



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Therese Ranerup

När skämt blir till kränkning

- bedömningen av etniska trakasserier i arbetslivet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin: HT 2014

INNEHÅLL

1. INLEDNING	2
1.1 Bakgrund.....	2
1.2 Uppsatsens syfte.....	3
1.3 Frågeställningar.....	3
1.4 Avgränsningar.....	3
1.5 Disposition.....	3
1.6 Metod och material.....	4
1.6.1 Val av metoder, teori och tillvägagångssätt.....	4
1.6.2 Diskursanalys som metod.....	4
1.6.3 Valet av material.....	5
1.7 Teori.....	6
1.8 Forskningsläge.....	6
2. DISKRIMINERINGSLAGEN OCH DESS TILLÄMPNING	7
2.1 Den svenska diskrimineringslagens rättsliga kontext.....	7
2.2 Trakasserier på grund av etnisk tillhörighet.....	7
2.3 Rekvisiten missgynnande, oönskat beteende, insikt och orsakssamband.....	8
2.3.1 Missgynnande.....	8
2.3.2 Oönskat beteende.....	8
2.3.3 Insikt.....	9
2.3.4 Orsakssamband.....	9
2.3.5 Bevisbörda.....	9
2.4 Arbetsdomstolens bedömning.....	10
2.4.1 AD 2012 nr 27.....	10
2.4.2 AD 2011 nr 13.....	11
2.4.3 AD 2009 nr 87.....	12
2.5 Sammanfattning av Arbetsdomstolens övriga praxis om trakasserier.....	13
2.5.1 Ingen insikt och inget klagande.....	13
2.5.2 Bevisning.....	13
2.5.3 Inget missgynnande.....	14
3. DISKURSANALYS	14
3.1 Textens egenskaper – skillnader i vokabulär och hur parterna framställs.....	14
3.2 Diskursiv praktik – identifiering av diskurser och dess positionering.....	15
3.3 Social praktik – diskursernas praktiska konsekvenser utifrån postkolonial teori.....	17
4. ANALYS	18
SUMMARY	21
SAMMANFATTNING	22
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	23

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Europarådets kommission mot rasism och intolerans (ECRI) och FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering (CERD-kommittén) riktar i sina senaste rapporter kritik mot Sverige eftersom svenska domstolar funnit ytterst få fall av etnisk diskriminering, trots ett omfattande antal diskrimineringsanmälningar till diskrimineringsombudsmannen. CERD-kommittén uppmanar Sverige att göra en grundlig analys av orsakerna till det låga antalet konstaterade diskrimineringsfall medan ECRI kritiserar svenska domstolar för att inte förstå sig på den nya bevisbörderegeln i diskrimineringsmål som syftar till att underlätta bevisbördan för käranden.¹ Kritiken grundas på det faktum att det anmäls omkring 500-700 fall av etnisk diskriminering per år till diskrimineringsombudsmannen, vilket gör etnisk diskriminering till den diskrimineringsgrund som är vanligast förekommande bland anmälningarna. Trots detta har enbart ett fall av indirekt etnisk diskriminering och ett fall av etniska trakasserier konstaterats av de trettiotal mål rörande etnisk diskriminering som Arbetsdomstolen har bedömt sedan 1994.²

Med anledning av den omfattande kritiken mot Sverige har jag valt att undersöka orsakerna till det låga antalet konstaterade fall av trakasserier på grund av etnisk tillhörighet. Undersökningen syftar för det andra till, utifrån de tänkbara orsakerna, analysera och ge förslag för hur Sverige kan rätta sig efter kritiken genom att ge utsatta för diskriminering ökade möjligheter till upprättelse och kompensation genom den juridiska processen. Jag har valt att undersöka domar från Arbetsdomstolen eftersom det är den domstol som handlägger de flesta diskrimineringsmålen i arbetslivet, som är det samhällsområde som övervägande flest anmälningar om etnisk diskriminering berör.³ I undersökningen har jag valt att tillämpa två metoder; rättsdogmatisk metod och diskursanalys i kombination med postkolonial teori för att synliggöra fler möjliga orsaker och lösningar till uppsatsens problemformulering.

1 CERD-kommitténs slutsatser och rekommendationer till Sverige, 19-21 rapporten (augusti 2013), s. 3; Europarådets kommission mot rasism och intolerans (ECRI) slutsatser och rekommendationer till Sverige, 4:e rapporten (juni 2012), s. 24.

2 Diskrimineringsombudsmannens årsredovisning 2013, s. 14-28; Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 335 och 337.

3 Se lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister; diskrimineringsombudsmannens årsredovisning 2013, s. 20.

1.2 Uppsatsens syfte

Syftet med uppsatsen är för det första att undersöka möjliga orsaker till det låga antalet konstaterade fall av diskriminering. För det andra syftar uppsatsen till att föreslå tänkbara lösningar för hur Sverige ska kunna rätta sig efter kritiken från CERD-kommittén och ECRI om att utsatta för diskriminering borde få bättre möjligheter till upprättelse genom domstolsprocessen.

1.3 Frågeställningar

- Framkommer några juridiska förklaringar till det låga antalet konstaterade fall av etnisk diskriminering vid tillämpning av rättsdogmatisk metod?
- Synliggörs några förklaringar till det låga antal av Arbetsdomstolen konstaterade etniska trakasserier genom en analys av domstolens tre senaste rättsfall vid tillämpning av diskursanalys och postkolonial teori?
- Framkommer problem vid studiens tillämpning av rättsdogmatisk metod, diskursanalys och postkolonial teori; vilka tänkbara lösningar kan då komma ifråga för att Sverige ska ha möjlighet att efterleva CERD-kommitténs och ECRI:s krav på ökade möjligheter för enskilda att tillvarata sin rätt i diskrimineringsmål?

1.4 Avgränsningar

I det följande beskrivs uppsatsens avgränsningar. Undersökningen har med anledning av uppsatsens korta omfång avgränsats till att enbart behandla trakasserier⁴ på grund av etnisk tillhörighet med fokus på Arbetsdomstolens bedömning. Praxis från Europadomstolen och EU-domstolen kommer i princip inte att behandlas. Av Arbetsdomstolens domar kommer enbart den del av domskälen som berör etniska trakasserier att behandlas på grund av utrymmesskäl.

1.5 Disposition

I avsnitt 2 redovisas hur 1 kap. 4 § 3 p. diskrimineringslagen om etniska trakasserier ska tolkas

⁴ Se 1 kap. 4 § 3 p. diskrimineringslagen. Direkt och indirekt etnisk diskriminering enligt 1 kap. 4 § 1-2 p. diskrimineringslagen behandlas därmed inte.

enligt förarbeten, praxis och doktrin. I avsnitt 3 analyseras Arbetsdomstolens tre senaste rättsfall om etniska trakasserier utifrån diskursanalys och postkolonial teori. I den slutgiltiga analysen i avsnitt 4 beskrivs orsaker till det låga antalet konstaterade fall av etniska trakasserier och förslag på lösningar.

1.6 Metod och material

1.6.1 Val av metoder, teori och tillvägagångssätt

I avsnitt 2 kommer jag att tillämpa den rättsdogmatiska metoden, det vill säga att med hjälp av bland annat lagstiftning, förarbeten, doktrin och praxis tolka och utreda vad som enligt diskrimineringslagen 1 kap. 4 § bedöms som trakasserier på grund av etnisk tillhörighet. Rättsdogmatisk metod har valts eftersom det är ett välbeprövat och tillförlitligt sätt att utreda gällande rätt.⁵

Diskursanalys och postkolonial teori appliceras i avsnitt 3 för att belysa och analysera domskälen och frågor om diskriminering utifrån ett bredare samhällsperspektiv. Detta samhällsvetenskapliga angreppssätt har valts eftersom det synliggör andra påverkansfaktorer och konsekvenser av Arbetsdomstolens rättstillämpning än vad som är möjligt med rättsdogmatisk metod.

I avsnitt 2.5 sammanfattar jag Arbetsdomstolens praxis rörande etniska trakasserier. Underlaget består av sju rättsfall om trakasserier på grund av etnisk tillhörighet som jag fann genom att söka på begreppen ”trakasserier” och ”etnisk tillhörighet” i Domstolsverkets databas rättsinfosök, Zeteo och Karnov. Avsikten var att finna alla av Arbetsdomstolen hittills avgjorda domar om etniska trakasserier.

1.6.2 Diskursanalys som metod

I diskursanalys är utgångspunkten att språket inte förmedlar verkligheten på ett neutralt sätt. Detta innebär att vi med hjälp av språket skapar representationer av verkligheten, som vi använder för att tolka och förstå omgivningen. Ordet diskurs kan på ett enkelt sätt beskrivas som just detta - som ett bestämt sätt att tala om och förstå verkligheten. Diskurser antas forma vårt tal, vår skrift och syn på omvärlden och i ett senare led hur vi väljer att handla.⁶

5 Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 21-27.

6 Winther Jørgensen & Phillips 2009, s. 7, 15 och 162.

I uppsatsen använder jag mig av en särskild diskursanalys, nämligen Faircloughs tredimensionella modell då den av många anses vara den mest utvecklade modellen inom den kritisk-diskursanalytiska inriktningen.⁷ Enligt Faircloughs modell har alla texter tre dimensioner. Den första dimensionen ser till *textens egenskaper* - hur texten skapar diskurser rent lingvistiskt. I denna del ska analysen fokusera på vokabulär samt förhållandet mellan textens aktörer och hur de framställs. Den andra dimensionen kallas *diskursiv praktik* och innebär med andra ord att analysen ska fokusera på vilka diskurser som kan identifieras i texten och om textförfattaren bygger sin text på redan existerande diskurser. Summan av de diskurser som används inom exempelvis en institution kallas för diskursordning.⁸ Det råder en oupphörlig hegemonisk kamp genom att de förevarande diskurserna antingen reproducerar eller ifrågasätter diskursordningen och därmed de rådande maktförhållandena. Få diskurser i en diskursordning tyder på en reproduktion av gällande maktförhållanden medan ett flertal olika diskurser i en diskursordning snarare lutar åt en uppluckring av gällande norm. Den tredje dimensionen berör *social praktik* som handlar om textens sociala sammanhang och diskursernas påverkan på människors tänkande och handlande. I denna tredje del kan med fördel en samhällsvetenskaplig teori tillämpas för att fördjupa analysen.⁹ Jag har valt att tillämpa postkolonial teori, som kommer att förklaras i avsnitt 1.7.

Ett problem med diskursanalysen när, som i min uppsats, domskäl behandlas är att det är domstolen som återger vad som sagts och som vilket förmodligen skiljer sig från vad som exakt sades på rättegången. Å andra sidan är det främst domstolens bedömning av vad som hänt som jag har för avsikt att undersöka i detta arbete. Därför anser jag det motiverat att studera domskälen, såsom en spegling av domstolens verklighet.

1.6.3 Valet av material

Underlaget till uppsatsen består av förarbeten, praxis, doktrin och en statlig offentlig utredning (SOU). Av litteraturen som använts i uppsatsen kan nämnas *Diskursanalys som teori och metod* av Marianne Winther Jørgensen och Louise Phillips som innehåller en erkänd beskrivning av Faircloughs diskursanalys och *Diskrimineringslagen; en kommentar* av Fransson och Stüber som är en väletablerad lagkommentar till diskrimineringslagen. I avsnitt 3, diskursanalysen, analyseras de tre senaste¹⁰ domarna från Arbetsdomstolen utifrån kravet att rättsfallen behandlar trakasserier på grund av etnisk tillhörighet. Denna urvalsgrund resulterade i rättsfallen AD 2009 nr 87, AD 2011 nr

7 Winther Jørgensen & Phillips 2009, s. 66.

8 Ibid, s. 73, 77, 87 och 134.

9 Ibid, s. 15, 73-76, 54-55, 80-81, 87.

10 Räknat från november 2014, då denna uppsats skrevs.

13 och AD 2012 nr 27. På grund av utrymmesskäl har inte fler rättsfall kunnat behandlas i det diskursanalytiska avsnittet. I den sista delen av diskursanalysen där postkolonial teori ska tillämpas har jag valt att utgå från utredningen *Bortom vi och dom - teoretiska reflektioner om makt, integration och strukturell diskriminering* (SOU 2005:41), som är en forskningssammanställning med olika teoretiska perspektiv med utgångspunkt i det postkoloniala "vi-och-dem-begreppet".

1.7 Teori

Enligt postkolonial teori tillhör kolonialismen inte enbart det förflutna. Teorin tar istället avstamp i hur det kolonialistiska tänkandet *fortfarande* formar världen genom att koloniala tankestrukturer har fortsatt att prägla samhället i mer eller mindre utsträckning. Ett mycket centralt och grundläggande begrepp inom i princip all postkolonialistisk forskning är "vi-och-dem-begreppet". Vi-och-dem-begreppet har sin grund i dikotomin bestående av ett överlägset, västerländskt och vitt "vi" och ett underordnat "dem" bestående av icke-vita personer, och anses enligt postkolonial teori bidra till att normer reproduceras och att sociala hierarkier upprätthålls.¹¹ I kartläggningen av diskrimineringsmekanismer finns skäl att även rikta sökljuset mot domstolars tillämpning av lagen och tillämpningens konsekvenser då ingen institution kan anses helt opåverkad av samhället och dess diskriminerande strukturer.¹²

1.8 Forskningsläge

Det har inte bedrivits mycket forskning i Sverige som, såsom i min uppsats, anlägger ett kritiskt perspektiv på Arbetsdomstolens bedömning av trakasserier på grund av etnisk tillhörighet. För att lyfta fram den forskning som trots allt gjorts kan nämnas en artikel i Juridisk Tidskrift och i antologin *Juridisk metodlära* där Laura Carlson problematiserar Arbetsdomstolens domar utifrån critical race-teorin (CRT). I artikeln och antologin kritiseras Arbetsdomstolen för att behandla parterna i diskrimineringsmål likvärdigt, trots skillnader i rättsliga och ekonomiska resurser.¹³ I den statliga utredningen 2014:34 analyserar Eva Schömer ett urval av Arbetsdomstolens diskrimineringsdomar utifrån ett intersektionellt perspektiv och kommer fram till att domstolens praxis innebär att utanförskap och rasism normaliseras. I SOU 2006:30 presenteras flera studier som

11 Thörn, Eriksson & Eriksson Baaz (red.) 1999, s. 16-22; Loomba 2008, s. 10-11, 53-56 och 125.

12 SOU 2005:41, s. 11, 15-16.

13 Carlson 2011, s. 24, 43-49; Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 335 och 341.

visar hur ett etablerat vi-och-dem-tänkande påverkar domstolars praxis i straffmål.¹⁴ I utredningen menar Jerzy Sarnecki att diskriminering inom rättsväsendet främst sker omedvetet, på grund av stereotypa föreställningar om de andra. Vikten av mer forskning betonas, då Sarnecki konstaterar att detta är ett försummat forskningsområde.¹⁵ Min undersökning syftar till att vidareutveckla forskningen genom att analysera fler diskrimineringsmål utifrån vi-och-dem-begreppet, som kompletteras med juridisk metod.

Slutligen kan nämnas att det internationellt har bedrivits betydligt mer forskning. Som exempel kan nämnas boken *Culture Clash: An International Legal Perspective on Ethnic Discrimination* av Anne-Marie Mooney Cotter som i slutsatserna understryker juridikens betydelse för motverkandet av etnisk diskriminering.¹⁶

2. Diskrimineringslagen och dess tillämpning

2.1 Den svenska diskrimineringslagens rättsliga kontext

Den första svenska diskrimineringslagstiftningen utgjordes av jämställdhetslagen (1979:1118) som trädde i kraft år 1980, för att några fåtal år senare kompletteras av en lag mot etnisk diskriminering. Den nuvarande diskrimineringslagen (2008:567), kallas även 2008 års diskrimineringslag, trädde i kraft 1 januari 2009. Då diskrimineringslagen ersatte och övertog bestämmelser från sju tidigare diskrimineringslagar är det ett stort antal förarbeten som är relevanta för tolkningen av gällande rätt. Andra viktiga rättskällor för tolkningen av bestämmelserna är svensk och EU-rättslig praxis samt praxis från Europadomstolen.¹⁷ Av betydelse för tillämpningen av den svenska diskrimineringslagen är även ett antal konventioner som Sverige har ratificerat, däribland *FN:s konvention mot rasdiskriminering*.¹⁸

2.2 Trakasserier på grund av etnisk tillhörighet

Diskrimineringsgrunden ”etnisk tillhörighet” definieras enligt 1 kap. 5 § diskrimineringslagen som

14 SOU 2006:30, s. 4-5, 29-30, 32; SOU 2014:34 s. 68-70, 79, 80-81.

15 SOU 2006:30, s. 9-10, 32-35.

16 Cotter 2011, s. 368.

17 Fransson och Stüber 2010, s. 23, 35 och 48.

18 Ibid, s. 24, 28, 29 och 38.

”nationellt, eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande”. Enligt 1 kap. 1 § diskrimineringslagen är syftet med lagen att motverka diskriminering och främja lika rättigheter. I 2 kap. diskrimineringslagen framgår att bland annat arbetstagare skyddas av diskrimineringslagen. Bestämmelserna i 5 kap. diskrimineringslagen klargör vem som är rättsligt ansvarig för trakasserierna. Av 5 kap. diskrimineringslagen framgår att arbetsgivaren har ett principalansvar för om trakasserier förekommer, vilket innebär att arbetsgivaren är rättsligt ansvarig även i en situation där en arbetstagare trakasserar en annan arbetstagare.¹⁹ Trakasserier utgörs enligt 1 kap. 4 § 3 p. diskrimineringslagen av ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av lagens diskrimineringsgrunder. Trakasserier på grund av etnisk tillhörighet är uppbyggt kring rekvisiten missgynnande, oönskat beteende, insikt och orsakssamband. Till skillnad från diskrimineringslagens bestämmelser om direkt och indirekt diskriminering sker därmed ingen jämförelsebedömning. Då lagtexten inte innehåller några tydliga rekvisit för hur 1 kap. 4 § 3 p. diskrimineringslagen ska tolkas får vägledning hämtas i förarbeten.²⁰

2.3 Rekvisiten missgynnande, oönskat beteende, insikt och orsakssamband

2.3.1 Missgynnande

För att rekvisitet missgynnande ska anses uppfylls krävs att handlingarna eller bemötandet innebär något slags missgynnande i form av skada eller obehag som innebär en kränkning av den enskildes värdighet. Helt bagatellartat bemötande eller handlingar ska inte ses som ett missgynnande. Det ska istället vara fråga om märkbara och tydliga kränkningar. Exempel på missgynnande handlingar är nedsättande tillmälen på grund av den utsattes tillhörighet eller rasistiska texter, bilder, märken och klotter. Missgynnandet kan även bestå av att någon gör kränkande gester eller förlöjligar en person genom att kommentera dennes utseende eller beteende. Attityder och skämt som riktas mot en eller flera individer omfattas. Ett beteende som för omgivningen eller isolerat ses som harmlöst kan trots detta anses utgöra trakasserier om det upprepas och att den utsatte klargör att hen uppfattar handlingen som kränkande.²¹

2.3.2 Oönskat beteende

Handlandet eller beteendet måste vara oönskat för att falla in under förbudet mot trakasserier. Det är

19 Fransson och Stüber 2010, s. 89 och 489.

20 Fransson och Stüber 2010, s. 89; prop. 2007/08:95 s. 492-493; Glavå 2011, s. 360 och 386.

21 Prop. 2007/08:95 s. 492-493; prop. 2002/03:65 s. 96-98.

den utsatte som avgör om handlingen ska anses oönskad och därmed kränkande. Bedömningen ska därmed inte utgå utifrån vilka handlingar som typiskt sett ska ses som kränkande, utan helt utgå från hur den utsatte uppfattade situationen. Det kan noteras att rekvisitet ”oönskat” rent lagtekniskt är automatiskt uppfyllt om det rör sig om en kränkning eftersom en kränkning aldrig kan anses välkommen.²²

2.3.3 *Insikt*

Den som trakasserar måste ha insikt om att beteendet anses kränkande på ett sådant sätt att det kan ses som diskriminering. Den utsatte ska göra klart för den trakasserande att handlingen upplevs som kränkande. Det betyder i praktiken att en person inte med framgång kan påstå sig vara diskriminerad om denne inte klargör för den som trakasserar, med hänvisning till en diskrimineringsgrund, att beteendet är kränkande. I vissa fall kan dock omständigheterna vara sådana att den som trakasserar utan vidare måste förstå att beteendet är kränkande. I de fallen krävs därför inget påpekande från den utsatte.²³

2.3.4 *Orsakssamband*

För att trakasserier ska anses föreligga krävs ett orsakssamband mellan handlingen i sig och en diskrimineringsgrund. Det har ingen betydelse för bedömningen om grunden för beteendet är felaktig – till exempel genom ett felaktigt antagande om en persons etniska tillhörighet – handlingen kan ändå definieras som trakasserier. Detsamma gäller om diskrimineringsgrunden inte är enda orsaken till handlingen, eller om handlandet även vidtas på grund av personliga motsättningar. Det kan ändå anses som trakasserier på grund av etnisk tillhörighet.²⁴

2.3.5 *Bevisbörda*

Det finns en särskild bevisbörderegeln i diskrimineringsmål; nämligen 6 kap. 3 § diskrimineringslagen som grundar sig på ett EU-direktiv. Därför är EU-domstolens praxis avgörande för tolkningen av bevisregeln. Enligt EU-domstolen är syftet med regeln att åstadkomma en bevislättning för käranden så att diskrimineringsförbuden kan upprätthållas i praktiken. Regeln är uppbyggd i två led där käranden har bevisbördan i det första ledet och svaranden i det andra ledet.

22 Prop. 2007/08:95, s. 493; prop. 1997/98:177 s. 34-35.

23 Prop. 2007/08:95, s. 493.

24 Ibid, s. 493.

Detta innebär att käranden i det första ledet ska uppfylla sin bevisbörda genom att styrka omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering förekommit. Enligt NJA 2006 s 170 ska bevisbörderegeln uppfattas som en presumtionsregel. Detta innebär att om käranden uppfyller sin bevisbörda enligt det första ledet, presumeras det enligt andra ledet finns ett orsakssamband mellan de visade omständigheterna och diskrimineringsgrunden, det vill det säga att diskriminering presumeras ha skett. Svaranden åläggs därmed enligt det andra ledet att bryta presumptionen genom att till exempel visa omständigheter som ger stöd för att missgynnandet skett på grund av andra orsaker än personens etniska tillhörighet. Enligt 6 kap. 3 § diskrimineringslagen anges inte vilka faktiska omständigheter som bör styrkas av käranden respektive svaranden. Detta får som konsekvens att domstolen i det enskilda fallet får avgöra vilka omständigheter som käranden ska styrka för att uppfylla bevisbördan i det första ledet.²⁵

2.4 Arbetsdomstolens bedömning

2.4.1 AD 2012 nr 27

Fallet AD 2012 nr 27 handlar om B.O. som härstammar från Nigeria och som arbetade som svetsare hos IPL Skandinavien AB (hädanefter bolaget). B.O. menar att hans matlåda kastats flera gånger och att arbetsledningen trots kännedom om detta inte vidtagit några åtgärder. Vidare menar B.O. att han har trakasserats av arbetsledningen genom att bland annat nekats ta rökpauser och göra toalettbesök. Han blev vid flera tillfällen särskilt övervakad av arbetsledaren E.S., något som han var ensam om att utsättas för.²⁶ B.O. hävdar att han under lång tid har kallats för ”Mogadishu”, ”koko stupid” och ”koko” som han påtalat för arbetsledningen att han uppfattar som nedsättande.²⁷ Domstolen menar, på grundval av utredningen, att det inte har visats omständigheter som föranleder slutsatsen att B.O. har blivit trakasserad av bolagets företrädare eller att B.O. blivit trakasserad av andra anställda med bolagets kännedom.²⁸

B.O. menar också att bolagets företrädare H.H. har fällt diskriminerade yttranden till honom. På en inspelning som spelas upp för rätten säger bland annat H.H. till B.O. att han rör sig alternativt arbetar alldeles för långsamt och förklarar det enligt följande: ”maybe it’s because you are black,

25 Prop. 2007/08:95, s. 443-446 och 561; NJA 2006 s 170, s. 179; AD 2014 nr 28 under rubriken *Diskriminering vid anställning och förfrågan om arbete - några rättsliga utgångspunkter*.

26 AD 2012 nr 27, s. 312-313, 321.

27 Ibid, s. 310-313 och 318.

28 Ibid, s. 317 och 321.

but I think it depends on a cultural thing.. [sic!]"²⁹, "not because of your colour"³⁰. Domstolen menar att H.H:s kritik till B.O. om att han rör sig eller arbetar för långsamt inte kan anses diskriminerande. Dock menar domstolen att yttrandet ovan skulle kunna anses olämpligt, men menar att H.H. i slutet tydligt klargör att det inte har med B.O:s hudfärg att göra. Därför menar domstolen att B.O. inte kan anses ha blivit trakasserad av H.H:s uttalanden.³¹

2.4.2 AD 2011 nr 13

I AD 2011 nr 13 hävdar de två arbetstagarna, V.P. och A.K., att de har blivit trakasserade av enhetschefen för det gruppboende där de arbetade. De menar att enhetschefen kontinuerligt har trakasserat dem genom att benämna dem som "östflickor" och "östkvinnor" inför de andra anställda.³²

Domstolen menar dock att det på grundval av enhetschefens egna vittnesuppgifter framkommer att han har sagt "damerna från öst" kanske tio gånger under perioden 2004-2008. Det är därför oklart, med grund i enhetschefens egna uppgifter om vilken utsträckning han använt sig av uttrycket den period som prövas i målet; perioden 2006-2008. Enligt Arbetsdomstolen kan inte ett uttalande om att någon är kvinna, flicka eller dam och att hon kommer från ett östland anses kränkande i sig. Däremot menar domstolen att tonfall, kroppsspråk och sammanhanget i övrigt och om det upprepas i vissa fall framstå som mer eller mindre uppenbart att ett uttryck används för att förnedra eller förlöjliga någon. Domstolen menar att det får anses utrett att enhetschefen talat om V.P. och A.K. med någon form av uttryck som hänvisar till deras könstillhörighet och att de kommer österifrån. Dock menar Arbetsdomstolen att det är oklart i vilken utsträckning detta skett under den aktuella perioden 2006-2008 och vilket uttryckssätt som använts och i vilka sammanhang. Eftersom svarandens vittnen inte säger sig ha hört enhetschefen uttrycka sig på påstått sätt menar domstolen att det är oklart när, var och hur som enhetschefen har fällt uttalandena. Därför menar Arbetsdomstolen att käranden inte lyckats visa att enhetschefen under perioden 2006-2008 uttalat sig på ett kränkande sätt. Domstolen konstaterar slutligen att det inte är visat att enhetschefen fortsatt att använda sig av uttrycket efter att käranden har klargjort att de inte ville bli kallade dessa tillmälen, även då domstolen funnit det utrett att i vart fall A.K. reagerat mot uttalanden åtminstone år 2007, då domstolen menar att det inte är visat att enhetschefen gjort dessa uttalanden efter A.K:s påpekande. Därför kan inte talan vinna bifall i denna del.³³

29 AD 2012 nr 27, s. 312.

30 Ibid, s. 321.

31 Ibid, s. 321.

32 AD 2011 nr 13, s. 155-157, 160 och 165.

33 Ibid, s. 162, 168-169.

Vidare menar A.K. att enhetschefen även vid två tillfällen benämnt henne ”östflicka” eller liknande när hon varit närvarande.³⁴ Vid det första tillfället, på ett utvecklingssamtal år 2007, där hon svarade med att säga att hon har ett namn och inte är en flicka från öst.³⁵ Enhetschefen svarade enligt A.K. att hon kunde kontakta facket eller säga upp sig om det inte passade. Vid det andra tillfället, år 2008, hade A.K. efter att hon blivit misshandlad av en brukare ett möte med enhetschefen där enhetschefen enligt A.K. sa att han inte polisanmält på grund av att han ville se hur länge hennes chock varade, samt att flickor från öst brukar tåla mycket.³⁶ Domstolen menar att A.K:s uppgifter framstår som mycket trovärdiga och lägger därför dessa till grund för bedömningen. Därför menar domstolen att det är utrett att enhetschefen kallat A.K. för ”östflicka” vid båda tillfällena och menar att det också är trovärdigt att A.K. vid händelsen år 2007 sagt att hon har ett namn. Även om Arbetsdomstolen menar att A.K. inte på ett tydligt sätt påtalat för enhetschefen att hon inte vill bli kallad ”östflicka” menar domstolen ändå att hennes reaktion och uttryckssätt måste ha tydliggjort för enhetschefen att hon inte vill bli kallad sådana namn. Trots att A.K. påpekat att hon inte vill bli kallad östflicka år 2007, kallar enhetschefen henne för detta igen under deras samtal år 2008, som dessutom yttras i ett sammanhang som domstolen menar måste ses som uppenbart kränkande. Domstolen menar därför att det förelegat ett klart orsakssamband mellan missgynnandet - att enhetschefen inte polisanmälde – och A.K:s etniska tillhörighet. Därför anser Arbetsdomstolen att enhetschefen har gjort sig skyldig till trakasserier.³⁷

2.4.3 AD 2009 nr 87

Fallet behandlar huruvida M.R. med makedonskt ursprung blivit trakasserad på grund av hennes etniska tillhörighet vid en anställningsintervju för arbete som habiliteringsassistent hos en kommun. Enligt Arbetsdomstolen finns det ingen anledning att betvivla att M.R. uppfattade intervjun som att den inriktade sig på hennes språkkunskaper i svenska och upplevdes som förnedrande. Domstolen menar dock att det inte finns anledning att ifrågasätta berättelsen som lämnats av S.W. som var ansvarig för intervjun, på grundval av M.R:s uppgifter då karendens vittnesmål enligt domstolen inte motsäger S.W:s version om vad som hänt. Domstolen finner dessutom S.W:s förklaring till intervjuupplägget som trovärdig, det vill säga att hon brukar be arbetssökanden att förklara innebörden av till exempel personliga egenskaper som personen själv har angett i ansökan. Arbetsdomstolen finner det även trovärdigt när S.W. hävdar att hon regelmässigt höll intervjuerna

34 AD 2011 nr 13, s. 165-166.

35 Ibid, s. 167.

36 Ibid, s. 166-167.

37 Ibid, s. 167.

på samma sätt, vilket domstolen menar bekräftas av vittnet M.K., dåvarande verksamhetscontroller som var med vid de övriga intervjuerna. Slutligen menar domstolen att det inte är visat att frågorna till M.R. ställts på ett nedvärderande sätt och utifrån vad som framkommit i målet drar slutsatsen att frågorna varit relevanta och lämpliga. Dessutom menar domstolen har det inte framlagts något som tyder på att S.W. uppfattade, eller hade anledning att uppfatta att M.R. upplevde att frågorna ställdes på grund av hennes etniska tillhörighet.³⁸

2.5 Sammanfattning av Arbetsdomstolens övriga praxis om trakasserier

I det följande sammanfattas Arbetsdomstolens övriga³⁹ praxis om trakasserier på grund av etnisk tillhörighet. Rättsfallen är uppstyckade och redovisade utifrån domstolens avslagsgrund.

2.5.1 Ingen insikt och inget klagande

I AD 2009 nr 4 menar domstolen att det är klarlagt att en arbetstagare kallat käranden för ”blackey”. Domstolen menar dock att eftersom käranden själv vid något tillfälle deltagit i jargongen genom att säga ”whitey” och inte påtalat för kollegan att han upplevt tillmälet som kränkande kan det inte stått klart för arbetskollegan att käranden upplevt beteendet som oönskat. Därför anser domstolen att käranden inte har blivit utsatt för trakasserier.⁴⁰

2.5.2 Bevisning

I fallet AD 2009 nr 4, menar domstolen att det inte kan anses styrkt att arbetstagaren har utsatts för trakasserier av sin enhetschef eftersom enbart två arbetskamraternas vittnesmål ger visst stöd åt arbetstagarens uppgifter om trakasserier vilket domstolen inte tycker är tillräckligt. Domstolen finner det nämligen märkligt att inte fler arbetskamrater vittnar om trakasserier med beaktande av arbetstagarens uppgifter om hur ofta enhetschefen uttalade sig kränkande.⁴¹ Vad avser målet AD 2004 nr 102 menar Arbetsdomstolen att utredningen i målet inte ger något som helst stöd för det påståendet att käranden ska ha trakasserats och därför faller talan.⁴²

38 AD 2009 nr 87 s. 1, 4, 9-11.

39 AD 2007 nr 16 beskrivs inte eftersom Arbetsdomstolen inte bedömer om etniska trakasserier skett på grund av juridiska teknikaliteter, se domskälen s. 8-10.

40 AD 2009 nr 4, s. 1, 23-24, 25-28.

41 Ibid, 23-24.

42 AD 2004 nr 102, s. 1, 15.

2.5.3 Inget missgynnande

I AD 2009 nr 27, menar domstolen att det klarlagt att det vid middagsfesten fördes ett samtal om kärandens behov av svenskundervisning, och att det blev en upprörd stämning varvid käranden lämnade middagsbordet. Domstolen menar att det av utredningen framgår att käranden inte uppfattade erbjudandet om svenskundervisning som kränkande och kan därför inte bedömas som etniska trakasserier.⁴³

3. Diskursanalys

I följande del analyseras de tre rättsfallen AD 2009 nr 87, AD 2011 nr 13 och AD 2012 nr 27 genom tillämpning av diskursanalys samt i avsnitt 3.3 även med tillämpning av postkolonial teori. Avsnittet är uppdelat utifrån Faircloughs tredimensionella modell som beskrivits i metodavsnittet. Läsaren ska göras uppmärksam på att citattecken används i texten i syfte att synliggöra skillnader i parternas vokabulär. Jag har inte ansett det motiverat att markera varje ord på ett särskilt sätt såsom vid ett citat, utan har istället hänvisat som vid ett vanligt referat. Den eller dem som påstår sig ha blivit utsatt för trakasserier benämns i analysen som ”arbetstagaren” eller ”arbetstagarna” medan motparten kallas för ”arbetsgivare”, ”arbetsledare” eller liknande.

3.1 Textens egenskaper – skillnader i vokabulär och hur parterna framställs

I två av domarna beskrivs stämningen och tillmälen på arbetsplatsen av vissa anställda och chefer i positiva ordalag. I AD 2011 nr 13 beskrivs hur en av arbetstagarna berättar om att några kollegor sagt att enhetschefen brukar ”skämta” genom att kalla henne och en annan arbetstagare för ”östflickor”. Enhetschefen påstår att han kallat de två arbetstagarna för ”damerna från öst” vid ett ”fåtal tillfällen, kanske tio gånger” och menar att det ”i hans ögon” inte är ett negativt uttryck. Enhetschefen hävdar att de två arbetstagarna själva betonade sin etniska bakgrund, att de gjorde saker annorlunda och därför inte heller borde ha upplevt uttrycket som negativt. I AD 2012 nr 27 beskriver bolagsledningen stämningen på arbetsplatsen med ord som ”trevlig, tuff och hjärtlig” och att arbetstagarna kallas för ”smeknamn”, medan arbetstagaren beskriver att han nästan dagligen blivit kallad ”Mogadishu” och ”Koko stupid”, men som arbetsledningen förnekar att de har hört.⁴⁴

43 AD 2009 nr 27, s. 1, 6-7, 9-10.

44 AD 2012 nr 27, s. 310-311, 313-314, 321; AD 2011 nr 13, s. 166.

Arbetstagaren i AD 2012 nr 27 menar att han talat om trakasserierna med arbetsledaren vid minst fyra tillfällen och då sagt att han inte tyckte om tillmälena, men att arbetsledaren hade svarat att ”det väl inte var så farligt”, och vidtog inga åtgärder varefter tillmälena fortsatte. I föregående rättsfall hävdar arbetstagaren också att bolaget vid den centrala tvisteförhandlingen bekräftat att de kände till tillmälena, men sagt att man får räkna med en sådan jargong i branschen.⁴⁵ I två av rättsfallen förklarar arbetsledaren arbetstagarens avvikande beteende som beroende av dennes kultur.⁴⁶ I AD 2012 nr 27 framkommer till exempel av en inspelning att arbetsledaren tycker att arbetstagaren arbetar eller rör sig långsamt och förklarar det enligt följande: ”*I think it depends on a cultural thing.. [sic!] not because of your colour*”⁴⁷.

I AD 2011 nr 13 menar arbetstagarna att de upplever det som mycket kränkande att bli kallad för ”östflickor” av sin chef och att de sagt ifrån flera gånger, men att det inte har hjälpt.⁴⁸ I AD 2009 nr 87, som berör frågan om trakasserier skett vid en anställningsintervju, talas om att arbetstagaren och arbetsgivaren har lagt olika innebörd i de ord som sagts. Arbetstagaren menar att hon uppfattade frågorna som ett glosförhör, vilket kändes förnedrande och nedvärderande. Medan arbetsgivaren inte förstår hur intervjun kunde uppfattas som ett glosförhör.⁴⁹

Arbetsgivarsidan framställs som självsäker och lite nedlåtande, eller i vart fall ifrågasättande mot den arbetstagare som klagat på tillmälen och som därmed går emot deras världsbild. Vokabulär som vanligtvis används av arbetsgivarsidan är ord som skämt, smeknamn och trevlig stämning. Arbetsgivarsidan tar sig självsäkert tolkningsföreträde för hur stämningen på arbetsplatsen ska uppfattas, och om huruvida tillmälena ska tolkas som kränkande eller inte. Arbetsgivarna betonar sin upplevelse av verkligheten, att de inte förstod att arbetstagaren blev kränkt av tillmälena eller säger att de inte har hört tillmälena. Arbetstagaren å sin sida framställs av arbetsgivarsidan som inkompetent och/eller annorlunda, vilket arbetsgivarsidan förklarar med kulturella skillnader. Arbetstagsidan framställs som utsatt, kränkt och maktlös; att de har sagt ifrån flera gånger utan att någon lyssnat eller tagit dem på allvar. Vokabulär som arbetstagsidan ofta använder för att beskriva verkligheten är ord som ”förnedrande” och ”nedvärderande”.

3.2 Diskursiv praktik – identifiering av diskurser och dess positionering

Det finns två tydliga diskurser som ställs mot varandra i alla tre rättsfallen. Det första av dessa

45 AD 2012 nr 27, s. 311 och 319.

46 AD 2012 nr 27, s. 313 och 321; AD 2011 nr 13, s. 160, 165-166, 168.

47 AD 2012 nr 27, s. 321.

48 AD 2011 nr 13, s. 160, 165-166.

49 AD 2009 nr 87, s. 726-727.

utgörs av vad som kan kallas arbetsgivarens diskurs. Denna diskurs utgår från att det råder trevlig eller tuff stämning på arbetsplatsen, att det inte är så farligt med lite smeknamn, att intervjufrågorna var lämpliga och inte borde uppfattas som ett glosförhör, samt att arbetsgivarsidan antingen inte hört eller inte förstått att arbetstagaren uppfattat deras beteende eller ord som nedvärderande.⁵⁰ Med andra ord - smeknamn och inga trakasserier. Denna diskurs vinner ofta framgång i domstolsprocessen. Mot föregående diskurs ställs i processen vad vi kan kalla för arbetstagarnas diskurs, som utgår från en ofta detaljerad berättelse om många konkreta händelser som uppfattas som förnedrande. I två av rättsfallen påpekas också detta till arbetsledaren men att denne inte lyssnar eller som i ett av fallen menar att sådana tillmälen är något man får räkna med i branschen och beteendet därefter fortsätter.⁵¹ Arbetstagarnas diskurs vinner i de allra flesta fall inte framgång i den rättsliga processen. I det följande kommer domstolens diskurs att beskrivas. Domstolen brukar uppfatta situationen utifrån främst arbetsgivarens synvinkel, som enligt domstolen oftast framstår som mer trovärdig. Domstolens diskurs finner i de allra flesta fall det trovärdigt att arbetsgivaren inte hör, inte förstår eller har anledning att förstå att beteendet anses nedvärderande för motparten. Domstolen bedömer ofta att arbetstagaren inte har visat omständigheter som ger anledning att anta att hen har blivit trakasserad, men även om tydlig bevisning finns i form av en inspelning eller erkännande från svaranden, anser domstolen att beteendet inte kan anses utgöra ett missgynnande. I ett av fallen finner domstolen att det inte föreligger ett orsakssamband mellan beteendet och diskrimineringsgrunden eftersom domstolen menar att kultur inte faller in under diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet. Att en arbetsledare säger till en arbetstagare att han arbetar långsamt på grund av sin kultur bedöms enbart som olämpligt.⁵² Utifrån vad som framkommit av de tre rättsfallen kan Arbetsdomstolens diskurs av vad som bedöms som etniska trakasserier beskrivas som ett krav på en tydlig särbehandling (t ex polisanmälan) på grund av till exempel arbetstagarens härkomst. Förutom detta krävs också enligt domstolens diskurs att domstolen finner det trovärdigt och rimligt att arbetstagaren upplever sig kränkt av beteendet.

Slutligen kan konstateras att det i Arbetsdomstolens diskursordning finns åtminstone tre olika diskurser. Arbetstagarens diskurs som ofta är väsensskild från domstolens diskurs om vad som bedöms som trakasserier. Sedan arbetsgivarens diskurs som ofta sammanfaller med domstolens diskurs och som befästs i dom efter dom, vilket tyder på en näraliggande hegemoni och fortsatt reproduktion av gällande maktförhållanden inom diskursordningen.

50 AD 2012 nr 27, s. 314 och 321; AD 2011 nr 13, s. 160 och 166; AD 2009 nr 87, s. 726-727.

51 AD 2012 nr 27, s. 310 och 313; AD 2011 nr 13, s. 165-166; AD 2009 nr 87 s. 726.

52 AD 2012 nr 27 s. 319 och 321; AD 2011 nr 13, s. 168-169; AD 2009 nr 87 s. 726-727.

3.3 Social praktik – diskursernas praktiska konsekvenser utifrån postkolonial teori

Arbetsgivarsidan beskriver i AD 2012 nr 27 och AD 2011 nr 13 vissa arbetstagare som annorlunda, vilket förklaras bero på dennes kultur.⁵³ Enligt Peralta kan kategoriserandet av människor som ”de andra” - att se dem som annorlunda och problematiska - användas som ett skäl till särbehandling. Genom att särskilja vissa från gruppen kan diskriminering normaliseras och nästan ses som naturlig.⁵⁴ Vardagsrasismen kan utifrån Esseds forskning förklaras som en process bestående av tre delar; *marginalisering* av de personer som identifieras som rasmässigt eller etniskt utstickande, *problematisering* av andra kulturer och identiteter samt slutligen en fysisk eller symbolisk *repression* av potentiellt motstånd genom våld eller förödmjukelse i syfte bibehålla tolkningsföreträdet för hur verkligheten ska tolkas. Enligt Essed kan repression, som främst syftar till ett fortsatt förnekande av att rasism förekommer, ske till exempel genom offentligt förlöjligande, anklagelser om lättkränkthet och etniska skämt.⁵⁵ Genom att applicera Esseds beskrivning av vardagsrasismens processer kan det konstateras att de första delarna marginalisering och problematisering föreligger genom utpekandet av arbetstagaren i AD 2012 nr 27 som kulturellt annorlunda som sammanknyts med påståendet att han arbetar långsamt. Att enhetschefen inför andra anställda i AD 2011 nr 13 kallar de två arbetstagarna för ”damerna från öst” kan ses som ett offentligt förlöjligande i syfte att avvärja eventuellt motstånd.

Kamali menar att institutioner kan bidra till bibehållandet av status quo genom att normalisera andras förnekande av rasism.⁵⁶ Detta innebär i förevarande fall att varje gång domstolen bedömer ett beteende som faller in under vardagsrasismens stadier som lagligt, normaliserar och i viss mån även förnekar domstolen allvaret i vardagsrasismens processer istället för att motverka diskrimineringen. Domstolens diskurs för vad som bedöms som etniska trakasserier är problematisk eftersom många av vardagsrasismens processer som enligt Essed och van Dijk kan få materiella konsekvenser i form av social ojämlikhet ofta faller utanför dess tillämpningsområde.⁵⁷ Om praxis inte ändras kommer enbart den allra mest uppenbara diskrimineringen att motverkas.

Domstolen finner gång på gång arbetsgivarens diskurs som mer trovärdig till nackdel för arbetstagarnas diskurs, ofta för att arbetsgivarsidan enligt domstolen inte haft någon insikt om att tillmälena upplevdes som kränkande. Att arbetsgivarsidans uppfattning får så stor betydelse i bedömningen om vad som ska utgöra trakasserier är olyckligt med tanke på van Dijks forskning

53 AD 2012 nr 27, s. 321; AD 2011 nr 13 s. 165-166.

54 SOU 2005:41, s. 195, 200-201.

55 Ibid, s. 72-73, 78-80.

56 Ibid, s. 38.

57 Ibid, s. 72-73, 78-80, 115.

som visar på språkets betydelse för reproduktionen av rasism.⁵⁸ Med andra ord reproducerar rasistiskt språk i sig självt rasism, oberoende av avsikten hos den som trakasserar. Regleringen av etniska trakasserier jämförs av de los Reyes med regleringen om sexuella trakasserier, där det sedan länge konstaterats en rätt för den som är utsatt att definiera vad som är kränkande. En person som utsatts för etnisk diskriminering måste istället göra sin erfarenhet av diskriminering begriplig och förståelig för både arbetsgivaren och domstolen. Regeln innebär också enligt de los Reyes att utrymmet ökar för dessa aktörer att tolka en kränkning som ett skämt, missförstånd eller dålig personkemi.⁵⁹ Därför förespråkar hon ett erkännande av arbetstagaren som likvärdig, det vill säga som ett tänkande och handlande subjekt som är kapabelt att själv bedöma vad som utgör en kränkning.⁶⁰

Slutligen kan Arbetsdomstolens bedömning av det inspelade yttrandet i AD 2012 nr 27 ifrågasättas - varför ”kultur” inte faller in under diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet. Domstolen verkar utgå från en traditionell förståelse av diskriminering och rasism i och med deras fokusering på hudfärg, vilket kan kritiseras utifrån Peraltas forskning om att dagens rasistiska diskurs har övergått från att fokusera på biologisk ras till att istället betona kulturella skillnader.⁶¹ Molina menar att användning av ”mildare” ord än ras såsom etnicitet eller liknande enbart innebär att man förbiser och bagatelliserar det grundläggande problemet; rasismens materiella förankring i alla delar av samhället.⁶² Det kan därför ifrågasättas hur rimligt det är att Arbetsdomstolen lägger en betydande vikt vid kulturbegreppet då det ur den utsattes synvinkel inte konsekvensmässigt blir någon skillnad om särbehandlingen motiveras utifrån kultur eller ras. Diskriminering är fortfarande diskriminering för den som utsätts för rasism, oavsett hur den motiveras.

4. Analys

Orsaker och lösningar utifrån juridiken

I AD 2009 nr 4 bedömer domstolen det otillräckligt att två av arbetskollegornas vittnesmål ger visst stöd åt arbetstagarens vittnesuppgifter för att uppfylla beviskravet ”anledning att anta”. Detta skulle kunna tolkas som att domstolen tillämpar ett högre beviskrav än vad som egentligen föreskrivs

58 SOU 2005:41, s. 115 och 117.

59 Ibid, s. 246-248.

60 Ibid, s. 246-248.

61 Ibid, s. 195, 200-201.

62 Ibid, s. 104 och 151.

enligt bevisbörderegeln, vilket om så är fallet, kan strida mot EU-rätten. De krav som Arbetsdomstolen ofta ställer upp, som i AD 2011 nr 13 och AD 2009 nr 4, att fler arbetstagare måste vittna till den trakasserades favör för att uppfylla beviskravet är problematiskt med tanke på att syftet med bevisregeln är att underlätta och ge möjlighet för arbetstagaren att uppfylla bevisbördan. Att då kräva att någon som trakasserats på sin arbetsplats ska få andra arbetstagare att vittna mot sin arbetsgivare i en rättegång kan inte anses förenligt med regelns syfte. Lagtexten verkar svårligen kunna bli tydligare, då det förefaller svårt att i lag föreskriva exakt hur bevisvärderingen ska ske. En tänkbar lösning för att säkerställa en enhetlig och korrekt tillämpning av bevisbörderegeln inom rättsväsendet kan vara att öppna upp för förlorande part att överklaga till Högsta domstolen.

I förarbeten anges att missgynnande ska utgöras av märkbara, och inte bagatellartade kränkningar. Som exempel på en märkbar kränkning anges att förlöjliga någon genom att kommentera personens utseende eller beteende. Utifrån vad som står i förarbeten samt syftet med diskrimineringslagen kan Arbetsdomstolen anses vara restriktiv i sin bedömning av vad som utgör en kränkning. I AD 2011 nr 13 konstateras till exempel att beteendet ska vara mer eller mindre *uppenbart* kränkande för att bedömas som trakasserier, något som inte uttryckligen verkar stå i förarbeten. Arbetsdomstolen skulle förmodligen kunna (utifrån rättskälleläran föreligger kanske till och med en viss skyldighet) att ändra sin praxis genom att utifrån förarbeten vara mindre restriktiv i sin tillämpning, även om behovet av förändrad lagstiftning inte kan uteslutas.

Orsaker och lösningar utifrån diskursanalys och postkolonial teori

Diskursanalysens första och andra del visar hur arbetstagarens diskurs utgörs av att personen upplever sig kränkt och då protesterar utan att någonting händer, medan arbetsgivarens diskurs om att hen inte förstått att beteendet upplevts som kränkande för arbetstagaren ofta hörsammas. Eftersom syftet med lagen är att motverka diskriminering borde det inte vara önskvärt att en arbetsgivare i de allra flesta fall kan undkomma ansvar med motiveringen att denne inte förstått att ett beteende upplevts som kränkande. Därför kan en ändring vad avser insikts-rekvisitet anses motiverad. För rättssäkerhetens skull behövs ett visst krav på insikt. Det borde vara tillräckligt med att den som trakasserar ”borde ha insett” att tillmälet var kränkande, för att inte oskyldiga ska åläggas rättsliga påföljder.

Enligt diskursanalysens tredje del har framkommit att nyrasismen betonar kulturella skillnader snarare än hudfärg. Därför kan skäl anses föreligga för att trakasserier på grund av någons ”kultur” borde falla in under 1 kap. 5 § diskrimineringslagen ”annat liknande förhållande”.

Postkolonial teori kan anses indikera att Arbetsdomstolens nuvarande praxis innebär att vissa av vardagsrasismens processer normaliseras. Om lagstiftaren vill skärpa motverkandet av diskriminering skulle kunskap om hur vardagsrasism fungerar kunna vägas in i den juridiska bedömningen. Det nuvarande regelverket kan även anses innebära att människors upplevelse av en kränkning ogiltigförklaras eftersom regelverket inte ger de utsatta möjligheten att själva kunna bedöma vad som är kränkande. Det kan förordas att den som är utsatt snarast ges tilliten att avgöra vad som utgör en kränkning.

Uppsatsen kan kritiseras för att förstora upp de praktiska effekterna av så kallad ”jargong”. Självklart är inte all jargong diskriminerande; västeråsare som kritiserar smålänningar för att vara snåla är inget problematiskt i sig eftersom smålänningar inte utsätts för strukturell diskriminering som resulterar i social ojämlikhet. Det är med andra ord särskiljandets materiella konsekvenser som är det avgörande.

Slutsatser

Det finns flera tänkbara juridiska orsaker till det låga antalet konstaterade fall av diskriminering; Arbetsdomstolens tillämpning av bevisbörderegeln kan anses problematisk såväl som domstolens bedömning utifrån förarbeten. Tänkbara lösningar skulle kunna bestå i att förlorande part ges möjlighet att överklaga till Högsta domstolen och att Arbetsdomstolen självmant eller genom förändrad lagstiftning tillämpar diskrimineringslagen mindre restriktivt. Enligt diskursanalys och postkolonial teori kan orsaker till det låga antalet konstaterade fall bero på formuleringen av insiktsrekvisitet, Arbetsdomstolens restriktiva bedömning av vad som utgör en kränkning och dess bedömning av orsakssamband. En ändring av insiktsrekvisitet till ”borde ha insett” förordas utifrån postkolonial teori. Det kan även anses motiverat, för att stärka domstolarnas möjlighet att motverka diskriminering, att kunskap om hur vardagsrasism fungerar i större grad vägs in i den juridiska bedömningen och att den utsatta själv ges möjligheten att bedöma vad som utgör en kränkning. Slutligen kan konstateras att förändringar i lagstiftning eller praxis verkar behövas om Sverige ska ha en möjlighet att tillgodose ECRI:s och CERD-kommitténs krav på ökade möjligheter för utsatta av diskriminering att få upprättelse genom den juridiska processen.

Summary

In recent years, most reports regarding discrimination received by the Equality Ombudsman concern ethnic discrimination at work. Nevertheless, there are only two cases in which discrimination have been established by the Labour Court since 1994; one case regarding indirect ethnic discrimination and the other concerning ethnic harassment. A significant amount of criticism has been directed towards Sweden from the European Commission against Racism and Intolerance and the United Nations' Committee on the Elimination of Racial Discrimination. This paper aims to investigate possible reasons for the limited number of cases in which discrimination was established and to find achievable solutions to the addressed problem with focus on ethnic harassment. One reason for the low number of cases in which discrimination was established, may be due to the fact that the Labour Court seem to demand more evidence from the plaintiff to fulfil the burden of evidence than the law prescribes, which may be against European Union law. One way to ensure a uniform and correct application of the law is to allow the Supreme Court to reconsider discrimination cases. Another possible cause to the addressed problem could be the Labour Court's strict interpretation of the legislative history to the Anti Discrimination Act, which is possible for the court to change. Anyhow, the need for new legislation may be acknowledged. On the basis of the results of this study generated by discourse analysis and postcolonial theory, there are reasons to change the necessary condition regarding the knowledge of the person that is claimed to have been harassing the plaintiff. The new necessary prerequisite could instead be "should have understood". Furthermore, it follows from postcolonial theory that knowledge about every-day racism could be taken into consideration in the judicial decision. Finally, it is suggested that the plaintiff are given the opportunity to judge what kind of behaviour that equals an infringement. In conclusion, it could be stated that changes in legislation or adjudication need to be made to make sure that Sweden has an opportunity to fulfil the demands set by the European Commission against Racism and Intolerance and the United Nations' Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

Sammanfattning

De flesta av anmälningarna till diskrimineringsombudsmannen rör etnisk diskriminering i arbetslivet. Trots detta har enbart ett fall av indirekt etnisk diskriminering och ett fall av etniska trakasserier konstaterats av de trettiofall mål rörande etnisk diskriminering som Arbetsdomstolen prövat sedan 1994. Allvarlig kritik har riktats till Sverige från Europarådets kommission mot rasism och intolerans och FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering. Detta arbete syftar för det första till att undersöka möjliga orsaker till det låga antalet konstaterade fall av diskriminering, med fokus på trakasserier på grund av etnisk tillhörighet. Undersökningen syftar för det andra till, utifrån de tänkbara orsakerna, analysera och ge förslag på hur Sverige kan rätta sig efter kritiken genom att ge utsatta för diskriminering ökade möjligheter till upprättelse och kompensation genom den juridiska processen. Utifrån vad som framkommit i undersökningen utgörs en möjlig orsak till det låga antalet konstaterade diskrimineringsfall av att Arbetsdomstolen verkar tillämpa ett högre beviskrav än vad som föreskrivs enligt diskrimineringslagen. Ett sätt att säkerställa en enhetlig och korrekt tillämpning av bevisregeln inom rättsväsendet kan därför vara att öppna upp för förlorande part att överklaga till Högsta domstolen. En annan orsak till det låga antalet konstaterade fall är att Arbetsdomstolen ofta gör en mer restriktiv bedömning av vad som utgör diskriminering än vad som verkar krävas enligt förarbeten, vilket är möjligt för domstolen att ändra. Behovet av en förändrad lagstiftning kan dessvärre inte uteslutas. Utifrån diskursanalys och postkolonial teori som tillämpas i uppsatsen, kan en ändring av insikts-rekvisitet till ”borde ha insett” förordas. Det kan även utifrån postkolonial teori anses motiverat att kunskap om hur vardagsrasismen fungerar i större grad vägs in i den juridiska bedömningen och att den utsatte ges möjligheten att själv bedöma vad som utgör en kränkning. Slutligen kan konstateras att förändringar i lagstiftning eller praxis verkar behövas om Sverige ska ha en möjlighet att tillgodose Europarådets kommission mot rasism och intolerans och FN:s kommittés krav på förbättrade möjligheter för enskilda att få upprättelse genom den juridiska processen.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

Källor

Författningar

Diskrimineringslag (2008:567)

Lag om rättegången i arbetstvister (1974:371)

Statens offentliga utredningar

SOU 2014:34 *Inte bara jämställdhet - Intersektionella perspektiv på hinder och möjligheter i arbetslivet*

SOU 2006:30 *Är rättvisan rättvis? Tio perspektiv på diskriminering av etniska och religiösa minoriteter inom rättssystemet*

SOU 2005:41 *Bortom Vi och Dom - Teoretiska reflektioner om makt, integration och strukturell diskriminering*

Propositioner

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

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

Prop. 1997/98:177 *Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet*

Elektroniska källor

Diskrimineringsombudsmannens årsredovisning 2013. Hämtad den 9 december 2014 från:
<http://www.do.se/sv/Material/Arsredovisning-2013/>

Europarådets kommission mot rasism och intolerans (ECRI): *ECRI-rapport om Sverige (fjärde övervakningsomgången)*, (juni 2012), svensk version. Hämtad den 6 januari 2015 från:
<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Sweden/SWE-CbC-IV-2012-046-SWE.pdf>

Kommittén för avskaffande av rasdiskriminering (CERD-kommittén): *Sammanfattande kommentarer avseende Sveriges gemensamma 19:e till 21:a periodiska rapport*, antagna av kommittén vid dess 83:e möte (12–30 augusti 2013). Hämtad den 6 januari 2015 från:
<http://www.manskligarattigheter.se/Media/Get/676/Ladda20ner20dokument20%28pdf%29>

Rättsfallsförteckning

Tryckt form

AD 2012 nr 27, *Arbetsdomstolens domar årsbok 2012 (AD)*, Norstedts Juridik AB, 2013

AD 2011 nr 13, *Arbetsdomstolens domar årsbok 2011 (AD)*, Norstedts Juridik AB, 2012

AD 2009 nr 87, *Arbetsdomstolens domar 2009 (AD)*, Norstedts Juridik AB, 2010

Elektronisk form

AD 2014 nr 28 hämtad den 25 november 2014 från:

<http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/1490239/1?versid=162-1-2005>

AD 2009 nr 27 hämtad den 10 december 2014 från:

<http://www.arbetsdomstolen.se/upload/pdf/2009/27-09.pdf>

AD 2009 nr 4 hämtad den 10 december 2014 från:

<http://www.arbetsdomstolen.se/pages/page.asp?lngID=4&lngNewsID=832&lngLangID=1>

AD 2007 nr 16 hämtad den 6 januari 2015 från:

<http://www.arbetsdomstolen.se/pages/page.asp?lngID=4&lngNewsID=631&lngLangID=1>

AD 2004 nr 102 hämtad den 10 december 2014 från

<http://www.arbetsdomstolen.se/upload/pdf/102-04.pdf>

NJA 2006 s 170 hämtad den 25 november 2014 från:

<http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/821184/1?versid=162-1-2005>

Litteratur

Carlson, Laura: *Critical Race Legal Theory in a Swedish Context*. Juridisk Tidskrift, Vol. 12, nr 1, 2011

Thörn, Håkan, Eriksson, Catharina & Eriksson Baaz, Maria (red.), *Globaliseringens kulturer: den postkoloniala paradoxen, rasismen och det mångkulturella samhället*, Nya Doxa, Nora, 1999

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2., [uppdaterade] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013

Loomba, Ania, *Kolonialism/Postkolonialism: en introduktion till ett forskningsfält*, 2., [omarb. och utvidgade] uppl., Tankekraft, Stockholm, 2008

Winther Jørgensen, Marianne & Phillips, Louise, *Diskursanalys som teori och metod*, Studentlitteratur, Lund, 2000

Elektronisk form (e-bok)

Cotter, Anne-Marie Mooney, *Culture Clash: An International Legal Perspective on Ethnic Discrimination [Elektronisk resurs]*, Ashgate Publishing Group, 2011