



LUNDS UNIVERSITET

Ekonomihögskolan
Institutionen för Handelsrätt
HAR 137 Självständigt arbete
Kandidatuppsats

HT 2006

Etnisk diskriminering i arbetslivet

– ett svåråtkomligt problem

Handledare: Reinhold Fahlbeck

Författare: Hanna Mikaelsson

Abstract

Racial discrimination is a highly topical and burning issue, of special interest in working life. Most researchers agree on that discrimination is a problem in the Swedish labour market. To counteract the ongoing discrimination, a new Anti-Discrimination Act was founded in 1999. The Racial Discrimination Act although appears to be ineffective on the basis of legal usage. Of all the legal cases about racial discrimination in the labour market, there has only been one sentence of guilty stated by the Swedish Labour Court. The purpose of this essay is therefore: *to analyse and find the reasons for why there has only been one sentence of guilty about racial discrimination in the labour market stated by the Swedish Labour Court.*

This essay is jurisprudential and based on traditional juristic method together with some elements of social science theories. Seventeen verdicts between the years of 1997 and 2006 has been analysed to find out about the jurisprudential reasons for why sixteen of them has been verdict of not guilty. The information from legal usage is completed with juridical and social science theories. These theories are about why it is difficult to find employers guilty of racial discrimination. In the essay's sixth chapter five main reasons are presented to why racial discrimination is difficult to reach through legislation. These main reasons are: *poor plaintiff production of evidence, the employer's right to rule, the Swedish jurisprudential system, Swedish Labour Court traditions and the gap between the legislator's purpose and reality.* Chapter six to that includes a discussion about the rule of the burden of proof, which is beneficial for the plaintiff. There is also a discussion about the consequences of the imbalance between the verdicts of guilty and not guilty. The essay's last chapter discusses possible changes of the present Anti-Discrimination Legislation. For instance the proposals of affirmative action, a united Anti-Discrimination Act, anti-discrimination clauses during public purchase and the proposals from the newly published public investigation called *the Black Book of Integration.*

To sum up, it is concluded in the essay that the Racial Discrimination Act, in spite of the beneficial rule of burden of proof, is a blunt instrument for stopping racial discrimination in the labour market. One of the reasons is the employer's right to rule which "counteract" the court's usage of anti-discrimination rules. Another reason is that there is a gap between the aim of the legislator and reality, which makes the legislator's purpose seem unrealistic. Furthermore, the Swedish jurisprudential system is not fully adjusted to international human rights legislation. To change standards in society is hard, and much of the ongoing racial discrimination is structural and "invisible". A noticeable change of the ongoing racial discrimination in working life demands a change of society as a whole.

Key words: Racial discrimination, employer's right to rule, burden of proof, DO, normative changing processes.

Sammanfattning

Etnisk diskriminering är ett aktuellt och brännande ämne, inte minst i arbetslivet. Att den svenska arbetsmarknaden är segregerad är de flesta inom forskningen överens om¹. 1999 kom en ny, strängare diskrimineringslagstiftning för att motverka denna segregering. *Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning* (härefter EDA) ter sig dock ganska verkningslös utifrån rättspraxis. Endast en fällande dom gällande etnisk diskriminering i arbetslivet har hittills meddelats av Arbetsdomstolen. Uppsatsens syfte är därmed: *att analysera och ta reda på orsakerna till att det hittills endast kommit en fällande dom gällande etnisk diskriminering i arbetslivet från Arbetsdomstolen.*

Uppsatsen är skriven utifrån sedvanlig juridisk metod med inslag av samhällsvetenskaplig forskning. Sjutton domar mellan åren 1997 och 2006 analyseras för att ta reda på de juridiska orsakerna till varför sexton av dem varit friande. Därtill används juridisk doktrin och viss samhällsvetenskaplig litteratur för att hitta förklaringar till varför det är svårt att fälla arbetsgivare för etnisk diskriminering. I uppsatsens analyskapitel vävs doktrinen ihop med rättsfallen och fem huvudförklaringar lyfts fram. Dessa huvudförklaringar är *bristfälligt underlag från kärandesidan, arbetsgivarens arbetsledningsrätt, det svenska rättssystemets uppbyggnad, traditioner i Arbetsdomstolen* samt *att lagstiftarens ambitioner inte överensstämmer med verkligheten*. I analysen diskuteras även regeln om bevisbördans placering i 36a § EDA, samt vilka konsekvenser snedfördelningen mellan friande och fällande domar kan få på sikt. I uppsatsens avslutande diskussionskapitel resoneras om förslag på möjliga förändringar av den nuvarande diskrimineringslagstiftningen. Bland annat berörs förslag om positiv särbehandling, en samlad rättighetskatalog, antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling samt de förslag som framförs i den nyligen utkomna SOU-rapporten *Integrationens svarta bok*².

Sammanfattningsvis förs det i uppsatsen fram att EDA, trots sin förmånliga bevisbörderegulering, är ett trubbigt instrument för att komma åt etnisk diskriminering i arbetslivet. Arbetsledningsrätten väger därtill tungt vid Arbetsdomstolens ställningstaganden och ”motverkar” reglerna mot diskriminering. Vidare påtalas att det finns ett glapp mellan lagstiftarens ambitioner och verkligheten, vilket gör att lagstiftarens syften med EDA framstår som orealistiska. Därtill diskuteras teorier om att det svenska rättssystemet inte är anpassat till den internationella människorättsjuridiken. Att förändra normer i samhället är svårt och mycket av den diskriminering som pågår är strukturell och ”osynlig”. För att märkbart påverka den etniska diskrimineringen i arbetslivet krävs att hela samhället förändras.

Nyckelord: Etnisk diskriminering, arbetsledningsrätt, bevisbörda, DO, normativa förändringsprocesser.

¹ Se bland annat SOU 2006:79 s 294 och S. Höglund, Svensk forskning om diskriminering av invandrare i arbetslivet 1990-1996, 1998, s 59.

² SOU 2006:79.

Förkortningar.....	6
1. Inledning.....	7
1.1 Syfte och frågeställningar	8
1.2 Avgränsningar	8
2. Metod.....	8
2.1 Urval och operationalisering av rättsfall.....	9
2.2 Litteratursökning	10
3. Förarbeten.....	10
3.1 1999 års lag.....	10
3.2 Skärpningar av 1999 års lag.....	12
3.3 Begreppen direkt och indirekt diskriminering.....	12
3.3.1 Direkt diskriminering	12
3.3.2 Indirekt diskriminering.....	13
3.4 Jämförelse med skadeståndsrätt i allmänhet.....	13
4. Doktrin	14
4.1 Diskrimineringsförbudens uppbyggnad.....	14
4.2 Inskränkningar i arbetsledningsrätten	15
4.3 Normativa förändringsprocesser.....	16
4.4 Svåråtkomligt problem	17
4.5 Förslag på förändringar mot ett mer effektivt diskrimineringskydd	18
5. Rättspraxis.....	20
5.1 Skäl till friande domar.....	20
5.1.1 Rekvisiten missgynnande och likartad situation uppfyllda	20
5.1.2 Rekvisitet likartad/jämförbar situation.....	20
5.1.3 Rekvisitet missgynnande.....	22
5.1.4 Rekvisitet arbetssökande.....	22
5.1.5 Bevisbördan ej gått över	23
5.2 Den fällande domen.....	23
5.2.1 Rekvisiten.....	24
6. Analys.....	24
6.1 Den fördelaktiga bevisbördefördelningen	24
6.1.1 Lagstiftningen.....	24
6.1.2 Tillämpning i praxis.....	25
6.2 Tänkbara förklaringar till dagens rättsläge	26
6.2.1 Bristfälligt underlag från kärandesidan	26
6.2.2 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt.....	27
6.2.3 Det svenska rättssystemets uppbyggnad	28
6.2.4 Tradition i Arbetsdomstolen.....	29
6.2.5 Är lagstiftarens ambitioner för höga?	30
6.2.6 Andra förklaringar	32
6.3 Vad kan övervikten av friande domar leda till?.....	33
6.3.1 Risk för urholkning av lagen	33
6.3.2 Avskräckande effekt.....	33
6.3.3 Lagstiftarens signaler	33
7. Slutord.....	33
7.1 Slutsats	34
7.2 Avslutande diskussion de lege ferenda.....	34
7.2.1 Ytterligare skärpningar av EDA?	34
7.2.2 Utökad lagstiftning?.....	35
7.2.3 Ny form av diskrimineringslagstiftning?	36

7.2.4 Andra åtgärder för att förändra normer?	37
7.3 Kritik	38
Referensförteckning.....	40

Förkortningar

AD – Arbetsdomstolen

AU – Arbetsmarknadsutskottet

DO – Diskrimineringsombudsmannen

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

FUDA – Lag (1999:132) om förbud av diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

JL – Jämställdhetslag (1991:433)

KomL – Kommunallag (1991:900)

LED – Lag (1994:134) om etnisk diskriminering

LAS – Lag (1982:80) om anställningsskydd

SAF – Svenska Arbetsgivareföreningen

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

SKL – Skadeståndslag (1972:207)

1. Inledning

Mitt intresse för att skriva om etnisk diskriminering i arbetslivet har växt fram av flera skäl. En anledning är att det för tillfället är ett brännande ämne, som ofta debatteras i massmedia. En annan anledning är min nyfikenhet över varför DO har förlorat alla utom ett av sina mål i AD. Slutligen tycker jag att det är spännande att undersöka något inom ”den nya arbetsrätten”. Med den nya arbetsrätten menar jag lagstiftning som fokuserar på skydd för individen snarare än kollektivet och som har utvecklats bland annat genom medlemskapet i EU. Diskrimineringslagstiftningen ligger i tiden och är ett område på frammarsch. Detta bekräftas bland annat av Rönnmars som förutspår en trend mot utökad lagstiftning och ett mer allmängiltigt diskrimineringskydd³.

Trots alla satsningar på lagstiftning och skärpning av denna lagstiftning är resultatet när det gäller DO:s processer i AD vid första anblicken anmärkningsvärt tunt. Att det förekommer etnisk diskriminering i arbetslivet fastslås i den forskning som finns på området⁴. Hur vi skall bli av med problemet verkar däremot vara en svårare nöt att knäcka. Även om det nya skyddet mot etnisk diskriminering kom så sent som 1999 kan det tyckas vara ett nederlag att bara en enda process lett till fällande dom. Den enda fällande domen kan inte heller förklaras med att det varit ett för litet antal domar sedan 1999. Jag har i min undersökning utgått från sjutton domar mellan åren 1997 och 2006, vilket torde vara ett relativt stort antal⁵ för att handla om ny lagstiftning.

I Lag & Avtal från september 2006 intervjuas en av DO:s jurister, Karin Lundin, angående svårigheten att bevisa etnisk diskriminering i arbetslivet. Lundin anser att bevisläget är tufft och att det är svårt för DO att göra så mycket när anmälningarna ofta är bristfälliga. Vidare säger hon att de flesta fall avslutas för att DO inte anser att den som gjort anmälan befunnit sig i en jämförbar situation. Lundin anser att etnisk diskriminering är ett stort problem i arbetslivet. Hon tror dock att många personer avstår från att anmäla ärenden på grund av rädsla för repressalier. Lagstiftningens skydd mot repressalier används sällan som grund för anmälan utifrån DO:s egna undersökningar. DO:s jurist tror slutligen att medvetenheten om EDA är hög bland allmänheten, men att människor vet att chansen att få upprättelse är ganska liten. Detta tror hon påverkar beslutet att anmäla, då risken för konsekvenser på arbetsplatsen vägs mot värdet av en process i AD.⁶

Är bevisläget så tufft som DO påstår eller finns andra förklaringar till varför majoriteten av domarna hittills varit friande? Jag vill med denna uppsats utreda varför skyddet mot etnisk och religiös diskriminering i arbetslivet inte fått genomslagskraft genom AD:s domar.

³ M. Rönnmars, Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till saklig grund, 2000, s 290.

⁴ Se bland annat SOU 2006:79 s 294 och S. Höglund, Svensk forskning om diskriminering av invandrare i arbetslivet 1990-1996, 1998, s 59.

⁵ En snabb sökning på Rättsbanken gällande de övriga två diskrimineringslagarna från 1999, SEDA och FUDA, visar att antalet domar gällande dessa lagar är betydligt färre. Sökningen på SEDA gav endast en träff, vilket var en dom om stadfästelse av förlikning. Sökningen på FUDA gav sju träffar, två av dem var fällande domar, en var friande, övriga domar var stadfästelse av förlikning samt en om preskriptionstid.

⁶ P. Ohlin, Få anmäler - ännu färre får upprättelse, 2006, s 10.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är: *Att analysera och ta reda på orsakerna till att det hittills endast kommit en (1) fällande dom gällande etnisk diskriminering i arbetslivet från Arbetsdomstolen.*

De frågor jag avser att besvara är:

Vilka är anledningarna till att AD i alla domar utom en friat arbetsgivaren?

Kan de friande domarna förklaras med andra orsaker än just de juridisk-tekniska i varje enskilt mål?

Vad krävs för att antalet fällande domar skall öka?

1.2 Avgränsningar

Detta är en uppsats inom juridik. Jag har därför valt att främst belysa de juridiska aspekterna på etnisk diskriminering i arbetslivet. Utöver de juridiska aspekterna finns en rad andra ämnesområden och infallsvinklar som skulle kunna användas för att beskriva etnisk diskriminering. Exempelvis skulle det vara av intresse att forska om strukturer, sedvänjor och föreställningar i vårt samhälle. För att ge en mer fullständig förklaring av problematiken bör även dessa perspektiv vägas in. Den litteratur som uppsatsen tar upp är till vissa delar tvärvetenskaplig, detta är ett medvetet val för att bredda perspektivet något. Jag har dock valt bort att använda mig av exempelvis en rättssociologisk ansats, då jag vill behålla fokus på de juridiska frågorna.

När det gäller urvalet av rättsfall har jag begränsat mig till att endast undersöka rättsfall som dömts av AD där det i domslutet hänvisats till antingen Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning eller Lag (1994:134) om etnisk diskriminering. Det hade varit intressant att även använda förhandsavgöranden från EG-domstolen eller domar gällande Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering och göra jämförelser. Detta har dock valts bort på grund av uppsatsens omfattning. Domar mellan åren 1997 och 2006 som varit stadgande av förlikning eller som handlat om preskriptionstid, har valts bort på grund av att domstolen inte tagit ställning till diskrimineringsfrågan i dessa domar. Jag har även exkluderat de tingsrättsdomar som finns mellan 1997 och 2006, där AD endast fastställt tingsrättens dom. Dessa har valts bort på grund av att AD inte uttalat sig om ärendet i domen. Ett betydande antal av de ärenden som inkommer till DO går aldrig vidare till domstol och förlikning mellan parterna är relativt vanligt. Jag har dock valt bort att ta med sådana förlikningsärenden, eftersom de inte säger något om huruvida diskriminering ägt rum i lagens mening⁷.

2. Metod

I denna uppsats används sedvanlig juridisk metod, vilket i sammanhanget innebär en analys och sammanställning av lagar, förarbeten, rättsfall och doktrin. Den juridiska metoden utmärks enligt Lehrberg av två grundläggande element. Det första är att det är karakteristiskt för juridiken att sönderdela ett problem i mindre, mer lätthanterliga frågor. Att vara systematisk, noggrann och lösa problemet stegvis är enligt författaren fundamentalt inom juridiken. Det andra grundläggande elementet är förfarandet vid ställningstaganden till olika rekvisit. Det krävs ett gott

⁷ Det kan dock noteras att DO verkar ha större framgång om ett ärende förlikas än om det går till AD, eftersom DO förlorat alla utom ett mål i domstolen.

juridiskt omdöme och det är viktigt att vara medveten om bakomliggande värderingar till det juridiska ställningstagandet. Därtill anser Lehrberg att det är viktigt att som jurist inte hitta på egna lösningar till juridiska problem, utan att föra en övertygande argumentering om varför den egna lösningen är bättre än andra.⁸

2.1 Urval och operationalisering av rättsfall

Jag har valt att utgå från sjutton rättsfall mellan åren 1997 och 2006. De sjutton rättsfallen består av en fällande och sexton friande domar. Min ambition var att ge en så heltäckande analys som möjligt av de domar som finns gällande etnisk diskriminering i arbetslivet. Därför valde jag att använda mig av alla de domar som uppfyllde de kriterier jag tidigare tagit upp under avgränsningar i avsnitt 1.2.

Sökningen på rättspraxis har gjorts både via databaser på Internet och vid en genomgång av sammanfattningsregistret i Arbetsdomstolens domar åren 1997 till och med 2005. Vid genomgången av AD:s publicerade domar letade jag efter orden *etnisk diskriminering*. De Internetkällor som använts är Rättsbanken samt Arbetsdomstolens hemsida. Sökord som använts på Rättsbanken har varit *etnisk diskriminering i arbetslivet* samt *etnisk diskriminering*. Tre domar från åren 1997, 1998 och 2002 härför sig till LED. Övriga domar grundas på EDA. Jag har valt att ta med domarna som handlar om tiden före EDA därför att jag vill få ett större urval och därmed kunna ge en mer heltäckande bild av AD:s slutsatser. Det är möjligt att domstolen skulle ha gjort en annan bedömning utifrån EDA. Jag har därför för tydlighetens skull valt att särskilt ange i texten vilka domar som grundar sig på LED.

Tre av de sjutton målen drevs av den enskilde och alltså inte av DO. Fackförbundet drev två av de sjutton målen i undersökningen. Jag har valt att ta med de tre mål som drivits av enskilda även om dessa kanske inte är helt jämförbara med de mål som drivits av DO. Anledningen till detta är återigen att det totala antalet rättsfall på området är relativt få och att det därmed ger en mer heltäckande bild. De mål som drivits av fackförbund anser jag vara mer jämförbara med målen som drivits av DO (med tanke på specialistkunskaper, ekonomiska möjligheter och juridiska resurser). Uppsatsens fokus ligger dock vid DO:s prestationer inom området etnisk diskriminering i arbetslivet.

Efter att sökningen på rättspraxis gjorts har jag läst igenom alla domar och sammanfattat AD:s domslut. Jag har sedan operationaliserat de sjutton domsluten och kategoriserat dem utifrån de rekvisit som angivits i domarna. I de flesta av domarna har det fastställts i domslutet att ett visst rekvisit inte varit uppfyllt. I övriga fall har jag gjort en bedömning utifrån det samlade domslutet vilket/vilka rekvisit som inte varit uppfyllda. Exempelvis kategoriserades anledningen ”ej tillräckliga språkkunskaper” inom rekvisitet ”likartad situation”. De kategorier/rekvisit jag använt mig av för att operationalisera rättsfallen är:

rekvisiten missgynnande och likartad situation uppfyllda

rekvisitet likartad situation ej uppfyllt

rekvisitet missgynnande ej uppfyllt

rekvisitet arbetsökande ej uppfyllt samt

bevisbördan har ej gått över

⁸ B. Lehrberg, Praktisk juridisk metod, 1996, s 148ff.

Kategoriseringen av rättsfallen har sedan använts som underlag för resultatredovisning och analys. Jag är medveten om att jag har generaliserat det som framkommit i respektive rättsfalls domslut, för att möjliggöra grupperingar av rättsfallen. Detta tillvägagångssätt är enligt Lehrberg sedvanligt för att rättsfallstolkaren skall kunna dra slutsatser av den prejudicerande domen. Viktigt är dock i sammanhanget att inte dra för långtgående slutsatser, samt att endast undantagsvis göra motsatsslut utifrån rättsfall. För långtgående slutsatser och motsatsslut innebär en större risk för att rättsfallstolkaren lägger in egna värderingar och antaganden som skiljer sig från domstolens bedömning.⁹

2.2 Litteratursökning

Då etnisk diskriminering är relativt nytt inom den svenska juridiken har jag funnit att materialet inom doktrinen är tämligen begränsat. Detta bekräftas även av ekonomihistorikern de los Reyes, som forskar inom området diskriminering, bland annat på uppdrag av Arbetslivsinstitutet. De los Reyes menar att forskning om diskriminering är sällsynt i Sverige, i förhållande till andra länders forskning på området¹⁰. Jag har sedermera använt mig av den litteratur jag kunnat hitta på området. Detta har lett till att uppsatsens kapitel 4 fått en något abstrakt och teoretisk prägel.

Sökning av litteratur har skett genom Libris, Artikelsök och Lunds universitets katalogsystem Lovisa. De sökord som använts i Libris är: *etnisk diskriminering i arbetslivet* samt *etnisk diskriminering*. I Lovisa har sökordet *etnisk diskriminering* använts. I Artikelsök har en egen sökning gjorts på Lag & Avtal från åren 2000-2006. De artikelrubriker som handlat om etnisk diskriminering har sedan valts ut för närmare granskning. Litteraturen har därtill kompletterats genom att gå tillbaka till andrahandskällor i vissa fall. Litteraturen som använts i uppsatsen är av juridisk karaktär, förutom De los Reyes *Mångfald och differentiering*, som är skriven ur ett samhällsvetenskapligt perspektiv. Ambitionen har varit att främst använda förstahandskällor. Detta har frångåtts vid något tillfälle, bland annat vid användningen av Numhauser-Hennings artikel.

3. Förarbeten

Kapitlet börjar med en redogörelse av lagstiftarens syfte med EDA. Därefter kommer ett avsnitt om de ändringar som gjorts av lagen åren 2003 och 2005. Avsnittet därefter är en kort redogörelse för tolkningen av lagens två diskrimineringsförbud med utgångspunkt i de exempel som tas upp i förarbetena. Kapitlet avslutas med en jämförelse med skadeståndsrätt i allmänhet. Syftet med detta avsnitt är att belysa diskrimineringslagstiftningens regler ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv.

3.1 1999 års lag

Lagen (1994:134) om etnisk diskriminering uppfyllde inte lagstiftarens förväntningar, genom att för få mål fördes till AD. 1994 års lag är allmänt ansedd som ”tandlös”¹¹ bland annat på grund av att den endast tog sikte på direkt diskriminering, bara omfattade de fall där anställning kommit till

⁹ B. Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, 1996, s 104.

¹⁰ P. de los Reyes, *Mångfald och differentiering*, 2001, s 103.

¹¹ Se t ex M. Rönnmar, *Arbetsgivarens arbetsledningsrätt –från arbetsgivarprerogativ till saklig grund*, 2000, s 290.

stånd samt att bevisbördan var för hög för den som ansett sig diskriminerad. 1997 beslutade regeringen om en översyn av LED, vilket resulterade i att EDA kom 1999. I propositionen anges det främsta skälet till ett behov av utökat skydd mot diskriminering vara en snedfördelning av arbetslösheten, där personer med utländsk bakgrund hade en betydligt högre grad av arbetslöshet än övriga svenskar. Vissa grupper med utländsk bakgrund ansågs ha närmast katastrofala arbetslöshetssiffror. Utanförskapet bedömdes ha en negativ effekt på hela samhället, både för individen och dennes integration i samhället och för organisationerna eftersom de gick miste om viktig kompetens. Därtill ansåg man att invandrarnas utanförskap och arbetslöshet i ett samhällsperspektiv skulle utgöra ett nytt slags hot mot Sveriges framtid, genom att det skapade social oro och konflikter. Att motverka etnisk diskriminering sågs som en väg för att minska arbetslösheten bland människor med annan etnisk bakgrund. På ett mer övergripande plan angavs även skälet att det inte är förenligt med en demokrati att människor behandlas olika på grund av sin etniska eller kulturella bakgrund.¹²

Bland remissvaren till skapandet av en ny lag om etnisk diskriminering var de flesta positiva. Dock kan nämnas att SAF tillsammans med Svenska Kommunförbundet ansåg att processen för ökad mångfald i arbetslivet borde skötas av arbetsmarknadens parter. SAF menade att en ny, skarpare lag skulle leda till att arbetsgivarna blev mer restriktiva med att anställa. När det gällde införandet av förbudet mot indirekt diskriminering förhöll sig Nämnden mot etnisk diskriminering och DO något tveksamma. Instanserna ansåg att rättssäkerheten inte var helt tillfredsställande samt att frågan om kravet på insikt hos arbetsgivaren noga borde övervägas. SAF var som väntat kritiska till förbudet mot indirekt diskriminering och de ansåg att det inte var rimligt att en arbetsgivare skulle riskera skadeståndsskyldighet för oavsiktlig diskriminering. SAF var därtill kritiska till att diskrimineringsförbudet skulle gälla under hela rekryteringsprocessen. De menade att det inte var acceptabelt att en arbetsgivare skulle kunna ställas till svars för sitt agerande under hela rekryteringsförfarandet. Gällande den nya bevisbörderegeln som infördes i lagen kan nämnas att Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet i sitt remissvar ansåg att regeln på ett djupgående sätt stred mot respekten för den fria anställningsrätten.¹³

Vid en genomgång av de ärenden som anmäldes till DO mellan den 1 juli 1994 och den 31 december 1996 ansåg kommittén i sitt betänkande att möjligheten att få skydd av LED var begränsad. Lagen ansågs inte omfatta etniska trakasserier och kommittén tyckte det var angeläget med en skärpning av lagen för att ”komma åt” bland annat diskriminerande platsannonser.¹⁴ Arbetsmarknadsutskottet ansåg i sitt betänkande att det var av stor vikt att en ny lag blev ett verkningsfullt instrument i arbetet mot etnisk diskriminering i arbetslivet. AU menade därtill att skyddet mot diskriminering på grund av etnisk tillhörighet borde vara lika starkt som skyddet mot diskriminering av EU-medborgare gällande nationalitet.¹⁵

Moderaterna yrkade avslag på propositionerna om de nya diskrimineringslagarna. Kritik riktades mot att lagarna innebar en ytterligare tillkrånglad arbetsrättslig lagstiftning. Därtill ansågs att det kunde ifrågasättas om det var rimligt att utdöma skadestånd när avsikten inte varit att diskriminera. Moderaterna efterlyste istället en sammanställd lagstiftning i form av en

¹² Prop 1997/98:177, s 14-17.

¹³ Ibid, s 18-39.

¹⁴ Ibid, s 73.

¹⁵ 1998/99:AU4 s 6-12, s 82-85.

rättighetskatalog, där alla diskrimineringsgrunder återfanns. Därtill önskades en sammanslagning av de straff- och civilrättsliga reglerna för att medborgarna skulle få en bättre överskådlighet. Flera andra partier framställde också förslaget på en samordnad antidiskrimineringslagstiftning med de tre diskrimineringsgrunderna, för en bättre överskådlighet. I AU4 presenteras även motioner om att offentliga myndigheter skulle åläggas att införa antidiskrimineringsklausuler, det vill säga klausuler vid upphandling med krav på att leverantören inte diskriminerar. Därtill läggs förslag på att krav om mångfaldsplaner införs i lagen samt att positiv särbehandling på grund av etniskt ursprung skulle tillåtas. Samtliga av dessa motioner avslogs. Motionen om antidiskrimineringsklausuler ansågs som ett intressant förslag, men att det måste utredas vidare. Nämnden för offentlig upphandling ifrågasatte förslaget i sitt remissvar, bland annat på grund av att de ansåg det tveksamt om sådana klausuler var lagliga.¹⁶

3.2 Skärpningar av 1999 års lag

2003 gjordes en rad ändringar i EDA. Religion och annan trosuppfattning infördes som diskrimineringsgrund. Den skyddsvärda gruppen utökades till praktikanter, personer i yrkesutbildning samt inhyrd personal. Formuleringar i 2-7 §§ om främjande åtgärder skärptes till förmån för den skyddsvärda gruppen. 8-9 §§ om förbudet mot diskriminering skärptes även de till förmån för arbetstagaren/den arbetsökande. I 8 § byttes bland annat formuleringen ”mindre förmånligt” ut mot ”sämre” och ”likartad situation” byttes ut mot ”jämförbar situation”. Därtill lades 9a och 9b §§ till om trakasserier och instruktioner att diskriminera. En särskild paragraf om bevisbördans placering lades även till genom 36a §^{17,18}.

Sammanfattningsvis innebar ändringarna som infördes 2003 att lagen tydliggjordes till förmån för den skyddsvärda gruppen. Å andra sidan betydde ändringarna att arbetsgivarsidan fick hårdare krav på sig. Ändringarna var ett led i att anpassa lagen till ett nytt EG-direktiv, 2000/43/EG, det så kallade direktivet mot etnisk diskriminering. Lagstiftaren ansåg att direktivet utgick från en terminologi, systematik och räckvidd som i några avseenden inte överensstämde med 1999 års lag.¹⁹ 2005 gjordes ytterligare ändringar av lagen om etnisk diskriminering, dessa ändringar var dock av en mindre omfattande karaktär. Framförallt rörde sig omarbetningarna om ändringar i formuleringen kring 12 § om repressalier samt om jämkning av diskriminerande ordningsregler på en arbetsplats. Skälen till omarbetningarna angavs vara en följd av ändringar i jämställdhetslagen på grund av EG-rättens så kallade likabehandlingsdirektiv.²⁰

3.3 Begreppen direkt och indirekt diskriminering

3.3.1 Direkt diskriminering

I prop. 1997/98:177 anges att etnisk diskriminering föreligger om en person har behandlats *mindre förmånligt* i förhållande till hur personer med annan etnisk bakgrund skulle ha behandlats.

¹⁶ 1998/99:AU4 s 6-12, s 82-85.

¹⁷ Rättspraxis tyder på att AD ända sedan LED utgått från EU:s bevisbörderegler. 36a § innebar främst en formell markering från lagstiftarens sida.

¹⁸ Prop 2002/03:65, s 13-18, s 172.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Prop 2004/05:147, s 2, s 14-15.

Det krävs dock att skillnaderna är mer än bagatellartade. Behandlingen måste därtill innebära en *nackdel* för personen, till exempel något som är förenat med förlust, obehag eller liknande. Förlusten måste med fog vara något som betraktas ha ett värde. Exempel på sådana förluster är försämrad möjlighet att komma i fråga för anställning, befordran, mer kvalificerade arbetsuppgifter eller löneförhöjning. För att omfattas av lagen krävs det att personen som anser sig diskriminerad befinner sig i en *likartad situation*²¹ med andra jämförelsepersoner, det räcker dock med en fiktiv jämförelseperson. Jämförelsen görs genom att jämföra den behandling som faktiskt ägt rum med en behandling som en person i en jämförbar situation men med en annan etnisk tillhörighet har eller skulle ha fått. För att diskriminering skall anses ha ägt rum krävs även ett *samband* med den diskriminerades etniska tillhörighet. Inom sambandets omfattning inbegrips även personer som av arbetsgivaren uppfattas som att de har en viss etnisk tillhörighet, trots att de själva inte identifierar sig så. Därtill omfattas även personer som är gifta eller sambo med en person av en viss etnisk tillhörighet.²²

3.3.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär att en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt framstår som neutralt men i praktiken missgynnar personer av visst etniskt ursprung. Avgörande för bedömningen om indirekt diskriminering ägt rum är hur det rent faktiskt ser ut, inte vad som skulle vara teoretiskt möjligt. Exempel som anges i propositionen angående neutrala kriterier som kan missgynna vissa etniska grupper är krav på viss minimilängd, krav på svenska samt krav på att viss utbildning skall vara genomgången i Sverige. Det understryks dock i förarbetena att det är tillåtet med sådana krav om de är befogade. Kraven måste sättas i relation till de krav arbetsuppgifterna ställer. I propositionen tas bland annat upp att osakliga bedömningar av utländsk yrkeserfarenhet eller utländsk examina kan utgöra diskriminering. För att ett krav skall vara tillåtet krävs att det är nödvändigt att tillämpa kravet för att uppnå syftet. Därtill får det inte finnas några alternativa handlingsätt för att uppnå syftet med kravet.²³

3.4 Jämförelse med skadeståndsrätt i allmänhet

Sanktionen för brott mot 8-9b §§ EDA är skadestånd. En betydande skillnad mellan EDA och SKL är dock att inget krav på uppsåt eller culpa ställs i diskrimineringslagstiftningen. I 8-9b §§ EDA återfinns endast kraven på missgynnande, jämförbar situation, arbetssökande/arbetstagare samt sambandet med den etniska eller religiösa tillhörigheten. Ovanstående krav är alla exempel på objektiva rekvisit. 2 kap 1 § SKL lyder: ”Den som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar personskada eller sakskada skall ersätta skadan.” Här ställs krav på att käranden skall bevisa både de subjektiva (uppsåt eller culpa) och objektiva (person- eller sakskada) rekvisiten för en fällande dom. I teorin bör det, på grund av avsaknaden av kravet på subjektiva rekvisit, därmed vara enklare att bevisa diskriminering än vållande av någon annan typ av skada. Därtill underlättar regeln om övergång av bevisbördan på den presumtiva skadevällaren i 36a § EDA, ytterligare för den skadelidande jämfört med reglerna i SKL.

²¹ Dvs ”jämförbar situation” efter 2003 års ändring.

²² Prop 1997/98:177, s 58-59.

²³ Ibid s 59-60.

4. Doktrin

I detta kapitel redovisas rättsvetenskaplig litteratur som behandlar etnisk diskriminering i arbetslivet. Kapitlet börjar med ett avsnitt om diskrimineringsförbudens uppbyggnad. Här tas den allmänna strukturen i 1999 års diskrimineringslagar upp. Därefter följer ett avsnitt om inskränkningar i arbetsgivarens arbetsledningsrätt samt ett avsnitt om normativa förändringsprocesser. I de två sista avsnitten presenteras samhällsvetenskapliga och rättsvetenskapliga teorier om varför det är svårt att komma åt diskriminering respektive förslag på ändringar för ett mer effektivt diskrimineringskydd.

4.1 Diskrimineringsförbudens uppbyggnad

Diskrimineringsförbuden bygger på den allmänna rättsprincipen att lika fall skall behandlas lika. Emellertid är ett särdrag när det gäller förbuden om diskriminering att reglerna om icke-diskriminering alltid bygger på en *jämförelse* mellan den gällande normen/referensgruppen och den skyddade gruppen. Diskrimineringsförbuden ställer alltså inte upp några uttryckta *självständiga* normer i lagtexten om hur en viss grupp skall behandlas. Christensen menar att de typiska diskrimineringsförbuden inte är uttryck för allmänna principer om likabehandling, utan åtgärder för att komma till rätta med faktisk förekommande negativ särbehandling. Författaren anser att förbuden här skiljer sig från andra allmänna principer om likabehandling, till exempel 2 kap 2 § KomL. Kommunallagens allmänna likställighetsprincip om att alla medborgare skall behandlas lika utgår inte från någon särskild referensgrupp eller norm, den innebär istället en allmän föreskrift om hur myndighetsutövning skall skötas. Christensen kallar diskrimineringsförbuden för ”punktvisa ingripanden” på de områden där det kan konstateras att en viss grupp utsatts för negativ särbehandling i förhållande till en annan grupp. Förbuden är utformade på ett neutralt sätt, men tar sikte på att skydda vissa etniska grupper. Författaren jämför diskrimineringsförbuden med jämställdhetslagen som också är utformad på ett neutralt sätt, men främst syftar till att förbättra kvinnors ställning på arbetsmarknaden.²⁴

Numhauser-Henning anser att lagstiftningens genomslagskraft ökar genom att diskrimineringsförbuden är utformade som presumtioner. Det räcker om *effekten* av ett arbetsgivarbeslut varit diskriminerande och kravet på *ansikt* från arbetsgivaren behöver inte vara uppfyllt. Samtidigt menar författaren att det är viktigt att vara medveten om att förbuden inte innebär någon *positiv* rätt till en viss behandling. Det finns till exempel inget krav på att en individ ur en skyddsvärd grupp skall anställas om denna har likvärdiga meriter med någon annan, så länge inte arbetsgivaren använt sin arbetsledningsrätt på ett diskriminerande sätt.²⁵

Christensen anser det svårt att tillämpa ett diskrimineringsförbud inom områden där det inte finns några tydliga normer och därmed inget fast förhållande att jämföra med. Ett stort sådant område är avtalsfriheten. Inom avtalsfriheten ryms bland annat arbetsgivarens frihet att fritt välja vem som skall anställas. Ytterligare ett område som inte heller innehåller några tydliga normer är arbetsgivarens arbetsledningsrätt eller § 32-befogenheter. Författaren menar att lagstiftaren i diskrimineringslagstiftningen har löst detta problem genom att konstruera vissa normer, som

²⁴ A. Christensen, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, 2000, s 36-42.

²⁵ A. Numhauser-Henning, Lagstiftning och rättstillämpning i Sverige. Något om de nya förbuden mot diskriminering i arbetslivet och deras implikationer, 1999, s 74.

förutsätts ligga nära de handlingsmönster som arbetsgivaren tillämpar gällande referensgruppen. Exempel på sådana ”konstruerade” normer är att den med bäst förutsättningar för en anställning skall få den, samt att lönen skall sättas i förhållande till värdet av arbetet för arbetsgivaren.²⁶

4.2 Inskränkningar i arbetsledningsrätten

Rönmar menar att diskrimineringslagarna från 1999 är en av flera²⁷ faktorer som utgör en principiell inskränkning av arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Diskrimineringslagstiftningen förbjuder arbetsgivaren att utöva sin arbetsledningsrätt på ett sätt som otillåtet missgynnar en arbetstagare eller arbetssökande om anledningen är personens etniska bakgrund, kön, funktionshinder, sexuella läggning etc. Diskrimineringslagarna ställer därmed upp en rad begränsade krav på att arbetsledningsbeslut inom dessa områden måste ha saklig grund²⁸. Därtill inverkar bevisbörderegeln i lagarna ytterligare på arbetsledningsrätten, då denna dessutom ställer upp kravet att *arbetsgivaren* skall bevisa att beslut togs av sakliga skäl.²⁹ Lunning skriver i sitt förord till *Arbetsrätt och arbetsmarknad* att lagstiftarens tidigare ambitioner att verka för förutsebarhet och struktur på arbetsrättens område har åsidosatts i diskrimineringslagstiftningens regler. Förbudet mot indirekt diskriminering och den omkastade bevisbördan innebär att arbetsgivaransvaret närmar sig ett *strikt ansvar*. Lunning ställer därmed frågan om det verkligen längre handlar om en civilrättslig lagstiftning.³⁰

Numhauser-Henning anser att vi under senare år har kunnat se en internationell trend mot ett ökat rättighetstänkande i form av bland annat konstitutionella garantier för likabehandling, samt förbud mot diskriminering av olika slag. Sverige har infört sin diskrimineringslagstiftning förhållandevis sent ur ett internationellt perspektiv. Numhauser-Henning berör bara ytligt förklaringen till detta, men tar bland annat upp att en anledning kan vara att den svenska befolkningen tidigare har präglats av en relativt hög grad av homogenitet. Författaren menar att internationella åtaganden och andra inhemska och internationella rörelser i tiden har lett till växande krav på förbud mot diskriminering av olika grupper.³¹

Rönmar förutspår en utveckling av den svenska lagstiftningen mot allt fler och mer allmänna diskrimineringsförbud. Författaren tror att en sådan utveckling i framtiden kommer att generera ett mer allmänt krav på saklig grund för arbetsledningsbeslut. En förklaring till varför diskrimineringslagstiftningen har utvecklats anser författaren vara den flexibiliseringsprocess som pågår på arbetsmarknaden. En mer flexibel och individualiserad arbetsmarknad skapar ett behov av skydd mot diskriminering. Sambandet mellan flexibilisering och diskrimineringskydd är dock komplext. En ökad flexibilisering av arbetsmarknaden kan även leda till försvagade kollektiva strukturer, vilket stärker arbetsgivarens makt och innebär en försvagning av stora

²⁶ Se A. Christensen, a a, not 24, s 42-43.

²⁷ Övriga faktorer som nämns är flexibiliseringen av arbetslivet, kunskapssamhället som medför att medarbetarna ställer fler krav och rättsutvecklingen inom EU, s 294-297.

²⁸ Det kan te sig något förvirrande att använda begreppet saklig grund i detta sammanhang eftersom det traditionellt används i frågor om 7 § LAS. Inom forskningen om normativa förändringsprocesser tycks det dock vara vedertaget att även använda begreppet saklig grund för att mer generellt beskriva arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Begreppet används både av Rönmar och Numhauser-Henning.

²⁹ M. Rönmar, Arbetsgivarens arbetsledningsrätt –från arbetsgivarprerogativ till saklig grund, 2000, s 289-308.

³⁰ L. Lunning, Arbetsrätt och arbetsmarknad –författningssamling för svensk och europeisk arbetsmarknad, 2003, s 11.

³¹ Se A. Numhauser-Henning, a a, not 25, s 55.

arbetstagargrupper. Viktigt att notera när det gäller arbetsgivarens arbetsledningsrätt är att diskrimineringslagstiftningen inte utgör något *förbud* för arbetsgivaren att ta ensidiga beslut, så länge besluten är sakliga. Rönnmar menar att det utmärkande för kravet på saklig grund är att det öppnar upp arbetsledningsbesluten för en rättslig granskning.³²

4.3 Normativa förändringsprocesser

Föregående diskussion angående inskränkningar i arbetsledningsrätten kan kopplas till forskningens resonemang om normativa förändringsprocesser. Christensen anför att diskrimineringslagstiftningen är ett uttryck för normativa förändringsprocesser och uppstår i spänningsfältet mellan gamla och nya normer. Hon menar att man på beslutande nivå i samhället har bestämt sig för att ingripa i samhällets normbildningsprocess genom att lagstifta om förbuden.³³ Numhauser-Henning framför att alla normsystem ytterst innebär föreställningar om tillhörighet/gemenskap och utanförskap. Diskrimineringsförbudet mot etnisk diskriminering har tillkommit för att förändra existerande normer till förmån för värden såsom ökad integration, mångfald och vidgad solidaritet. Diskrimineringslagstiftningens kärna eller yttersta syfte är att slå håll på förlegade tillhörighetsföreställningar och skapa rättvisa och integration. Författaren menar att det inte är lätt att åstadkomma en sådan förändring med hjälp av lagstiftning. De befintliga normerna eller tillhörighetsmönstren är starkt förankrade i vårt samhälle. Numhauser-Henning anser dessutom att det finns en konflikt på grund av att rättsordningen i sig legitimerar normativa förhållningssätt genom att denna bygger på en på ett visst sätt begränsad tillhörighet. För att överbrygga krocken mellan de olika normativa förhållningssätten måste vi hitta en balans mellan dem. Numhauser-Henning anser vidare att det även finns en motsättning mellan lagstiftarens utformning av förbudet på individnivå och de bakomliggande ambitionerna att åstadkomma integration och likabehandling på ett mer generellt plan. Förklaringen till detta antas vara att lagstiftaren i olika grad varit fången i den liberala rättstraditionen³⁴. Regeln om bevisbördans placering samt det indirekta diskrimineringsförbudet har dock delvis lyckats balansera denna motsättning genom att utvidga räckvidden av förbudet mot en mer materiell sådan.³⁵

Christensen menar att den normativa utvecklingen i realiteten styrs av domstolarna, då dessa fått befogenhet av lagstiftaren att tillämpa tolkningen av lagen. Särskilt när det gäller den indirekta diskrimineringen anser Christensen att domstolarna fått utökade möjligheter att påverka normbildningen i samhället. Det indirekta diskrimineringsförbudet tar sikte på att tvinga fram förändringar i etablerade grundläggande normer som förefaller neutrala. Författaren menar att domstolarna genom att förändra denna typ av normer har stor makt att påverka normbildningsprocessen i samhället.³⁶

Den bakomliggande normen som diskrimineringsförbudet skall förändra är den i princip fria anställnings- och arbetsledningsrätten för arbetsgivare. Numhauser-Henning drar en parallell

³² Se M. Rönnmar, a a, not 29, s 289-308.

³³ Se A. Christensen, a a, not 24, s 55.

³⁴ Numhauser-Henning beskriver den liberala rättstraditionen som att den bygger på idén om allas likhet inför lagen och om varje individs rätt till saklig behandling. Den liberala rättsordningen är dock främmande för den typ av "fördelningsrättvisa" som är den mer bakomliggande ambitionen med diskrimineringslagarna. Se s 62-63 för mer utförligt resonemang.

³⁵ A. Numhauser-Henning, a a, not 25, s 56-59.

³⁶ A. Christensen, a a, not 24, s 55.

mellan de nya diskrimineringslagarna och jämställdhetslagens regler som funnits i drygt 20 år. Författaren ansåg 1999 att AD visat en ovilja mot att ta tag i JL:s förbud mot lönediskriminering, på grund av domstolens respekt för arbetsmarknadens parter och deras förhandlingsprocesser kring lönesättning. Författaren ansåg även i sammanhanget att det inte var någon slump att mycket få diskrimineringsfall från den privata sektorn gällande JL nått AD. Hon menar att detta är tecken på svårigheten att förändra normen om den fria arbetsledningsrätten. Det är ett mycket komplext problem att lägga om arbetsrätten mot diskrimineringsförbud och grundrättigheter för arbetstagarna. Ytterligare en faktor är därtill de begränsningar som karakteriserar lagstiftningen i egenskap av ett medel för att förändra verkligheten.³⁷

Svenaesus kritiserade AD i en debattartikel i Lag & Avtal november 2005. I artikeln framförs att AD tillämpar bevisreglerna för hårt mot kärandesidan. Trots bevisbördelättnaden ställer AD krav på att kärandesidan skall prestera full bevisning för missgynnandet, den jämförbara situationen och sambandet med den etniska tillhörigheten. Detta anser Svenaesus inte bara vara ett krav på *styrkta fakta*, utan även *rättsfakta*. Därtill menar författaren att domstolen i flera domar haft för låga krav på arbetsgivaren. Anledningen till detta förklarar Svenaesus med att praxis på arbetsmarknaden går före diskrimineringslagstiftningen.³⁸

Bratt och Kron kritiserar den svenska rättsordningen på ett mer övergripande plan. Författarna anser att den maktfördelning som råder i Sverige mellan domstolar och den lagstiftande makten missgynnar skyddet för mänskliga rättigheter. De svenska domstolarna söker i första hand vägledning i lagens förarbeten istället för att söka stöd i övergripande principer och rättighetsresonemang. I människorättsjuridiken är det ofta nödvändigt att just söka stöd i mer övergripande principer för att ett konkret och praktiskt skydd skall kunna utvecklas. Sveriges rättsordning skiljer sig här från många andra länders, där domstolarna har en mer fristående roll gentemot lagstiftaren. Författarna anser dock att medlemskapet i EU borgar för en mer principriktad rättstillämpning i framtiden.³⁹

4.4 Svåråtkomligt problem

De los Reyes anser att etnisk diskriminering av flera anledningar är ett svåråtkomligt och i många fall dolt problem. Ett centralt dilemma för att bedöma diskriminering är avvägningen mellan urval och diskriminering. Författaren menar att det i forskningssammanhang ofta är mycket svårt att avgöra om en individ utsatts för diskriminering eller om det är andra typer av urval som gjort att personen valts bort. Urvalskriteriet personlig lämplighet kan till exempel direkt eller indirekt medföra att vissa individer diskrimineras, trots att det handlar om helt berättigade krav för vissa typer av jobb. En annan anledning till att det är svårt att forska och få fram information om etnisk diskriminering är enligt de los Reyes att toleransen för att bli särbehandlad är hög inom de grupper som diskrimineras. De los Reyes hänvisar i resonemanget till en undersökning som hon 1997 gjorde bland invandrade tjänstemän. I undersökningen återspeglas en nästan genomgående motvilja mot att tolka särbehandling och kränkande attityder som diskriminering. Författaren

³⁷ A. Numhauser-Henning, a a, not 25, s 84.

³⁸ L. Svenaesus, Ska invandrare ha sämre rätt än parkeringsbolag?, 2005, s 35.

³⁹ P. Bratt, F. Kron, Den ”värdelösa” juridiken, 2005, s 254-257.

förklarar denna motvilja med en önskan om att undgå den stigmatisering som sammankopplas med rollen som diskriminerad.⁴⁰

De los Reyes menar att diskriminering ofta sker genom oreflekterade och rutinmässiga handlingar. Mer sällan grundar sig diskriminerande handlingar i uttalade rasistiska motiv. Författaren tror att diskriminerande handlingar även kan förklaras med att arbetsgivarna resonerar ur ett ekonomisk-rationellt perspektiv. Detta synsätt innebär att arbetsgivaren kalkylerar vem av de arbetssökande som troligtvis är mest lönsam och väljer sedan den personen. Personer med utländska namn eller språklig brytning löper därför en större risk att bli bortsorterade, eftersom arbetsgivaren tror sig ha sämre kännedom om dem och därför anser dem för osäkra investeringar. En annan förklaring till att diskriminering sker är enligt författaren att det i samhället finns underförstådda överenskommelser⁴¹ om olika gruppers lämplighet och särart. Dessa samhälleliga föreställningar legitimerar och cementerar gruppernas position och ställning i samhället. Exempel på sådana föreställningar är att invandrare har särskilda nischer när det gäller till exempel arbetsliv och boende.⁴² I SOU 2006:59 anser De los Reyes att risken med ”etnisk arbetsdelning” är att alla de invandrare som arbetar ändå diskrimineras genom att de ”fastnar” i sin yrkesroll och till exempel genom att de inte ges samma möjligheter till kompetensutveckling som anställda med ”svenskt” ursprung. Det är svårt att rubba sådana föreställningar och det medför en klyfta mellan integrationspolitikens uttalade intentioner och verkligheten i samhället. Författaren menar att det finns en uppenbar diskrepans mellan lagens definitioner och individens upplevelser av diskriminering.⁴³

De los Reyes skiljer på strukturell diskriminering och diskriminering på individnivå. Okunskap hos individen, rasism och fördomar menar hon kan avhjälpas med hjälp av information, lagstiftning och kunskapsspridning. Däremot krävs att hela samhällsstrukturen förändras för att förändra samhälleligt förankrade föreställningar och mekanismer.⁴⁴ Även Numhauser-Henning menar att alla samhällen utvecklar normer och praktiker som förutom att de leder till individuella orättvisor också leder till strukturell diskriminering. Den strukturella diskrimineringen orsakar att vissa grupper får en sämre ställning.⁴⁵

4.5 Förslag på förändringar mot ett mer effektivt diskrimineringskydd

I en nyligen utkommen statlig utredning, *Integrationens svarta bok*, presenteras en rad förslag på åtgärder för att minska diskriminering i det svenska samhället. Rapporten har redan utsatts för hård kritik från många håll och bland annat dåvarande integrationsminister Jens Orback har sågat utredningen för att den saknade kostnadsberäkningar och skulle påverka vår författning i för stor utsträckning.⁴⁶ I utredningen påpekas att åtgärder för att bekämpa diskriminering inte bör riktas mot de diskriminerade. Sådana åtgärder tenderar enligt utredningen att ytterligare segregera befolkningen genom att särskilja ”vi” och ”dom”. Istället föreslås krafttag mot de mekanismer och aktörer som diskriminerar. Politikerna kritiserar för att skapa åtgärder för att förbättra

⁴⁰ P. de los Reyes, *Mångfald och differentiering*, 2001, s 103-104.

⁴¹ Samhällsvetenskapen och rättsvetenskapen är här överens. Se stycke 4.3 om normativa förändringsprocesser.

⁴² P. de los Reyes, a a, not 40, s 105-121.

⁴³ SOU 2006:59 s 23-29

⁴⁴ P. de los Reyes, a a, not 40, s 112.

⁴⁵ A. Numhauser-Henning, a a, not 25, s 60-61.

⁴⁶ P. Ohlin, *Bitter!*, 2006, s 24.

”anställningsbarheten” hos människor i segregerade områden, istället för att satsa på åtgärder mot strukturell och institutionell negativ särbehandling. Diskrimineringslagstiftningen anses i utredningen vara otillräcklig, bland annat på grund av att antalet fällande domar gällande etnisk diskriminering varit mycket få⁴⁷. Kritik riktas även mot dem som förespråkar att det tar tid att förändra normer och strukturer. I utredningen framhålls att de personer som drabbas av diskriminering inte har tid att vänta ett helt liv på att situationen skall förändras. Problemet med integration bygger enligt utredningen på ett historiskt vi-och-dom-tänkande och det har varit inbyggt i våra samhällsstrukturer under lång tid.⁴⁸

Flera förslag gällande arbetsmarknaden presenteras i *Integrationens svarta bok*. Ett av förslagen är att personer med låg inkomst som bor i marginaliserade områden skall ges förtur till offentliga nyanställningar. Förturen är dock förenad med ett krav på att personen har de formella meriter som krävs för anställningen. Sanktionen för en arbetsgivare som bryter mot förtursrätten skulle vara ogiltighet och skadestånd. Andra förslag är att statliga myndigheter skall avspegla befolkningssammansättningen samt att AMS skall kunna utfärda vite om en arbetsgivare inte anmäler lediga platser till arbetsförmedlingen. Därtill föreslås att en projektanställning skall övergå i tillsvidareanställning om den varat under minst två perioder om sammanlagt tolv månader under en treårsperiod. Ytterligare ett förslag som presenteras i utredningen är att arbetsgivaren skall fastställa en kravprofil för de formella kvalifikationer som önskas, innan en anställning ledigförklaras. Om kravprofil inte görs skall AMS kunna utfärda vite.⁴⁹ En representant från Centrum för Rättvisa, Gunnar Strömmer, har kritiserat rapporten för att den gör diskriminering tillåten, om den har goda syften. Strömmer menar att risken är att en etnisk sorteringsapparat skapas och att motsättningarna i samhället snarare ökar än minskar genom ett sådant tillvägagångssätt.⁵⁰

2004 lade tre jurister från SKTF i en debattartikel fram ett förslag på en annan form av lagstiftning för att komma åt bland annat etnisk diskriminering. Författarna ansåg att ett skydd för *alla* arbetstagare mot mobbning, trakasserier och godtyckliga arbetsledningsbeslut skulle få bättre genomslagskraft än skyddet genom diskrimineringslagarna. Problemet med diskrimineringslagarna var enligt författarna att det endast skyddar vissa grupper i samhället samtidigt som andra personer som utsätts för samma behandling inte skyddas genom lag. Därtill skulle ett generellt skydd för alla, liknande anställningsskyddet i LAS, inte kräva ett orsakssamband med den etniska tillhörigheten. Detta skulle underlätta bevisbördan för kändesidan ytterligare.⁵¹

⁴⁷ I utredningen behandlas även lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

⁴⁸ SOU 2006:79, s 292-295.

⁴⁹ Ibid, s 292-319.

⁵⁰ P. Ohlin, a.a, not 46, s 24.

⁵¹ S. Lundberg, M. Wästfelt, A. Hult, Inför ett generellt skydd mot diskriminering och godtycke, 2004, s 44.

5. Rättspraxis

Jag har valt att analysera sjutton domar gällande etnisk diskriminering i arbetslivet. Nedan följer en presentation av skälen till friande domar, uppdelat efter de olika rekvisiten som inte varit uppfyllda. Kapitlet avslutas med en genomgång av den fällande domen.

5.1 Skäl till friande domar

5.1.1 Rekvisiten missgynnande och likartad situation uppfyllda

I endast två av de sexton friande domarna har båda rekvisiten missgynnande och likartad situation varit uppfyllda. I den första domen, AD 2003:55, ansåg AD därefter att sambandet med den etniska tillhörigheten saknades. Domen handlar om en kvinna som efter flera projektanställningar på försäkringskassan inte blev erbjuden ytterligare en anställning, trots att alla hennes kollegor fick förnyade projektanställningar. Kvinnan menade att detta berodde på hennes etniska ursprung. AD ansåg att hon hade likvärdiga meriter och likvärdig erfarenhet med sina arbetskollegor och därför befann sig i en likartad situation. Domstolen fann därtill att det var frågan om ett missgynnande, då beslutet om att inte förnya projektanställningen innebar en förlust för kvinnan. Däremot fann AD inte något samband mellan kvinnans etniska tillhörighet och försäkringskassans beslut. Arbetsgivaren lämnade godtagbara skäl till att kvinnan sagts upp på grund av att hon inte var personligen lämplig för att fortsätta vara anställd. Domstolen friade därför arbetsgivaren från misstanken om etnisk diskriminering.

I den andra domen, AD 2006:60, ansåg domstolen att en arbetssökande haft likvärdiga meriter och erfarenheter med två av dem som fått komma på intervju. Detta innebar enligt AD att arbetssökanden missgynnats genom att han själv inte kallats till intervju. Arbetsgivarens skäl till varför urvalet skett som det gjort var att de två personerna med likvärdiga meriter hade rekommenderats internt av redan anställda och att dessa personer därför hade ett försprång gentemot övriga sökanden. AD ansåg detta vara ett godtagbart skäl och menade därtill att det stora antalet sökanden till annonsen var en förmildrande omständighet i sammanhanget.

Övriga fjorton friande domar saknar alltså ”grundförutsättningarna”, det vill säga att uppfylla de rekvisit som krävs, för att AD sedan skall ta ställning om etnisk diskriminering ägt rum.

5.1.2 Rekvisitet likartad/jämförbar situation

I åtta domar har AD friat arbetsgivaren på grund av att denna kunnat bevisa att rekvisitet likartad situation inte varit uppfyllt. Detta är därmed den hittills vanligaste orsaken till friande dom. Varför domstolen inte ansett att arbetstagaren har befunnit sig i en likartad situation jämfört med någon (fiktiv eller verklig) person med en annan etnisk bakgrund än den egna, varierar mellan rättsfallen.

Flera domar grundas på att den arbetssökandes ansökningshandlingar kommit bort eller varit bristfälliga på olika sätt. Till exempel ansåg domstolen i AD 2005:3 att det inte kunde bevisas att

det framgått av ansökan att en kvinna med ryskt ursprung hade motsvarande gymnasieutbildning från Ryssland, då det i annonsen krävdes att man gått (svensk) ekonomisk gymnasieutbildning. Kvinnan hade dock läst in de ekonomikurser som krävdes på svenskt komvux och kompletterat sin ansökan med dessa betyg. AD ansåg att dessa betyg inte räckte för att hon skulle befinna sig i en likartad situation, utan menade att hon därtill borde ha bifogat en översättning av sina ryska gymnasiebetyg till ansökan. Det bör tilläggas att kvinnan hade mer arbetslivserfarenhet av att jobba som ekonomiassistent än personen som fick tjänsten, samt att hon hade läst på universitet i Sverige (vilket i sig kräver motsvarande gymnasieexamen). AD valde att inte lägga vikt vid dessa faktorer, då domstolen ansåg det vara inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt att rangordna de olika kvalifikationer som krävdes för tjänsten. Kvinnan befann sig inte i en likartad situation med personen som fick jobbet på grund av att hennes ansökan saknade handlingar som styrkte att hon hade läst motsvarande ekonomisk gymnasieutbildning. I AD 2005:126 ansåg domstolen att det inte kunde fastställas att arbetssökandens meritförteckning funnits med som bilaga i ansökan till arbetsgivaren. AD fann därför att endast brevet skulle tas i beaktande vid en jämförelse om personen befunnit sig i en likartad situation med dem som sedan kallats till intervju. Brevet saknade en klar och tydlig beskrivning av sökandens alla meriter och denne ansågs därför inte befinna sig i en likartad situation. Därmed fick arbetsgivaren rätt för att inte ha kallat personen till intervju. I AD 2005:14 hade en kvinna skickat in en ansökan via fax. Domstolen bedömde att det inte ansågs bevisat att kommunen fått ansökan och att de faktiska omständigheterna för att bedöma om diskriminering ägt rum därför saknades.

I ett nyligen avgjort mål, AD 2006:96, användes kriteriet personlig lämplighet för att avgöra om de sökande befunnit sig i en likartad situation. Målet handlar om en kvinna av bosniskt ursprung som sökt en högre befattning inom kriminalvården. I platsannonsen framgick att en beteendevetenskaplig högskoleutbildning var meriterande. Kvinnan hade en bosnisk juristutbildning där det bland annat ingått en kurs i psykologi. Mannen som fick jobbet var av svenskt ursprung och saknade högskoleutbildning. Kvinnan och mannen hade arbetat inom kriminalvården lika länge och AD bedömde att deras erfarenheter var jämförbara, med ett visst övertag för mannen. Kvinnans högskoleutbildning ansågs inte relevant, då denna inte var beteendevetenskaplig. AD ansåg att arbetsgivaren visat att mannen var mer personligt lämpad för tjänsten. Kvinnan var därmed inte i en likartad situation. Ett annat exempel på att arbetssökanden inte ansetts ha befunnit sig i en likartad situation är AD 2005:98. I fallet ansågs arbetsgivaren ha rätt att bedöma en sökandes språkkunskaper som för bristfälliga för tjänsten som bygglovarkitekt. Domstolen lade i sammanhanget inte någon vikt vid att personen vid tiden för huvudförhandlingen arbetade i en liknande tjänst som den han tidigare sökt eller att han före tiden för ansökan hade genomgått flera kurser i svenska med goda resultat. AD menade att det enda domstolen kunde ta hänsyn till var hur arbetsgivaren hade uppfattat språkkunskaperna vid intervjun samt vad som framkommit av sökandens ansökningshandlingar.

I AD 2003:58 tilläts arbetsgivaren tillämpa ett krav som inte framgått i annonsen på att sökanden skulle ha erfarenhet av försäljning. Arbetsgivaren fick dock bevisa att kravet var sakligt och befogat för verksamheten. Genom att kravet som inte framgått av annonsen var tillåtet ansågs den arbetssökande (som saknade försäljningserfarenhet) inte ha befunnit sig i en likartad situation som de som kallats till intervju. AD 1997:61 härrör sig till tiden då LED gällde. Bevisbördan var i målet mindre fördelaktig för kändanden än den som tillämpats vid bedömningar gällande EDA. Domen handlar om en tjänst som ADB-tekniker vid en kommun. Mannen som ansåg sig

diskriminerad hade utländsk härkomst och var utbildad civilingenjör. Personen som fick jobbet hade ingen högskoleutbildning men lång praktisk erfarenhet. Ingen av de sökande ansågs ha alla av de i platsannonserna efterfrågade meriterna. Kommunen valde att lägga större vikt vid den praktiska erfarenheten och bedömde därtill att mannen med civilingenjörsexamen var överkvalificerad och hade för höga löneanspråk. AD godtog kommunens bedömning. I domslutet poängterade domstolen att bedömningen gjorts utifrån vilken typ av arbetskraft arbetsgivaren efterfrågat, inte utifrån vem som haft bäst formella meriter.

Även AD 2002:54 är dömd utifrån LED. Målet handlar om en kvinna med utländsk bakgrund som sökt en tjänst som hotellreceptionist. Kvinnan ansåg sig diskriminerad under arbetsintervjun på grund av att arbetsgivaren fällt kommentarer om hennes hudfärg och rekommenderat henne att söka jobb i London där det fanns fler som såg ut som henne. Hon hävdade därtill att arbetsgivaren sagt att de inte kunde anställa henne på grund av att hon var så mörk. Arbetsgivaren medgav att han kommenterat hennes hudfärg och rekommenderat henne att söka jobb i London, men att detta endast var i välmenande syfte. Arbetsgivaren framhöll att kvinnan inte fått jobbet på grund av att personen som fick tjänsten hade bättre utbildning och längre erfarenhet. AD ansåg att arbetsgivaren bevisat att personen som fått jobbet var bättre meriterad och att kvinnan därmed inte befann sig i en likartad situation. Intressant var dock att två av AD:s ledamöter var skiljaktiga. Ledamöterna ansåg att arbetsgivaren tagit beslutet om att inte anställa kvinnan redan vid anställningsintervjun och att detta beslut därmed grundades på hennes etniska tillhörighet. Detta innebar enligt de skiljaktiga att domen borde ha varit fällande. Ledamöterna var båda representanter från arbetstagsidan.

5.1.3 Rekvisitet missgynnande

I två av sexton domar beror den friande domen på att rekvisitet missgynnande inte är uppfyllt. AD 2005:21 handlar om en kvinna som är medlem i Jehovas vittnen och därför inte kunde utföra en väsentlig del av sina nya arbetsuppgifter som aktiverare på ett kommunalt äldreboende, såsom förberedelser inför påsk- och julfirande. Arbetsgivaren friades från anklagelsen om diskriminering på grund av religion därför att domstolen ansåg att det var en fråga inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Domstolen ansåg att arbetsgivaren bevisat att vilken arbetstagar som helst som vägrat utföra arbetet skulle ha behandlats på samma sätt. Arbetsgivarens agerande sågs därför inte som ett missgynnande. Den andra domen där kriteriet missgynnande inte ansetts vara uppfyllt är från tiden innan 1999 års lag trätt i kraft. AD 1998:134 handlar om en man som ansett sig bli diskriminerad på grund av sin etniska bakgrund när han sökt jobb som bilmekaniker, främst på grund av det bemötande han fick vid en informell intervju på företaget. Domstolen friade företaget då personen som fått jobbet ansågs ha likvärdiga meriter med mannen. När valet står mellan två personer med likvärdiga meriter är det enligt AD inte frågan om ett missgynnande från arbetsgivarens sida att välja den person han anser mest lämpad för jobbet.

5.1.4 Rekvisitet arbetssökande

I två av domarna har AD bedömt att personerna som ansett sig diskriminerade inte varit att räkna som arbetssökande och därför inte omfattas av lagen. Båda rättsfallen handlar om att arbetsgivaren hunnit ta beslut om anställning av någon annan innan personernas ansökan beaktats. AD 2005:47 handlar om en man som skickat in en ansökan till ett jobb innan sista

ansökningsdag löpt ut. Arbetsgivaren hade dock innan ansökan kommit in redan beslutat att anställa en annan person. Domstolen ansåg att detta beslut låg inom arbetsledningsrätten och att det inte finns någon skyldighet för arbetsgivare att vänta med beslut tills ansökningstiden gått ut. Mannen var därmed inte att betrakta som en arbetssökande, då kriteriet för att vara arbetssökande i diskriminerings-sammanhang är att det finns ett ledigförklarat jobb att söka. I AD 2003:63 ansåg en kvinna sig diskriminerad för att hon vid ett möte med en representant för arbetsgivaren fick kommentarer om att hon inte kunde bära sin slöja om hon skulle arbeta som demonstratis hos dem. Hon hade dagen innan varit i kontakt med samma person på telefon. Under telefonsamtalet hade hon fått veta att det fanns en ledig tjänst och att hon kunde komma förbi dagen därpå för ett möte. Det visade sig dock att representanten för arbetsgivaren redan hade varit i kontakt med en annan före detta anställd och beslutat att anställa henne innan mötet med kvinnan som bar slöja ägde rum. Vid mötet fanns alltså inte längre någon ledig tjänst och domstolen ansåg därför att kvinnan inte längre uppfyllde kriteriet arbetssökande. Domstolen gjorde denna bedömning eftersom arbetsgivaren inte kände till kvinnans religiösa tillhörighet vid tiden för telefonsamtalet.

5.1.5 Bevisbördan ej gått över

AD har i två domar inte ansett det som att kändesidan gett domstolen anledning att anta att diskriminering ägt rum. Regeln om bevisbördans fördelning har i dessa fall alltså inte ansetts uppfylld för att tillämpas. I fallet AD 2004:22 ansåg sig en hamnarbetare med algeriskt ursprung ha blivit diskriminerad genom att inte bli uttagen till övertid, trots att han stod högst upp på en lista gällande övertidsarbete. Arbetsgivarens skäl var att övriga anställda vägrade arbeta med mannen på grund av säkerhetsskäl. Domstolen fann att det inte gjorts antagligt att arbetsgivarens handlande var av diskriminerande karaktär och krävde därför inte att arbetsgivaren skulle bevisa motsatsen. I AD 2003:73 ansåg domstolen att DO inte lagt fram några fakta som tydde på att förbiseendet av en arbetssökande berodde på något annat än ett administrativt misstag från arbetsgivarens sida. AD menade därför att DO inte lyckats göra det antagligt att diskriminering ägt rum.

5.2 Den fällande domen

I målet AD 2002:128 fälldes ett marknadsundersökningsföretag för indirekt diskriminering. Fallet handlar om en kvinna som sökt en tjänst som telefonintervjuare hos bolaget. Anställningsförfarandet med kvinnan avbröts vid ett telefonsamtal mellan kvinnan och en representant för bolaget. DO menade att förfarandet avbrutits på grund av kvinnans språkliga brytning och att detta var att anse som etnisk diskriminering av henne. Domstolen ansåg att anställningsförfarandet avbrutits av bolaget, eftersom kvinnan själv kontaktat företaget i syfte att fullfölja rekryteringsprocessen. Vidare menade AD att bevisningen i fallet gjort det antagligt att skälet till det avbrutna förfarandet var kvinnans språkliga brytning. Att ställa språkkrav på telefonintervjuare ansåg domstolen som i och för sig skäligt. Bolaget hade dock i sin framställan inte bestritt DO:s påstående att kvinnans språkliga förmåga uppfyllde kravet på en tydlig och korrekt svenska. Ett för högt ställt krav på en sökandes språkliga förmåga var enligt AD en regel som framstår som neutral men särskilt drabbar människor med annan etnisk bakgrund. Domstolen dömde därför bolaget för indirekt etnisk diskriminering.

5.2.1 Rekvisiten

Kvinnan var att anse som *arbetsökande*, då hon påbörjat en anställningsprocess på företaget. Kvinnan befann sig i en *likartad situation*, eftersom bolaget valt att gå vidare med henne i rekryteringsprocessen. Därtill bestred bolaget inte DO:s påstående om att hennes språkkunskaper var tillräckliga för jobbet. Bolaget *missgynnade* kvinnan genom att avbryta ett påbörjat anställningsförfarande. Slutligen var anledningen till att bolaget avbröt anställningsförfarandet ett för högt ställt språkrav, vilket i sig innebär indirekt diskriminering av personer med annan etnisk bakgrund. *Sambandet* mellan missgynnandet och den etniska tillhörigheten var uppfyllt.

6. Analys

Kapitlet börjar med en analys av bevisbördefördelningen i EDA. Jag har valt att vika ett eget avsnitt till detta, eftersom jag anser att det är ett av de mest betydelsefulla och centrala dragen i diskrimineringslagstiftningen. Avsnittet därefter behandlar uppsatsens kärna, det vill säga tänkbara förklaringar till varför endast en dom varit fällande. Kapitlet avslutas med ett kort avsnitt om vad övervikten av fällande domar kan leda till.

6.1 Den fördelaktiga bevisbördefördelningen

6.1.1 Lagstiftningen

Mellan arbetsökande och arbetsgivare råder inget avtalsförhållande. Diskrimineringslagstiftningens regel om bevisbördans placering framstår därför som synnerligen fördelaktig för den arbetsökande. Det normala inom skadeståndsrätten är att när inget avtalsförhållande råder, finns ett krav på att kärandesidan måste visa subjektiva rekvisit hos svaranden (dvs culpa eller uppsåt). I mål om misstänkt diskriminering räcker det med att käranden gör det *antagligt* att diskriminering ägt rum. Det finns alltså inget krav på att arbetsökanden visar något subjektivt rekvisit hos arbetsgivaren. Därtill räcker det om käranden gör det antagligt att de objektiva rekvisiten är uppfyllda för att bevisbördan skall gå över på svaranden. Min mening är att diskrimineringslagstiftningens bevisbörderegler därmed gör förhållandet mellan den arbetsökande och arbetsgivaren jämförbart med ett avtalsförhållande där arbetsgivaren brutit avtalet. Den avtalsbrytande parten måste därmed bevisa att det funnits sakliga skäl för att bryta avtalet.

Diskrimineringslagstiftningens bevisbörderegler framstår även som ovanligt fördelaktig för arbetstagare som ansett sig diskriminerade i de situationer som inte regleras genom anställningsavtalet. Exempel på sådana "situationer" är när arbetstagaren utsatts för trakasserier, förbisetts vid befordran eller inte fått ta del av kompetensutveckling. Eftersom ovanstående situationer inte regleras i anställningsavtalet är huvudregeln att arbetsgivarens arbetsledningsrätt gäller. Bevisbörderegeln i diskrimineringslagstiftningen gör dock att arbetsgivaren måste framställa sakliga skäl till varför denne agerat på ett visst sätt i dessa situationer. Även här påverkas styrkeförhållandet mellan parterna till fördel för arbetstagaren. Arbetsgivaren kan till skillnad från situationer där det inte finns misstankar om diskriminering inte längre enväldigt besluta utan risk för rättsliga konsekvenser. Däremot är min uppfattning att bevisbörderegeln inte är mer fördelaktig än bevisfördelningen vid andra typer av avtalsbrott. Exempelvis skulle

arbetsgivaren tvingas att sakligt motivera en misstänkt otillbörlig omplacering oavsett om grunden varit diskriminering eller en misstänkt form av uppsägning. Således anser jag att bevisbördans fördelning är ovanligt fördelaktig jämfört med övrig skadeståndsrätt för arbetssökande samt för arbetstagare i tvister om situationer som inte regleras i anställningsavtalet⁵².

6.1.2 Tillämpning i praxis

Att bevisbördan rent lagstiftningsmässigt är fördelaktig bekräftas inom doktrinen, se Rönmar⁵³, Numhauser-Henning⁵⁴ och Lunning⁵⁵. De domar som jag i denna uppsats analyserat handlar därtill framförallt om arbetssökande, det vill säga en av de grupper som påverkas mest fördelaktigt av bevisbördans fördelning. När det gäller AD:s tillämpning framgår det av de rättsfall jag analyserat att bevisbördan även i praktiken i de flesta fall övergått på arbetsgivaren. Domstolens tillvägagångssätt gällande bevisbördans fördelning har dock kritiserats av Svenaeus. Författaren anser att AD ställer för höga krav på kärandens bevisning. Som exempel tar Svenaeus upp AD 2005:14 där domstolen ställde krav på att arbetstagaren förutom att bevisa att ansökan skickats iväg även skulle bevisa att arbetsgivaren faktiskt mottagit försändelsen. Svenaeus menar att inget krav ställdes på att arbetsgivaren skulle bevisa att försändelsen *inte* kommit fram. Ett annat exempel som tas upp i kritiken mot domstolen är AD 2003:58. Arbetsgivaren friades då domstolen ansåg att det var tillåtet att lägga till ett krav på försäljningserfarenhet som inte framgått av annonsen. Detta gjorde att den arbetssökande inte ansågs ha befunnit sig i en likartad situation. Svenaeus kritiserar domstolen för att inte ha lagt någon vikt vid ett uttalande som arbetsgivaren gjort. Uttalandet bestod i att arbetsgivaren sagt att ”Sverige är ett mångkulturellt land, men vi måste tänka på våra kunder”. Domstolen gjorde enligt författaren fel genom att förklara uttalandet som ett missförstånd.⁵⁶

Svenaeus kritik när det gäller AD 2005:14 kan vid första anblick tyckas befogad. Detta resonemang strider dock mot allmänna avtalsrättsliga principer, där risken bärs av avsändaren om inget annat avtalats. I EDA finns inte heller något som talar för denna risks övergång. Därtill ställer jag mig frågande till om utgången i målet skulle vara annorlunda om högre krav ställts på arbetsgivaren. Inga fakta som presenteras i målet tyder nämligen på att det finns en koppling mellan arbetsgivarens handlande och den sökandes etniska tillhörighet. Även om AD hade ansett att arbetsgivaren faktiskt tagit emot ansökan krävs fortfarande sambandet med den etniska tillhörigheten. Domstolen måste ta ställning till de uppgifter som i målet verkar mest sannolika. Dessa uppgifter var att arbetsgivaren hade brist på lärare och skulle ha anställt *alla* med tillräckliga kvalifikationer som sökte tjänsten. Angående kritiken mot AD 2003:58 påminner den om de skiljaktiga ledamöternas åsikt i AD 2002:54. Frågan som aktualiseras i kritiken är i båda målen *när* arbetsgivaren tog beslutet om att inte gå vidare med den sökande. Om beslutet togs redan vid intervjun och grundades på sökandens etniska tillhörighet, borde det då inte vara fråga om etnisk diskriminering? Problemet jag ser med kritikernas resonemang är att de inte tar hänsyn till

⁵² En intressant tanke är att det genom EDA:s bevisbörderegler ter sig lättare att fälla en person för etnisk diskriminering i arbetslivet än att fälla någon för misshandel där motivet var den etniska tillhörigheten.

⁵³ Se s 15, not 29.

⁵⁴ Se s 14, not 25.

⁵⁵ Se s 15, not 30.

⁵⁶ L. Svenaeus, 2005, Ska invandrare ha sämre rätt än parkeringsbolag?, s 35.

rekvisitet missgynnande. Enligt förarbetena är ett missgynnande något som innebär en form av förlust eller obehag för den som utsatts. Typiskt sett är ett missgynnande i sammanhanget att inte bli kallad till intervju eller att inte få en tjänst. I båda målen ansåg AD att sökanden inte befunnit sig i en jämförbar/likartad situation. Detta innebär att personerna ändå inte hade fått tjänsten eftersom de saknade de kvalifikationer som den som fick jobbet hade. Även om arbetsgivaren fällt kränkande kommentarer under intervjun bör det knappast kunna anses som att den sökande i sammanhanget missgynnats i lagens mening. Detta eftersom förlusten att inte få jobbet ytterst berodde på kvalifikationer och inte den etniska tillhörigheten. Ett möjligt argument skulle emellertid kunna vara att arbetsgivaren i efterhand konstruerat de kvalifikationer som slutligen krävdes för tjänsten, för att slippa anställa personen med annan etnisk bakgrund. I AD 2002:54 var det inte så stor skillnad på meriterna mellan kvinnan som känt sig diskriminerad och kvinnan som fick tjänsten. I detta mål framstår det inte som helt främmande att arbetsgivaren faktiskt gjort en efterhandskonstruktion. Skillnaden mellan meriterna var dock för stor för att domstolen skulle kunna döma arbetsgivaren för detta. I AD 2003:58 framstår påståendet om en efterhandskonstruktion däremot som mindre troligt, eftersom kvinnan som känt sig diskriminerad helt saknade försäljningserfarenhet och försäljning var en stor del av arbetet. Jag förstår frustrationen över hur svårt det är att fälla en arbetsgivare, trots att denne fällt påtagligt kränkande kommentarer. Det går dock inte att fälla en arbetsgivare för kränkande kommentarer utan att rekvisiten som krävs i EDA är uppfyllda. För att möjliggöra detta krävs en lagregel utan rekvisiten jämförbar situation och missgynnande. Jag anser därmed att kritiken som riktats mot AD av Svenaeus och de två skiljaktiga ledamöterna i domen 2002:54 inte riktigt håller. Angående bevisbörderegeln anser jag att den är fördelaktig utifrån de förutsättningar som ges.

6.2 Tänkbara förklaringar till dagens rättsläge

Problemet att kärandesidan/DO förlorat merparten av sina mål leder även till att lagstiftarens ambitioner om förändring på den svenska arbetsmarknaden framstår som ouppfyllda. EDA i sig ter sig därtill som något tandlös. Tänkbara förklaringar (utan inbördes rangordning) till varför majoriteten av arbetsgivare friats trots den förmånliga bevisbörderegeln presenteras i de nedanstående avsnitten.

6.2.1 Bristfälligt underlag från kärandesidan

Majoriteten av de domar jag undersökt har varit friande därför att ”grundförutsättningarna” för att domstolen skall kunna avgöra om det finns ett orsakssamband mellan missgynnande och etnisk/religiös tillhörighet inte varit uppfyllda. AD har i dessa fall friat arbetsgivaren på grund av att denna kunnat visa att rekvisiten missgynnande, likartad situation eller arbetssökande inte varit uppfyllda. I några av domarna där något av rekvisiten inte varit uppfyllt framstår det som att kärandesidan kanske egentligen haft rätt, men inte lyckats bevisa detta. Arbetsgivaren har förhållandevis lätt kunnat motbevisa DO:s/kärandens påståenden. Om DO till exempel i AD 2005:126 kunnat bevisa att en bilaga med en meritförteckning funnits med i ansökningshandlingen som inkommit till arbetsgivaren, hade förmodligen den arbetssökande ansetts vara i en likartad situation. Domstolen skulle då ha kunnat ta ställning till om ett orsakssamband funnits med personens etniska tillhörighet. Möjligen skulle DO även haft bättre chanser till att vinna AD 2003:73 om de kunnat få fram fler och starkare bevis. AD ansåg i

domen att arbetsgivaren begått ett administrativt misstag genom att blanda ihop ansökningshandlingar.

Några av domarna är friande på grund av att den arbetssökande själv missat någon detalj. I AD 2005:3 framstår det som sannolikt att om den ryska kvinna som känt sig diskriminerad hade skickat med även sina ryska betyg skulle hon ha befunnit sig i en likartad situation. Utifrån vad som framgår av fallet hade troligen arbetsgivaren agerat på samma sätt ändå, det vill säga inte tagit ut henne till intervju. Domstolen hade då kunnat ta ställning till om det funnits ett orsakssamband mellan hennes etniska ursprung och missgynnandet. I domarna AD 2005:47 och AD 2003:63 bevisade arbetsgivaren att personerna som känt sig diskriminerade inte var att anse som arbetssökande. Särskilt i AD 2005:47 förefaller DO ha förhastat sig något när de valt att gå vidare med en stämningsansökan. Arbetsgivaren kunde till synes enkelt bevisa att en person redan anställts innan ansökan från den som kände sig diskriminerad inkommit. Domen har dock en viss prejudicerande betydelse eftersom det fastställdes att arbetsgivaren får ta beslut om anställning innan ansökningstiden har löpt ut.

Sammanfattningsvis kan sägas att en av orsakerna till varför DO förlorat mål är att de i flera mål utgått från ett bristfälligt underlag. Orsaken till att underlaget varit bristfälligt varierar, det har berott både på den arbetssökandes misstag och på bevisinnehållet i övrigt. Den något tunna bevisföringen framstår för mig som en signal om att DO ibland driver mål för att klargöra rättsläget snarare än för att vinna målet. DO:s uppgift är ju till en del opinionsbildande och kanske även processerna i AD används som ett sätt för att uppmärksamma diskrimineringsfrågor i allmänhet? För att nå mer framgång i diskrimineringsmålen krävs dock att den arbetssökande/arbetstagaren och DO blir bättre på att dokumentera och säkerställa bevis.

6.2.2 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt är det klart vanligaste bakomliggande argumentet till AD:s friande domar, oavsett vilket rekvisit som inte har ansetts uppfyllt. Arbetsledningsrätten genomsyrar i princip alla de sjutton domarna, även den fällande domen. Liksom Rönmar⁵⁷ påpekar handlar det dock i de flesta av domarna om att arbetsgivaren fått bevisa att det funnits sakliga skäl för besluten som tagits. En dom som särskilt tydligt hänvisar till arbetsledningsrätten är AD 2003:58, där det var tillåtet att tillämpa andra krav på sökanden än vad som framgått i platsannonsen. En annan är AD 2006:60, där det ansågs sakligt motiverat inom arbetsledningsrätten att välja ut personer till intervju för att de var vänner eller släkt till redan anställda. Detta resulterade i att en sökanden som hade likvärdiga meriter men inte hade bekanta inom organisationen och hade annat etniskt ursprung valdes bort. Även i AD 2006:96 framstår arbetsledningsrätten som central. De sökande bedömdes ha jämförbara meriter, men den svenske mannen ansågs vara bättre personligt lämpad. Ytterligare ett välkänt exempel är AD 2005:21 om kvinnan som var med i Jehovas vittnen. AD ansåg i domen att det var ett sakligt grundat arbetsledningsbeslut att frånta henne arbetsuppgifterna som aktiverare på ett äldreboende. Den enda dom där AD:s ledamöter varit skiljaktiga är AD 2002:52. De två skiljaktiga ledamöterna ifrågasatte tidpunkten för arbetsledningsbeslutet om att inte rekrytera kvinnan som ansett sig diskriminerad. Ledamöterna ansåg att detta beslut tagits vid tillfället för intervjun och grundats på den etniska tillhörigheten. Beslutet var därför enligt de skiljaktiga osakligt. Domstolens majoritet

⁵⁷ Se s 15, not 29.

ansåg dock att beslutet tagits när det bestämdes att personen som fick tjänsten var bättre lämpad på grund av hennes meriter.

Min tolkning är att rättspraxis tydliggör att allt som kan bevisas som ett sakligt arbetsledningsbeslut innebär en friande dom. Arbetsledningsrätten framstår därmed som en slags motsats till fällande dom. Christensen⁵⁸ menar att lagstiftaren ”konstruerat” de normer som skall användas vid bedömningen om diskriminering ägt rum. Dessa konstruerade normer innebär, utifrån rättspraxis, allt som ryms inom den sakligt motiverade arbetsledningsrätten. Exempel på normer som använts i rättspraxis är att formellt/personligen/för arbetsinnehållet bäst lämpad person skall få en tjänst och att språkkrav är befogade för vissa typer av befattningar.

Numhauser-Henning⁵⁹ påpekar att förbudet mot diskriminering inte innebär en positiv rätt för arbetssökanden/arbetstagaren. Detta framstår även klart i flera av rättsfallen, bland annat 1998:134, där det ansågs ligga inom arbetsledningsrätten att fritt välja mellan två sökanden med likvärdiga meriter. Arbetsgivaren valde personen med ”svenskt” ursprung och domstolen tillmätte inte någon betydelse till att den andra arbetssökande anfört att arbetsgivaren fällt nedsättande kommentarer om dennes ursprung. Rönnmars⁶⁰ resonemang om att diskrimineringslagstiftningen fyller en funktion där arbetsledningsrätten kan bli föremål för granskning bekräftas av rättspraxis. Kravet på sakliga skäl till arbetsledningsbeslut innebär i domarna som analyserats snarare att besluten granskats än att de utsatts för någon påtaglig inskränkning.

Sammanfattningsvis kan sägas att arbetsledningsrätten även med kravet på sakliga skäl är vidsträckt. Rättspraxis har hittills främst bidragit till att infria kravet om att arbetsgivarnas beslut skall motiveras inför domstolen och därmed utsättas för granskning. Ett ökat antal fällande domar skulle däremot sannolikt inverka betydligt mer inskränkande på arbetsledningsrätten än vad som hittills skett genom de friande domarna. Så länge arbetsledningsrätten lämnas förhållandevis orörd av AD finns utifrån rättspraxis anledning att tro att detta bidrar till en majoritet av friande domar.

6.2.3 Det svenska rättssystemets uppbyggnad

Bratt och Kron⁶¹ menar att det svenska rättssystemet inte är anpassat till de internationella reglerna om mänskliga rättigheter. Diskrimineringslagstiftningen har sitt ursprung i denna typ av regler. Författarna anser att lagstiftarens makt i sammanhanget är för stark och att den internationella mänskliga rättighetslagstiftningen bygger på en mer fristående dömande makt som utgår från allmänna rättsprinciper snarare än förarbeten. Kanske ligger någon förklaring till det stora antalet friande domar i detta resonemang? AD utgår i de domar jag analyserat förutom från lagen, framförallt från två rättskällor. Dessa rättskällor är förarbeten och arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Intressant är att arbetsledningsrätten i sammanhanget bör kunna jämföras med en allmän rättsprincip. Eftersom allmänna rättsprinciper tenderar att ha ett betydligt vidare spektrum än förarbeten undrar jag om diskrimineringslagstiftningen därigenom på något sätt

⁵⁸ Se s 15, not 26.

⁵⁹ Se s 14, not 25.

⁶⁰ Se s 16, not 32.

⁶¹ Se s 17, not 39.

kommer ”i kläm”. Om AD friar arbetsgivarna med hjälp av en allmän rättsprincip, men tillämpar förarbetena för att fälla dem, framstår det som att det kanske finns en viss grad av obalans i systemet. Självklart skall systemet bygga på att ingen oskyldig fälls. Möjligen skulle det dock bli mer balans i AD:s bedömning om domstolen istället ställde allmänna rättsprinciper om mänskliga rättigheter och arbetsgivarens arbetsledningsrätt mot varandra. Faktum är att detta har gjorts vid ett tillfälle, AD 2005:21 där domstolen utgick från Europadomstolens praxis om negativ religionsfrihet och arbetsledningsrätten. Domen handlade dock om diskrimineringsgrunden religion, vilket sällan förekommer i de rättsfall jag studerat. Därtill fanns det redan en ”färdig” praxis från Europadomstolen och AD var förmodligen så gott som tvungna att följa denna praxis och inte göra en egen tolkning⁶².

Sammanfattningsvis skulle en tänkbar anledning till övervikten av friande domar vara att det svenska rättssystemet inte är anpassat till det internationella systemet med allmänna rättsprinciper för regler om mänskliga rättigheter. Därtill är det möjligt att det uppstår en obalans då användandet av en vitt omfattande princip om fri arbetsledningsrätt ställs mot betydligt mer specifikt formulerade förarbeten.

6.2.4 Tradition i Arbetsdomstolen

Christensen⁶³ anser att det i praktiken är domstolarna som har makten att förändra normer. Lagstiftaren sätter riktlinjerna, men det är upp till den dömande makten att tillämpa dem. Numhauser-Henning⁶⁴ menar att det är mycket svårt för domstolarna att förändra de befintliga normer som finns i samhället, av flera olika skäl. Hon påpekar dessutom att AD tidigare visat en ovilja mot att lägga sig i frågor om likalöneprincipen i jämställdhetslagen, på grund av att domstolen ansett att frågan bäst löses av parterna själva. När förslaget⁶⁵ till EDA lades fram var SAF i egenskap av remissinstans negativ till förslaget. SAF ansåg att parterna själva bäst skulle lösa frågor om diskriminering. Det SAF främst var kritiska till var att arbetsledningsrätten genom diskrimineringslagstiftningen på olika sätt skulle inskränkas. Numhauser-Hennings resonemang och SAF:s inställning till lagen antyder att AD ställs inför en konflikt mellan å ena sidan etablerade normer såsom arbetsledningsrätten och Saltsjöbadsandan och å andra sidan de nya normer som följer av diskrimineringslagstiftningen. Som diskuterats ovan i avsnitt 6.2.2 utgår AD i majoriteten av de domar som analyserats från arbetsledningsrätten. Detta tyder på att AD åtminstone håller fast vid normen om arbetsledningsrätten.

Lagstiftarens syften⁶⁶ med EDA var bland annat att minska arbetslösheten bland invandrare och skapa ett mer jämlikt och demokratiskt samhälle. Utifrån rättspraxis är det svårt att se att EDA bidragit till en sådan förändring. Den enda norm som AD tillsynes har förändrat genom att tillämpa EDA är ur min synvinkel att arbetsledningsbeslut måste motiveras av sakliga skäl. Arbetsledningsbeslut är inom diskrimineringsområdet till skillnad från andra situationer i

⁶² Praxis utifrån art 9(1) Europakonventionen, innebär kortfattat att religion är en individuell rättighet, men för att ha rätt att manifesteras denna rättighet krävs att handlingen har ett nära samband med religiositeten. Praxis har utvecklats bl a genom domen C mot Storbritannien. Se R. Fahlbeck, Ora et labora – Bed och arbeta – Om religionsfrihet i arbetet, 2002, s 467-549 för vidare diskussion.

⁶³ Se s 16, not 36.

⁶⁴ Se s 16, not 35.

⁶⁵ Se s 11, not 13.

⁶⁶ Se s 11, not 12.

arbetslivet inte något som längre kan lämnas helt fritt till arbetsgivaren. Däremot tyder rättspraxis på att de flesta arbetsledningsbeslut i praktiken ändå är tillåtna. Den norm som rimligen går att utläsa av rättspraxis blir därigenom att den typ av arbetsledningsbeslut som ifrågasatts inte är att anse som diskriminerande, om arbetsgivaren har rimliga förklaringar till dem. För att bara utgå från rättspraxis framstår det därmed som att diskriminering sällan äger rum i dagens svenska arbetsliv. Höglunds⁶⁷ sammanställning av svensk forskning om etnisk diskriminering i arbetslivet visar att det tvärtom är ett ganska vanligt förekommande problem.

Är det då så att AD inte lyckats förändra de normer som lagstiftaren gett dem makt att förändra? Antag att AD istället för att sträva efter att förändra befintliga normer (efter lagstiftarens önskemål och inom lagstiftningens ramar), arbetar för att bevara traditionerna på arbetsmarknaden. Om detta är fallet, kan det tänkas att AD genom sin cementerande syn på arbetsmarknadens styrkeförhållanden i själva verket motverkar den nya diskrimineringslagstiftningen. Det faktum att domstolen är partssammansatt skulle även det kunna vara en faktor som påverkar domstolen i riktning mot att döma mer traditionsenligt utifrån arbetsledningsrätt och saltsjöbadsanda. För att spekulera vidare skulle möjligen en mer ”oberoende” instans som HD vara mer lämplig för att avgöra ärenden inom området mänskliga rättigheter. För en normativ förändring skulle det förmodligen dessutom krävas att domstolen fick befogenhet att utgå från mer allmänna rättsprinciper. Eventuellt skulle det därtill behövas en förändring av diskrimineringslagstiftningen till en separat och fristående rättighetskatalog.

En tänkbar anledning till att förbuden i EDA inte fått genomslagskraft genom rättspraxis skulle därmed kunna vara att AD motverkar den nya lagstiftningen genom att för hårt bevara traditionsenliga tillvägagångssätt inom arbetsrätten. Domstolen har utifrån detta resonemang inte lyckats förändra de normer som lagstiftaren hade för avsikt att förändra genom EDA.

6.2.5 Är lagstiftarens ambitioner för höga?

En annan tänkbar förklaring till varför EDA hittills inte kan anses som särskilt framgångsrik, är att lagstiftarens ambitioner är för höga. De los Reyes⁶⁸ anser att lagstiftning endast kan förändra beteenden på individnivå och för att förändra problem på samhällsnivå krävs att hela samhällsstrukturen förändras. Författaren anser därtill att det finns ett påtagligt ”glapp” mellan lagstiftarens ambitioner och det verkliga samhället. Numhauser-Henning⁶⁹ för en liknande diskussion om lagstiftningens begränsningar i egenskap av medel för att förändra samhället. Visionen om att genom lagstiftning mot etnisk diskriminering kunna minska segregationen på svenska arbetsplatser är, utifrån författarnas teorier, inte förankrad i verkligheten. Resonemanget förstärks av rättspraxis, där EDA i kampen mot etnisk diskriminering hittills framstått som ett trubbigt instrument. I flera av de domar som studerats framkommer uppgifter som antyder att arbetsgivaren faktiskt har ifrågasatt eller behandlat personen illa på grund av dennes etniska eller religiösa ursprung. Arbetsgivarens beteende har dock inte ansetts bevisat, eller så har andra omständigheter lett till en friande dom. I AD 2003:63 fällde exempelvis arbetsgivarens representant kommentarer om den sökandes huvudduk, vilka kvinnan uppfattade som kränkande. Arbetsgivaren friades på grund av att kvinnan inte ansågs som arbetsökande.

⁶⁷ Se s 7, not 4.

⁶⁸ Se s 18, not 44.

⁶⁹ Se s 17, not 37.

Rättspraxis tyder på att även ett medvetet nedsättande beteende från arbetsgivaren är svårt att bevisa eller komma åt juridiskt sett. Detta visar likaså den enda fällande domen, AD 2002:128, där arbetsgivaren fälldes för indirekt diskriminering. Kärandesidan lyckades inte i målet bevisa att det var frågan om direkt diskriminering, trots att kvinnan uppfattat arbetsgivarens nedsättande beteende som medvetet. Både Numhauser-Henning⁷⁰ och De los Reyes⁷¹ anser att diskriminering oftast sker omedvetet genom oreflekterade handlingar. Om detta är fallet bör det innebära att det i de flesta fall är mycket svårt att bevisa särbehandling på grund av etniskt ursprung eller religion. Resonemanget kan även kopplas till den diskussion som förs i *Integrationens svarta bok*⁷², där staten själv anses vara en del av den strukturella diskrimineringen.

Om det är svårt att bevisa diskriminering och döma fällande på *individnivå*, framstår lagstiftarens ambitioner om att EDA skall leda till förändringar på *samhällsnivå* som alltför långtgående. För att överhuvudtaget möjliggöra en förändring av normer i samhället genom lagstiftning, borde en grundförutsättning vara att lagstiftningen leder till fler än en dom av sjutton som är fällande. Varje friande dom sänder en signal om att ett visst beteende inte var att anse som diskriminerande i lagens mening. För varje friande dom som kommer tunnast lagstiftarens syften, om att förändra samhället genom att markera vad som är fel, därmed ut. Meningen med denna diskussion är inte att ropa efter fler fällande domar utan att belysa det glapp som finns mellan lagstiftarens ambitioner och verkligheten. Ambitionerna framstår helt enkelt som för höga när det gäller att förvänta sig resultat av ny lagstiftning. Kanske bör DO:s förlorade mål inte ses som ett bakslag. Istället kanske det bör ses som att den dömande makten tar lagstiftarens ambitioner till ett mer realistiskt plan och därmed inte faller någon på för lösa grunder.

Numhauser-Henning⁷³ menar förenklat att lagstiftaren genom bevisbörderegeln och det indirekta diskrimineringsförbudet utökar lagens räckvidd från individnivå till en grund för förbättringar på samhällsnivå. Regeln om bevisbördans fördelning underlättar bevisföringen generellt för utsatta grupper i samhället. Det indirekta diskrimineringsförbudet träffar i teorin även den strukturella, mer omedvetna formen av diskriminering. Rättspraxis tyder dock på att reglerna inte räcker för en förändring av normer på samhällsnivå, på grund av det stora antalet friande domar. Däremot är det sannolikt att reglerna lett till att betydligt fler ärenden om misstänkt diskriminering prövas i AD. Jämfört med antalet domar under tiden då LED gällde så har EDA medfört en kraftig ökning av mål om etnisk diskriminering i AD. En kraftig ökning av målen om etnisk diskriminering kan även ha andra förklaringar. En förklaring kan vara att en ökad medvetenhet om EDA i samhället har inneburit fler anmälningar till DO. En annan förklaring kan vara att DO ibland driver mål för att få rättsläget konstaterat, snarare än för att de tror att de ska vinna målet. Kanske används processer i AD som ett sätt för att avskräcka arbetsgivare och få publicitet kring etnisk diskriminering? Om DO:s processer i AD trots majoriteten friande domar faktiskt verkar avskräckande på svenska arbetsgivare, kanske detta i sin tur bidrar till en ökad medvetenhet och försiktighet vid till exempel rekryteringar. Även om EDA ter sig något verkningslös utifrån rättspraxis skulle det utifrån detta resonemang vara möjligt att den ändå påverkat inställningen till etnisk diskriminering på den svenska arbetsmarknaden.

⁷⁰ Se s 18, not 45.

⁷¹ Se s 18, not 42.

⁷² Se s 19, not 48.

⁷³ Se s 16, not 35.

Sammanfattningsvis framstår lagstiftarens ambitioner som för högt ställda jämfört med resultatet av rättspraxis. Samtidigt är det möjligt att EDA har en avskräckande effekt och att lagstiftarens syften därmed i viss mån indirekt uppfyllts.

6.2.6 Andra förklaringar

Ovanstående avsnitt ifrågasätter om lagstiftning är en effektiv metod för att komma åt etnisk diskriminering i det svenska arbetslivet. De los Reyes⁷⁴ presenterar flera förklaringar med grund i samhället eller hos individerna till att etnisk diskriminering är svårt att bevisa och uppmärksamma. Bland annat tar hon upp att en anmälan om diskriminering är kopplat till en rädsla för stigmatisering bland invandrare i arbetslivet. Detta resonemang förs även av DO.⁷⁵ Om effekterna av att uppmärksamma eller anmäla diskriminering blir för negativa för individen är det troligt att denna väljer att istället vara tyst och acceptera en särbehandling. Om antalet fällande domar var högre, är det möjligt att fler också skulle våga anmäla diskriminerande beteende. Så länge rättsläget delvis kan förklaras med att människor inte vill eller vågar anmäla arbetsgivare är risken att utvecklingen stannar upp. En i allmänhetens ögon ”tandlös” lag försämrar förtroendet för att det är möjligt att vinna en tvist och kan därmed påverka antalet anmälningar i negativ riktning. Vidare är den strukturella och omedvetna diskriminering som pågår i samhället svår att komma åt lagstiftningsvägen. Så länge denna typ av särbehandling pågår kommer den därmed att påverka rättspraxis.

En viktig aspekt som hittills inte berörts i uppsatsen är dessutom tiden. EDA har bara funnits sedan 1999 och uppmärksamheten inför etnisk diskriminering i samhället är ett relativt nytt fenomen i Sverige. Jämställdhet har exempelvis varit ett ämne som diskuterats under mycket längre tid i den svenska samhällsdebatten. Numhauser-Henning påpekar att bristen på uppmärksamhet gällande etnisk diskriminering, jämfört med andra länder kan bero på att Sverige tidigare haft en relativt homogen befolkning. I USA som är föregångslandet till lagstiftningen om förbud mot etnisk diskriminering har ämnet varit aktuellt under betydligt längre tid än i Sverige. I *Integrationens svarta bok* kritiseras dock att tiden är en orsak till att diskrimineringsskyddet hittills varit relativt verkningslöst. I utredningen framförs att segregation är ett historiskt fenomen som pågått under lång tid i Europa. Jag tror att det är viktigt att utredningen kritiserar staten och uppmärksammar den strukturella diskriminering som pågår i samhället. Samtidigt tror jag att lagstiftningen har gjort att diskriminering lyfts fram som ett konkret problem i samhället. Innan ett diskrimineringsskydd infördes fanns inte heller något rättsläge att reda ut. Ny lagstiftning behöver klargöras genom praxis innan några riktiga slutsatser kan dras av resultatet. Förmodligen är den korta tid EDA funnits därför en av förklaringarna till dagens rättsläge. Diskrimineringslagstiftningen är ny både för arbetstagare, arbetsgivare och AD och detta bör rimligen innebära att tillämpningen av lagstiftningen fortfarande befinner sig i ett utvecklingsstadium.

Det finns sammanfattningsvis en rad anledningar utanför det rent juridiska till varför förbuden i EDA inte nått framgång i AD: s domar. Problemen döljs i samhällets strukturer och är därför svåra att komma åt lagstiftningsvägen. Därtill har lagen bara funnits sedan 1999 och det tar tid att förändra normer, både i rättstillämpningen och i samhället.

⁷⁴ Se s 18, noter 40, 42.

⁷⁵ Se s 7, not 6.

6.3 Vad kan övervikten av friande domar leda till?

Jag har i analysens föregående avsnitt flyktigt berört vad det höga antalet friande domar kan leda till. I det följande utvecklas och sammanfattas dessa tankar.

6.3.1 Risk för urholkning av lagen

En för hög andel förlorade mål i AD riskerar att undergräva DO:s legitimitet samt lagstiftningens genomslagskraft. Liksom DO själva påtalar⁷⁶ är följden av att förlora processer i AD att människor blir medvetna om att möjligheten till upprättelse är liten. Risken är då att personer som känner sig diskriminerade väljer att hålla tyst. Om detta får pågå under en längre tid är det sannolikt att anmälningarna minskar och DO:s legitimitet försvagas. En obalans där friande domar är överrepresenterade sänder signaler om att lagstiftningen i realiteten är tandlös. Oavsett grunderna för domarna tror jag att det intryck allmänheten får av lagstiftningen i längden blir negativt i en sådan situation.

6.3.2 Avskräckande effekt

Parallellt med AD:s domar är det möjligt att det pågår en annan utveckling. Det faktum att DO överhuvudtaget finns och har till uppgift att motverka diskriminering gör i sig att frågan uppmärksammas i samhället. De senaste åren har ombudsmannen även ökat antalet stämningsansökningar och detta tror jag kan ha en avskräckande effekt på arbetsgivare. Jag föreställer mig att de flesta arbetsgivare oavsett utgången i målet inte önskar sig en process i AD och därtill inte vill bli förknippade med diskriminering. Att DO dessutom har funktionen av ett hjälpande organ till arbetsgivarna tror jag kan bidra till en insikt och medvetenhet om det egna agerandet hos arbetsgivarna.

6.3.3 Lagstiftarens signaler

Lagstiftaren har genom EDA markerat att diskriminering inte är acceptabelt. Oavsett om DO vinner eller förlorar sina mål har lagstiftaren ändå visat sin ställning för utsatta grupper. Denna markering sänder signaler till allmänheten och ger frågan om etnisk diskriminering uppmärksamhet och tyngd. Detta kan på sikt tillsammans med andra förändringar av samhällsklimatet bidra till att normer förändras.

7. Slutord

Kapitlet börjar med att svara på syftet och frågeställningarna genom en kort sammanfattning av det som framkommit i uppsatsen. Nästkommande avsnitt består av en diskussion om möjliga förändringar av den framtida diskrimineringslagstiftningen. Kapitlet avslutas med ett avsnitt om kritik mot uppsatsen.

⁷⁶ Se s 7, not 6.

7.1 Slutsats

Syftet med denna uppsats var: *Att analysera och ta reda på orsakerna till att det hittills bara kommit en (1) fällande dom gällande etnisk diskriminering i arbetslivet från Arbetsdomstolen.*

Frågorna som ställdes i anslutning till syftet var:

Vilka är anledningarna till att AD i alla domar utom en friat arbetsgivaren?

Kan de friande domarna förklaras med andra orsaker än just de juridisk-tekniska i varje enskilt mål?

Vad krävs för att antalet fällande domar skall öka?

Teoretiskt sett är EDA förmånlig för de personer som diskrimineras i samhället. Särskilt regeln om bevisbördans fördelning framstår som mycket fördelaktig jämfört med andra situationer där någon känner sig kränkt och vill ha skadestånd. Rättspraxis visar därtill att bevisbördan i de flesta mål har gått över på svaranden. I analysen tas fem huvudorsaker upp till varför DO trots de goda lagtekniska förutsättningarna förlorar merparten av sina mål. Dessa är: *bristfälligt underlag från kärandesidan, arbetsgivarens arbetsledningsrätt, det svenska rättssystemets uppbyggnad, traditioner i AD samt att lagstiftarens ambitioner inte överensstämmer med verkligheten.*

Lagstiftning är utifrån vad som framkommit i uppsatsen ett trubbigt instrument för att komma åt etnisk diskriminering. Diskrimineringen som pågår i samhället och arbetslivet är till stora delar strukturell. Detta gör att den blir svåråtkomlig och göms i våra etablerade normer och föreställningar. Risken med ett för stort antal friande domar är att lagen urholkas och inte tas på allvar i samhället. Å andra sidan har lagen inte funnits särskilt länge och det tar tid att förändra normer. Möjligen har diskrimineringslagstiftningen ändå fått en effekt i samhället. Att DO faktiskt anmäler arbetsgivare och arbetar aktivt för att uppmärksamma diskriminering kan medföra en avskräckande effekt på arbetsgivarna. Därtill har lagstiftaren aktivt tagit ställning mot diskriminering genom lagstiftningen, detta kan på sikt medverka till att normerna i samhället förändras. För att antalet fällande domar skall öka krävs dock förmodligen att någon eller några av de huvudorsaker som presenterats ovan förändras.

7.2 Avslutande diskussion de lege ferenda

I detta avsnitt ämnar jag diskutera möjliga förändringar av den framtida diskrimineringslagstiftningen, samt vilka tänkbara effekter sådana förändringar skulle få. Jag har valt att beröra ämnena tämligen ytligt, då syftet med detta avsnitt främst är att uppmärksamma olika lösningar och kommentera dessa. Min ambition är inte att ge en heltäckande bild av de olika lösningarna, då detta skulle kräva betydligt mer utrymme.

7.2.1 Ytterligare skärpningar av EDA?

För att få förbudet mot etnisk diskriminering i arbetslivet mer verkningsfullt valde lagstiftaren 1999 att skärpa lagstiftningen. Ändringarna som gjordes 2003 och 2005 var ytterligare skärpningar, men främst ett led i anpassningen till EU:s direktiv. Med tanke på den förmånliga bevisbörderegeln och de ändringar som gjorts är det svårt att se hur de befintliga reglerna skulle kunna förstärkas ytterligare, utan att en sådan skärpning framstår som rättsvidrig. Därtill ställer jag mig tveksam till om en ännu hårdare lag verkligen skulle få effekten fler fällande domar.

Jag föreställer mig att det enda sättet att skärpa EDA märkbart (förutom extrema förslag som tvingande kvotering eller liknande) skulle vara att ändra kraven för bevisning. Hårdare regler och kriterier för bevisning skulle sannolikt innebära att arbetsgivaren får en ännu tyngre bevisbörda. Den idag förmånliga bevisbörderegeln för kändesidan är i teorin tung för arbetsgivaren att bära. Även om praxis visar att arbetsgivaren i de flesta fall friats skulle förmodligen läget se annorlunda ut om kändesidan blev bättre på att systematiskt samla bevis. Arbetsgivare bör redan i dagens läge vara noga med att motivera och dokumentera sina beslut, för att minimera risken för en fällande dom i AD. Risken med en alltför tung bevisbörda är att oskyldiga döms på grund av att de inte haft tillräcklig framförhållning för att spara bevismaterial och förutse en stämning. Lunning⁷⁷ talar om att reglerna i diskrimineringslagstiftningen innebär en ansvarsfördelning som närmar sig ett strikt ansvar för arbetsgivaren. Ett strikt ansvar innebär skadeståndsskyldighet oavsett anledningen till att skadan uppstått, så länge det finns ett orsakssamband mellan skadan och den skadevållande. Om EDA:s regler skulle närma sig det strikta ansvaret ytterligare innebär det ett ännu mindre krav på medvetet handlande från arbetsgivarens sida.

De skärpningar av lagen som genomförts har utifrån praxis inneburit en ökad granskning av arbetsgivarna, men inte lett till ett ökat antal fällande domar. En skärpning av EDA är endast en ”pusselbit” i ett komplext system av bevisning, arbetsledningsrätt, omständigheter, tidsfrister etcetera. Dessa övriga faktorer begränsar effekten av ändringar vid rättstillämpningen. Därför menar jag att en ytterligare förstärkning av till exempel reglerna om bevisning i EDA snarare skulle försvåra rättsläget för de arbetsgivare som är oskyldiga än förbättra möjligheterna för kändesidan att vinna sina mål.

7.2.2 Utökad lagstiftning?

Ett annat sätt att förändra lagstiftningen är att utöka den med nya regler. I den politiska diskussionen om EDA har positiv särbehandling, mångfaldsplaner och antidiskrimineringsklausuler lagts fram som förslag på ytterligare regler i EDA. Jag avser inte att gå närmare in på mitt ställningstagande till positiv särbehandling, då detta ämne skulle kunna diskuteras i en egen uppsats. Däremot tror jag att en sådan regel skulle få en marginell betydelse för rättstillämpningen som sådan. Positiv särbehandling är framförallt en möjlighet för de arbetsgivare som vill tillämpa en sådan regel, inte en skyldighet för de som hellre avstår. Detta innebär att en sådan regel troligtvis inte skulle komma åt de arbetsgivare som faktiskt diskriminerar. Sannolikt är dessutom att de arbetsgivare som skulle införa regler om positiv särbehandling redan bedriver ett aktivt mångfaldsarbete. Det en regel om positiv särbehandling möjligtvis skulle komma åt är den oavsiktliga/avsiktliga diskrimineringen som pågår även inom de organisationer som arbetar för mångfald.

När det gäller att införa krav om mångfaldsplaner tror jag att även detta skulle inverka marginellt på rättstillämpningen och efterlevnaden av förbuden mot diskriminering. Eventuellt kan en sådan plan användas i bevisföringen i diskrimineringsmål, både till svarandens och till kändens fördel. I övrigt tror jag att mångfaldsplaner liksom regler om positiv särbehandling kan bidra till en ökad medvetenhet om diskriminering. Dock krävs att sådana policys hålls levande och verkligen används i organisationerna, vilket inte går att kontrollera genom lagstiftning. Risken är att effekten av en sådan regel främst blir en ökad administrativ börda för de arbetsgivare som inte är

⁷⁷ Se s 15, not 30.

intresserade av mångfaldsarbete. De företag som har ett sådant intresse skapar förmodligen ändå mångfaldsplaner. Det tredje förslaget som diskuterats i anslutning till EDA är antidiskrimineringsklausuler vid upphandling inom den offentliga sektorn. Dessa klausuler skulle innebära att en statlig myndighet eller kommun ställer krav på att de företag som anlitas för upphandling inte diskriminerar vid rekrytering eller i övrig personalpolitik. Vid tillkomsten av EDA ansågs detta förslag ännu inte ordentligt utrett, bland annat ifrågasattes om sådana klausuler var förenliga med övrig lagstiftning om offentlig upphandling.

Förutsatt att antidiskrimineringsklausuler skulle vara förenligt med övrig lagstiftning, tror jag att det teoretiskt sett är det mest verkningsfulla instrumentet bland de tre som tas upp i detta avsnitt. Anledningen till detta är att det är det enda av de tre förslagen som förenas med en sanktion som direkt drabbar ett diskriminerande handlande. En regel om att tillåta positiv särbehandling är, för att utgå från den regel som finns i JL, inte förenad med någon sanktion alls. En regel om krav på mångfaldsplan skulle förmodligen vara förenad med ett vite, dock är vitet endast en sanktion mot att planen saknas och inte en sanktion mot diskriminering i sig. En antidiskrimineringsklausul innebär å andra sidan en direkt sanktion mot diskriminering, eftersom de företag som inte lever upp till klausulens krav inte får vara med i en upphandlingsprocess. Jag ställer mig dock tveksam till om det är praktiskt möjligt att genomföra ett sådant system. Bara frågan om vilka kriterier som bör vara uppfyllda för att definiera en diskriminerande organisation framstår som svår att lösa. Därtill krävs ett fungerande kontrollsystem, vilket troligtvis skulle öka den administrativa bördan för offentliga verksamheter markant. Systemet med antidiskrimineringsklausuler har dessutom en begränsad räckvidd, genom att det bara träffar de organisationer som vill vara med i en offentlig upphandling.

7.2.3 Ny form av diskrimineringslagstiftning?

Moderaterna har bland annat fört fram förslaget om en samlad diskrimineringslagstiftning i form av en rättighetskatalog. Denna lagstiftningsform för människorättsjuridik finns i andra länder och används även bland annat i Europakonventionen. Jag går inte närmare in på hur den fungerar i andra länder, då detta är ett eget uppsatsämne. Fördelen med en samlad lagstiftning skulle, förutom eventuella administrativa fördelar, kunna vara att diskriminering mer tydligt lyfts fram som ett brott mot mänskliga rättigheter. Kanske kan en rättighetskatalog sända en starkare signal om att lagstiftaren tar diskrimineringsfrågor på allvar? Möjligen skulle en sådan katalog, genom sin separata funktion även kunna ge domstolarna en mer fri tolkningsmöjlighet. Jag föreställer mig att förutsättningarna för att förändra normer i samhället skulle kunna förbättras genom en rättighetskatalog. Det framstår för mig som att det är lättare att förändra normer genom ett helt nytt system än att förändra normer genom att integrera nya inslag i ett gammalt system. Om en sådan rättighetskatalog inte placerades under arbetsrätten är det även möjligt att principen om arbetsledningsrätten inte skulle tillämpas med lika stor självklarhet. Kanske skulle detta, som tidigare nämnts i avsnitt 6.2.4, kunna balansera rättstillämpningen genom att allmänna rättsprinciper ställs mot varandra? Att skapa en rättighetskatalog innebär dock en rad rättsliga utmaningar och stora förändringar. Därtill kvarstår problemet att lagstiftning inte är ett heltäckande instrument för att förändra normer. En rättighetskatalog innebär därmed inte möjligheten att komma åt all diskriminering som sker i samhället. Möjligtvis skulle den komma att påverka mängden fällande domar, under förutsättning att även domstolens tillvägagångssätt förändras.

Tre jurister från SKTF⁷⁸ har i en debattartikel föreslagit att ett generellt skydd mot mobbning, trakasserier och godtyckliga arbetsledningsbeslut borde ersätta dagens diskrimineringslagstiftning. Förslaget utvecklades inte närmare i artikeln, men jag ser ändå ett visst värde i resonemanget. Rent teoretiskt skulle ett sådant förslag möjligen leda till att kränkande handlingar som inte omfattas av dagens EDA kunde bli aktuella för en rättslig prövning. Detta resonemang grundas i att ett bredare tillämpningsområde för lagstiftningen talar för att fler frågor kan prövas rättsligt. Praktiskt är jag dock mycket tveksam till huruvida det är möjligt att genomföra en sådan lagstiftning. Inte minst med tanke på traditionen om den fria arbetsledningsrätten som råder på arbetsmarknaden.

När det gäller rättssystemets påverkan på samhällets normer tror jag dock att den absolut starkaste påverkansfaktorn är rättspraxis. Rättighetskataloger, skärpningar av lagstiftning och införandet av nya regler till trots är tillämpningen av lagstiftningen det som i realiteten får starkast genomslagskraft i samhället. Lagstiftaren är starkt beroende av hur domstolarna tolkar lagen och domstolarna står för den synliga normbildningen. Därför tror jag att den rättsliga faktor som skulle påverka etnisk diskriminering i arbetslivet mest är en ökning av antalet fällande domar.

7.2.4 Andra åtgärder för att förändra normer?

I SOU 2006:79, *Integrationens svarta bok*⁷⁹, föreslås en rad mer ”kontroversiella” åtgärder för att komma åt diskriminering i samhället. Förslagen om att ge förtur vid offentliga nyanställningar till marginaliserade grupper i samhället och att alla statliga myndigheter skall återspegla samhället för tankarna till lagstadgad kvotering. Problematiken är till vissa delar den samma som vid regler om positiv särbehandling. Det framstår till exempel som ett komplext problem att definiera vad som är etnisk tillhörighet och vilka som tillhör en marginaliserad del av samhället. Förslaget om sådana mer tvångsmässiga regler väcker även frågan om hur stark makt och kontroll vi vill att staten skall ha. Gränsen mellan ett demokratiskt fritt samhälle och en för kontrollerande stat kan tyckas tunn i sammanhanget. Å andra sidan är det möjligt att det faktiskt krävs den sortens radikala åtgärder för att komma åt den strukturella diskriminering som pågår i samhället. Frågan är dock om det är rimligt att ta till sådana åtgärder på bekostnad av den frihet som idag råder? Därtill håller jag med Strömmer från Centrum för Rättvisa om att risken är att vi istället skapar en sorteringsapparat i samhället som riskerar att öka motsättningarna i samhället. Jag tror även att en sådan ”sorteringsapparat” innebär en risk för kränkning av individers integritet.

Utifrån rättspraxis har jag funderat över vad som skulle kunna göras utanför rättssystemet för att påverka den diskriminering som inte går att komma åt lagstiftningsvägen. Jag tror att en viktig faktor är att få arbetsgivarna att inse att de går miste om värdefull kompetens när de väljer bort sökande med annan etnisk bakgrund. Kanske skulle en massiv kampanj ledd av Svenskt Näringsliv och Företagarna där vikten av mångfald på arbetsplatsen framhålls kunna påverka inställningen bland arbetsgivare? Jag föreställer mig att ekonomiska argument, som att mångfald innebär lönsamhet är mer tilltalande och lättare att relatera till för arbetsgivare än argument som bygger på mer abstrakta begrepp som mänskliga rättigheter. Företag är vinstdrivande och därmed är det sannolikt att ekonomiska argument framstår som mer attraktiva för denna typ av

⁷⁸ Se s 19, not 51.

⁷⁹ Se s 19, not 50.

organisationer. När det gäller offentliga arbetsplatser håller jag dock till viss del med i de förslag som presenteras i *Integrationens svarta bok*. Jag ser en poäng med att offentliga verksamheter agerar som förebilder när det gäller just diskrimineringsfrågor. Offentliga arbetsgivare ger legitimitet åt lagstiftarens ambitioner om de arbetar i linje med dem. Om de däremot agerar på ett diskriminerande sätt sänder det ytterligare signaler om att lagstiftningen inte bör tas på allvar.

Andra tänkbara idéer för att motverka stelbentheten som verkar råda bland svenska arbetsgivare är att förändra synen på utländsk utbildning och erfarenheter. En sådan normförändring skulle kunna drivas av till exempel arbetsgivarnas branschorganisationer. Kanske skulle det även inom vissa yrkesområden vara möjligt att fundera över om språkraven kan sänkas? I exempelvis tekniska yrken där kontakten med människor är begränsad föreställer jag mig att den viktigaste kompetensen är de tekniska kunskaperna, inte vilket språk som används. Möjligtvis skulle det gå att luckra upp användningen av svenska med andra språk, beroende på vilka personer som faktiskt arbetar på en arbetsplats. Därtill ser jag en möjlighet att bättre ta tillvara på den språkliga kompetens som finns, vid handel med andra länder.

7.3 Kritik

Jag har under arbetets gång saknat mer utförlig litteratur som kommenterar rättspraxis. Jag har vid mina efterforskningar inte lyckats finna någon sådan litteratur. Förmodligen beror detta på att diskrimineringslagstiftningen är relativt ny och att det därför inte hunnit komma ut någon mer omfattande praxiskommentar. Möjligen är detta en brist i uppsatsen. Jag har dock valt att lösa problemet genom att väva in doktrin med mina egna kommentarer om rättspraxis i analysen.

Det förekommer en del kontroversiella förslag och tankar i avsnitt 6 och 7. Syftet med detta är att väcka debatt och föra fram olika perspektiv på problematiken gällande diskriminering. Min avsikt har dock alltid varit att skapa en neutral och kritiskt granskande text.

Under arbetets gång har jag upptäckt att etnisk diskriminering är ett betydligt större och mer komplext område än jag tidigare föreställt mig. Texten rymmer därför inte alla perspektiv och aspekter jag funnit under arbetets gång. Min förhoppning är dock att texten ger en bred bild i förhållande till dess omfattning. I en mer omfattande text skulle jag till exempel även ha analyserat förlikningsärenden och tingsrättsdomar. Särskilt en analys av förlikningsärenden tror jag skulle ge ett bättre helhetsintryck av diskriminering i arbetslivet, då merparten av de ärenden som anmäls till DO inte går vidare till AD.

Flera av forskarna som jag använt forskar inom området normativa förändringsprocesser. Detta perspektiv har därmed präglat uppsatsens innehåll. Jag har dock strävat efter att även ta med andra perspektiv, för att balansera doktrinavsnittets innehåll.

Ämnet jag valt är under ständig utveckling. Risken med detta ämnesval är därmed att uppsatsen snabbt förlorar sin aktualitet. Nya mål angående etnisk diskriminering verkar öka i antal. Av Arbetsdomstolens hemsida framgår att bara under den kommande hösten 2006 är fyra huvudförhandlingar planerade gällande etnisk diskriminering i arbetslivet. Om till exempel alla dessa domar skulle vara fällande, är rättsläget förändrat och uppsatsens aktualitet rubbas. Med utgångspunkt i de domar som redan finns är det dock relativt osannolikt att alla kommande

huvudförhandlingar skulle leda till fällande dom. Därtill är det möjligt att en eller flera av dessa huvudförhandlingar ställs in på grund av att parterna förlikas. Fördelen med att välja ett aktuellt ämne är emellertid just aktualiteten. Anledningen till att jag valde att skriva om etnisk diskriminering i arbetslivet var intresset av den utveckling som pågår inom ämnesområdet. Min förhoppning är att uppsatsen får ett nyhetsvärde och en aktualitet som den inte skulle ha fått om den handlade om något mer etablerat ämne inom arbetsrätten, där utvecklingen stagnerat.

Referensförteckning

Offentligt tryck:

Propositioner

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

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

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

Utskottsbetänkanden

1998/99:AU4

Utredningar

SOU 2006:59 *Arbetslivets (o)synliga murar. Rapport från Utredningen om makt, integration och strukturell diskriminering.*

SOU 2006:79 *Integrationens svarta bok. Agenda för jämlikhet och social sammanhållning. Slutbetänkande av Utredningen om makt, integration och strukturell diskriminering.*

Litteratur:

Bratt, Percy. Kron, Fredrik. 2005. Den "värdelösa" juridiken. I Gunner, Göran. Namli, Elena (red). *Allas värde och lika rätt, perspektiv på mänskliga rättigheter.* Lund.

Christensen, Anna. 2000. Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning. I Numhauser-Henning, Ann (red). *Perspektiv på likabehandling och diskriminering.* Lund.

Fahlbeck, Reinhold. 2002. "Ora et labora - Bed och arbeta - Om religionsfrihet i arbetslivet", *Tidskrift för rettsvetenskap* nr 3-5, s 468-549. Oslo.

Höglund, Sten. 1998. *Svensk forskning om diskriminering av invandrare i arbetslivet 1990-1996.* Rådet för arbetslivsforskning. Stockholm.

Lehrberg, Bert. 1996. *Praktisk juridisk metod.* Tredje upplagan. Uppsala.

Lundberg, Susanne. Wästfelt, Martin. Hult, Anders. 2004. "Inför ett generellt skydd mot diskriminering och godtycke", *Lag & Avtal* nr 10, s 44.

Lunning, Lars. 2003. *Arbetsrätt och arbetsmarknad –författningssamling för svensk och europeisk arbetsmarknad.* Stockholm.

Numhauser-Henning, Ann. 1999. Lagstiftning och rättstillämpning i Sverige. Något om de nya förbuden mot diskriminering i arbetslivet och deras implikationer. I Socialvetenskapliga forskningsrådet/ett symposium i Sigtuna 22 juni 1999. *Diskriminering i arbetslivet –normativa och deskriptiva perspektiv.* Stockholm.

Ohlin, Pontus. 2006. ”Få anmäler - ännu färre får upprättelse. Svårt att bevisa diskriminering i arbetslivet”, *Lag & Avtal*, nr 9, s 10.

Ohlin, Pontus. 2006. ”Bitter!”, *Lag & Avtal*, nr 9, s 22-25.

De los Reyes, Paulina. 2001. *Mångfald och differentiering. Diskurs, olikhet och normbildning inom svensk forskning och samhällsdebatt*. Stockholm.

Rönmar, Mia. 2000. Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund. I Numhauser-Henning, Ann. *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*. Lund.

Svenaesus, Lena. 2005. ”Ska invandrare ha sämre rätt än parkeringsbolag?”, *Lag & Avtal*, nr 11, s 35.

Rättspraxis:

EDA/LED

AD1997:61
AD 1998:134
AD 2002:54
AD 2002:128
AD2003:55
AD 2003:58
AD 2003:63
AD 2003:73
AD 2004:22
AD 2005:3
AD 2005:14
AD 2005:21
AD 2005:47
AD 2005:98
AD 2005:126
AD 2006:60
AD 2006:96

FUDA

AD 2005:32
AD 2004:97
AD 2003:79
AD 2003:76
AD 2003:47
AD 2003:22
AD 2002:19

SEDA

AD 2002:76

Europadomstolen

C mot Storbritannien, Kommissionen nr 10358/83, beslut 15 december 1983, D.R. 37 s 142.

Övriga källor:

Rättsbanken: <https://www2.infotorg.se/rb/MainServlet> (2006-09-05)

Arbetsdomstolen: <http://www.arbetsdomstolen.se> (2006-10-11)