera

En femte och sista punkt i 1 kap 4§ behandlar instruktioner att diskriminera. Det framgår av lagtexten att det är frågan om en kompletterande regel. Förbud att instruera eller ge order till någon att diskriminering gäller både lagens andra kapitel samt omfattar alla diskrimineringsgrunder. Förbudet att instruera är baserat på ett beroende- eller lydnadsförhållande, och innebär till exempel relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det krävs att instruktionen att diskriminera haft en missgynnande effekt, vilket betyder att om instruktionen åtlyds genom till exempel en handling så är det ett missgynnande per definition. En kränkning kan uppstå även om instruktionerna inte efterföljs men en effekt uppnås.

Det finns inga civilrättsliga fall prövade i domstol vad gäller instruktioner att diskriminera. Däremot finns straffrättsliga fall där samma företeelse kallas anstiftan till diskriminering istället.²⁴³

Undantag från diskrimineringsförbudet

Det står inte uttryckligen i lagen att ett undantag gäller avseende positiv särbehandling, men uttrycket ”främja jämställdheten” i 2 kap 2§ 1 st 2p ska tolkas som detta. Hur man ska använda positiv särbehandling anges i förarbetena där det bestäms att användningen ska följa den EU-rättsliga praxisen.²⁴⁴ I svensk rätt ska syftet med särbehandlingen vara att uppnå jämställdhet eller jämlikhet i praktiken. Den som särbehandlas får inte ha sämre meriter eller kvalifikationer än den som försummas på grund av den positiva särbehandlingen. Det är alltså inte fråga om automatisk företrädesrätt och förfaringsättet är inte tillåtet när det kommer till löne- eller andra anställningsvillkor.²⁴⁵

Ytterligare undantagsregler är relaterade till ålder. I 2 kap 2§ 1 st 3 p avses undantag från likabehandlingsprincipen med avseende på åldersgränser för rätt till pensions-, efterlevande eller invaliditetsförmåner i individuella avtal eller kollektivavtal. Också detta har en EU-rättslig förankring i artikel 6.2 i direktiv 2000/78. I den fjärde punkten finns en undantagsbestämmelse om berättigad särbehandling på grund av ålder. Regeln är generellt utformad och också avsedda att hålla för en proportionalitetsbedömning. Detta gäller både för direkt och indirekt diskriminering.

²⁴¹ Fransson & Stüber s 91.

²⁴² Prop. 2007/08:95 s 493.

²⁴³ NJA 1976 s. 489.

²⁴⁴ Prop. 2007/08:95 s 166.

²⁴⁵ Prop. 2007/08:95 s 166-168, SOU 2006:22 s 624, Fransson & Stüber s 215.

Diskrimineringsombudsmannen

DO bildades 2009 genom en sammanslagning av de fyra tidigare nämnda diskrimineringsmyndigheterna. Myndighetens grundläggande ansvarsområden och uppgifter regleras i lag²⁴⁶ och har framkommit genom mandat från EU-direktiv.

Lagstiftning kring DO:s och ADB:s uppdrag

Den svenska lagregleringen av DO:s uppdrag syftar till att säkerställa en självständig ställning för DO och tar sin utgångspunkt i såväl EU-direktiven som i de så kallade Parisprinciperna.²⁴⁷ Lagregleringen av DO:s uppdrag syftar till att säkerställa en självständig ställning för DO och tar sin utgångspunkt i såväl EU-direktiv som i de så kallade Parisprinciperna antagna av FN:s generalförsamling. DO:s uppdrag består i att arbeta mot diskriminering och verka för allas lika rättigheter. Om tvisten rör en fråga där facket ska väcka talan måste den enskilde vända sig till facket i första hand, om facket inte driver ärendet kan den enskilde vända sig till DO. Diskrimineringslagen ger DO en *möjlighet* att föra talan i domstol för en enskild som medger det. DO har med andra ord inte skyldighet att driva *alla* ärenden i domstol.

De sju Antidiskrimineringsbyråer (ADB) som finns i Sverige får statliga bidra enligt en särskild förordning²⁴⁸ och verkar som ett organ ute i samhället för att hjälpa enskilda i diskrimineringsfrågor. Från och med år 2013 har stödet ökat men enligt en utvärdering som gjordes 2009 bedömdes att kvaliteten på de olika lokala verksamheterna vara varierande och kräver översyn.²⁴⁹ Regeringen har i budgetpropositionen för 2014 aviserat att en översyn av arbetet mot diskriminering på regional och lokal bör göras.²⁵⁰ Från och med år 2013 har budgeten för arbetet mot diskriminering ökat och ADB:na väntas ta del av denna ökning. Arbetet pågår vid denna uppsats skrivande fortfarande. Det understryks dock att byråerna är viktiga eftersom många människor vänder sig dit. Byråernas uppgifter bygger bland annat på att motverka och förebygga diskriminering genom avgiftsfri rådgivning och information till enskilda och allmänheten.²⁵¹ ADB kan hjälpa till att nå förlikningar och vidarebefordra anmälningar till DO, och har drivit ett fåtal ärenden själva i domstol. DO hade under året 2013 tagit emot elva individanmälningar via de lokala antidiskrimineringsbyråerna²⁵² (ADB) vilket kan jämföras med åtta under 2012²⁵³ och tio anmälningar år 2011²⁵⁴.

²⁴⁶ Lag (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen.

²⁴⁷ Prop. 2007/08:95 s 368 ff.

²⁴⁸ Förordning (2002:989) om statligt stöd för verksamhet som förebygger och motverkar diskriminering.

²⁴⁹ Utvärdering av lokal antidiskrimineringsverksamhet 2009. Ramböll Management Consulting.

²⁵⁰ Prop. 2013/14:1 utg. omr. 13, bet. 2013/14:AU1, rskr. 2013/14:110.

²⁵¹ Förordning (2002:989) artikel 2.

²⁵² Årsredovisning 2013 s 14.

²⁵³ Årsredovisning 2012 s 13.

²⁵⁴ Årsredovisning 2011 s 17.

Samtliga ärenden under 2011 avslutades utan att DO har gått vidare till domstol.

2009 års DiskL innehåller också en möjlig talerätt för intresseorganisationer så att de kan företräda enskilda i till exempel rättegångar som gäller diskriminering. Enligt 6 kap 2§ DiskL omfattas endast de intresseorganisationer med talerätt som enligt sina stadgar har att ta till vara sina medlemmars intressen och som inte är en arbetstagarorganisation med talerätt.

Diskrimineringsombudsmannens uppdrag

DO tar emot anmälningar, driver mål i domstol, gör granskningar och arbetar förebyggande genom att ha kontakter med företag, enskilda och organisationer. DO kan också göra analyser, utbilda och föreslå lagändringar. Min utredning i detta arbete fokuserar på DO:s arbete med anmälningar, förlikningar och inte minst ärenden i domstolen. I förarbetena till 2009 års DiskL framgår att ombudsmannen bör sträva efter förlikningar och uppgörelser utanför domstolarna.²⁵⁵ DO avgör själv vilka mål som DO vill föra till domstol.²⁵⁶ Enligt 2009 års årsrapport inriktades DO:s arbete främst mot att bedriva *principiellt viktiga* frågor i domstol.²⁵⁷ I 2010 års redovisning anges att DO:s mål inte är att avsluta ärenden utan avsikten är att lägga tid på rätt ärenden. En juridisk bedömning ska göras utefter omständigheterna i varje enskilt fall. Både JO och JK kritiserade DO för de långa handläggningstiderna och ärendehantering.²⁵⁸ Under 2011 låg fokus fortfarande på att driva ärenden som är principiellt viktiga och som kan påverka samhällsutvecklingen och antas få betydelse för många individer. Det kan konstateras från årsrapporten att relativt få av anmälningarna gick vidare till domstol, trots att man hade gjort en stor satsning på utredning av individärenden.²⁵⁹ Det här året minskade handläggningstiden drastiskt till hälften från föregående år.

Under år 2010 hade DO dock en ökad framgång i rätten med sex vinnande mål av elva, i jämförelse med 2009 då framgång nåddes endast i tre mål av tolv. I årsredovisningen från år 2011 anges att DO haft framgång i nio mål av sjutton. I DO:s utvecklingsarbete tydliggörs år 2011 vilken typ av ärenden som ska utredas och drivas i domstol. De ärenden är fall som kan få ett stort genomslag och påverka samhällsutveckling och kan till exempel handla om ärenden inom samhällsområden som DO bedömer att diskrimineringen är utbredd i eller som kan röra vissa grupper och deras situation. Det anses också viktigt att DO:s bedömning kan bidra till rättsutvecklingen genom att en tidigare oprövad fråga drivs i domstol. På grund av att detta syfte har tydliggjorts har det också blivit mer angeläget att få en rättslig prövning på

²⁵⁵ Prop. 2007/08:95 s. 544.

²⁵⁶ Prop. 2007/08:95 s. 559.

²⁵⁷ Årsredovisning 2009 s 33.

²⁵⁸ Årsredovisning 2010, s 5, 16, 79.

²⁵⁹ Årsredovisning 2011 s 29.

just de domar som valts ut. Detta får också till följd att DO inte verkar för så många förlikningar längre.

Under 2012 meddelades endast två domar varav DO hade framgång i den ena domen. Anledningen till att man fick så få domar år 2012 var, enligt DO, en naturlig följd av att man just verkat för färre förlikningar och koncentrerat de ärenden som ska prövas. Avsikten var dock inte att driva färre ärenden. Istället menade man att det var en strategi att välja fall som kan förbättra situationen för många.²⁶⁰

I årsrapporten 2013 har prestationerna kring processföringen uteslutits ur rapporten. Men det framkommer av rättsfallshistoriken att en vinnande dom och två förlorande domar kan återfinnas under 2013. DO har, efter uppmaning i regeringens regleringsbrev, år 2013 redovisat på vilket sätt myndigheten verkat för att fler som utsätts för diskriminering får upprättelse. DO har mot bakgrund av uppdraget uppfört en så kallad ”upprättelsedimension” i sitt arbete. Detta innebär att man anser att myndighetens arbete ska grundas på att man lyckas fastställa att en faktisk rättighetskränkning har skett, inte bara att en upplevd kränkning är för handen. En upprättelse ska inte bara innefatta pengar – av vikt är också att det sker ett erkännande från motparten av dennes skuld. DO menar att utan erkännande och klarläggande av motpartens skuld ”framstår det som tveksamt om ett ersättningsbelopp till exempel i en förlikning kan sägas innefatta en upprättelse”.²⁶¹

I årsrapporten 2013 skrivs att det redan av anmälan kan framgå att det saknas rättsliga förutsättningar att driva ärendet i domstol. Som exempel anges att bevisläget kan vara dåligt.²⁶² Man skriver också att DO:s arbete ”innebär utredning av individanmälningar och processföring i domstol som ska leda till ett klarläggande av rättsläget”.²⁶³ DO handhar också strategiska ärenden av betydelse för samhällsutvecklingen. Handläggningen ska med andra ord vara strategisk, effektiv och rättssäker”.²⁶⁴ DO:s budget är begränsad och ska omfatta både verksamhetens ruljans samt att till exempel driva mål i domstol. Budgetstödet ökade något från år 2010 till 2011 men har legat på ungefär samma siffror under åren.

Urvalet av vilka ärenden som DO ska utredas görs utifrån framtagna ärendekriterier. Exempel på ärendekriterier som talar för att DO ska utreda ett ärende är om anmälan gäller ett av DO prioriterat område, en oprövd rättsfråga, ett stort samhällsproblem eller en allvarlig händelse.²⁶⁵ Arbetsmarknadsdepartementet har fått i uppdrag att utreda DO:s framtida roll. Vid dags dato har utredning endast initierats varför det är svårt att förutsäga vad slutsatserna kommer att bli. Det framgår dock att utredningen kommer att omfatta förslag på hur DO kan organiseras och effektiviseras. I det arbetet

²⁶⁰ Årsredovisning 2012 s 25-26.

²⁶¹ Årsredovisning 2013 s 30.

²⁶² Årsredovisning 2013 s 16.

²⁶³ Årsredovisning 2013 s 30.

²⁶⁴ Årsredovisning 2013 s 13.

²⁶⁵ Årsredovisning 2013 s 76.

ska en analys göras av DO:s handläggning av ärenden, förlikningsförfaranden samt en eventuellt utökad talerätt för Länsstyrelsen. Idag har Länsstyrelsen en särskild sakkunnig i jämställdhetsfrågor för den egna verksamheten, men skulle kunna utökas att ha kompetens inom alla diskrimineringsgrunder. Uppdraget omfattar också att en översyn av tillämpningen av bevisbördan i 6 kap 3§ DiskL, men kommer inte behandla frågan om 16 kap 9§ BrB:s överlappning med DiskL.²⁶⁶

Antal anmälningar åren 2009-2013

År 2013 gjordes 1 827 anmälningar, året innan var siffran något mindre med 1 559 anmälningar, år 2011 gjordes 1 957 anmälningar, 2010 kom 2614 anmälningar och år 2009 tog man emot 2 537 stycken anmälningar. Anledning till den höga siffran 2009 var att man vid sammanslagningen fick ta emot pågående anmälningar från de olika ombudsmännen. Eftersom DO år 2009 var en ny organisation behövdes arbete för att få fram nya rutiner och en struktur för att ta hand om anmälningar. År 2012 minskade anmälningarna med 20 procent jämfört med 2011 och 40 procent jämfört med 2010. Minskningen har skett genomgående på i stort sett alla samhällsområden.²⁶⁷ Den höga siffran 2013 tillkom för att anmälare gjort dubbla anmälningar både mot facket och sin arbetsgivare, totalt sett har anmälningarna annars minskat.²⁶⁸

Generellt kan man se vissa tendenser i anmälningsstatistiken. Kvinnor gör något fler anmälningar än män, år 2013 stod kvinnorna för 50 procent och männen 47 procent.²⁶⁹ Man kan också se att etnisk diskriminering har varit den vanligaste diskrimineringsgrunden sedan sammanslagningen år 2009. Från år 2010 gjordes en anmälningsvåg angående diskriminering av funktionshindrade som under ett par år utgjorde en av de största kategorierna anmälningar.²⁷⁰ Tillsammans utgör de två kategorierna cirka två tredjedelar av alla fall. Det samhällsområde som genererar flest anmälningarna är diskriminering i arbetslivet. Andra områden med många anmälningar är utbildningsområdet och tillhandahållande av varor och tjänster.²⁷¹

Antal domar och förlikningar åren 2009-2013

DO har möjlighet att både driva mål i domstol och ingå förlikningar mellan parter. År 2009 valde DO att driva ett 70-tal ärenden och 21 ärenden gick upp i domstol, och sammanlagt gjordes 35 förlikningar.²⁷² År 2010 drev DO 19 fall till domstol och gjorde 38 förlikningar.²⁷³ År 2011 gjordes 49 förlikningar och det blev 13 domar i domstol.²⁷⁴ År 2012 resulterade i 15 domar i domstol

²⁶⁶ Kommittédirektiv 2014:10 *Bättre möjligheter att motverka diskriminering* samt intervju med Maria Anrin, Arbetsmarknadsdepartementet.

²⁶⁷ Årsredovisning 2012 s 19.

²⁶⁸ Årsredovisning 2013 s 14 ff.

²⁶⁹ Årsredovisning 2013 s 15. I övriga 3% framgick det inte vilket kön anmälaren hade.

²⁷⁰ Årsredovisning 2010 s 6.

²⁷¹ Årsredovisning 2013 s 18 ff.

²⁷² Årsredovisning 2009 s 33.

²⁷³ Årsredovisning 2010 s 5.

²⁷⁴ Årsredovisning 2011 s 24.

och 27 förlikningar har gjorts.²⁷⁵ År 2013 drev DO 17 fall i domstol, totalt sju domar har meddelats varav två har överklagats. Man ingick sju förlikningar vilket är en stor minskning från övriga år.²⁷⁶

Diskrimineringsersättning

Den civilrättsliga bestämmelsen innehåller inga straffbestämmelser utan är inriktad på att den skyldige ska utge diskrimineringsersättning. Man talar inte heller om uppsåt till diskriminering som i den straffrättsliga bestämmelsen, men huruvida kränkningen varit avsiktlig kan få betydelse när man ska avgöra ersättningens storlek.

I civilrättsliga diskrimineringsmål finns det en särskild domstol för arbetsrättsliga mål, Arbetsdomstolen (AD), medan resten av målen handläggs i allmän domstol enligt föreskrifterna om tvistemål där förlikning är tillåten. Diskrimineringsersättningen ska bestämmas så att den utgör ”rimlig kompensation” till den drabbade. Den avgörs genom att se till överträdelsens art och omfattning. Den skadelidandes intresse av att reglerna upprätthålls och upplevelsen av själva kränkningen vägs också in. Om diskrimineringen får mer ingripande konsekvenser, till exempel om någon förlorar sitt jobb, ska detta påverka ersättningens nivå.²⁷⁷ HD har i rättsfallet NJA 2006 s. 170 uttryckt att skadeståndets storlek i diskrimineringsmål kan variera beroende på kränkningens art, omfattning och andra omständigheter i det enskilda fallet.²⁷⁸ I fallet yrkades på 120 000 kr i ersättning men domstolen dömde ut 15 000 kr. Domstolen angav att fallet visserligen var av allvarlig art men att det inte utan vidare lagstöd var olämpligt att frångå SkL:s ersättningsnivåer i allt för hög grad i jämförbara fall. Av förarbetena framgår att man tidigare ansåg att ersättningen hade en reparativ funktion.

Enligt EU-rätten ska EU-medlemsstaterna se till att ersättningen verkar avskräckande samt att den ska vara effektiv och proportionerlig.²⁷⁹ Detta har slagits fast i EU-rättslig praxis i ett antal fall.²⁸⁰ Även i de svenska förarbetena framhålls att påföljden ska vara ”kännbar för den skyldige”, kort sagt att det ska kosta att diskriminera någon. Det ansågs att den nya lagen skulle skapa förutsättningar för ”kraftfulla och avskräckande påföljder vid diskriminering”. I förarbetena uttrycktes en oro för att ersättningsnivåerna ska jämföras med skadeståndsnivåerna vid brottsligt kränkande. Med ledning av HD:s anförande om skadeståndsnivåerna i NJA 2006 s 170 menade man i förarbetena att sådana jämförelser innehöll en risk att ersättningen skulle bli

²⁷⁵ Årsredovisning 2012 s 22.

²⁷⁶ Årsredovisning 2013 s 15.

²⁷⁷ Friberg, s 487.

²⁷⁸ I rättsfallet bestämde HD ersättningen till en kvinna som avvisats från en restaurang på grund av sin sexuella läggning till 15 000 kr.

²⁷⁹ Prop. 2007/08:95 s 387.

²⁸⁰ Se t ex mål C-180/95 Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG, REG 1997 I-02195, mål 14/83 Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1984 I-01891, mål C-271/91 Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, REG 1993 I-04367.

för låg.²⁸¹ På grund av domstolarnas tendens att döma ut relativt låga skadestånd bestämdes att det skulle införas en diskrimineringsersättning också. Med ledning av EU-rätten och svensk praxis innehåller därför diskrimineringsersättningen en reparativ funktion där den drabbade ska erhålla skälig ersättning, men den ska också stävja överträdelser av diskrimineringsförbudet. Genom att DiskL också har fått den här preventiva funktionen skiljer den sig från syftet med den vanliga skadeståndslagen. Det går därför att få både skadestånd för ekonomisk förlust och diskrimineringsersättning.²⁸²

I några fall har en jämkning av diskrimineringsersättningen gjorts.²⁸³ I fallet NJA 2008 s 915 menade domstolen att en kränkning genom provokation (diskrimineringsstest) inte var lika allvarligt som en kränkning där någon väjde sig emot en oväntad kränkning. HD menade att målsägande inte har mindre befogat intresse av att få skadestånd men den provokation som skedde föranledde trots allt att en jämkning låg för handen. Detta ledde till att HD sänkte det av underrätterna utdömda skadeståndet från 15 tkr till 5 000 kr var för de målsägande. De skiljaktiga i målet menade att diskrimineringsstestet inte kan minska graden av kränkning och därför inte heller bör påverka skadeståndet. Den jämningsregel som HD använde i detta fall ska endast användas restriktivt och baseras på kränkningens art och allvarlighet och om den diskriminerande parten försökt komma till rätta med situationen eller spontant vidtagit rättelse.²⁸⁴

Vad man kan se vid en utredning av diskrimineringsersättningens utveckling från år 2009 och framåt är att DO succesivt yrkat på högre ersättning, och i några fall fått genomslagskraft. Under 2009 menade DO att man nått högre nivåer för ersättning vid förlikningsprocesser än tidigare. DO beslutade att yrka betydligt högre nivåer än tidigare, mellan 75 och 300 tkr i diskrimineringsersättning, vilket kan jämföras med AD:s praxis vad gäller ersättningen som ligger på mellan 30 och 50 tkr.²⁸⁵ Under 2010 fortsatte trenden och under förlikningar dömdes högst 200 tkr ut för diskriminering i arbetslivet, vilket kan jämföras med den tidigare högsta utdömda kränkningersättningen på 100 tkr. I den första domen där diskrimineringsersättning utdömdes yrkade DO på 300 tkr medan AD ansåg det skäligt med 75 tkr.²⁸⁶ DO menade att detta var ett för lågt belopp för att kunna påverka arbetsgivares handlingsmönster i diskrimineringsfrågor. Under 2011 konstaterade DO att det inte skett någon nämnvärd höjning av diskrimineringsersättningen. För att få klarhet över ersättningsnivåerna har DO överklagat en del domar där ersättningen varit för låg. I ett särskilt fall har motparten varit landstinget, vilket enligt DO föranleder att ett högre belopp kan utdömas eftersom det är en ekonomiskt stark organisation samt

²⁸¹ Prop. 2007/08:95 s 398f.

²⁸² Prop. 2007/08:95 s 390f.

²⁸³ 16§ 2003 års diskrimineringslag samt 5 kap 1§ DiskL.

²⁸⁴ Prop. 2002/03:65 s. 213, prop. 2007/08:95 s. 398 och 553.

²⁸⁵ Årsredovisning 2009 s 39-40.

²⁸⁶ Årsredovisning 2010 s 42. Se också AD 2010 nr 91.

att det är extra önskvärt att diskriminering inom offentlig sektor avhjälpas.²⁸⁷ HD har inte meddelat prövningstillstånd ännu.

Praxis

Flest anmälningar till DO rör diskriminering på arbetsplatser. Könsdiskriminering och etnisk diskriminering hör till de vanligaste diskrimineringsgrunderna. I det sistnämnda fallet handlar det ofta om avslutade rekryteringsförfaranden med indirekta samband med etnicitet. I fallet AD 2002 nr 128 avbröts en arbetsrekrytering baserad på telefonsamtal där det framkom att ”bolaget inte anställde personer med brytning eller dialekt”. Domstolen fann att svaranden hade tillämpat språkrav som var högre ställt än nödvändigt, med tanke på det arbete som kändanden skulle utföra. Språkkriteriet framstod därför som neutralt men innebar i realiteten dolda krav på en viss språknivå. Det i samband med kändandens etnicitet gjorde att domstolen kunde fastställa indirekt diskriminering och bestämde att det allmänna skadeståndet skulle bli 40 tkr.²⁸⁸ I AD 2008 nr 47 ansåg domstolen däremot att en kvinna inte nådde upp till det språkrav som jobbet innebar. På denna grund menade domstolen att det inte kunde vara tal om *direkt* diskriminering eftersom kändanden inte befann sig i en likartad situation som den som fick jobbet. Det kunde inte heller vara indirekt diskriminering eftersom svaranden ställt synliga krav på bra kunskaper i både engelska och svenska i jobbannonsen, samt krävt sakliga och nödvändiga krav på personlig lämplighet. Domstolen fann att kändanden valts bort på grund av en sammantagen bedömning av samtliga personliga egenskaper. I ingen del hade etnicitet någon betydelse menade AD och ansåg att det var en ”självklarhet” att ett arbete som består av interna och externa kontakter kan kräva så goda språkkunskaper att kommunikation kan ske friktionsfritt. Sammantaget går det att urskilja att arbetes karaktär är avgörande för om svarandens avbrutna rekryteringsförfarande kan anses godtagbart. Eftersom ett krav kan vara utformat som ett till synes neutralt och lämpligt krav så är det ibland svårt att definiera vad som ska vara en jämförbar situation. Domstolen antyder att det krävs en tydligt utformad jobbannons för att arbetsgivaren ska kunna peka på att det indirekta sambandet med etnicitet är brutet. Praxis har också fastslagit att en jämförelse med andra jobbsökanden inte går att göra när förutsättningarna är för olika. I AD 2009 nr 11 menade AD att det inte kunde räknas som etnisk diskriminering i det fall där en kvinna med tjeckiskt ursprung lämnade in en ofullständig arbetsansökan. Situationen som uppstod var att kvinnans situation inte var jämförbar med de andra jobbsökanden med fullständiga arbetsansökningar. Arbetsgivarens ansvar i sådana fall är begränsat. Domstolen ansåg inte att det var arbetsgivarens ansvar att se till att de saknade uppgifterna kompletterades.

Vad gäller könssdiskriminering på jobbet har antalet anmälningar minskat något år 2013, från att de föregående åren legat stabilt. I ett första skede kan många krav te sig naturliga och motiveras av till exempel säkerhetsskäl som i fallet AD 2005 nr 87 där ett dolt längdkrav tillämpades i

²⁸⁷ Se t ex Svea hovrätts dom den 12 november 2012 i Mål nr T 9222-11 som överklagats.

²⁸⁸ AD 2002 nr 128.

anställningsprocessen. Vid en närmare studie blev det efterhand tydligt att endast kvinnor drabbades av längdkravet eftersom generellt är kortare. Att inte bli uttagen till anställningsintervju trots bästa meriter är inte nog för att diskriminering ska föreligga. Men om man kan koppla en eller flera diskrimineringsgrunder till det negativa anställningsbeslutet, som till exempel kön och ålder, kan det röra sig om diskriminering. Domstolen dömde ut 40 tkr i skadestånd till kvinnan. I målet AD 2010 nr 91 hävdade käranden att hon nekats komma till anställningsintervju på grund av direkt köns- och åldersdiskriminering. Som skäl till nekandet angavs att den personliga lämpligheten inte stämde för uppdraget. Domstolen såg inga skäl till att kvinnan skulle vara sämre meriterad än de andra manliga sökande vid jämförelse. Tvärtom var hon den bäst meriterade och därmed också lämplig. Eftersom endast de två yngre sökande männen kallats till intervju kunde DO styrka att det förelåg omständigheter som gav att kön och ålder var faktorer som spelat in vid val av intervjuobjekt. AD dömde svaranden att utge 75 tkr för kön- och åldersdiskriminering.

Tillgång till varor, tjänster och bostäder är också ett område där anmälan om etnisk diskriminering är vanlig. I ett underrättsmål från Örebro tingsrätt år 2009 hade fyra kvinnor, iklädda finsk-romska kläder, nekats inträde i en affär. Käranden menade att det var fråga om direkt etnisk diskriminering.²⁸⁹ Fallet påminner om det straffrättsliga fallet från 2003 där svaranden dömdes för olaga diskriminering efter att avvisat personer av brottsförebyggande skäl.²⁹⁰ Till skillnad från det straffrättsliga fallet angav svaranden istället att butiken skulle stänga för lunch när käranden kom in i butiken. Svaranden menade att det var brukligt att stänga butiken för lunch även om kunder kom in precis när lunchen skulle börja. TR menade dock att det var funnet att kvinnorna missgynnats eftersom det inte hade angetts att det var på väg att bli lunchstängt samt att butiken var öppen bara en kort tid efter att de gått och kläderna på utsidan inte hade tagits in. TR tyckte dock inte att det fanns koppling mellan kärandens etnicitet och avvisandet. Fallet överklagades till Göta Hovrätt²⁹¹ där man fokuserade på om butiksinnehavaren skulle ha stängt butiken även om det rört sig om en annan person. Domstolen menade att det är troligt att butiksföraren gör olika val beträffar lunchstängning och det går inte att hävda, som TR gjort, att det verkar orimligt att stänga när fyra potentiella kunder kommer in i affären. Därför menade HovR att det inte behöver finnas ett samband mellan stängningen och målsägandes etnicitet. Målet ogillades.

I ett överklagat mål från TR meddelade Svea Hovrätt i ett mål om försäkringsskydd att det innebär direkt diskriminering att neka ett barn med funktionshinder att teckna en försäkring trots att mamman erhöll vårdbidrag för barnet.²⁹² HovR menade att orsakssambandet är slutet även då missgynnande sker på grund av en relation till en annan person som tillhör en skyddad grupp enligt DiskL. Det betyder att även mamman i detta fall har

²⁸⁹ Örebro Tingsrätt dom 2009-11-18 Mål nr T 4710-08.

²⁹⁰ Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2003-11-04 i Mål nr 2660-02.

²⁹¹ Göta Hovrätt dom 5 oktober 2010 Mål nr T 3330-09.

²⁹² Svea Hovrätts dom 8 oktober 2013 Stockholm Mål nr T 1912-13.

utsatts för direkt diskriminering. Mamman och dottern fick 150 tkr i diskrimineringsersättning.

I ett fall från Stockholms tingsrättdiskriminerades två män med arabiska namn då deras transaktioner via ett penninghanteringskontor stoppades.²⁹³ Deras namn sammanföll med namn som fanns med i den så kallade Terroristförordningen²⁹⁴, vilket innebar att deras namn felaktigt sammankopplades med Usama bin Ladins nätverk. Männerna hade inga sådana kopplingar men detta innebar likväl att de inte kunde föra över pengar via penninghanteringskontoret. Domstolen menade att eftersom det så gott som uteslutande är muslimer eller araber som bär sådana vanliga muslimska namn som ingick i Terroristförordningen är det också de som blivit utpekade i detta sammanhang. I frågan om hur jämförelsegruppen ska avgränsas, fann domstolen det rimligt att vanligen utgå från svenska förhållanden vilket tidigare praxis visar²⁹⁵ men i detta fall måste även ett europeiskt perspektiv beaktas eftersom transaktionerna skett inom Europa. Därför ansågs att en relevant jämförelsegrupp innebar den europeiska andel som inte bär arabiska/muslimska namn. Vidare fastslogs att de spärrade transaktionerna hade samband med målsägandens etniska tillhörighet och har särskilt missgynnat personer med arabiska namn därför att penninghanteringskontorets blanketter inte var tillräckligt noggrant utförda. Enligt rådets rekommendation²⁹⁶ är det av vikt att vid överföring av pengar bör det tas med så många uppgifter som möjligt. Detta hade inte gjorts och domstolen konstaterade att de medel som använts inte ansågs lämpliga för att uppnå Terroristförordningens syfte. Domstolen ansåg dessutom att kontrollmetoden som kontoret hade var olämplig. Svaranden dömdes därför för indirekt diskriminering som har samband med etnisk tillhörighet och religion och skulle utge 10 tkr respektive och 5000 kr till männen.

När det gäller sexuella trakasserier finns det inte så många mål prövade av DO. De anmälningar som görs rör nästan uteslutande arbetslivet eller utbildningssektorn. En receptionist som arbetade på en trafikskola anmälde sin chef för sexuella trakasserier. De sexuella trakasserierna bestod bland annat av ovälkomna förslag om att åka med på en kryssning bara de två, kommentarer om hennes utseende av sexuell karaktär och oönskad fysisk beröring. Receptionisten hade vid varje tillfälle angivit att händelserna var ovälkomna och att de ogillades av henne. Efter att hon påtalat trakasserierna förlorade hon slutligen även sin anställning. Svaranden nekade till anklagelserna och hävdade att de var "fantasier". Men receptionisten hade omtalat händelserna för kollegor, sin partner samt Arbetsförmedlingen, Polismyndigheten och en läkare. Sammantaget ansåg AD att det var visat att sexuella trakasserier förekommit, samt att man brutit mot förbudet mot

²⁹³ Stockholms tingsrätt dom 13 april 2011 Mål nr T 9176-08.

²⁹⁴ Rådets förordning nr 881/2002 om införande av vissa särskilda restriktiva åtgärder mot vissa med Usama bin Ladin, nätverket al-Qaida och talibanerna associerade personer och enheter.

²⁹⁵ Vilket också stämmer med t.ex. AD 2002 nr 128, AD 2006 nr 60 och AD 2009 nr 11.

²⁹⁶ EU:s bästa praxis för effektivt genomförande av restriktiva åtgärder av den 22 juni 2006 (dok 10533/06, uppdaterat den 9 juli 2007 genom dok. 11679/07).

repressalier²⁹⁷ och dömde svaranden²⁹⁸. I fallet kan man också se att stödbevisningen var viktig för att domstolen skulle döma till målsägandes fördel när ord stod mot ord. Detta var också första gången som man prövade förbudet mot repressalier i ett sådant sammanhang. Svaranden skulle utge 150 tkr till käranden i ersättning.

4 Analys och slutsatser

Nedan följer analys och slutsatser angående behovet av 16 kap 9§ BrB i lagstiftningen i jämförelse med DiskL. Analys och slutsats kommer också att svara på ifall Sverige, genom DO, uppfyller de EU-rättsliga kraven på att ha en effektiv och proportionerlig rättslig behandling av diskrimineringsmål. Till sist avhandlas också om den avskräckande effekten, i form av diskrimineringsersättningens storlek, vid brott mot förbudet är tillräcklig.

4.1 Behövs 16 kap 9§ BrB?

Det står klart att det finns ett tydligt glapp mellan antalet anmälningar och antalet domar vad gäller båda regleringarna. Tydligast är det i den straffrättsliga regleringen där anmälningarna sjunkit drastiskt efter år 2009 och domarna är nära noll. Den totala dubbelreglering som har växt fram gör att frågan om den straffrättsliga regleringens existens i högsta grad är aktuell.

Dubbelregleringen upplevs som problematisk ur ett rättstillämpningssyfte. Dels är det svårt för polis och åklagare att åstadkomma ett hållbart underlag som kan leda till rättegång, dels visar praxis att det mest utmärkande problemet för domstolen är att fastställa orsakssambandet mellan diskrimineringsgrunden och den diskriminerande handlingen. Det är kriteriet ”avgörande skäl” som gör det svårt för domstolarna att komma till en fällande dom. Den civilrättsliga presumptionsregeln, fastslagen i praxis, innebär en stor skillnad från 16 kap 9§ BrB:s uppsåtsbaserade bevisning. Det framgår av statistiken att fler domar kan avgöras till DO:s (målsägandes) fördel när den delade bevisbördan med en bevislättning för käranden kan användas. Det som hindrar 16 kap 9§ BrB från att vara lika effektiv är följaktligen kravet på att uppsåtet ska styrkas. Det finns ingen bevislättning som innebär att bevisbördan går över på svaranden när omständigheterna i målet är styrkta. Vid en utredning av uppsåtet blandar man ofta ihop det som är åsikter och det som är uppsåtet. I flera fall har vi konstaterat att domstolen gör utredningar för att utröna om svaranden hyser till exempel rasistiska åsikter eller utför systematisk diskriminering. Orsaken till detta är visserligen inte ologisk eftersom den kan anses höra ihop med uppsåtet, men det är inte syftet med en handling som är relevant utan resultatet av handlingen, faktumskälet. Att någon gör ett uttalande om en viss etniskt grupp kan vara en kränkning men bevisar inte nödvändigtvis uppsåtet. Sättet som orsakssambandet uttrycks i paragrafen kan också innebära att en sammanblandning mellan syfte och mål och uppsåt görs.

²⁹⁷ 2 kap 18§ 1 st. DiskL.

²⁹⁸ AD 2013 nr 71.

Kravet på uppsåt har satts högt i rättspraxis, det gäller framför allt NJA 1996 s 768, med resultatet att efterföljande praxis har tunnats ut ytterligare. Sammantaget kan det därför konstateras att uppsåtsrekvisitet är ett för högt krav för att i praktiken fungera tillfredsställande i diskrimineringsmål. Vidare kan det anses tveksamt om 16 kap 9§ BrB omfattar hela den typ av diskriminering som ICERD föreskriver. Paragrafen har ingen tydlig definition av varken direkt eller indirekt diskriminering, trots att konventionen påbjuder det. Detta innebär, enligt författarens mening att det är svårt att komma åt diskriminering som inte är helt uppenbar. I de flesta fall som går hela vägen till rätten finns det väldigt stark bevisning för att svaranden har begått ett brott, vilket ju är bra för att undgå felaktiga domar. Men samtidigt innebär det att i de mer tveksamma fallen där bevisningen står ord mot ord om själva händelseförloppet är möjligheten ganska liten för målsäganden att driva målet.

Anledningen att 16 kap 9§ BrB fortfarande finns är något diffus. Dock kan en del politiska faktorer spela in. Det som talar emot att avskaffa 16 kap 9§ BrB är att en avkriminalisering skulle kunna sända oönskade signaler till allmänheten. Att avkriminalisera ett brott sänder signaler om att staten inte tar diskriminering på allvar. Å andra sidan används inte den straffskalan som idag finns fullt ut. Att 16 kap 9§ BrB har straffrättsliga rötter innebär ju att straffet för olaga diskriminering kan innebära fängelse. Inte i något fall har det påträffats en utdömd påföljd som innebär fängelse. Det verkar inte som att domstolen anser att olaga- diskrimineringsmål kommer upp i den allvarlighetsgrad som fängelsestraff motiverar. Möjligen kan oviljan att använda fängelse som påföljd ha ett samband med att man anser att det är förbehållet grövre brott med våldsinslag och liknande. Om så är fallet hör inte fängelse som påföljd hemma i någon reglering om diskriminering som den ser ut idag. Frågan om en avkriminalisering tas upp i många förarbeten men har hittills förblivit olöst. Enligt författarens mening kan inte frågan om avkriminalisering innebära att man behåller en reglering som inte har någon funktion.

Böter anses däremot vara rimligt eftersom det är den normala påföljden för olaga diskriminering. De böter som utgår enligt 16 kap 9§ BrB är relativt låga och kan inte sägas uppfylla någon nämnvärd avskräckande effekt. Det ideella skadestånd som utgår är också lågt och uppfyller inte direkt något krav på tillfredsställande ersättning enligt ICERD. Det kan med andra ord slås fast att det inte innebär några kännbara böter vid användandet av 16 kap 9§ BrB.

I den tydliga differensen mellan anmälningar och domar går det att konstatera att utformningen av bevisbördan spelar roll för hur långt en anmälan kommer i en utrednings- och lagföringsprocess. Den uppsåtliga diskriminerande handlingen/underlåtenheten enligt 16 kap 9§ BrB vållar således problem både för den enskilde som vill få en rättslig prövning, som för åklagare, polis och domstol. Olaga diskrimineringsparagrafen är därför att anse som ineffektiv och 2009 års DiskL innebär en bättre möjlighet för den enskilde att få sina intressen tillgodosedda vad gäller prövning i domstol. Det har också visats att

ersättningen till den enskilde är högre enligt den civilrättsliga regleringen. Den sammanfattande slutsatsen av mina undersökningar leder mig till antagandet att DiskL verkar ha slagit ut 16 kap 9§ BrB och ersatt den.

4.2 Är DO:s uppdrag lämpligt och effektivt?

Först och främst går det att konstatera att det finns en del positiva faktorer angående den rättsliga utvecklingen kring diskriminering. Praxis efter införandet av den delade bevisbördan är inte så omfattande som förväntat, men är trots allt större än praxis från 16 kap 9§ BrB. Antalet fällande domar har totalt sett blivit något fler efter att bevislättnader infördes för käranden och DO har skaffat sig en gedigen specialkompetens vad gäller diskriminering. DO och ADB:na har en begränsad budget vilket innebär att ett effektivt arbete är av största vikt. Dock har budgeten för arbetet mot diskriminering ökat sedan 2013 vilket innebär en positiv utveckling för både DO och ADB:na. Kort sagt kan man också dra slutsatsen att Sverige uppfyller de EU-rättsliga kraven på att det ska finnas rättsliga organ som på ett effektivt, proportionerligt och rättvist sätt bevakar enskildas rätt att slippa bli diskriminerade. Den lagstiftning som Sverige valt att ha innefattar i några avseenden mer långtgående insatser än vad direktiven anger. Trots det ökade budgetanslaget återstår vissa problem med DO:s arbete. Det är framför allt effektiviteten i DO:s arbete rörande enskilda anmälningar som i det följande kommer att ifrågasätta.

DO genomgår fortfarande en utvecklingsprocess för att effektivisera sin hantering av diskrimineringsärenden. En av de största svårigheterna verkar vara att hitta en bra balans mellan flödet av anmälningar och prövningar i rätten och förlikningar. Anmälningarna har ökat något de senaste åren och kräver mer resurser av DO:s arbete. DO har idag en *möjlighet* att driva mål, inte en skyldighet. Av antalet anmälningar kan man se att det är ytterst få fall som kommer till domstol eller leder till förlikning. Det är naturligt att en del av bortfallet beror på att anmälan inte uppfyller kriterierna i DiskL och därför inte kan leda till åtal. Den ärendehantering som DO uppställt innebär dock med stor sannolikhet att det finns ärenden som uppfyller DiskL:s krav, men som ändå inte förs vidare till domstol.

Förlikningar fyller en funktion som avskräckande metod endast om de används och genererar ekonomiskt smärtsamma straff för den som diskriminerar. I förarbetena till DiskL framhålls att DO ska arbeta för förlikningar och uppgörelser *utom* rätten. Men förlikningarna har genom en medveten strategi från DO minskat de senaste åren. Enligt min mening borde DO arbeta mot att fler förlikningar sker eftersom ett rättsligt förfarande inte alltid är möjligt av olika skäl. Det är lättare för till exempel ett företag att göra upp genom en förlikning eftersom det inte krävs utredningar och man riskerar inte offentliga rättegångar som kan ge negativ uppmärksamhet. Å andra sidan kan man säga att det finns en poäng med att, som DO menar, ge den diskriminerade ”upprättelse” genom en rättslig prövning där den svarande erkänner diskrimineringen. Det bör påpekas att en rättslig prövning inte alltid innehåller ett erkännande av svaranden, även om domstolen dömer till kärandens fördel. Det är med andra ord inte helt klart vad en

”upprättelsedimension” innebär för den enskilde anmälaren, men det förefaller idag som att den enskilde som vill ha förlikning har ett av myndigheten uppställt hinder emot sig. Även om det i det här sammanhanget är DO:s uppdrag som granskas bör det påpekas att det går att vända sig till en vanlig juristbyrå också för att få hjälp med en förlikning. Nackdelen med det är dock att man kan få bära alla kostnader själv eftersom möjligheten till rättshjälp är begränsad. En del kan ha ett visst skydd via sin hemförsäkring som kan täcka en del av kostnaden.

Vidare kan man se att diskrimineringsersättningen fortfarande har en bit kvar för att uppnå en verkligt reparativ och avskräckande effekt eftersom diskrimineringsersättningen inte har höjts till de önskvärda nivåer som man hoppats sedan DiskL infördes. En anledning till de låga ersättningsnivåerna kan vara den koppling till SkL som länge funnits. HD har i en del fall ansett att för stora avsteg från skadeståndsrätten inte bör tas. Det är inte konstigt att allmänheten kan höja på ögonbrynen över en högre ersättning för till exempel bostadsdiskriminering än för kränkning vid våldsbrott. Orsaken till skillnaden ligger helt enkelt i de bakomliggande EU-rättsliga kraven på avskräckande effekt. Samtidigt kan det hävdas att skadeståndet för våldsbrott istället ska höjas till diskrimineringsersättningens nivåer. DO har överklagat en del domar där man anser att ersättningsbeloppet blivit för lågt, och det är författarens åsikt att Svea hovrätts dom den 12 november 2012 i mål nr T 9222-11 är ett bra exempel på ett mål som bör överklagas. Svaranden är en ekonomiskt stark part där det borde kosta mer att diskriminera än om det vore en privatperson, det faktum att det rör sig om ett offentligt organ försvårar också den diskriminerande handlingen.

Det framgår inte helt tydligt i årsredovisningarna vilka fall det är som DO *inte* driver. Det är naturligt att anmälningar som inte uppfyller DiskL läggs ner. Det finns även andra problem så som icke hållbar bevisning och trovärdighet. De fall som uppfyller DiskL och kan bidra med trovärdig bevisning bör, enligt författarens mening, gå vidare till en rättslig prövning eller förlikning för att tillgodose den enskildes rätt. Om en enskild person har ett sådant fall och inte får hjälp av DO kan möjligen en ADB bistå med hjälp om en sådan finns tillgänglig. Om inte heller detta går undrar man vad den enskilde ska göra. Frågan som uppdraget är då om 16 kap 9§ BrB kan fylla en funktion i sådana fall. Med bakgrund av vad som tidigare fastslagits förefaller det vara en otillräcklig lösning. Istället bör man, enligt författarens mening, effektivisera DO:s arbete.

En lösning på effektivitetsproblemet skulle kunna vara att låta fler aktörer arbeta med diskrimineringsanmälningar. Att underlätta bildandet av ADB regionalt skulle kunna öka de rättsliga prövningarna. DiskL är fortfarande i vissa delar komplex och kräver att allmänheten får information om hur den fungerar i praktiken. Där fyller de regionala kontoren också en bra funktion. Med en effektivare ärendehantering av de olika instanserna kan fler fall drivas till rätten oavsett vilken typ av mål det rör sig om. I Arbetsmarknadsdepartementets utredningsarbete ska det bland annat tas ställning till ifall även Länsstyrelsen ska få utökat ansvar för

diskrimineringsfrågor. Detta kan vara en bra lösning eftersom det är en befintlig myndighet med kompetens i jämställdhetsfrågor.

4.3 Avslutande kommentar

Undersökningen har visat att 16 kap 9§ BrB inte längre är en effektiv och funktionell lösning på diskrimineringsbrott. Genom att jämföra lagarnas effektivitet i fråga om regleringarnas uppbyggnad, antal anmälningar och antal utfärdade domar, går det att konstatera följande: den gamla paragrafen 16 kap 9§ BrB når inte upp till den effektivitetsgrad som är önskvärd. Regleringens komplexa uppbyggnad kombinerat med de fåtal domar som utdömts pekar mot att regleringen spelat ut sin roll. Det är framför allt bevisbördan och uppsåtsrekvisitet som komplicerar användandet av paragrafen. Med detta i åtanke går det att se att uppbyggnaden av DiskL förefaller mer anpassad till diskrimineringsförbudets specifika karaktär. Bevisbördelättnaden gör det enklare att tillämpa lagen vilket också visar sig i antalet dömda mål. Det som också förenklar rättsprövningen är att uppsåtet inte är en faktor som tas i beaktning, då det räcker med att visa en effekt.

När det gäller anmälningar enligt DiskL har DO, som driver mål i domstol åt enskilda, en urvalsprocess som ifrågasätts av författaren. DO:s uppdrag innebär i nuläget inte att alla ska få sina mål prövade, och det förefaller som att detta innebär att anmälningar som *går* att driva i domstol prioriteras bort till förmån för specifika diskrimineringsområden. Detta innebär negativa konsekvenser för den enskilde som antingen får vända sig till en privat jurist eller gå via åklagare som kanske inte anser att uppsåtskriteriet är uppfyllt. Det ena alternativet kan i sämsta fall bli dyrt på grund av förlust och det andra kan bli verkningslöst eftersom utredningen har visat att många diskrimineringsmål läggs ner i ett tidigt stadium. Författaren instämmer slutligen med förarbetenas direktiv att DO också bör ge större möjlighet till förlikningar för enskilda.

Bilaga I

Utdrag ur:

Internationell konvention mot alla former av rasdiskriminering

New York den 21 december 1965

Artikel 5

Till uppfyllande av de grundläggande förpliktelserna i artikel 2 i denna konvention förbinder sig konventionsstaterna att förbjuda och avskaffa rasdiskriminering i alla dess former och att tillförsäkra envar, utan åtskillnad grundad på ras, hudfärg eller nationalitet eller etniskt ursprung, likhet inför lagen, särskilt i vad avser åtnjutande av följande rättigheter:

- a)** rätten till lika behandling inför domstolar och andra rättsskipande organ,
- b)** rätten till personlig säkerhet och till skydd från staten mot att bli utsatt för våld eller kroppsskada av någon myndighetsperson eller av någon individ, grupp eller institution,
- c)** politiska rättigheter, i synnerhet rätten att delta i val, att rösta och vara valbar på grundval av allmän och lika rösträtt, att ta del i landets styrelse och allmänna angelägenheter på alla plan och att på lika villkor ha tillträde till offentlig tjänst,
- d)** andra medborgerliga rättigheter, i synnerhet:
 - (i) rätten att fritt röra sig och bosätta sig inom statens gränser,
 - (ii) rätten att lämna vilket som helst land, också det egna, och att återvända till det egna landet,
 - (iii) rätten till nationalitet,
 - (iv) rätten till äktenskap och val av make,
 - (v) rätten att äga egendom ensam eller tillsammans med annan,
 - (vi) rätten att arva,
 - (vii) rätten till tanke-, samvets- och religionsfrihet,
 - (viii) rätten till åsikts- och yttrandefrihet,
 - (ix) rätten till församlings- och föreningsfrihet i fredligt syfte,
- e)** ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, i synnerhet:
 - (i) rätten till arbete, till fritt val av anställning, till rättvisa och gynnsamma arbetsvillkor, till skydd mot arbetslöshet, till lika lön för lika arbete, till rättvis och gynnsam lön för arbete,
 - (ii) rätten att bilda och ansluta sig till fackförening,
 - (iii) rätten till bostad,
 - (iv) rätten till allmän hälsovård, sjukvård, social trygghet och allmänna tjänster,
 - (v) rätten till undervisning och utbildning,
 - (vi) rätten att delta på lika villkor i kulturell verksamhet,
- f)** rätten att få tillträde till varje eller för allmänheten avsedd plats eller serviceinrättning, såsom kommunikationsmedel, hotell, restauranger, kaféer, teatrar och parker

Bilaga II

Utdrag ur:

Brottsbalken (1962:700)

Hets mot folkgrupp

16 kap 8 § Den som i uttalande eller i annat meddelande som sprids hotar eller uttrycker missaktning för folkgrupp eller annan sådan grupp av personer med anspelning på ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller sexuell läggning, döms för hets mot folkgrupp till fängelse i högst två år eller om brottet är ringa, till böter.

Är brottet grovt döms till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om meddelandet haft ett särskilt hotfullt eller kränkande innehåll och spritts till ett stort antal personer på ett sätt som varit ägnat att väcka betydande uppmärksamhet. Lag (2002:800).

Olaga diskriminering

16 kap 9 § En näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av hans eller hennes ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att inte gå honom eller henne till handa på de villkor som näringsidkaren i sin verksamhet tillämpar i förhållande till andra, ska dömas för olaga diskriminering till böter eller fängelse i högst ett år.

Vad som sägs i första stycket om en näringsidkare tillämpas också på den som är anställd i näringsverksamhet eller annars handlar på en näringsidkares vägnar samt på den som är anställd i allmän tjänst eller innehar allmänt uppdrag.

För olaga diskriminering döms även anordnare av allmän sammankomst eller offentlig tillställning och medhjälpare till sådan anordnare, om han eller hon diskriminerar någon på grund av hans eller hennes ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att vägra honom eller henne tillträde till sammankomsten eller tillställningen på de villkor som gäller för andra.

Om någon som avses i första-tredje styckena på sätt som där sägs diskriminerar annan på grund av hans eller hennes sexuella läggning, döms likaledes för olaga diskriminering. Lag (2008:569).

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2014:10 *Bättre möjligheter att motverka diskriminering.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1979:56 *Steg på Väg..*

SOU 1997:174 *Räkna med mångfald.*

SOU 2001:39 *Ett effektivt diskrimineringsförbud - Om olaga diskriminering och begreppen ras och sexuell läggning.*

SOU 2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.*

Departementsserien

Ds A 1984:7 *Om olaga diskriminering.*

Propositioner

Proposition 1970:87 *förslag till ändring i tryckfrihetsförordningen.*

Proposition 1972:5 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.*

Proposition 1978/79:175 *med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m. m.*

Proposition 1985/86:98, *om invandrapolitiken.*

Proposition 1990/91:113 *om en ny jämställdhetslag, m.m.*

Proposition 1999/2000:143 *Ändringar i jämställdhetslagen m.m.*

Proposition 2001/02:59 *Hets mot folkgrupp m.m.*

Proposition 2002/03:65, *Ett utvidgat skydd mot diskriminering.*

Proposition 2004/05:147, *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.*

Proposition 2005/06:38, *Trygghet, respekt och ansvar – om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.*

Proposition 2007/08:95, *Ett starkare skydd mot diskriminering.*

Lagar

Jämställdhetslag (1991:433).

Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.

Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan.

Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

Diskrimineringslag (2008:567).

Brottsbalken (1962:700).

Internationella rättsakter

Konventioner

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

Stadgor

Förenta Nationernas stadga

SÖ 1998:35 - Nr 35 Europeisk social stadga (omarbetad version 1996).

Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

Direktiv

Direktiv (75/117/EEG) om tillnärningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män.

Direktiv (76/207/EEG) om principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Direktiv (86/378/EEG) om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet.

Direktiv (97/80/EG) av den 15 december 1997 om bevisbörd vid mål om könsdiskriminering.

Direktiv (2000/43/EG) av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

Direktiv (2000/78/EG) av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.

Europaparlamentets och rådets direktiv (2002/73/EG) av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv (76/207/EEG) om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Direktiv (2004/113/EG) om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.

Direktiv (2006/54/EG) om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.

Rekommendationer

EU:s bästa praxis för effektivt genomförande av restriktiva åtgärder av den 22 juni 2006 (dok 10533/06, uppdaterat den 9 juli 2007 genom dok. 11679/07)

Litteratur

Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, Uppsala 2010.

Bergqvist-Lauren-Lunning, *Jämställhet i arbetslivet*, Uddevalla 1980.

Diesen Christian, *Bevisprövning i brottmål*, Stockholm 2000.

Diesen Christian m.fl., *Bevispraxis, Bevis 5, 1:1 uppl.* Stockholm 2000.

Fransson, Susanne, *Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Uppsala 2000.

Fransson Susanne, Stüber Eberhard, *Diskrimineringslagen, en kommentar*, Nordstedts juridik AB 2010.

Ekelöf Per Olof, *Rättegång IV*, Stockholm 1995.

Friberg Sandra, *Kränkningersättning*, Uppsala 2010.

Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, Stockholm 2010.

Heuman Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005.
Holmqvist, Leijonhufvud, Träskman, Wennberg, *Brottsbalken, En kommentar, Del 2, (13-24 kap.) brotten mot allmänheten och staten m.m.*, Stockholm 2013.
Jareborg Nils, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala 2001.
Jareborg Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Uppsala 1994.
Jareborg Nils, *Straffrättens påföljdslära*, Mölnlycke 2010.
Jareborg Nils, *Brotten, III häftet*, Lund 1982.
Lindell Bengt, *Civilprocessen*, Uppsala 2003.
Malmberg, Jonas *Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten*, Förhandlingarna vid det 37:e nordiska juristmötet i Reykjavik 18-20 augusti 2005 och JT 2001-02 s. 804 ff.
Melin, *EU:s konstitution*, Stockholm 2006.
Numhauser-Henning, Ann, *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Lund 2000.
Nyström Birgitta. *EU och arbetsrätten*. 4 uppl. Stockholm 2011.
Sandgren Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. 2 uppl. Stockholm 2007.
Schömer Eva, *Konstruktion av genus i rätten och samhället: En tvärvetenskaplig studie över svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt samhälle*, Iustus förlag, Uppsala 1999.
Tobler Christa, *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law*, Luxembourg : Publications Office 2005.
Ulväng, Jareborg, Friberg, Asp, *Brotten mot allmänheten och staten*, Uppsala 2012.

Artiklar

Diesen, Christian, *Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål*, JT 1996/97, Stockholm s. 525.
Jonas Malmberg, *Bevisning i diskrimineringsstvister*, JT 2001-02 s. 804–814.
Peczenik, Aleksander *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning 2005, s. 249–272.
Nordh Robert, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, SvJT 2012 s 781-799.
Sandgren Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* Tidsskrift från Rettsvitenskap nr 04/05, s 648-656.

Elektroniskt material

Statistik från Brå: <http://www.bra.se/bra/brott-och-statistik/statistik/anmalda-brott.html>. Kontrollerad 2014-07-02.

Brottslighet kopplad till rikets inre säkerhet 2001, Rapport från Säkerhetspolisen, Upplaga september 2002:300 ex. Tryck: FVK-Tryckeriet, Stockholm 2002. Kontrollerad 2014-07-02.

Rambøll *Utvärdering av lokal antidiskrimineringsverksamhet*. http://www.rattighetscenter.se/files/utvardering_adv_slutrapport_090331.pdf. Kontrollerad 2014-07-02.

Rättsfallsförteckning

Nationell rätt

Högsta domstolen

NJA 1976 s. 489.
NJA 1979 s. 657.
NJA 1985 s. 226.
NJA 1994 s. 511.
NJA 1996 s. 768.
NJA 1999 s.556.
NJA 2004 s 176.
NJA 2006 s. 170.
NJA 2006 s. 683.
NJA 2008 s. 915.

Underrätterna

Svea Hovrätt dom 21 april 2009 Mål nr T 256-08.
Svea hovrätts dom den 12 november 2012 i mål nr T 9222-11.
Svea Hovrätt 20 december 1989 i mål B 1205-89.
Göta Hovrätt dom 5 oktober 2010 Mål nr T 3330-09.
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 4 november 2003 i mål nr 2660-02.
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 1 april 1996 i mål B 1400-95.
Falu tingsrätt dom den 17 maj 1995 i mål 12-95.
Gällivare tingsrätt dom den 18 maj 1993 i mål B 45-93.
Norrköpings tingsrätt mål nr T 3730-08 och RH 2008:62.
Stockholms tingsrätt dom den 6 mars 1990 i mål B 463-89.
Stockholms Tingsrätt dom 11 december 2007 Mål nr T 18908-05.
Stockholms Tingsrätt dom 13 april 2011 Mål nr T 9176-08.
Uppsala Tingsrätt dom 7 februari 2012 Mål nr B 8173-11.
Örebro Tingsrätt dom 18 november 2009 Mål nr T 4710-08.
Ängelholms tingsrätt dom den 21 april 1993 i mål B 335-92.

Arbetsdomstolen

AD 1982 nr 139.
AD 1984 nr 140.
AD 1987 nr 51.
AD 2002 nr 45.
AD 2002 nr 128.
AD 2003 nr 55.
AD 2003 nr 73.
AD 2004 nr 22.
AD 2005 nr 21.
AD 2005 nr 32.
AD 2005 nr 87.
AD 2006 nr 60.
AD 2009 nr 4.
AD 2009 nr 11.
AD 2009 nr 87.
AD 2010 nr 91.
AD 2011 nr 2.
AD 2013 nr 71.

Internationell rätt

Mål 14/83 Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, REG 1984 I-01891.

Mål C-96/80 Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.

Mål C-100/95 Brigitte Kording v Senator für Finanzen.

Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK).

Mål C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989).

Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993).

Mål C-158/97 Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen.

Mål C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz (1986).

Mål C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen.

Mål C-180/95 Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice.

Mål C-207/98 Silke-Karin Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern

Mål 152-73 Giovanni Maria Sotgiu mot Deutsche Bundespost. Begäran om förhandsavgörande: Bundesarbeitsgericht - Tyskland.

Mål C-271/91 Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority.

Mål C-342/93 Joan Gillespie m.fl. mot Northern Health and Social Services Boards.

Mål C-381/99 Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkassen AG (2001).

Mål C-394/96 Mary Brown mot Rentokil Ltd.

Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, 2000.