



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alice Åberg

Diskrimineringslagen ur ett terapeutiskt perspektiv

En undersökning av diskrimineringslagens användbarhet utifrån den enskildes
upplevelser av diskriminering och diskrimineringstvister

JURMO2 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Titti Mattsson

Termin för examen: HT20

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Teoretiskt ramverk	6
1.5 Metod och material	8
1.6 Forskningsläge	9
1.7 Disposition	10
2 NÄR JURIDIKEN MÖTER VERKLIGHETEN	11
2.1 Inledning	11
2.2 Introduktion till diskrimineringslagen	11
2.2.1 Diskrimineringslagens bakgrund	11
2.2.2 Diskrimineringslagens syfte	13
2.3 Diskrimineringsförbuden	13
2.3.1 Diskrimineringsformerna	13
2.3.2 Diskrimineringsgrunderna	16
2.3.3 Diskriminering inom arbetslivet	17
2.3.4 Förbud mot repressalier	18
2.4 Upplevelsen av diskriminering	18
2.4.1 Vad är diskriminering?	18
2.4.2 Diskrimineringens komplexa uttryck	19
2.4.3 Intersektionella upplevelser	21
2.4.4 Relationen mellan parterna	22
2.5 Diskussion	24
3 LAGENS VÄG TILL UPPRÄTTELSE	27
3.1 Inledning	27
3.2 Diskrimineringslagens påföljder	27
3.2.1 Diskrimineringsersättning	27
3.2.2 Ogiltigförklara avtal och ordningsregler	28

3.3	Konfliktlösning utifrån den enskildes behov	28
3.3.1	Deltagande i processen	28
3.3.2	Fastställande av ansvar och behovet av en ursäkt	29
3.3.3	Formen för konfliktlösning	31
3.4	Diskussion	32
4	TERAPEUTISKA MÖJLIGHETER I INTERNA PROCESSER	36
4.1	Inledning	36
4.2	Arbetsgivarens skyldighet att utreda och åtgärda trakasserier	36
4.2.1	Skyldighetens innebörd	36
4.2.2	Diskussion	37
4.3	Aktiva åtgärder	38
4.3.1	Arbetets syfte	38
4.3.2	Arbetets utformning	39
4.3.3	Övriga krav i arbetet	40
4.3.4	Diskussion	40
5	AVSLUTANDE DISKUSSION	42
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	45

Summary

The purpose of this essay is to examine the availability of the Swedish Discrimination Act from the perspective of the individual, based on the individual's experience of discrimination and the individual's needs in a discrimination dispute. The background to the examination is a survey on discrimination towards junior doctors made by SYLF, Sveriges yngre läkares förening. The survey shows that a majority of those who had experienced discrimination in the workplace chose not to act against it. Only a few chose to take legal actions. In order to examine the availability of the Discrimination Act, the essay will use the legal scholarship Therapeutic Jurisprudence, TJ, which analyses the law's implication on people's wellbeing. According to TJ, the law does, intentionally or unintentionally, implicate the people who get in contact with it, in either a therapeutic or anti-therapeutic way.

The essay has analysed the Discrimination Act from three different angles – how the discrimination in law and real life differs, which ways the law offers restoration for the individual and finally the therapeutic potential in the law's demand to conduct internal processes. The essay shows that discrimination is experienced as complex, hard to define and expressed in variously individual, structural, organizational, formal and informal forms. Discrimination is also experienced as intersectional. This complex expression creates a discrepancy between the formal and narrow definition of discrimination in the law, and the more fluid and complicated experiences of reality. This means that the prohibition of discrimination in the Act might have trouble intercept the unfair treatment that is experienced as discrimination in real life. This might be problematic from a therapeutic perspective, since the essay shows that it is important that the individual in a legal dispute gets the opportunity to tell their story, get validation and participate in the process.

The Discrimination Act offers an opportunity for those who have experienced discrimination to be adjudged compensation for discrimination, a tort especially designed for discrimination disputes, through a legal process. Alongside with the possibility to talk about their experiences and get them validated, the essay present other needs that the individual might have in the process – to receive an apology or an explanation and that the responsibility for the discrimination is determined. Preferably this is combined with some sort of restoration of the situation that has been impaired by the discrimination. The court proceedings offered by the Discrimination Act might meet some of the needs of the individual, for instance the need to tell their story (within the frame of the legal dispute), get the responsibility for the discrimination stated and get restoration in means of economical compensation. Other needs, as the need to get an apology or an explanation or to achieve a resolution to the situation, is out of reach for the legal process or might even be counteracted by the legal process. Those needs might be better met in a process without legal framing, focusing on meeting the needs of the individual, and aiming to put things

right. Consequently, the Discrimination Act is able to offer some kinds of restoration and thereby therapeutic effects, but might in some cases, when the needs of the individual is out of reach for the law to meet, have anti-therapeutic effects on the individual. This makes the Discrimination Act available for the individual in some cases, but not in all. In the conclusion of this essay it is proposed that future research should explore alternative models for handling discrimination disputes, models which could work as a complement to the process offered by the Discrimination Act, focusing on meeting the emotional needs of the individual and to create socially sustainable solutions to the conflict.

Sammanfattning

Syftet med den här uppsatsen är att undersöka diskrimineringslagens användbarhet utifrån den enskildes perspektiv, med utgångspunkt i den enskildes upplevelse av diskriminering samt den enskildes behov i och av en diskrimineringsvist. Bakgrunden är en enkätundersökning om diskriminering mot underläkare gjord av SYLF, Sveriges yngre läkares förening, som visar att majoriteten av de som upplevt diskriminering på sin arbetsplats valt att inte agera mot den. Endast ett fåtal valde att vidta juridiska åtgärder. Som verktyg för att undersöka diskrimineringslagens användbarhet har uppsatsen använt rättsvetenskapen Terapeutisk juridik, TJ, som analyserar juridiken utifrån dess effekter på människors välmående. Enligt TJ ger juridiken, avsiktligt eller oavsiktligt, terapeutiska eller anti-terapeutiska effekter för den som kommer i kontakt med den.

I uppsatsen har diskrimineringslagen, med hjälp av forskning och rapporter om diskriminering och diskrimineringsvister, analyserats utifrån tre områden – vad som händer när juridiken möter verkligheten, vilka vägar lagens erbjuder till upprättelse samt den terapeutiska potential som finns i lagens krav på att genomföra interna processer för att hantera diskrimineringsfrågor på arbetsplatsen. Det har i uppsatsen framkommit att diskriminering ofta upplevs som komplex, svår att definiera och som att den utspelar sig på omväxlande individuell, strukturell, organisatorisk, formell och informell nivå. Diskriminering tar sig även intersektionella uttryck. I och med denna komplexitet uppstår en diskrepans mellan juridikens mer formalistiska och snäva definition, och verklighetens mer rörliga och komplicerade upplevelse. Detta innebär att lagens diskrimineringsförbud kan ha svårt att fånga upp all den orättvisa behandling som sker i verkligheten och som upplevs utgöra diskriminering. Detta är problematiskt ur ett terapeutiskt perspektiv eftersom det i uppsatsens undersökning framkommer att den enskilde i en rättstvist uppskattar möjligheten att berätta sin historia på sitt sätt, få den bekräftad och vara delaktig i processens utformning.

Genom diskrimineringslagen kan den som utsatts för diskriminering få upprättelse genom en domstolsprocess som tillerkänner den enskilde diskrimineringsersättning. Förutom att få möjligheten att berätta om sina erfarenheter och få dessa bekräftade, framkommer det i uppsatsen att den enskilde även kan vara intresserad av att få en ursäkt eller en förklaring, samt att det sker ett fastställande av ansvar för vad som har hänt. Detta får gärna kombineras med någon typ av återupprättelse eller att situationen som försämrats av diskrimineringen blir återupprättad. Domstolsprocessen som diskrimineringslagen erbjuder som upprättelse kan uppfylla en del av dessa behov, som att inom ramen för den juridiska processen berätta sin historia, fastställa ansvar och ge återupprättelse i form av ekonomisk kompensation. Andra behov, såsom att få en ursäkt, förklaring eller lösning på den faktiska situationen lämnas utanför eller kan till och med motverkas av processens juridiska inramning. Dessa behov skulle bättre kunna mötas genom utomrättsliga konfliktlösningar, som fokuserar på att möta den enskildes

behov och ställa saker till rätta. Diskrimineringslagens väg till upprättelse kan alltså ge terapeutiska effekter men också i värsta fall, där den enskilde är ute efter något helt annat än det som lagen kan erbjuda, ge anti-terapeutiska effekter. Det gör att diskrimineringslagen är användbar för den enskilde i vissa situationer, men inte i andra. I uppsatsens avslutande kommentar föreslås att det i framtida forskning bör utredas hur alternativa konfliktlösningsmodeller till diskrimineringslagen kan se ut, som skulle kunna komplettera diskrimineringslagens process med syfte att möta den enskildes emotionella behov och att skapa en socialt hållbar lösning på konflikten.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sveriges yngre läkares förening, SYLF, presenterade 2014 en rapport om diskriminering bland underläkare. Rapporten bygger på 3600 enkätundersvar och visar att 30 procent av de svarande hade upplevt diskriminering på sin arbetsplats.¹ På frågan om hur de hade agerat uppgav drygt 60 procent av dessa att de inte hade gjort något särskilt.² 34,8 procent av dessa upplevde att det inte var någon idé att agera eftersom det ändå inte skulle hända något, 26,6 procent var rädda för att det skulle påverka karriären negativt och 23,6 procent ville inte bli sedda som ett offer. Av undersökningen framkom att ett hinder för att agera var att det upplevdes som svårt att bevisa att något faktiskt utgjort diskriminering. Det upplevdes även som svårt att påtala diskriminering som underläkare, på grund av den beroendeställning man är i gentemot arbetsgivare och andra kollegor. Kombinationen av svårigheten att bevisa att en händelse faktiskt utgjort diskriminering och den ojämlika maktrelationen som underläkarna befann sig i, bidrog till att många lät bli att agera mot diskrimineringen.³ Av de som faktiskt agerade efter att ha upplevt sig diskriminerade, genom att exempelvis ta upp frågan med arbetsgivaren, den som diskriminerat eller facket, angav 68 procent att inget hände. Knappt 18 procent angav att diskrimineringen upphörde. Bland de som tog upp diskrimineringen med arbetsgivaren eller den som diskriminerat uppgav många dock att det lett till stärkt självkänsla och självförtroende. Att samtala med den som diskriminerat var den mest effektiva vägen för att få diskrimineringen att upphöra. Många fick då även en ursäkt av den som diskriminerat.⁴ Av undersökningen framkommer att knappt 7 procent kontaktade facket när de upplevt sig diskriminerade och endast ett fåtal kontaktade en intresseorganisation, en advokat eller DO.⁵

Resultaten som framkommit i SYLF:s undersökning visar på ett mörkertal för upplevd diskriminering, som även i resten av samhället är stort.⁶ Även i Diskrimineringsombudsmannens, DO:s, rapport *Upplevelser av diskriminering* framkommer att de flesta som upplever diskriminering inte anmäler den. Bland deltagarna råder en osäkerhet på om de skulle bli trodda och att det skulle komma något positivt ur processen.⁷ De siffror som framkommer i SYLF:s studie är oroväckande – en majoritet av den diskriminering som upplevs undgår helt konsekvenser eller ifrågasättande från den utsatte eller samhället. Det främsta verktyget för att motverka diskriminering inom svenskt rättssystem är diskrimineringslagen, som

¹ SYLF (2014) s 9.

² Ibid s 14-15.

³ Ibid s 16.

⁴ Ibid s 20.

⁵ SYLF (2014) s 15.

⁶ SOU 2016:87 s 224.

⁷ DO (2010) s 17-19.

förbjuder diskriminering genom att den som upplevt sig diskriminerad och vars upplevelse faller inom lagens definition har rätt till diskrimineringsersättning, 5 kap. 1 § diskrimineringslag (2008:567). Av både DO:s rapport och SYLF:s undersökning framkommer dock att ytterst få väljer att använda den juridiska vägen när det gäller att agera mot diskriminering och att det överlag finns ett stort motstånd mot att anmäla diskriminering. Den juridiska vägen till upprättelse framstår inte som lockande. Med ett stort mörkertal för diskriminering minskar möjligheterna att motverka den. Därför är det relevant att fråga sig vad det är som skapar motstånd till att anmäla diskriminering och hur diskrimineringslagen som verktyg uppfattas av den som utsätts för diskriminering.

1.2 Syfte och frågeställning

SYLF:s undersökning visar att få personer väljer att agera mot upplevd diskriminering och att ännu färre väljer att använda sig av diskrimineringslagens väg till upprättelse. Syftet med den här uppsatsen är att med utgångspunkt i vad som framkommit i SYLF:s rapport om diskriminering undersöka diskrimineringslagens effektivitet och användbarhet utifrån den enskildes perspektiv. Som verktyg för undersökningen kommer uppsatsen använda sig av rättsvetenskapen Terapeutisk juridik, varigenom juridiken analyseras utifrån dess effekter på enskildas mående. Uppsatsen kommer besvara följande frågeställningar:

- Hur ser den enskildes erfarenheter och upplevelser av diskriminering ut och omfattas dessa av diskrimineringslagens skydd?
- Vilka behov har den enskilde i och av en diskrimineringstvist och kan diskrimineringslagen möta dessa?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen utgår från SYLF:s undersökning av diskriminering mot underläkare. Uppsatsen kommer därför avgränsas till att undersöka diskrimineringslagens utifrån diskriminering i arbetslivet. Eftersom uppsatsens syfte är att analysera diskrimineringslagens kommer den inte undersöka de arbetsrättsliga aspekterna av diskriminering i arbetslivet. Uppsatsen begränsas till att undersöka just lagens utformning och dess användbarhet utifrån den enskildes perspektiv och kommer inte undersöka hur lagen tillämpas och appliceras i domstol.

1.4 Teoretiskt ramverk

Terapeutisk juridik, TJ, befinner sig inom ett vetenskapsfält som ibland kallas *The comprehensive law movement*. Området innefattar förutom TJ flera olika idéer, ideologier och förhållningssätt till juridiken som exempelvis restorative justice, procedural justice, preventive law, holistic

law, collaborative law och creative problem solving.⁸ Gemensamt för alla dessa områden är att, i motsats till en mer traditionell förståelse av juridiken, försöka närma sig juridiska konflikter på ett humanistiskt och lösningsorienterat sätt. Detta innebär till exempel att fokusera på de inblandade personernas målsättningar, behov, känslomässiga välmående och gemensamma relation. Rörelsen betraktar rättstvisten som ett av de minst gynnsamma tillvägagångssätten för att lösa konflikter och undviker dem gärna till förmån för andra, icke-juridiska lösningar.⁹

TJ grundades av juridikprofessorerna David Wexler och Bruce Winick. Från början utgick analysen utifrån mentalvården och dess juridik i USA, men TJ fick snabbt genomslag och sträcker sig nu över de flesta rättsområdena, exempelvis straffrätt, familjerätt, skadeståndsrätt och avtalsrätt. TJ är särskilt stort i USA, Kanada, Storbritannien och Australien. I USA har det även bildats specialdomstolar, exempelvis drug treatment courts, vars utformning i hög grad har påverkats av TJ:s framväxt. I Sverige är TJ inte i närheten av lika etablerat. Det mest betydande arbetet som introducerar TJ i en svensk kontext är Christian Diesens bok *Terapeutisk juridik*, som kom 2011.¹⁰

Terapeutisk juridik, TJ, bygger på en förståelse av juridiken som ett terapeutiskt medel och en terapeutisk aktör. Med detta menas att rättsregler, rättssystemet och juridikens aktörer (exempelvis domare, advokater och jurister) avsiktligt eller oavsiktligt skapar konsekvenser för den som kommer i kontakt med den. Inom TJ kategoriseras dessa som antingen terapeutiska eller anti-terapeutiska. Med hjälp av exempelvis psykologi, sociologi och beteendevetenskap studerar TJ juridikens konsekvenser med syftet att finna och främja de terapeutiska effekterna och minimera de anti-terapeutiska.¹¹ Inom TJ betraktas juridiken som något levande och rörligt, som påverkas av och speglar det samhälle och den kultur den existerar inom. Genom detta betraktas domare som politiska aktörer som, visserligen inom ett visst ramverk, skapar lagen genom att tillämpa den. Detta synsätt står i kontrast till en mer traditionell syn på lagen som något statiskt, formellt och artificiellt och på domaren som en mekanisk aktör som hittar och tillämpar rätten, men inte är delaktig i att skapa den.¹²

TJ använder sig alltså av vetenskapsfält som sociologi, psykologi, antropologi och statsvetenskap för att förstå juridiken, men skiljer sig från tidigare vetenskapsfält som kombinerar dessa med juridiken, genom att ha ett smalare fokus på juridikens effekter på människor hälsa och välbefinnande. Det betyder inte för den sakens skull att dessa är juridikens enda eller viktigaste konsekvenser – juridiken kan ge många olika effekter, däribland ekonomiska, miljömässiga eller sociala, men dessa studeras inte här. TJ skiljer sig också från fält som ”juridik och psykologi” eller ”samhällsvetenskap och juridik”. Dessa fält avser att undersöka juridiken utifrån en neutral position, medan TJ har en uttalat normativ inriktning där terapeutiska effekter eftersträvas och anti-terapeutiska effekter undvikas. I

⁸ Daicoff (2006) s 113.

⁹ Ibid s 111-112.

¹⁰ Diesen (2011) s 13-14.

¹¹ Winick (1996) s 646.

¹² Ibid s 647.

detta liknar TJ mer andra normativt inriktade rättsvetenskaper som exempelvis critical race theory, genusrättsvetenskap och critical legal studies, med vilka det ibland även överlappar.¹³

Begreppet ”terapeutisk” som används inom TJ är inte menat att anknyta till begreppets psykiatriska eller psykologiska betydelse. Vad som är terapeutiskt och anti-terapeutiskt ska istället tolkas brett och innefatta sådant som ökar respektive minskar den enskildes psykiska och fysiska välbefinnande.¹⁴ Definitionen av begreppet har lämnats öppen för att lättare kunna definieras av den person som berörs av konfliktens effekter.¹⁵ Eftersom målet med TJ är att finna de mest terapeutiska effekterna är TJ inte per definition emot att konflikter löses genom rättstvister, vilket andra skolor inom The Comprehensive Law Movement kan vara. TJ ser att det finns tillfällen där rättstvister kan vara det mest terapeutiska alternativet, då klienten om den vinner kan uppleva sig stärkt och bekräftad i en annars ojämlik relation. TJ-jurister tenderar dock att hitta lösningar bortom rättstvisterna eftersom de är medvetna om den negativa effekt som långa och kostsamma rättsprocesser kan ha på klienten och relationen mellan parterna.¹⁶

1.5 Metod och material

Syftet med uppsatsen är att analysera diskrimineringslagens användbarhet ur den enskildes perspektiv, med hjälp av rättsvetenskapen Terapeutisk juridik. Uppsatsen kommer därför utgå från en metod framarbetad av Michel Vols, professor på University of Groningen. Metoden beskriver fyra steg som den som vill undersöka juridiken med hjälp av TJ kan använda sig av. Steg 1 är att undersöka hur en lag är utformad och vad dess eventuella terapeutiska eller anti-terapeutiska effekter kan vara. Steg 2 är att titta på hur lagen appliceras och huruvida effekterna av detta är terapeutiska eller anti-terapeutiska. I steg 3 undersöks på vilket sätt terapeutiska och andra intressen vägs i den aktuella rättsordningen och i steg 4 ges eventuellt ett förslag på lagreform. Stegen måste enligt Vols göras i denna ordning – det går till exempel inte att gå händelserna i förväg genom att föreslå en lagreform utan att ha undersökt den existerande lagens terapeutiska och anti-terapeutiska effekter. Undersökningen måste dock inte genomföra alla steg för att vara kvalificerad – vilka som används beror på vad frågeställningen är.¹⁷

På grund av uppsatsens omfattning kommer undersökning begränsas till metodens första steg – en analys av en lags utformning och dess möjliga terapeutiska eller anti-terapeutiska effekter. En sådan analys görs enligt Vols modell i två steg. Först görs en ”doctrinal analysis”¹⁸, alltså vad som inom svensk rättsvetenskap kallas rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska

¹³ Winick (1996) s 649.

¹⁴ Ibid s 653.

¹⁵ Wexler (1993) s 765.

¹⁶ Daicoff (2006) s 120-121.

¹⁷ Vols (2019) s 75.

¹⁸ Ibid s 70.

metoden går ut på att, med utgångspunkt i rättskällorna – lag, prejudikat, förarbeten, doktrin, handelsbruk och sedvänjor¹⁹ - fastställa vilka rättsregler som finns inom ett visst rättsområde och vad dess innehåll är.²⁰ Därefter kan till utredningen tillföras relevant medicinsk och samhällsvetenskaplig forskning. Med utgångspunkt i detta görs sedan en analys av de terapeutiska eller anti-terapeutiska effekterna av lagens utformning.²¹

Undersökningen har i uppsatsen delats upp i olika kapitel som identifierats som relevanta för att besvara frågeställningarna. I respektive kapitel kommer det i undersökningens första del användas lagtext, förarbeten och doktrin för att redogöra för diskrimineringslagens syfte och utformning. I undersökningens andra del tillförs även psykologisk, sociologisk och rättsvetenskaplig forskning som på olika sätt hanterar frågan om hur enskilda upplever diskriminering, diskrimineringstvister och rättsprocessen i stort. En del av materialet utgörs av rapporter från svenska myndigheter, men majoriteten av materialet kommer från andra länder, i huvudsak USA. Eftersom det rör frågan om upplevelsen av mötet med rättssystemet och diskriminering, mer än en analys av rättssystemet eller diskrimineringslagstiftningens specifika utformning, bedöms materialet som relevant även i en svensk kontext. I de fall materialet faktiskt berör specifik lagstiftning har endast sådant material som i huvudsak motsvarar svensk lagstiftning tagits med i uppsatsen. I undersökningen används även rättssociologen Karl Dahlstrands avhandling om brottsofferersättning för att undersöka hur den ekonomiska ersättningen betraktas av mottagaren ur ett upprättelseperspektiv. Även om undersökningen gjorts på brottsoffer och inte personer som utsatts för diskriminering bedöms undersökningen vara relevant även i denna kontext, eftersom brottsofferersättningen och diskrimineringsersättningen fyller samma funktion i den juridiska processen.

1.6 Forskningsläge

TJ utvecklades som ovan nämnts av Wexler och Winick under 1980- och 1990-talet. Numera finns en stor mängd forskning och material på området. Två tidiga och framträdande textsamlingar är exempelvis *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* från 1996 av Wexler och Winick och *Practicing Therapeutic Jurisprudence: Law as a helping profession* från 2000 av Wexler, Winick och Dennis P. Stolle. *Law in a Therapeutic Key* är en samling artiklar av författare med olika bakgrunder som lämnat betydelsefulla insikter i utvecklandet av TJ. Boken delas in i kapitel efter rättsområden och täcker bland annat familjerätt, straffrätt och arbetsrätt. *Practicing Therapeutic Jurisprudence* är även den en artikelsamling av författare med olika bakgrunder som är framtagen för att kunna användas av praktiserande jurister som inom olika rättsområden vill använda TJ-baserade metoder i sitt yrke.

¹⁹ Lehrberg (2020) s 106.

²⁰ Ibid s 203.

²¹ Vols (2019) s 70.

I Sverige har TJ inte en lika framträdande roll som i exempelvis USA. Den första boken som på ett grundläggande sätt introducerar TJ i Sverige är Christian Diesens bok *Terapeutisk Juridik* från 2011. Boken är en introduktion till TJ och dess tankesätt och metoder.

På området diskrimineringsrätt finns flera olika arbeten som undersöker diskrimineringslagen utifrån the Comprehensive Law Movement. Bland dessa kan nämnas *The Restorative Workplace* från 2016 av Deborah Thompson Eisenberg och *In search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws* från 2004 av Jean R. Sternlight. I *The Restorative Workplace* undersöker Thompson Eisenberg de negativa effekter som uppstår när konfliktlösningen har en juridisk inramning. Arbetet innehåller en undersökning av huruvida diskrimineringskonflikter är bättre lämpade att lösa med hjälp av reparativa metoder utifrån rättsideologin Restorative Justice. I *In search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws* undersöker Sternlight olika tillvägagångssätt för att angripa diskrimineringskonflikter på arbetsplatsen genom att undersöka och jämföra flera olika rättsordningars diskrimineringslagstiftningar och vilka problem dessa möter.

1.7 Disposition

Uppsatsens disposition kommer utgå från tre olika områden som identifierats som intressanta ur ett terapeutiskt perspektiv och som relevanta för att besvara frågeställningarna. I uppsatsens andra kapitel redogörs för hur diskrimineringsförbudet är utformat och vad som händer när verkligheten översätts till juridik, utifrån forskning och material som bygger på människors erfarenheter och upplevelser av diskriminering. I uppsatsens tredje kapitel undersöks de vägar till upprättelse som diskrimineringslagen erbjuder och hur dessa kan betraktas utifrån forskning på vilka behov den enskilde kan ha i och av en diskrimineringskonflikt. I uppsatsens fjärde kapitel undersöks de verktyg som diskrimineringslagen har för arbetsgivaren att driva interna processer kring diskrimineringsfrågor och hur dessa processer kan betraktas ur ett terapeutiskt perspektiv. Varje kapitel avslutas med en diskussion. Det femte kapitlet innehåller en sammanfattande och avslutande reflektion.

2 När juridiken möter verkligheten

2.1 Inledning

Detta kapitel ger en introduktion till diskrimineringslagens syfte och dess främsta verktyg för att motverka diskriminering – diskrimineringsförbudet. Det är med hjälp av diskrimineringsförbudet som en enskild har möjlighet att gå till domstol och begära ersättning efter upplevd diskriminering. Diskrimineringsförbudet sätter alltså ramen för vad som är diskriminering i juridisk mening och vilka upplevelser som därmed åtnjuter lagens skydd. Av SYLF:s undersökning om diskriminering mot underläkare framkommer att många personer upplever det som svårt att bevisa att de blivit utsatta för diskriminering och att detta är något som avhåller dem från att agera mot diskrimineringen, särskilt som de redan står i beroendeställning till arbetsgivare eller kollegor som diskrimineringen ska påtalas inför. Utifrån detta är det intressant att undersöka hur erfarenheter av diskriminering faktiskt beskrivs och upplevs av personer som själva anser sig ha varit utsatta för diskriminering. Återspeglar lagens definition av diskriminering verklighetens uttryck och upplevelser? Och vad händer om det råder en alltför stor diskrepans mellan juridiken och verklighetens bild av vad som utgör diskriminering?

2.2 Introduktion till diskrimineringslagen

2.2.1 Diskrimineringslagens bakgrund

Den svenska diskrimineringslagstiftningen har till stor del sin grund i internationell rätt. I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948 slås i första artikeln fast att alla människor är födda ”fria och lika i värde och rättigheter”. Förklaringens andra artikel förbjuder diskriminering, genom att ”var och en är berättigad till alla de rättigheter och friheter som uttalas i förklaringen utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt”. Förutom FN:s allmänna förklaring är Sverige ansluten till flera FN-konventioner som förbjuder olika former av diskriminering - 1965 års FN-konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, 1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966 års FN-konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, 1979 års FN-konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, 1989 års FN-konvention om barnets rättigheter och 2006 års FN-konvention om rättigheter för personer med funktionshinder.

Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna är inkorporerad i svensk rätt och gäller som svensk lag, 2 kap. 19 §

regeringsformen (1974:52). I Europakonventionens artikel 14 finns ett förbud mot diskriminering som innebär att ”åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”

I EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna artikel 21 fastslås att all diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden. Inom EU-rätten finns även ett antal direktiv som rör förbud mot diskriminering, exempelvis direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling. Den svenska diskrimineringslagstiftningen springer i stor utsträckning ur EU-rättsliga bestämmelser om diskriminering.

Den första svenska diskrimineringslagen, jämställdhetslagen (997:1118) trädde i kraft 1980. Den följdes 1986 av den första lagen mot etnisk diskriminering. Först 1999 tillkom lagar som även förbjöd diskriminering på grund av sexuell läggning och funktionshinder. Samtliga av dessa lagar gällde dock endast inom arbetslivet. Diskriminering inom utbildningsområdet förbjöds först 2002, då lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan trädde i kraft. Därefter kom lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever som trädde i kraft 2006. En diskrimineringslag som täckte även andra samhällsområden, exempelvis offentlig verksamhet, varor, tjänster eller bostäder trädde i kraft först 2003, genom lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering. Alla diskrimineringsgrunder som fanns angivna i lagen var dock inte tillämpliga på alla de samhällsområden som lagen omfattade.

Den nuvarande svenska diskrimineringslagen (2008:567) trädde i kraft den 1 januari 2009. Den ersatte då sju tidigare gällande lagar²² inom flera olika områden. Syftet med att slå ihop lagarna till en enda var bland annat att göra regelverket tydligare och mer effektivt.²³ Genom lagen tillkom två nya diskrimineringsgrunder – ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck. Det tillkom också ett nytt skyddat samhällsområde – offentlig anställning. Lagen innebar även en utökning av talerätten och att det tidigare använda begreppet *ideellt skadestånd* ersattes med begreppet *diskrimineringsersättning*. Syftet var bland annat att få till stånd högre

²² Jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

²³ Prop. 2007/08:95 s 84-86.

ersättningsnivåer.²⁴ 2017 tillkom regler som utvecklade och förstärkte arbetet med aktiva åtgärder i diskrimineringslagens tredje kapitel. De nya reglerna innebar bland annat att arbetet konkretiserades, förtydligades och utvidgades till att gälla samtliga diskrimineringsgrunder.²⁵

2.2.2 Diskrimineringslagens syfte

I diskrimineringslagens förarbeten beskrivs syftet med lagstiftningen såhär:

”Diskrimineringslagstiftningen syftar till att värna principen om alla människors lika värde och allas rätt att bli behandlade som individer på lika villkor. Ytterst är lagstiftningen ett uttryck för det fria, demokratiska samhället och de värderingar som ligger till grund för samhällsordningen. Ett samhälle som slår vakt om alla människors lika värde är ett samhälle som ger alla möjligheter att utvecklas utifrån sina individuella egenskaper och förutsättningar och efter sin egen förmåga och sina egna val.”²⁶

Diskrimineringslagen är alltså ett uttryck för och ett värnande om rätten till likabehandling och lika förutsättningar. Regeringen anger i förarbetena att diskrimineringslagstiftningen är en del i arbetet för att Sverige ska vara ett humant och tolerant samhälle där mänskliga rättigheter och människors lika värde respekteras, likhet inför lagen råder och varje människa bemöts med respekt för sin person och sin särart.²⁷

I diskrimineringslagens portalparagraf 1 kap. 1 § anges att ”Denna lag har till ändamål att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.” Syftet är alltså tudelat – lagen ska både motverka diskriminering och främja lika rättigheter och möjligheter, i förhållande till de sju diskrimineringsgrunderna. Detta ska göras dels med hjälp av diskrimineringsförbuden, som förbjuder konkreta handlingar i särskilt angivna, individuella fall, och dels genom arbetet med aktiva åtgärder, som tar sikte på ett bredare och förebyggande arbete mot diskriminering och för lika rättigheter och möjligheter.²⁸

2.3 Diskrimineringsförbuden

2.3.1 Diskrimineringsformerna

Diskriminering kan ta sig olika uttryck. I diskrimineringslagens 1 kap 4 § anges fem olika former av diskriminering, som presenteras i tur och ordning i det följande avsnittet. För att en upplevelse ska utgöra diskriminering i juridisk mening måste alltså rekvisiten i varje form vara uppfyllda. I

²⁴ Fransson och Stüber (2015) s 39-40.

²⁵ Prop. 2015/16:135 s 24 ff.

²⁶ Prop. 2007/08:95 s 79.

²⁷ Ibid.

²⁸ Fransson och Stüber (2015) s 51-52.

paragrafens sista punkt anges även ett komplement till de fem formerna, *instruktioner att diskriminera*. I detta omfattas samtliga av de fem diskrimineringsformerna.²⁹

Direkt diskriminering

Direkt diskriminering innebär att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlas i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder, 1 kap. 4 § 1 p diskrimineringslagen. Här är de tre rekvisit som måste uppfyllas *missgynnande, jämförbar situation* och *orsakssamband med en diskrimineringsgrund*. Missgynnandet innebär att någon lider skada eller att en negativ effekt uppstått, och utgörs av en faktisk förlust, obehag eller liknande. Den jämförbara situationen kan vara både reell och hypotetisk – det är alltså inte nödvändigt att jämföra sig med en annan faktiskt person. Jämförelsen görs med någon som exempelvis har ett annat kön, annan etnicitet eller annan religion, än den som upplever sig diskriminerad. Betydelsen av rekvisitet jämförbar situation blir mer underordnad när det inte rör sig om rena urvalssituationer. I situationer när det utifrån principen om alla människors lika värde finns ett grundläggande krav på att bli bemött på ett icke-diskriminerande sätt, exempelvis i kontakt med myndigheter, har rekvisitet en underordnad praktisk betydelse.³⁰ Slutligen krävs det ett orsakssamband med en diskrimineringsgrund för att det ska vara diskriminering. Det finns inte ett orsakssamband om den som påstås diskriminera inte känner till diskrimineringsgrunden. Orsakssambandet kan vara svagt eller starkt. Ett starkt orsakssamband innebär att det finns en diskriminerande avsikt. Ett svagt orsakssamband innebär att orsakssamband föreligger om de presumerade omständigheterna föreligger.³¹

Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, viss funktionsnedsättning, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet, 1 kap 4 § 2 p diskrimineringslagen. Rekvisiten som ska vara uppfyllda för att något ska utgöra indirekt diskriminering är *särskilt missgynnande, jämförelse* och *intresseavvägning*. Ett särskilt missgynnande utgörs av en faktisk skada, obehag eller annan nackdel. Att det ska vara ett *särskilt* missgynnande innebär inte att missgynnandet ska vara grövre än det som avses i direkt diskriminering. Vad gäller kravet på jämförelse i indirekt diskriminering är det till skillnad från direkt diskriminering absolut, vilket innebär att det måste finnas

²⁹ Fransson och Stüber (2015) s 63.

³⁰ Ibid s 63-67.

³¹ Ibid s 70-71.

faktiska personer som missgynnas och gynnas av bestämmelsen, kriteriets eller förfaringssättets utformning. Skillnaden mellan missgynnande och gynnande ska vara betydlig. I regelns intresseavvägning ska utifrån proportionalitetsprincipen vägas den negativa effekten som uppstår för en person som skyddas av lagen mot behovet att särskilt missgynna hos den som ställs till svars. Det ska finnas ett berättigat syfte att missgynna en viss grupp, som ska vara skyddsvärt i sig och tillräckligt viktigt för att vägra tyngre än principen om icke-diskriminering. Att regeln, kriteriet eller förfaringssättet ska vara lämpligt och nödvändigt innebär att det i första hand ska väljas åtgärder som är mindre missgynnande för att uppnå det berättigade syftet.³²

Bristande tillgänglighet

Bristande tillgänglighet innebär att en person med en funktionsnedsättning missgynnas genom att åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning, som är skäligen utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning, och med hänsyn till

- de ekonomiska och praktiska förutsättningarna,
- varaktigheten och omfattningen av förhållandet eller kontakten mellan verksamhetsutövaren och den enskilde, samt
- andra omständigheter av betydelse, 1 kap. 4 § 3 p diskrimineringslagen.

De rekvisit som ska vara uppfyllda är här *missgynnande*, *underlåtenhet* och *jämförbar situation*. Ett missgynnande utgörs av att någon försätts i ett sämre läge eller inte får tillgång till en förbättring, förmån, service eller liknande. Underlåtenheten innebär att någon inte vidtar åtgärder eller vidtar åtgärder som inte är tillräckliga för att personen med funktionsnedsättning ska försättas i en jämförbar situation. Slutligen ska en skälighetsbedömning göras. Skäligen åtgärder ska som huvudregel utgöras av sådant som redan krävs av befintlig lagstiftning, exempelvis arbetsmiljölagen. I bedömningen vägs även praktiska och ekonomiska förutsättningar in, samt hur långvarigt relationen kommer vara.³³

Trakasserier

Trakasserier utgör ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder, 1 kap. 4 § 4 p diskrimineringslagen. Bestämmelsen om trakasserier utgår ifrån de fyra rekvisiten *missgynnande*, *oönskat beteende*, *insikt* och *orsakssamband*. Trakasserier utgörs av kränkande handlingar av exempelvis fysisk eller verbal natur. Missgynnandet innebär att det ska uppstå någon sorts skada eller obehag av kränkningen – den får inte vara alltför bagatellartad. Handlingen ska vara oönskad av den som utsätts för den, men det behöver

³² Fransson och Stüber (2015) s 75-77.

³³ Ibid s 82-83.

inte finnas en avsikt att kränka från avsändaren. Vad som upplevs kränkande och oönskat är en subjektiv upplevelse. Avsändaren måste dock ha insikt i att handlingen upplevs som kränkande, vilket innebär att den som känner sig kränkt måste göra den andra personen uppmärksam på det. Detta gäller dock inte vid uppenbara kränkningar. Slutligen krävs ett orsakssamband till en diskrimineringsgrund.³⁴

Sexuella trakasserier

Sexuella trakasserier utgör ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet, 1 kap. 4 § 5 p diskrimineringslagen. Bestämmelsen om sexuella trakasserier innehåller i huvudsak samma rekvisit som trakasserier – *missgynnande, oönskat beteende* och *insikt*. Det krävs däremot inget orsakssamband till någon diskrimineringsgrund. Regeln är på så sätt fristående från de sju diskrimineringsgrunderna. Handlingen ska istället vara av sexuell natur. Det kan till exempel röra sig om verbala uttryck eller fysiska kränkningar.³⁵

Instruktioner att diskriminera

Instruktioner att diskriminera utgör order eller instruktioner att diskriminera på ett sätt som avses i 1–5 p 1 kap 4 § diskrimineringslagen, och som lämnas åt någon som står i lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern eller instruktionen eller som gentemot denna åtagit sig att fullgöra ett uppdrag, 1 kap. 4 § 6 p diskrimineringslagen. Instruktioner att diskriminera fungerar som ett komplement till de fem diskrimineringsformerna. Rekvisiten i diskrimineringsformerna måste alltså vara uppfyllda. Som huvudregel måste det uppstå en missgynnande effekt för någon genom att instruktionen getts. Undantag till detta är när personer missgynnas genom att pekats ut, även om instruktionen att diskriminera inte efterföljs.³⁶

2.3.2 Diskrimineringsgrunderna

Som framgår i avsnittet ovan krävs för att flera av diskrimineringsformerna ska vara uppfyllda en koppling till vad som brukar kallas en diskrimineringsgrund – kön, könsidentitet eller uttryck, etnicitet, funktionsnedsättning, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller ålder. Diskrimineringsgrunderna anger den skyddade personkretsen i diskrimineringslagen. Det innebär att juridiska personer eller personer som missgynnas på annan grund än de sju angivna inte omfattas av lagens skydd.³⁷

Listan av diskrimineringsgrunder i den svenska diskrimineringslagen är sluten, i motsats till exempelvis FN:s allmänna förklaring av de mänskliga rättigheternas artikel 2 och Europakonventionens artikel 14, som förbjuder diskriminering utifrån en rad olika angivna grunder men även ”ställning i övrigt”. I diskrimineringslagens förarbeten diskuteras möjligheten till att

³⁴ Fransson och Stüber (2015) s 84-85.

³⁵ Ibid s 86.

³⁶ Ibid s 89.

³⁷ Ibid s 91.

även inom svensk rätt använda sig av en öppen lista. Även möjligheten att införa fler diskrimineringsgrunder, exempelvis politisk åskådning, socialt ursprung, genetiska särdrag, förmögenhet, tillhörighet till nationell minoritet och börd tas upp. I propositionen görs dock bedömningen att diskrimineringslagens nuvarande utformning är tillräcklig för att uppfylla vad som krävs av Sveriges åtagande enligt gällande EU-direktiv. Det påpekas också att de diskrimineringsförbud som görs gällande i Europakonventionen även gäller som svensk lag. Regeringen öppnar dock för att det på sikt kan vara av intresse att istället för att ha en sluten lista utforma ett generellt diskrimineringsförbud med utgångspunkt i alla människors lika värde och rättigheter.³⁸

Varken den svenska lagstiftningen eller dess förarbeten berör frågan om multipla diskrimineringsgrunder, alltså att en person kan diskrimineras eller utsättas för kränkningar utifrån flera diskrimineringsgrunder samtidigt. Men eftersom människan är en helhet och inte går att dela upp i olika diskrimineringsgrunder, händer det i verkliga livet att människor diskrimineras utifrån fler än en diskrimineringsgrund. Fransson och Stüber har urskilt tre olika former av multipel diskriminering. Den första formen är *adderade diskrimineringsgrunder*, vilket innebär att en person utsätts för diskriminering i flera olika situationer. Till exempel kan personen i olika skeden av en anställningsprocess bli diskriminerad först utifrån kön, sen utifrån etnicitet och därefter ålder. Den andra formen är *ackumulerade diskrimineringsgrunder*. Med detta avses att en diskrimineringsgrund förstärker en annan, alltså att diskrimineringsgrunderna samverkar med varandra. En tredje form är diskriminering som uttrycker sig *intersektionellt*. När diskrimineringsgrunder intersektekar med varandra avses en komplex situation där flera olika diskrimineringsgrunder aktualiseras samtidigt. Diskrimineringsgrunderna går i dessa fall inte att skilja från varandra, de är odelbara.³⁹

2.3.3 Diskriminering inom arbetslivet

Diskrimineringsförbuden gäller inte generellt inom alla relationer i samhället. I diskrimineringslagens andra kapitel anges inom vilka sammanhang som diskrimineringsförbuden gäller. Diskrimineringsförbuden gäller inom:

- Arbetslivet, 2 kap. 1 § diskrimineringslagen.
- Utbildning, 2 kap. 5 § diskrimineringslagen.
- Arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag, 2 kap. 9 § diskrimineringslagen.
- Start eller bedrivande av näringsverksamhet samt yrkesbehörighet 2 kap. 10 § diskrimineringslagen.
- Medlemskap i vissa organisationer, 2 kap. 11 § diskrimineringslagen.

³⁸ Prop. 2007/08:95 s 111.

³⁹ Fransson och Stüber (2015) s 92-93.

- Varor, tjänster och bostäder m.m., 2 kap 12 § diskrimineringslagen.
- Hälso- och sjukvården samt socialtjänsten m.m., 2 kap. 13 § diskrimineringslagen.
- Socialförsäkringssystemet, arbetslöshetsförsäkringen och studiestöd, 2 kap. 14 § diskrimineringslagen.
- Värnplikt och civilplikt, 2 kap. 15 § diskrimineringslagen.
- Offentlig anställning, 2 kap. 17 § diskrimineringslagen.

Denna uppsats syftar till att undersöka diskriminering i arbetslivet. En arbetsgivare är förbjuden att diskriminera en arbetstagare eller praktikant, den som söker arbete eller praktik och den som arbetar som inhyrd arbetskraft, 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. I förbudet omfattas bland annat diskriminering relaterad till löner och arbetsvillkor, arbetsledningsbeslut vad gäller exempelvis arbetsuppgifter och arbetstider, befordran, omplacering, uppsägningar och avskedning. Vad gäller trakasserier och sexuella trakasserier omfattas såväl jargong och ordval som ledning och fördelning av arbetet. För den som söker arbete eller praktik faller hela rekryteringsprocessen in under diskrimineringsförbudet.⁴⁰

2.3.4 Förbud mot repressalier

En arbetsgivare är förbjuden att utsätta en arbetstagare, den som gör en förfrågan om eller söker arbete, den som söker eller fullgör praktik och den som står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd arbetskraft för repressalier, 2 kap. 18 § diskrimineringslagen. Detta gäller om personen anmält eller påtalat att arbetsgivaren handlat i strid med lagen, har medverkat i en utredning enligt lagen eller har avvisat eller fogat sig i arbetsgivarens trakasserier eller sexuella trakasserier, enligt samma lagrum. Förbudet mot repressalier gäller inom alla skyddade områden i diskrimineringslagen, 2 kap. 19 § diskrimineringslagen.

Vad repressalier är framgår inte av lagtexten. Av förarbeten framgår dock att det som avses är en hämndaktion och en bestraffningsåtgärd. Dessa utgörs av handlingar eller uttalanden som medför skada och obehag för den som utsätts. Som exempel anges att en arbetstagare drabbas av försämrade arbetsvillkor.⁴¹

2.4 Upplevelsen av diskriminering

2.4.1 Vad är diskriminering?

Den juridiska definitionen av diskriminering inom svensk rätt finns i diskrimineringslagen och har beskrivits i det föregående avsnittet. Diskriminering är även ett ord som används i dagligt tal, utanför den juridiska kontexten. Enligt Nationalencyklopedin beskrivs diskriminering

⁴⁰ Fransson och Stüber (2015) s 137.

⁴¹ Prop. 2007/08:95 s 307-308.

som ”särbehandling (av individer eller grupper) vilken innebär ett avsteg från principen att lika fall skall behandlas lika” och en ”särbehandling av en grupp eller av en individ som innebär olägenhet av något slag.”⁴² Man skiljer på individuell diskriminering och strukturell diskriminering. Med den strukturella diskrimineringen avses att regler, rutiner eller praxis i ett socialt system eller institution får avsiktliga eller oavsiktliga diskriminerande effekter. Det innebär att diskriminering inte bara utförs av individer, utan även kan ingå i samhällsstrukturer, organisationer och institutioner.⁴³ I de följande avsnitten kommer diskriminering användas både som juridisk term och icke-juridisk term. Att något exempelvis beskrivs upplevas som diskriminering eller utgöra diskriminering kan vara ett uttryck för upplevelser av negativ särbehandling, men behöver inte i alla fall innebära att det också utgör diskriminering i juridisk mening.

2.4.2 Diskrimineringens komplexa uttryck

Juridikprofessorn Susan Sturm förklarar diskriminering som delad i två olika former – första och andra generationens diskriminering. Enligt Sturm är diskrimineringslagstiftningen utformad efter den första generationens diskriminering och återspeglar samhället som det såg ut under den period då de mänskliga rättigheterna utvecklades. Diskriminering i arbetslivet tog sig då tydliga och konkreta former där människor förvägrades arbete på grund av exempelvis etnicitet och kön. Diskrimineringen var uppenbar och öppen och bröt därmed på ett tydligt sätt mot idéer om jämlikhet och rättvisa. Diskrimineringsärenden som tillhör den första generationens diskriminering tog sikte på att motverka denna typ av öppen exkludering på arbetsmarknaden.⁴⁴ Även om denna direkta form av diskriminering fortfarande finns kvar, menar Sturm att den i takt med samhällsutvecklingen mer och mer ersätts av ”subtle, interactiv and structural bias.”⁴⁵ Detta är den andra generationens diskriminering. Andra generationens diskriminering tar sig mer komplexa uttryck än den första generationens, och är ofta svår att hänföra till specifika händelser, personer eller ens tydliga intentioner.⁴⁶ Det kan röra sig om anställningsförfaranden som utgår från subjektiva grunder, dålig arbetsmiljö eller glastak som sätter stopp för personers karriär.⁴⁷ Agerandena kan uppfattas olika beroende på kontext och det är inte alltid tydligt om de faktiskt utgör diskriminering eller fullt lagligt, men olämpligt beteende.⁴⁸ Sturm beskriver komplexiteten såhär:

“Their complexity lies in the multiple conceptions and causes of the harm, the interactive and contextual character of the injury, the blurriness of the boundaries between legitimate and wrongful conduct, and the structural and

⁴² Nationalencyklopedin, *diskriminering*

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Sturm (2001) s 465-468.

⁴⁵ Ibid s 468.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid s 469.

⁴⁸ Ibid.

interactive requirements of an effective remedy.”⁴⁹

Sturm påpekar att denna organisatoriska och kulturella form av diskriminering givetvis existerade även under den tidiga utvecklingen av mänskliga rättigheter och diskrimineringslagstiftning, men eftersom diskrimineringen då ofta tog sig direkta uttryck fanns det inget behov av att analysera diskrimineringens mer djupgående och subtila former. De två olika formerna har alltså ofta samverkat både historiskt och gör det även i nutid.⁵⁰

2014 kom DO ut med rapporten *Delar av ett mönster*. I rapporten har DO analyserat anmälningar om diskriminering som inkommit till myndigheten för att undersöka hur diskriminering upplevs. Rapporten presenterar en bild som stämmer väl överens med Sturms beskrivning av andra generationens diskriminering. Av anmälningarna framkommer att diskriminering är en komplicerad process som sällan består av enstaka händelser. Diskrimineringen upplevs istället som ett mönster eller en kedja av olika handlingar och strukturer.⁵¹ Ofta tar sig den ojämlika behandlingen växelvis subtila eller informella former och växelvis mer öppna eller formella handlingar.⁵² Av anmälningarna framgår att diskrimineringen ingår i en kultur, struktur eller beteendemönster på till exempel en arbetsplats. Det upplevs svårt att peka ut en särskild diskriminerande händelse vid en viss tidpunkt och även att peka ut exakt vem som är ansvarig.⁵³ DO drar i sin rapport slutsatsen att det finns en risk att man bara behandlar symptomen istället för orsakerna, om man försöker förklara diskriminering som något som ligger enkom hos enskilda personer eller i enskilda handlingar. Enligt DO måste man se till de sociala processerna som omger händelserna, samt ta hänsyn till historia och kontext.⁵⁴ Av DO:s rapport från 2010, *Upplevelser av diskriminering*, framkommer att det finns en diskrepans mellan vad anmälarna uppfattar som diskriminering och vad som utgör diskriminering i lagens definition. Anmälarna ser inte diskriminering som något som är begränsat till ett visst område eller sammanhang.⁵⁵

Av DO:s rapport *Kedjor av händelser*, som analyserar anmälningar från muslimer och förmodade muslimer, framkommer att diskrimineringen ofta är mycket subtil. Anmälarna tror att det som hänt har koppling till deras etnicitet eller religiösa tillhörighet, men det är sällan uttalat. Detta gör det svårt för anmälarna att analysera och förstå vad som hänt och avgöra om det inträffade utgjort diskriminering eller slumpvis negativ behandling. Det är även svårare att påpeka upplevelser av subtil diskriminering eftersom den är lätt att förneka. Det gör att anmälarna riskerar att få sina upplevelser ifrågasatta.⁵⁶

⁴⁹ Sturm (2001) s 469.

⁵⁰ Ibid s 468.

⁵¹ DO (2014) s 121-122.

⁵² Ibid s 57.

⁵³ Ibid s 121-122.

⁵⁴ DO (2014) s 123.

⁵⁵ DO (2010) s 43.

⁵⁶ DO (2016) s 98.

2.4.3 Intersektionella upplevelser

Multipel diskriminering är, som beskrivits i avsnitt 2.2.2, diskriminering som har koppling till fler än en diskrimineringsgrund.⁵⁷ Multipel diskriminering kan förklaras med hjälp av begreppet intersektionalitet. Intersektionella perspektiv används för att analysera och förstå hur olika strukturer samverkar för att konstruera makt och ojämlikhet. Kategorier som kön, etnicitet, sexualitet och klass betraktas som sammanlänkade och omöjliga att dela upp eller förstås var för sig.⁵⁸ En förståelse av makt och ojämlikhet som reducerar positioner som kön, etnicitet eller ras till åtskilda kategorier osynliggör hur maktstrukturer konstruerar varandra.⁵⁹ Med en intersektionell förståelse synliggörs istället det ”kvalitativt annorlunda tillstånd som uppstår genom den simultana effekten av kön, klass och ’ras.’”⁶⁰ Kön kan till exempel aldrig förstås eller analyseras endast som kön, utan förhåller sig alltid även till klass, etnicitet och sexualitet och transformeras i mötet med dessa positioner. Det är inte möjligt att avgränsa kategorierna ifrån varandra utan att vidmakthålla maktrelationer som finns i samhället. En avgränsad förståelse av kön kommer till exempel alltid betraktas som vit, heterosexuell och medelklass om andra positioner inte lyfts fram, liksom analyser utifrån etnicitet, kön och klass alltid kommer utgå från heterosexualitet så länge positionen sexualitet inte tas med i analysen.⁶¹

I flera av DO:s rapporter som analyserar anmälningar om diskriminering framkommer att diskriminering upplevs fungera intersektionellt. I rapporten *Att mötas av hinder* som undersöker diskriminering kopplat till funktionsnedsättning anger flera anmälare att de inte kan avgöra om de diskrimineras utifrån sin funktionsnedsättning eller även andra diskrimineringsgrunder, exempelvis etnisk tillhörighet eller sexuell läggning.⁶² Av rapporten *Kedjor av händelser*, som analyserar diskriminering mot muslimer och förmodade muslimer framkommer att vissa individer diskrimineras på grund av religion eftersom att de utifrån sin etnicitet antas vara muslimer. Andra beskriver att de diskrimineras utifrån etnicitet snarare än religion. Av analysen framkommer att det inte går att separera upplevelsen av diskriminering i kategorier som religion eller etnicitet, eftersom att de är så nära sammanflätade. Av rapporten framkommer också att muslimska och förmodade muslimska kvinnor och män upplever delvis lika, men delvis olika typer av diskriminering. Båda upplever sig bli misstänkta för att kunna begå terrorbrott, men män upplever sig mer utsatta för stereotyper om hedersvåld medan kvinnor upplever sig mer trakasserade i det offentliga rummet. Det finns alltså en intersektion mellan religion och kön som skapar egna upplevelser av diskriminering.⁶³

Juristen Kimberle Crenshaw beskriver problemet med att inte ha en intersektionell förståelse av diskriminering med hjälp av rättsfallet

⁵⁷ SOU 2014:34 s 61.

⁵⁸ de los Reyes (2005) s 9-10.

⁵⁹ Ibid s 90.

⁶⁰ Ibid s 24.

⁶¹ de los Reyes (2005) s 99.

⁶² DO (2014b) s 66.

⁶³ DO (2016) s 96-97.

DeGraffenreid vs General Motors, där ett företag stämde för att deras anställningsförfarande uteslöt svarta kvinnor. Domstolen nekade de fem kändarna en prövning utifrån att de var just svarta kvinnor, eftersom de inte ansågs ha rätt att kombinera diskrimineringsgrunder och på så sätt få stöd för diskriminering som lagstiftaren inte avsåg skulle omfattas av lagen. Domstolen prövade därför fallet utifrån diskrimineringsgrunderna kön och etnicitet var för sig. Utifrån detta fann domstolen att de svarta kvinnorna inte var diskriminerade, eftersom det visst fanns kvinnor – som var vita och arbetade på kontoret – och svarta – som var män och arbetade på lagret – anställda inom företaget.⁶⁴ Crenshaw menar att svarta kvinnors upplevelse av diskriminering ofta grundas på både kön och etnicitet, eller på att de är just svarta kvinnor⁶⁵ – en sådan kvalitativt annorlunda position som skapas i intersektionen mellan kön och etnicitet.⁶⁶ Crenshaw drar slutsatsen att svarta kvinnor endast skyddas mot diskriminering som överensstämmer med vita kvinnors och svarta mäns upplevelser. När svarta kvinnors upplevelser måste filtreras genom kategorier som inte stämmer in på deras verklighet blir deras behov inte erkända.⁶⁷ Diskrimineringslagens smala utformning lämnar därmed svarta kvinnor utan skydd.⁶⁸ Paulina de los Reyes och Diana Mulinari beskriver den problematik som uppstår när kön, klass och ras fixeras i homogena kategorier. Genom fixeringen och uppdelningen osynliggörs de sociala och komplexa orsaker som konstruerar ojämlikhet. Att skapa och fokusera på kategorier för att förklara ojämlikhet riskerar också att förstärka stigmatiseringen av underordnade grupper, eftersom de pekats ut som ansvariga för sin underordning. Med en intersektionell förståelse är det istället möjligt att lyfta blicken och synliggöra de institutionella strukturer som skapar ojämlikhet.⁶⁹ Som ett exempel anger de los Reyes och Mulinari att man istället för att fokusera på kategorier som kvinnor eller invandrare för att förklara segregering och ojämlikhet i arbetslivet, bör granska arbetsmarknadens utformning och hur denna möjliggör att kön, etnicitet och klass skapar underordning och överordning inom arbetslivet.⁷⁰

2.4.4 Relationen mellan parterna

Av DO:s rapport från 2014 framkommer att personer som upplever diskriminering använder sig av olika typer av anpassningsstrategier för att hantera upplevelsen av diskriminering eller förhindra den från att uppstå. Personerna kan också förändra sina beteendemönster som ett sätt att möta diskrimineringen.⁷¹ Ett exempel på detta är en kvinna som på sin arbetsplats utsatts för bland annat systematisk lönediskriminering, exkludering och sexuella trakasserier och som blev förolämpad och nertryckt när hon tog

⁶⁴ Crenshaw (1989) s 141-142.

⁶⁵ Ibid s 149-150.

⁶⁶ de los Reyes (2005) s 99.

⁶⁷ Crenshaw (1989) s 149-150.

⁶⁸ Ibid s 152.

⁶⁹ de los Reyes (2005) s 128-129.

⁷⁰ de los Reyes (2005) s 129.

⁷¹ DO (2014a) s 9.

plats på möten eller hävdade sina rättigheter. Hennes sätt att hantera detta blev att framhäva och stötta männens arbete och själv hålla en låg profil.⁷² Att personer som upplever diskriminering använder sig av olika typer av strategier för att bemöta den bekräftas även i forskningen, exempelvis i en undersökning av Chrystal M. Flemming m.fl. om hur afroamerikaner reagerar på stigmatisering. Strategierna för att hanterat diskrimineringen kan se olika ut, men kan till exempel handla om att bemöta och konfrontera diskrimineringen genom att benämna och diskutera situationen eller påpeka att den gör personen obekvä. En annan strategi är att försöka ta luften ur situationen genom att ignorera, tolerera, acceptera eller undvika den.⁷³ Gemensamt för de deltagande i studien är att de måste förhålla sig till de risker som finns med att bemöta diskrimineringen och att de anpassar sitt bemötande på ett sådant sätt som de tror gör det mest sannolikt att få gehör för protesterna.⁷⁴

I DO:s rapport *Upplevelser av diskriminering* är det flera av anmälarna som upplevt diskriminering på sin arbetsplats som lyfter det problematiska i att anmäla sin chef. Relationen är ofta redan dålig och eftersom chefen har makt att påverka både lön och arbetstillvaro avstår många från att anmäla.⁷⁵ Den maktrelationen som finns mellan en anställd och en arbetsgivare påverkar hur den enskilde agerar efter upplevd diskriminering, eftersom en anmälan kan innebära en risk att förlora jobbet.⁷⁶

Utöver risken att straffas i relation till arbetet finns även risken att ett påtalande om diskriminering ger sociala konsekvenser. I artikeln *Speaking of Silence* diskuterar Martha Minow, med utgångspunkt i Kristin Bumillers intervjuer med 18 personer som upplevt diskriminering men låtit bli att anmäla den, vad det är som gör att diskriminering inte blir anmäld. Utöver anledningar som har att göra med tillgång till rättvisa, alltså förmåga att identifiera juridiska vägar för upprättelse, möjlighet och medel att driva frågorna juridiskt och slutligen den faktiska möjligheten att vinna i domstol, har sociala konsekvenser stor påverkan på om personer anmäler diskriminering eller inte. För det första riskerar den som påtalar diskriminering att själva betraktas som problemet, som illojal eller besvärlig. Det kan upplevas som förnedrande att behöva berätta om sina upplevelser för chefer och kollegor och få dem utvärderade och ifrågasatta. Att anmäla diskriminering kopplat till en viss diskrimineringsgrund gör också den egna kopplingen till diskrimineringsgrunden tydligare. Den som anmäler riskerar då att hamna i utanförskap eftersom det synliggörs att personen, till skillnad från andra, tillhör en viss grupp och därmed är avvikande. Minow kallar detta för ”the dilemma of difference”, alltså det faktum att både identifiera och ignorera normbrytande egenskaper riskerar att orsaka skada hos personen och göra att den framstår som annorlunda.⁷⁷ Av Bumillers intervjuer framkommer att det för personer som avviker från normen kan framstå som ett bättre alternativ att inte anmäla eller påtala

⁷² DO (2014a) s 41-42.

⁷³ Fleming m.fl. (2012) s 405-406.

⁷⁴ Ibid s 405 ff.

⁷⁵ DO (2010) s 17-19.

⁷⁶ Bickerstaff (2012) s 120.

⁷⁷ Minow (1988) s 499-500.

diskriminering, för att slippa bli utpekad som annorlunda eller avvikande. Att avstå från att anmäla kan till och med ge en känsla av självbestämmande, självrespekt och värdighet. Det upplevs vara ett sätt att själv få kontroll över situationen.⁷⁸

2.5 Diskussion

I detta kapitel förklaras den juridiska definitionen av diskriminering – en händelse ska passa in i en viss form, ha koppling till en av de sju diskrimineringsgrunderna och äga rum inom ett av de skyddade områdena i diskrimineringslagen. För att passa in i en av diskrimineringsformerna ska flera olika rekvisit vara uppfyllda. Diskrimineringslagen är alltså en selektiv rättviselagstiftning som skyddar inom vissa avgränsade områden. I kapitlet framkommer även en bild av diskriminering som en mycket komplex upplevelse. Diskrimineringen påverkas och utgörs av individuella, strukturella, intersektionella och relationella aspekter. Att diskriminering kan vara så pass komplicerad och subtil gör det svårt att ringa in och beskriva en enskild händelse. Detta kan vara en förklaring till att det i SYLF:s undersökning framkommit att diskriminering upplevs svår att bevisa. Det är också problematiskt, eftersom diskrimineringens komplexa uttryck även kan göra att de upplevelser som arbetstagare i verkligheten uppfattar som diskriminerande faller utanför den diskriminering som är förbjuden enligt lagen. Detta problem uppstår utifrån flera aspekter.

För det första ställer diskrimineringslagen upp vissa bestämda former för att en händelse ska utgöra diskriminering i juridisk mening. Händelsen ska antingen utgöra direkt diskriminering, indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier eller sexuella trakasserier. Det ska sägas att det kan finnas goda anledningar till att avgränsa och definiera vad som utgör diskriminering – allt som upplevs som orättvist behöver inte nödvändigtvis vara diskriminering - men eftersom många personer som upplever diskriminering uppger att det är svårt att ange en särskild händelse eller en särskilt ansvarig, kan lagens formkrav på diskriminering göra det svårt att faktiskt fånga upp den orättvisa behandling som sker i verkligheten. Det krävs till exempel att man inom direkt och indirekt diskriminering på olika sätt ska kunna visa på jämförbara situationer och vissa nivåer av missgynnande – lyckas inte detta utgör händelsen inte diskriminering i juridisk mening. Inom indirekt diskriminering och bristande tillgänglighet görs en intresse- respektive skälighetsprövning som kan resultera i att det visserligen finns ett klarlagt missgynnande, men det som hänt utgör av andra skäl inte diskriminering i juridisk mening. Inom både trakasserier och sexuella trakasserier finns ett krav på att den som upplever sig kränkt ska meddela den som står för den kränkande handlingen detta, för att handlingen (om den inte är uppenbart kränkande) ska utgöra diskriminering. Med tanke på den problematik som tas upp i avsnitt 2.4.3 vad gäller den ojämna maktrelationen mellan en arbetstagare och en arbetsgivare kan detta vara svårt att göra i verkligheten. Inom alla diskrimineringsformer måste

⁷⁸ Minow (1988) s 502-503.

också finnas ett orsakssamband till en diskrimineringsgrund. Även om det räcker med ett svagt orsakssamband kan det vara mycket svårt att bevisa när diskrimineringen är subtil och outtalad. Som nämnts ovan finns det skäl att definiera och avgränsa vad som utgör diskriminering på detta sätt, men snäva definitioner gör det också svårt att fånga in komplexa och rörliga upplevelser. Diskrimineringslagens diskriminerings-förbud omfattar dessutom bara individuell diskriminering, alltså en definierad händelse som utförs av en person mot en annan person, inte strukturella och organisatoriska former av diskriminering där grupper underordnas och överordnas varandra. Eftersom diskriminering har angetts verka omväxlande på individuell och strukturell nivå bli det även svårt att fånga upp upplevelsen av diskriminering med den nuvarande diskrimineringslagen.

För det andra är det bara vissa grupper som skyddas mot diskriminering – de sju diskrimineringsgrunderna etnicitet, funktionsnedsättning, kön, könsidentitet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och ålder. Detta gör att personer som utsätts för orättvis behandling utifrån exempelvis utseende, politisk åskådning eller socioekonomisk ställning inte omfattas av lagens skydd, som de skulle ha gjort om diskrimineringsgrunderna bestod av en sådan öppen lista som återfinns exempelvis i Europakonventionen och FN:s deklaration. I diskrimineringslagen finns – även om det är möjligt att driva diskrimineringsärenden utifrån både exempelvis kön *och* etnicitet, alltså utifrån två diskrimineringsgrunder parallellt – heller ingen mekanism som gör det möjligt att driva diskrimineringsärenden intersektionellt, alltså utifrån hur exempelvis grunderna kön och etnicitet samverkar. Av avsnitt 2.4.2 i denna uppsats framkommer att diskriminering i många fall tar sig intersektionella uttryck, där flera diskrimineringsgrunder samverkar. Enligt de los Reyes och Mulinari är det inte möjligt att angripa strukturer som orsakar orättvisor endast ifrån ett håll eller genom en ”kategori” – det kan rentutav vara kontraproduktivt och det finns en risk att vissa upplevelser eller strukturer osynliggörs. Det finns alltså en risk att intersektionella upplevelser av diskriminering inte fångas upp av den nuvarande diskrimineringslagen och att diskrimineringslagens uppdelning i kategorier faktiskt gör det svårare att visa på intersektionella former av diskriminering som omfattar flera diskrimineringsgrunder samtidigt.

För det tredje omfattas bara den diskriminering som sker inom de skyddade samhällsområdena av lagens skydd. Detta gör att diskriminering som sker inom andra samhällsområden, exempelvis inom domstolsväsendet, polisväsendet och migrationsverket saknar skydd i diskrimineringslagen. I avsnitt 2.4.1 framkommer att de som upplever diskriminering inte uppfattar att den är avgränsad till vissa områden på det sätt som den är i diskrimineringslagen.

För det fjärde sker inte diskriminering i ett vakuum utan alltid i relationer mellan människor. I denna kontext är det en arbetstagare som förhåller sig till diskriminering som sker på dennes arbetsplats. I avsnitt 2.4.3 framkommer att anställda som upplever diskriminering vidtar olika typer av anpassningsstrategier för att hantera upplevelser av diskriminering och sätt att bemöta eller undgå den. Det framkommer att många, trots att det i diskrimineringslagen finns ett förbud mot repressalier, ser svårigheter i att

påtala diskriminering för sin chef eftersom man då upplever risker att utsättas för sociala och arbetsrelaterade sanktioner. Bland annat Minow uppger att många ser en risk att betraktas som besvärliga eller att få sina upplevelser ifrågasatt. Detta kan leda till att personer som upplever sig utsatta för diskriminering inte känner att de har möjlighet att realisera sina rättigheter enligt lagen. Detta återspeglas i SYLF:s undersökning där många angett att de låtit bli att agera mot diskriminering för att de inte vill att deras karriär ska påverkas negativt. Av Minows arbete framkommer även att det finns en risk att utsättas för utanförskap eller till och med förstärkt diskriminering om den enskilde anmäler diskriminering eftersom det gör att personen framstår som normbrytande och annorlunda jämfört med andra på arbetsplatsen. Detta kan göra att personer som utsätts för diskriminering på grund av att de tillhör en viss diskrimineringsgrund inte vill kopplas ihop med sin tillhörighet till diskrimineringsgrunden. Istället för att påtala diskriminering – och riskera olika sorts sanktioner eller ett obehagligt bemötande från chefer och kollegor – väljer vissa istället att vara tysta, som ett sätt att på något sätt skydda sig själva i en utsatt situation. Även detta tycks återfinnas i SYLF:s undersökning, där flera angivit att de låtit bli att agera mot diskriminering för att inte bli sedda som ett offer. Att personer upplever att samröre med lagen avskräcker är förstås problematiskt inte bara ur ett terapeutiskt perspektiv utan även utifrån att det hindrar personer att ta del av sina rättigheter.

Det är alltså flera olika omständigheter som gör att diskrimineringsförbuden har svårt att fånga upp den diskriminering som enskilda upplever sig utsatta för. Diskrimineringslagen syftar till att motverka diskriminering och främja lika rättigheter och möjligheter. Lagen har dessutom en högre samhällsambition och är avsedd som ett verktyg för att uppnå ett mer jämlikt och rättvist samhälle, där diskrimineringsförbudens preventiva funktion anses viktig. Ur ett rättighetsperspektiv är det problematiskt att lagen på många sätt inte förmår fånga upp den diskriminering som personer upplever sig ha blivit utsatta för i verkligheten och det gör den mindre användbar för personer som upplever sig diskriminerade på sin arbetsplats. Detta framkommer tydligt i SYLF:s undersökning, som visar att många som utsätts för diskriminering avstår från att agera mot den, eftersom det upplevs alltför svårt att bevisa att den ägt rum. Det framkommer också att ett skäl att avstå från att agera är att man ändå inte tror att något kommer hända om man gör det, en misstro mot lagstiftningen som möjligen inte saknar grund. Ur ett terapeutiskt perspektiv är det även viktigt att den enskilde får möjlighet att berätta sin historia och få gehör för sin upplevelse, vilket kan försvåras av att lagen är snävt utformad. Denna aspekt kommer beröras i uppsatsen nästa kapitel.

3 Lagens väg till upprättelse

3.1 Inledning

I det föregående kapitlet undersöktes diskrimineringsförbudets överensstämmelse med utsatta personers upplevelser av diskriminering. I SYLF:s undersökning framkommer att den omständighet att diskriminering upplevs som svår att bevisa är en av anledningarna till att man avstår från att agera mot diskriminering. Även andra anledningar framkommer, som att många avstår från att agera på grund av rädsla för att karriären eller relationen med arbetsgivaren ska påverkas, att man inte vill bli betraktad som ett offer och framförallt att det inte är någon idé eftersom inget kommer hända. Endast ett fåtal valde att gå den juridiska vägen genom facket, intresseorganisation, advokat eller DO. Den mest effektiva vägen att få diskriminering att upphöra visade sig i SYLF:s undersökning vara att prata med den som utsatt dem för diskriminering. Detta kunde inverka positivt på självförtroende och ibland bad den som utsatt dem om ursäkt. Resultaten i SYLF:s undersökning ger anledning att tro att det finns ett lågt förtroende för att lagstiftningen ska kunna vara till hjälp för den som blir utsatt för diskriminering och ett ointresse av att söka juridiska lösningar vid diskrimineringsstvister. Utifrån detta är det intressant att fråga sig vad det är i den nuvarande processen som gör att personer inte använder sig av lagens möjlighet att anmäla diskriminering, men också vad den enskilde som på olika sätt agerar mot diskriminering faktiskt vill få ut av det. Avsnittet ska därför även undersöka vilka olika behov och intressen den enskilde kan ha i en diskrimineringskonflikt och hur väl dessa ryms inom den ram för konfliktlösning som diskrimineringslagen ställer upp.

3.2 Diskrimineringslagens påföljder

3.2.1 Diskrimineringsersättning

Den som bryter mot diskrimineringsförbudet, förbudet mot repressalier eller inte uppfyller sin skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier eller sexuella trakasserier ska enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebar, till den person som kränkts av överträdelsen. En arbetsgivare som brutit mot diskrimineringsförbudet eller förbudet mot repressalier kan även bli skyldig att betala ersättning för förlust till den enskilde, 5 kap. 1 § 2 st diskrimineringslagen. Rätten till sådan ersättning gäller förlust i form av till exempel missad lön eller andra förmåner. Det gäller dock inte ersättning för ekonomisk skada för den som diskriminerats vid anställning eller befordran.⁷⁹

Diskrimineringsersättningen ska bestämmas så att den utgör en rimlig kompensation till den drabbade, i relation till allvaret i överträdelsen.

⁷⁹ Prop. 2007/08:95 s 399-400.

Bedömningen görs med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet - exempelvis överträdelsens art och omfattning, den drabbades intresse av att reglerna uppfylls, den personliga kränkningen som överträdelsen har inneburit och om det funnits avsikt att diskriminera hos den som överträtt lagens regler. Dessutom ska syftet att motverka överträdelser av diskrimineringslagen särskilt beaktas, vilket även framgår uttryckligen av bestämmelsen i 5 kap. 1 § diskrimineringslagen. Avsikten med detta är att skadeståndet ska fylla en preventiv funktion och effektivt motverka överträdelser av lagen. I detta kan verksamhetens storlek beaktas, där verksamheter med hög omsättning kan få ett högre ersättningsbelopp för att uppnå en avskräckande effekt. Även tidigare överträdelser av diskrimineringslagen kan beaktas.⁸⁰ I förarbetena lägger regeringen stor vikt just vid ersättningens avskräckande effekt, och ser denna som ett viktigt verktyg i arbetet mot diskriminering. Det ska enligt förarbetena kosta att diskriminera och påföljden ska vara kännbar för den som överträtt lagen. Det beror dels på att regeringen anser att kränkningar av mänskliga rättigheter är särskilt allvarliga och dels på att regeringen har stor tilltro till effekterna av höga ersättningsnivåer.⁸¹

3.2.2 Ogiltigförklara avtal och ordningsregler

I diskrimineringslagens 5 kap. 3 § finns olika möjligheter att ogiltigförklara eller jämka avtal, rättshandlingar eller ordningsregler som innebär att någon diskrimineras. Ogiltigheten inträder inte automatiskt, utan först när den som blivit diskriminerad begär det.⁸² Enligt 5 kap. 3 § 1 st diskrimineringslagen kan den som blivit diskriminerad genom en bestämmelse i ett individuellt avtal eller kollektivavtal begära att bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig. Har bestämmelsen en sådan betydelse att det inte skäligen kan krävas att avtalet i övrigt lämnas oförändrat, får avtalet även i annat hänseende jämkas eller förklaras ogiltigt i sin helhet. Den som diskrimineras genom uppsägning av ett avtal eller annan sådan rättslig handling kan enligt 5 kap. 3 § 2 st begära att rättshandlingen förklaras ogiltig. Därutöver finns även i 5 kap. 3 § 3 st en möjlighet för den som diskriminerats genom en ordningsregel eller liknande intern bestämmelse på arbetsplatsen att begära att bestämmelsen jämkas eller förklaras sakna verkan.

3.3 Konfliktlösning utifrån den enskildes behov

3.3.1 Deltagande i processen

Tom R Tyler, professor i både juridik och psykologi, har undersökt vad som gör att personer som deltar i rättsprocesser upplever dem som rättvisa. Främst tre faktorer har visat sig avgörande— *deltagande i processen*, *värdighet* och *trovärdighet*. Dessa tre komponenter påverkar upplevelsen av

⁸⁰ Prop. 2007/08:95 s. 398-399.

⁸¹ Ibid s 391.

⁸² Ibid s 418.

rättvisa mer än själva utfallet av processen.⁸³ Med *deltagande i processen* menas att den enskilde har en röst och en plats i processen, att hen får tillfälle att berätta sin historia, presentera sina bevis och sin bild av situationen. Detta har enligt Tyler ett viktigt värde i sig, även om det inte påverkar rättegångens utfall. Med *värdighet* menas att den enskilde upplever rättegången som mer rättvis om domstolen bemöter dem med respekt och erkänner dem som kompetenta och jämlika medborgare. Med *förtroende* avses det faktum att den enskilde upplever rättegången som mer rättvis om hen uppfattar domstolen som trovärdig. En domstol som behandlar den enskilde med respekt upplevs även som mer trovärdig. Trovärdigheten hänger dessutom ihop med den enskildes möjlighet att delta i processen, liksom känslan av att bli hörd hänger ihop med om domstolen upplevs som trovärdig. Den enskilde vill känna att hens argument eller upplevelser blir lyssnade på och att domstolen tar detta i beaktning.⁸⁴

I en annan undersökning har Tyler tillsammans med Allan Lind genom intervjuer med personer som genomgår juridiska processer för att få skadestånd efter personskador undersökt huruvida processerna upplevs som rättvis eller inte och hur nöjda personerna var med utgången i målet.⁸⁵ I undersökningen har jämförts hur personerna upplever rättsprocess i domstol, förlikning eller skiljedom genom domstol eller förlikning utanför domstolen.⁸⁶ Av intervjuerna framkommer att de processer som gått genom domstol – i motsats till vad som ofta antas inom The Comprehensive Law Movement – upplevdes som mer rättvisa och tillfredsställande än förlikningar utanför domstol. Anledningen tycks vara att domstolsprocessen upplevdes ge en känsla av värdighet eftersom konflikten togs på allvar och bemöttes med respekt av domstolen. Att den enskildes upplevelser blev bekräftade och respekterade påverkade upplevelsen av att ha blivit rättvist behandlad mer än tvistens utgång, kostnader och hur lång tid processen tog.⁸⁷ I undersökningen föreslås att anledningen till att de personer som nått förlikning innan domstolsförhandling känner sig missnöjda är att de upplever att deras upplevelse har tagits på mindre allvar, eftersom den inte blivit beaktad av en domstol. I en förlikningsförhandling som bara syftar till att den utsatte ska få skadestånd förloras även möjligheten att få bekräftat att den ena parten har gjort fel, något som kan vara viktigt för att den utsatte ska känna att den fått upprättelse.⁸⁸ Av intervjuerna framkommer att intresset och behovet av att fastställa vem som vinner eller förlorar och att peka ut den som bär skulden ökar i domstolsprocesser, i motsats till de processer som lett till förlikning.⁸⁹

3.3.2 Fastställande av ansvar och behovet av en ursäkt

I sin avhandling *Kränkning och upprättelse* har rättssociologen Karl Dahlström undersökt huruvida kränkningssersättningen till brottsoffer lyckas

⁸³ Tyler (1992) s 442.

⁸⁴ Ibid s 439-442.

⁸⁵ Lind m.fl. (1990) s 954.

⁸⁶ Ibid s 961.

⁸⁷ Ibid s 980-981.

⁸⁸ Ibid s 981.

⁸⁹ Ibid s 983.

uppnå den kompenationseffekt som den syftar till – att ersätta brottsoffret för de negativa känslor och upplevelser som den brottsliga handlingen har gett upphov till.⁹⁰ Undersökningen utgjordes av enkätundersökningar till personer som fått kränkingsersättning. Av undersökningen framkommer att kränkingsersättningens förmåga att inverka på brottsoffrets känslomässiga upplevelse är begränsad. 61 % av de tillfrågade angav att ersättningen var av begränsad eller ingen betydelse alls för deras mående vid svarstillfället. Kränkingsersättningen ansågs ha minst betydelse för att lindra lidandet och förbättra och återställa självkänslan. Högst betydelse hade kränkingsersättningen för att ge upprättelse och ett erkännande av personen som brottsoffer.⁹¹ På frågan om vad som har betydelse för att kränkingsersättningen ska ge upprättelse framträder vikten av ett erkännande av vad brottsoffret råkat ut för.⁹²

Av DO:s rapport i *Mötas av hinder* framkommer att de flesta av anmälarna anmäler diskriminering för att få en ursäkt. Att få en ursäkt betraktas som en form av upprättelse. En del av anmälarna vill även ha en ekonomisk kompenation, men det utesluter inte behovet av att också få en ursäkt. Ursäkten är viktig eftersom den bekräftar upplevelsen av att den andra har gjort fel.⁹³ För att något ska utgöra en ursäkt krävs ofta flera saker, till exempel att ursäkten uttrycker både ånger och ett erkännande av ansvar. Om ursäkten ska leda till försoning krävs dock ännu ett steg, nämligen att den som felat också uttrycker sig vara verkligt ledsen för det den gjort. I detta ingår att erkänna hur överträdelsen har skadat den utsatte, att uttrycka att man är ledsen för att den utsatte har skadats och en vilja att reparera skadan genom att uppmärksamma de behov hos den utsatte som skadan gett upphov till.⁹⁴

I en studie gjord av Jennifer K Robbenholt, professor i juridik och psykologi, framkommer att ursäkter främjar förlikningar i civilrättsliga tvister. Hur mycket en ursäkt betyder för lösningen av tvisten beror dock på hur ursäkten kommer till uttryck. En ursäkt som innehåller både uttryck för ånger och att svaranden tar på sig fullt ansvar för överträdelsen gör käranden mer benägen att förlikas. Ursäkter som innebär att svaranden bara delvis tar på sig ansvaret blir mer beroende av kontexten och kan då ge både positiva och negativa effekter.⁹⁵ Undersökningen visar alltså att ursäkter kan påverka viljan att nå en förlikning, men att detta är beroende på hur ursäkten framförs.⁹⁶ Andra studier visar att avgörande för hur en ursäkt upplevs och tas emot är om ursäkten kombineras med någon typ av upprättelse eller återställande. En ursäkt utan erbjudande om upprättelse kan inverka negativt på offrets vilja att förlåta den som har begått överträdelsen.⁹⁷

Även om mycket tyder på att ursäkter kan vara positiva för den utsattes välmående, kan det också vara problematiskt att lägga alltför stort fokus på att den utsatte ska acceptera ursäkter från sin förövare. Det finns då en risk

⁹⁰ Dahlstrand (2012) s 257.

⁹¹ Ibid 259.

⁹² Ibid s 247.

⁹³ DO (2014b) s 55-57.

⁹⁴ Allan (2007) s 7-8.

⁹⁵ Robbenholt (2003) s 515-516.

⁹⁶ Allan (2007) s 10.

⁹⁷ Ibid s 11.

att offret accepterar en ursäkt som de inte egentligen tror på, men inte känner att de kan avvisa.⁹⁸ Samtidigt kan det också vara så att offren väljer att acceptera ursäkter de förstår levereras av taktiska skäl, om det ändå kan vara till hjälp för att gå vidare eller på annat sätt möter deras emotionella behov. Av vikt är i alla fall att förövaren är fri att lämna en ursäkt om denne vill och att offren har möjlighet att välja om de vill ta emot ursakten eller inte.⁹⁹

3.3.3 Formen för konfliktlösning

Juristen Jean R Sternlight har i en artikel jämfört tre olika rättsordningars system för att hantera diskriminering på arbetsplatsen och de svårigheter som finns i att hantera diskrimineringstvister. Sternlight har identifierat att det finns framförallt två intressen i utformningen av lösningen på diskrimineringstvister – det samhälleliga intresset av att motverka diskriminering respektive individens personliga och känslomässiga intressen av konflikten. Sternlight menar att dessa två intressen ibland överlappar och ibland står i motsats till varandra.¹⁰⁰ Ur det samhälleliga perspektivet är det viktigt att driva juridiska processer i domstol för att utveckla och upprätthålla lagstiftningen, samt att för framtiden avskräcka arbetsgivare från att diskriminera. I vissa fall vill även den som utsatts för diskriminering ta sin fråga till domstol för att få saken prövad och hindra att det händer i framtiden, men i andra fall kan det vara något helt annat som den enskilde är ute efter. Sternlight beskriver att den enskilde ofta vill få sin situation återupprättad, exempelvis genom att få det jobb eller befordran som hen gått miste om genom diskrimineringen, eller att pågående trakasserier ska upphöra. I denna situation är långa, komplicerade och otillgängliga domstolsprocesser inte det bästa alternativet. Många önskar också att deras emotionella behov som diskrimineringen gett upphov till ska hanteras i konfliktlösningen. Dessa kan i vissa fall mötas bättre med en förklaring eller en ursäkt, än en ekonomisk kompensation.¹⁰¹ Sternlight menar att den formellt styrda domstolsprocessen inte förmår möta dessa behov. På detta sätt krockar det samhälleliga – och i vissa fall även individuella – intresset att lösa diskrimineringstvister i domstol med den utsattes behov av att till exempel berätta sin historia på det sätt hen vill, få en ursäkt eller nå försoning.¹⁰²

Även juristen Deborah Thompson Eisenberg uppmärksammar att det finns ett problem med den vanliga nolltoleransutgångspunkten för diskriminering på arbetsplatsen, eftersom den leder till en konfliktsituation med en juridisk inramning. Istället för att arbetstagare och arbetsgivare kan föra en konstruktiv dialog för att lösa problemet, förvandlas konflikten till en strid om att från den ena sidan försöka straffa arbetsgivaren och från den andra sidan försöka bevisa att det som hänt inte utgjort juridisk

⁹⁸ Allan (2007) s 10.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Sternlight (2004) s 1482.

¹⁰¹ Ibid s 1483-1488.

¹⁰² Ibid s 1485.

diskriminering. Thompson Eisenberg beskriver precis som Sternlight att anledningen till att en anställd anmäler diskriminering många gånger är att den vill få diskrimineringen att upphöra. Det kan handla om att uppnå jämlika löner, bli bemötta med respekt eller få ett slut på trakasserier.¹⁰³ På grund av konfliktens juridiska utformning uppstår en polarisering där grunden till problemet inte blir berört.¹⁰⁴ Thompson Eisenberg beskriver detta som ett ”*victim-villain*”-förhållande, där den felsökande och straffande utformningen av diskrimineringsärenden inom arbetslivet gör att arbetsgivare inte vill låtsas om att diskriminering finns, eftersom det då finns en risk för att de blir stämda.¹⁰⁵ Som alternativ till detta föreslår Thompson Eisenberg att diskriminering i arbetslivet ska lösas utifrån en Restorative justice-metod. Restorative justice, som ursprungligen utformats inom straffrätten som en motpol till den bestraffande hanteringen av brott, kan definieras som ”a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectively identify and address harms, needs and obligations, in order to heal and to put things as right as possible.”¹⁰⁶ Istället för att fokusera på vem som har gjort fel och hur denne ska straffas, undersöker man inom restorative justice vilka skador som har uppkommit, vilka behov som finns på grund av dem och vem som är skyldig att möta dessa behov och ställa saker till rätta.¹⁰⁷ Thompson Eisenberg menar att denna typ av inställning på ett helt annat sätt än den traditionella skuldfokuserade modellen skulle göra det möjligt att samtala om och förändra det som gör att diskrimineringen uppstår. Detta skulle innebära en minskad polarisering mellan parterna och en möjlighet för arbetsgivare att lära från sina misstag.¹⁰⁸

3.4 Diskussion

Som angetts i kapitel 2 är syftet med diskrimineringslagen att motverka diskriminering och främja lika rättigheter och möjligheter. Till detta har lagen två verktyg – aktiva åtgärder och diskrimineringsförbuden. Diskrimineringsförbuden innebär att den som blivit utsatt för behandling i strid med lagen har möjlighet att genom domstolsprövning erhålla diskrimineringsersättning. Syftet med diskrimineringsersättningen är delvis att ge den som utsatts för diskriminering en rimlig kompensation, vilken ska stå i relation till allvaret i överträdelsen. Stor vikt läggs även vid diskrimineringsersättningens avskräckande syfte, där det antas att höga ersättningsnivåer kommer göra att arbetsgivare undviker att diskriminera i framtiden. Syftet med diskrimineringsersättningen är alltså tudelat – att ge kompensation till den enskilde och att motverka diskriminering på en samhälls nivå, där ersättningens preventiva effekt väger tungt. Av avsnitt 3.3 framkommer att den ekonomiska kompensationen inte nödvändigtvis är

¹⁰³ Thompson Eisenberg (2016) s 507.

¹⁰⁴ Ibid s (2016) s 505.

¹⁰⁵ Ibid s 556.

¹⁰⁶ Zehr (2002) s 37.

¹⁰⁷ Ibid s 21.

¹⁰⁸ Thompson Eisenberg (2016) s 556.

det som ger en känsla av upprättelse och rättvisa efter att en person genomgått en juridisk process. Det framgår av Dahlstrands avhandling att den ekonomiska ersättningen har liten effekt för att lindra lidande och förbättra den enskildes hälsa. Istället är det upplevelsen av att den som felat ställs till ansvar och att den egna upplevelsen bekräftas och tas på allvar som är viktigt. Det upplevs också värdefullt att få en genuin ursäkt och någon typ av återupprättelse av situationen. Sternlight beskriver att det finns motstående intressen i lösningen av diskrimineringstvister, där individen ofta har flera emotionella behov som bör tillgodoses i konflikten, som inte nödvändigtvis ryms inom en juridisk process, medan samhället har ett intresse av att de som bryter mot diskriminering lagförs. Dessa två intressen ryms även i den svenska diskrimineringsersättningen, där det i förarbetena läggs särskilt stor vikt vid ersättningens preventiva funktion.

Av avsnitt 3.3 framkommer att det är viktigt för den enskilde att komma till tals och att få sin upplevelse bekräftad och tagen på allvar. Detta ger en känsla av rättvisa och upprättelse och bör således utgöra en terapeutisk effekt för den enskilde. Det framkommer också att den enskilde kan vilja ha en ursäkt och att den som felat ska ta ansvar för situationen. En domstolsprocess som resulterar i diskrimineringsersättning har möjligheter att ge den enskilde en typ av upprättelse, kanske inte så mycket för den kompensatoriska effekt som den ekonomiska ersättningen enligt sitt syfte ska utgöra, utan snarare för att processen gör att den enskilde fått komma till tals och har fått sin upplevelse bekräftad. Domen innebär ett fastställande av ansvar och den ekonomiska ersättningen kan innebära en typ av återupprättelse. Av Tyler och Linds undersökning framkommer även att domstolsprocessen ger den enskilde en känsla av värdighet. Utifrån dessa utgångspunkter har diskrimineringslagen och lagens juridiska process möjlighet att verka terapeutiskt för den enskilde. Domstolsprocessen ger dock, som både Sternlight och Thompson Eisenberg påpekat, inte möjlighet att tillmötesgå andra behov som den enskilde har - att få en ursäkt eller en förklaring eller att faktiskt på ett praktiskt plan lösa en situation som uppstått på grund av diskrimineringen. Den polariserade konfliktformen där den ena vinner och den andra förlorar hämmar möjligheten för arbetsgivaren att faktiskt be om ursäkt, något som upplevs viktigt för den som utsatts för diskriminering. Av Tyler och Linds forskning framkommer även att domstolsprocessen ökar intresset för vem som vinner och vem som förlorar, något som skulle kunna verka negativt på möjligheterna att hitta alternativa, möjligen mer terapeutiska lösningar på konflikten. Beroende på vad den enskilde har för behov i situationen och vad hen än är ute efter – om det är att till exempel få diskrimineringen fastställd i domstol, få en ursäkt eller förklaring eller att lösa situationen på plats – varierar alltså diskrimineringslagens möjlighet att möta den enskilds behov. I vissa fall kan lagens process ge terapeutiska effekter för den enskilde, men i andra fall där processen inte alls omfattar det som den enskilde faktiskt är ute efter, finns en risk att processen faktiskt blir anti-terapeutisk. Det kan göra att den enskilde inte får sin upplevelse bekräftad eller får känna sig delaktig och lyssnad på i processen, eftersom processen resulterat i en annan typ av upprättelse än den de har behov av. I dessa fall blir diskrimineringslagen mindre användbar för den enskilde. I förarbetena läggs stor vikt vid

diskrimineringsersättningsens preventiva funktion. Risken är att samhällets intresse av att driva diskrimineringsprocesser i domstol har getts företräde framför andra, mer emotionella och individuella behov som den enskilde kan ha i en diskrimineringsstvist.

I kapitel 2 framkommer att diskriminering utgörs av en komplicerad process där individuella, strukturella, organisatoriska och intersektionella aspekter samverkar för att skapa en rörlig och komplex upplevelse. Vid en jämförelse med diskrimineringslagens mer snäva och formalistiska definition av diskriminering uppstår en kontrast. Detta gör det för det första svårt att vinna framgång med juridiska processer, eftersom många upplevelser hamnar utanför lagens definition, även om det utgör ett särskiljande av personer som ger negativa effekter för den enskilde. För det andra kan detta vara ett problem ur ett terapeutiskt perspektiv, med tanke på de behov den enskilde kan ha av att få sin upplevelse bekräftad och att denne får möjlighet att berätta sin historia på sitt sätt. Det ligger i juridikens natur att definiera och avgränsa, vilket gör att den alltid har svårt att återspegla verklighetens komplexa händelseförlopp. För den som vill göra sin rätt gällande enligt diskrimineringslagen är det inte säkert att den egna upplevelsen som helhet kommer rymmas i processen. Risken är att endast en liten del av den delvis organisatoriska, strukturella eller intersektionella diskrimineringen som den enskilde upplevt kommer gå att vinna framgång med i en juridisk process. Juridikens snävhet och formalism riskerar på detta sätt att hindra den enskilde från att berätta sin berättelse, bli hörd och bekräftad i sin upplevelse. Eftersom detta är något som ur terapeutiskt perspektiv är mycket viktigt kan det göra att konfliktlösningar som bygger på diskrimineringslagens utformning för med sig vissa anti-terapeutiska effekter för den enskilde.

Den juridiska inramningens tvingande och skuldfokuserade karaktär kan, som både Sternlight och Eisenberg Thompson beskriver, skapa sämre förutsättningar för parterna i en diskrimineringskonflikt att mötas, komma överens och skapa egna lösningar på situationen. Den juridiska processen ger bara en möjlighet att fastställa om något har utgjort diskriminering eller inte och i förekommande fall ålägga arbetsgivaren att betala ersättning till den diskriminerade arbetstagaren – inga andra typer av konfliktlösningar. Lagstiftningens bestraffande karaktär kan göra att arbetsgivare undviker att ta i eller erkänna sina misstag av rädsla att förlora i en domstolsprocess, även i konflikter som annars hade kunnat lösas direkt av de inblandade. Det är möjligt att fler personer hade vågat påtala diskriminering för sin arbetsgivare om konflikten hade varit mindre av en ”tävling” om vem som har rätt eller fel och mer av ett samtal med målet att lösa situationen. En mindre polariserad konfliktsituation skulle också kunna minska rädslan hos arbetstagaren att bli utsatt för sociala och arbetsrättsliga konsekvenser. Det ska dock påpekas att det utifrån den ojämlika maktrelation som råder mellan en arbetstagar och en arbetsgivare inte alltid är möjligt för den enskilde att ha den här typen av samtal med arbetsgivaren. Det är inte heller säkert att det ens är önskvärt ur den enskildes perspektiv, beroende på hur den tidigare relationen och diskrimineringen sett ut. I de fall arbetstagaren faktiskt inte vill mötas eller skapa lösningar, utan vill ha en bekräftelse på att arbetsgivaren har gjort fel och en ersättning för det, har

diskrimineringslagen potential att ge arbetstagaren en möjlighet att göra sin rätt gällande i en annars ojämlig relation. Detsamma gäller i de situationer där arbetsgivaren inte heller är villig att mötas och hitta lösningar. Ur ett terapeutiskt perspektiv finns alltså både för- och nackdelar med lagens bestraffande utformning. I SYLF:s undersökning framgår dock att det mest effektiva sättet att få diskriminering att upphöra var att prata med den som diskriminerat. Det gav också ett stärkt självförtroende och ibland även en ursäkt, vilket måste betraktas som positivt ur ett terapeutiskt perspektiv. Detta ger anledning att tro att det finns potential till god konfliktlösning i samtalet mellan parterna i konflikten.

Förutom att erhålla diskrimineringsersättning finns även i diskrimineringslagen en möjlighet att få ersättning för förlust i form av till exempel missad lön eller andra förmåner, samt en möjlighet att ogiltigförklara eller jämka avtal, rättshandlingar eller ordningsregler som innebär att någon diskrimineras. Dessa bestämmelser i diskrimineringslagen går ett steg längre än att endast kompensera den enskilde för diskrimineringen som denne upplevt. Bestämmelserna gör ett försök att ge upprättelse och återställa situationen som den enskilde råkat ut för som en följd av diskrimineringen. Utifrån att den enskilde kan ha ett behov av just att få sin situation återupprättad kan dessa bestämmelser betraktas som fördelaktiga ur ett terapeutiskt perspektiv.

Sammanfattningsvis kan sägas att diskrimineringslagen erbjuder en konfliktlösning utifrån en juridisk ram. Domstolsprocessen har vissa fördelar ur ett terapeutiskt perspektiv, eftersom den fastställer vem som bär ansvaret för diskrimineringen vilket bidrar till känslan av upprättelse och erbjuder en möjlighet för den enskilde att berätta sin historia. Samtidigt är denna möjlighet begränsad. I en juridisk process tas bara det som är relevant för målet upp till prövning, vilket innebär att stora delar av den enskildes upplevelse lämnas utanför processen. Detsamma gäller mer relationella och emotionella behov som den enskilde kan ha av att få en ursäkt, förklaring eller sin situation återupprättad. Dessa behov har juridiken begränsade eller nästintill inga möjligheter att bemöta, eftersom processen endast syftar till att fastställa om en arbetsgivare är skyldig till diskriminering eller inte. Den juridiska processen skapar dessutom en polariserad konfliktsituation som kan göra det svårare för parterna att mötas och enas. Detta eftersom processen går ut på att avgöra vem av dem som har rätt, inte att på ett faktiskt och konstruktivt sätt lösa situationen. Det här gör att diskrimineringslagen är användbar för den enskilde i vissa situationer, men inte i alla. I diskrimineringslagen finns dock två andra verktyg, där det ena särskilt syftar till att komma åt strukturella och organisatoriska former av diskriminering. Dessa kommer att analyseras närmare i det nästkommande kapitel.

4 Terapeutiska möjligheter i interna processer

4.1 Inledning

I uppsatsens två föregående kapitel har undersökts dels hur förbudet mot diskriminering är utformat i diskrimineringslagen, dels vilka sanktioner som är kopplade till förbudet. Utöver att arbetsgivaren är förbjuden att diskriminera, ställer lagen ytterligare två krav. Dessa är arbetsgivarens skyldighet att utreda och åtgärda trakasserier, samt arbetsgivarens skyldighet att arbeta med aktiva åtgärder. Den som inte lever upp till sina skyldigheter kan åläggas att betala diskrimineringsersättning respektive åläggas att fullgöra sina skyldigheter förenat med vite. Dessa två skyldigheter skiljer sig något från lagens förbudsbestämmelse, eftersom de inte bara utgör ett förbud utan ett krav på aktivt utförande av arbetsgivaren. Skyldigheterna kommer med olika typer av processer som bygger på kontakt och samtal med den enskilde samt ett försök att åtgärda situationer där fel har begåtts eller fel riskerar att begås. Utifrån vad som framkommit i uppsatsens föregående kapitel – hur diskriminering upplevs fungera på flera plan, däribland strukturellt och organisatoriskt, samt hur den enskilde kan ha behov av många olika saker i en konflikt om diskriminering, ibland andra än vad en juridisk process kan erbjuda – är det intressant att undersöka hur dessa två processer är uppbyggda och vilka möjligt terapeutiska effekter de kan ha för den enskilde.

4.2 Arbetsgivarens skyldighet att utreda och åtgärda trakasserier

4.2.1 Skyldighetens innebörd

Om en arbetsgivare får kännedom om att en arbetstagare, praktikant eller någon som arbetar som inhyrd eller inlånad arbetskraft upplever sig utsatt för trakasserier eller sexuella trakasserier av en annan arbetstagare, praktikant eller person som arbetar som inhyrd eller inlånad arbetskraft, är arbetsgivaren skyldig att utreda detta och i förekommande fall vidta skäligen åtgärder för att förhindra trakasserier i framtiden, 2 kap. 3 § diskrimineringslagen. Om arbetsgivaren inte uppfyller sina skyldigheter enligt bestämmelsen kan den åläggas att betala den enskilde diskrimineringsersättning, 5 kap. 1 § 1 st. diskrimineringslagen.

När en arbetsgivare får kännedom om att någon anser sig utsatt för diskriminering på arbetsplatsen bör den utan dröjsmål ta reda på vad som har hänt. Tillvägagångssättet är olika från fall till fall och ska anpassas efter den specifika situationen, men i första hand bör arbetsgivaren prata med den som anser sig trakasserad. Därefter bör arbetsgivaren, om det är lämpligt, även prata med den som anses ha trakasserat. Arbetsgivaren ska försöka

bilda sig en egen uppfattning om vad som hänt och om det utgjort trakasserier eller inte. Det räcker inte att lämna undersökningen vid att ord står mot ord. Det är dock inte arbetsgivarens skyldighet att själv ta slutlig ställning till vem som talar sanning om de båda parternas uppgifter är helt oförenliga och om situationen är oklar. Undersökningen ska göras med den diskretion som krävs i det enskilda fallet.¹⁰⁹

Om arbetsgivaren kommer fram till att det som förekommit har utgjort trakasserier eller sexuella trakasserier, ska skäligen åtgärder vidtas. Det är viktigt att ta hänsyn till den utsatte personens behov av stöd och hjälp. Det är även viktigt att arbetsgivaren lyssnar på hur arbetstagaren själv upplevt händelsen och sin arbetssituation. Utifrån detta och arbetstagarens egna önsknings kan arbetsgivaren överväga de åtgärder som kan bli aktuella.¹¹⁰ Vad som utgör skäligen åtgärder varierar från fall till fall. Exempel på åtgärder som kan vara aktuella är i första hand tillsägningar och uppmaningar, därefter varningar, omplaceringar eller avsked. Hänsyn får tas till trakasseriernas omfattning och art, arbetsplatsens förutsättningar och hur personalgruppen ser ut. Vilka åtgärder som är möjliga att vidta begränsas av arbetsrättsliga principer. De berörda arbetstagarna ska hållas informerade om vilka åtgärder som är planerade att vidtas eller om några åtgärder inte avses vidtas.¹¹¹

4.2.2 Diskussion

Arbetsgivarens utrednings och åtgärdsskyldighet inträder när någon upplever sig utsatt för trakasserier av en annan arbetstagare eller praktikant på arbetsplatsen. Eftersom det endast är arbetsgivaren som kan göra sig skyldig till diskriminering omfattas inte de anställda på arbetsplatsen av diskrimineringsförbuden. Därför ges arbetsgivaren ett ansvar att se till att trakasserier inte ska förekomma på arbetsplatsen. I situationen där det inte är arbetsgivaren, utan någon annan, som utsätter en arbetstagare för diskriminering finns alltså ett format för att samtala om och åtgärda trakasserier. Först om arbetsgivaren inte tar sitt ansvar att utreda och åtgärda trakasserier har arbetsgivaren brutit mot diskrimineringslagen. I enlighet med Sternlight och Thompson Eisenbergs idéer bör detta skapa bättre förutsättningar för dialog, eftersom arbetsgivaren inte löper samma risk att ställas inför rätta om den ”erkänner” de diskriminerande handlingarna som i de fall då det är arbetsgivaren själv som utsatt en anställd för diskriminering. Utrednings- och åtgärdsskyldigheten utgör en process där arbetsgivare genom samtal med de berörda ska utreda vad som har hänt och sedan vidta åtgärder för att det inte ska hända igen. Givet att denna process fungerar och arbetsgivaren faktiskt identifierar och erkänner att diskriminering skett där så är fallet, kan en sådan här process innehålla flera terapeutiska effekter för den enskilde. Den enskilde kan till exempel genom processen få möjlighet att komma till tals, att få sin upplevelse bekräftad och vem som bär ansvaret för den fastställt. Det är också möjligt att den enskilde, genom åtgärderna

¹⁰⁹ Prop. 2007/08:95 s 297.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid s 97-98.

som arbetsgivaren vidtar, kan få sin situation återupprättad och i detta någon typ av upprättelse.

Arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att trakasserier inte ska ske igen. Den som anges ha utsatt någon riskerar olika arbetsrättsliga konsekvenser som kan sträcka sig från uppmaningar till i de grövsta fallen uppsägning. Det finns en viss risk att situationen låser sig på ett liknande sätt som i en domstolsprocess, där den som trakasserar en annan inte vill erkänna detta med risk för negativa konsekvenser. Utrednings- och åtgärdsskyldigheten innefattar inget krav på att arbetsgivaren ska avkräva att den som utsatt någon för trakasserier ska ge denna en ursäkt eller ge en förklaring till sitt beteende, vilket oavsett inte hade fungerat särskilt väl ur ett terapeutiskt perspektiv eftersom ursäkten bör vara genuin. Däremot kan det möjligtvis i en denna mindre formellt styrda dialog vara lättare att medla och finna mer individuellt anpassade lösningar på konflikten mellan de berörda personerna än vad som är möjligt i en domstol. I lyckade fall skulle processen kunna erbjuda den enskilde att komma till tals, få en förklaring eller ursäkt från den ansvariga och att faktiska åtgärder vidtas för att lösa situationen i det enskilda fallet. Processen är tänkt att utformas utifrån den specifika situationen där både utredningen och åtgärderna ska genomföras med särskilt fokus på den utsatte arbetstagarens behov och önskemål. Här finns alltså stora möjligheter att hitta en konfliktlösning som faktiskt möter den enskildes behov. Detta är något som är att betrakta som mycket positivt ur ett terapeutiskt perspektiv.

4.3 Aktiva åtgärder

4.3.1 Arbetets syfte

Aktiva åtgärder beskrivs i diskrimineringslagen 3 kap. 1 § som ”ett förebyggande och främjande arbete för att inom en verksamhet motverka diskriminering och på annat sätt verka för lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.” Syftet med arbetet är att förändra begränsande normer och attityder som riskerar att leda till diskriminering på arbetsplatsen.¹¹²

I förarbetena anges att arbetet med aktiva åtgärder knyter an till syftet med hela diskrimineringslagen - att uppnå ”ett samhälle som slår vakt om alla människors lika värde” och som ger alla möjligheter att ”utvecklas utifrån sina individuella egenskaper och förutsättningar och efter sin egen förmåga och sina egna val” (se avsnitt 2.2.2.). Här anses aktiva åtgärder vara ett viktigt verktyg. Aktiva åtgärder syftar inte bara till att motverka diskriminerande handlingar i enskilda fall, utan att förebygga diskriminering på en strukturell nivå. Aktiva åtgärder är tänkt att fungera som ett komplement till diskrimineringsförbuden, genom att stärka utsatta gruppers ställning på exempelvis arbetsmarknaden och arbeta för attitydförändringar i samhället. I förarbetena lyfts även möjligheten att öka kreativiteten och

¹¹² Malmö mot Diskriminering (2020) s 11.

innovationen på en arbetsplats genom att dra nytta av fler kompetenser och erfarenheter än man gör idag¹¹³.

Arbetet med aktiva åtgärder ska genomföras fortlöpande, 3 kap. 3 § diskrimineringslagen, vilket innebär att arbetet inte är målstyrt utan ska vara en pågående process. Enligt förarbetena ligger den största vinsten med arbetet just i själva arbetsprocessen, eftersom det innebär att frågorna om diskriminering och rättigheter uppmärksammas och medvetandegörs.¹¹⁴

Den arbetsgivare som inte fullgör sina skyldigheter att bedriva ett arbete med aktiva åtgärder enligt lagen kan föreläggas att fullgöra dem, 4 kap. 5 § diskrimineringslagen. Föreläggandet ska enligt samma bestämmelse förenas med ett vite och bestämmas av Nämnden mot diskriminering efter framställan från i första hand Diskrimineringsombudsmannen och i andra hand en central arbetstagarorganisation som arbetsgivaren är bunden till av kollektivavtal.

4.3.2 Arbetets utformning

Aktiva åtgärder ska enligt 3 kap. 2 § utgöras av ett förebyggande och främjande arbete i fyra steg – undersökning, analys, åtgärder och utvärdering. I det första steget ska arbetsgivaren undersöka förekomsten av risker för diskriminering eller repressalier och hinder för lika rättigheter och möjligheter på arbetsplatsen, genom exempelvis enkäter, intervjuer, medarbetarsamtal och arbetsplatsträffar. Därefter ska orsaken till förekommande risker och hinder analyseras. Med hjälp av analysen ska arbetsgivaren sedan vidta de förebyggande och främjande åtgärder som krävs för att motverka diskriminering och hinder för lika rättigheter och möjligheter. Slutligen ska hela arbetsprocessen följas upp och utvärderas. Arbetet ska ske i samverkan med arbetstagarerna, 3 kap. 11 § diskrimineringslagen. Reglerna om aktiva åtgärder i diskrimineringslagen utgör ett ramverk för hur arbetet kan gå till och ska betraktas som en arbetsmetod. Metoden är inte detaljstyrd och det finns inga krav på att specifika åtgärder ska genomföras. Detta beror på att fokus ska ligga just på själva arbetsprocessen, vilket ska möjliggöra för arbetsgivare och utbildningsanordnare att ägna sig åt just de frågor och åtgärder som är aktuella och lämpliga i den egna verksamheten.¹¹⁵

Antidiskrimineringsbyrån Malmö mot Diskriminering (MmD) har tagit fram handboken *Att få plats som människa i en organisation* som handlar om hur en arbetsgivare kan arbeta med aktiva åtgärder. Enligt MmD utgörs arbetet med aktiva åtgärder till stor del av självrannsakan och en undersökning av vilka värderingar och normer som finns under ytan på en arbetsplats. På arbetsplatsen korsas det privata jaget - ett subjekt med relationer och identiteter - med det professionella jaget - ett objekt som utgörs av sin funktion inom organisationen. Samtidigt som människan på arbetsplatsen underförstått är utbytbar i sin funktion, tar människan ofrånkomligt med sig sitt privata jag och sin privata identitet och skapar

¹¹³ Prop. 2015/16:135 s 25-26.

¹¹⁴ Ibid s 36.

¹¹⁵ Ibid.

relationer med kollegor och andra människor. På detta sätt värdesätts vi på arbetet inte bara utefter vår funktion, utan även utifrån vår identitet och utifrån strukturer och normer kopplade till exempelvis kön och etnicitet. MmD beskrivs detta möte såhär: ”Begränsande attityder och normer i organisationen bärs av individer i deras berättelser om sig själva och de andra – och spelas ut på strukturnivå i form av riktlinjer, rekryteringsförfaranden och liknande (för att inte tala om i bemötandet kollegor emellan)”.¹¹⁶ Processen som aktiva åtgärder utgör befinner sig på detta sätt i skärningspunkten mellan det personliga och professionella, mellan individ och struktur.¹¹⁷

4.3.3 Övriga krav i arbetet

En arbetsgivare ska, förutom att genomföra den cykliska arbetsprocessen med aktiva åtgärder, årligen genomföra en lönekartläggning för att upptäcka, åtgärda och förhindra osakliga skillnader i löner och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män, 3 kap. 8-10 §§ diskrimineringslagen, samt arbeta för att främja en jämn könsfördelning, 3 kap. 7 § diskrimineringslagen. På arbetsplatsen ska dessutom finnas riktlinjer och rutiner för verksamheten i syfte att förhindra trakasserier, sexuella trakasserier och repressalier, 3 kap. 6 § diskrimineringslagen.

4.3.4 Diskussion

Aktiva åtgärder är ett arbete som hanterar ojämlikhet som sträcker sig utanför de ramar som satts upp genom diskrimineringsförbudet – det handlar om att arbeta förebyggande mot diskriminering som på strukturell och organisatorisk nivå skapar hinder för lika möjligheter och risker för att något i ett senare ska leda till juridisk diskriminering. Detta arbete tar sikte på att hantera det som Sturm kallar den andra generationens diskriminering och som på ett annat sätt än diskrimineringsförbuden fångar upp de komplicerade och strukturella processerna som utgör upplevelsen av diskriminering. Det framgår dock ingenstans i lagen eller förarbetena att arbetet ska bedrivas intersektionellt, vilket gör att arbetet, även om det genomförs på ett strukturellt och organisatoriskt plan, riskerar att missa vissa av diskrimineringens uttryck. Arbetet ska dessutom utgå från de sju diskrimineringsgrunderna och fångar inte upp ojämlikhet som härrör sig till annat än dessa. Processen ska inte utgöras av en utredning av en enskild medarbetares arbetssituation – det är alltså inte en process varigenom en enskild arbetstagare kan söka upprättelse efter att ha upplevt diskriminering, men ska ändå ge de anställda en möjlighet att berätta om deras upplevelser av arbetsplatsen genom exempelvis enkäter, intervjuer, medarbetarsamtal och arbetsplatsträffar. I denna process finns alltså en möjlighet för den enskilde att berätta om sina upplevelser. I en väl utförd process ska dessa upplevelser även tas på allvar av arbetsgivaren och åtgärder ska vidtas för

¹¹⁶ Malmö mot Diskriminering (2020) s 76.

¹¹⁷ Ibid s 75-76.

att undanröja de risker för diskriminering och hinder för lika rättigheter som finns på arbetsplatsen. Som MmD beskriver är aktiva åtgärder ett arbete som riktar uppmärksamheten på arbetstagarnas behov som människor och den komplexitet som uppstår när vi skapar relationer med vår arbetsgivare och våra kollegor. Aktiva åtgärder kan ur detta perspektiv vara lämpligt för att fånga upp inte bara diskrimineringens komplexa och rörliga uttryck, utan även den enskildes sociala behov i relation till erfarenheter av diskriminering eller ojämlikhet på arbetsplatsen. Utifrån detta borde, även om aktiva åtgärder inte är en process som är avsedd att ge effekt för en enskild medarbetare, ett arbete som är väl förankrat i arbetsgruppen ändå kunna fylla vissa funktioner som är intressanta ur ett terapeutiskt perspektiv.

5 Avslutande diskussion

Denna uppsats syftar till att undersöka diskrimineringslagens effektivitet och användbarhet utifrån den enskildes perspektiv, med utgångspunkt i den enskildes upplevelse av diskriminering, samt den enskildes behov i och av en diskrimineringsvist. Bakgrunden är en enkätundersökning om diskriminering mot underläkare gjort av SYLF, som visar att majoriteten av de som upplevt diskriminering på sin arbetsplats valt att inte agerat mot den. Endast ett fåtal valde att vidta juridiska åtgärder. Verkyget för att undersöka diskrimineringslagen ur den enskildes perspektiv är rättsvetenskapen Terapeutisk juridik, TJ, som analyserar juridiken utifrån dess effekter på människors välmående. Enligt TJ ger juridiken, avsiktligt eller oavsiktligt, terapeutiska eller anti-terapeutiska effekter för den som kommer i kontakt med den.

Av uppsatsens undersökning har framkommit att det finns en diskrepans mellan upplevd diskriminering och diskriminering i juridisk mening, som kan föra med sig svårigheter ur såväl ett rättighetsperspektiv som i ett terapeutiskt avseende. Det har även framkommit att diskrimineringslagens väg till upprättelse – att genom en domstol fastställa att arbetsgivaren ska betala diskrimineringsersättning till den som utsatts för diskriminering – bär med sig både terapeutiska och anti-terapeutiska effekter. Utifrån den enskildes behov av att få berätta om sin upplevelse, att få upplevelsen bekräftad och få ansvaret hos den som diskriminerat fastställt, har domstolsprocessen möjlighet att fungera terapeutiskt för den enskilde. Domstolsprocessen är dock sämre lämpad ur ett terapeutiskt perspektiv om även den enskildes behov av att känna sig delaktig i processen, att få en förklaring eller ursäkt och att få sin situation återupprättad tas med i beaktningen. Domstolsprocessens strukturerade och formstyrda karaktär riskerar även att göra att personer som upplever diskriminering som mer komplicerad och vidsträckt än vad lagen ger utrymme till, inte ges möjlighet att få hela sin upplevelse prövad i domstolsprocessen. I värsta fall ryms upplevelsen inte alls inom lagens skydd.

Det är uppenbart att diskriminering, särskilt diskriminering i arbetslivet, utgör en komplicerad process utifrån många aspekter, inte minst relationen mellan parterna. Huruvida diskrimineringslagen är användbar och effektiv för den enskilde beror dels på hur de diskriminerande upplevelserna har sett ut – ryms de utan problem inom lagens skydd eller är de svåra att översätta till den juridiska definitionen? – och dels på vilka behov och intressen den enskilde själv har, vilket är högst individuellt och beroende av hur konflikten har utspelat sig. Man kan till exempel tänka sig att vissa personer inte har något intresse av att nå försoning eller en lösning, utan snarare vill nå upprättelse genom offentlig bekräftelse på att arbetsgivaren har utsatt dem för diskriminering, något som en domstolsprocess kan erbjuda. Andra är kanske inte alls intresserade av att genomgå en sådan lång och komplicerad process, utan vill få en lösning på situationen här och nu och en ursäkt för att de blivit behandlade illa, en väg som lagen inte erbjuder.

Diskrimineringslagen är alltså mer användbar som konfliktlösningsmodell i vissa situationer men mindre i andra.

Den här uppsatsen syftar inte till att undersöka eller föreslå alternativa utformningar av diskrimineringslagen och har heller inte för avsikt att göra det. I enlighet med Vols metod för att analysera lagen utifrån TJ krävs en större undersökning än den som genomförts i denna uppsats för att det ska vara möjligt att föreslå lagreformer. Till exempel är det relevant att undersöka även hur lagen tillämpas, något som denna uppsats inte haft utrymme att göra, men som skulle vara intressant att undersöka vidare. Utifrån vad framkommit i uppsatsen är det dock intressant att beröra hur uppsatsen resultat kan tas vidare i framtida forskning. Eisenberg Thompson föreslår i sitt arbete att reparativa lösningsmetoder är bättre lämpade att lösa diskrimineringskonflikter än den traditionella domstolsprocessen. Det svenska rättssystemet är inte särskilt bekant med reparativa konfliktlösningsmodeller, men utifrån den enskildes behov av att få en förklaring eller en ursäkt, att berätta om sin upplevelse och att få den bekräftad samt att nå en lösning på situationen är dessa modeller intressanta ur ett terapeutiskt perspektiv. Kanske skulle de kunna fungera som ett komplement till den existerande domstolsprocessen. Dessa modeller är även intressanta utifrån vad som framkommit i SYLF:s undersökning, där den mest effektiva metoden att få diskriminering att upphöra var att prata med den som diskriminerat. Det kunde ge den enskilde en stärkt självkänsla och ibland en ursäkt. RJ-metoder som är utformade utifrån att den som orsakat en skada genom en överträdelse, exempelvis en arbetsgivare som utsätter en arbetstagare för diskriminering, har en skyldighet att möta de behov som den enskilde fått av skadan och att ställa saker till rätta, skulle kunna vara användbara i vissa diskrimineringstvister. Att i konflikten snarare fokusera på skada som uppstått och hur den kan repareras, istället för att tvista om huruvida en händelse utgör juridisk diskriminering eller inte, skulle även kunna vara ett sätt att bättre fånga upp och åtgärda subtila och komplexa former av diskriminering som kan vara svåra att föra i bevis på juridisk väg.

Reparativa konfliktlösningsmodeller är inte helt olika den process att utreda och åtgärda trakasserier som redan existerar i diskrimineringslagen, med skillnaden att arbetsgivaren utreder någon annans handlande och inte sitt eget. Som redan diskuterats i det föregående kapitlet har den här processen förutsättningar att möta många behov som den enskilde kan ha när den blivit utsatt för diskriminering på sin arbetsplats. I framtida forskning skulle det vara intressant att undersöka om formatet med att utreda och åtgärda trakasserier skulle kunna fungera som ett komplement till den redan existerande domstolsprocessen, genom att breddas till att även innefatta andra diskrimineringsformer samt diskriminering eller orättvis behandling som arbetsgivaren själv är skyldig till. Eventuellt skulle detta kunna kombineras med den breda och mindre formstyrda ansats som finns inom aktiva åtgärder. Det ska dock tilläggas att även om en mindre polariserad konflikt kan minska risken för negativa sociala och arbetsrättsliga konsekvenser för den enskilde, kvarstår en maktobalans mellan arbetsgivaren och arbetstagaren som kan göra det svårt att föra sådana här dialoger, liksom det sociala stigma som utanförskap och diskriminering medför. För att processen ska vara intressant för den enskilde

skulle det dessutom behöva undersökas hur man ser till att en sådan utrednings- och åtgärdsskyldighet genomförs på ett korrekt sätt och inte blir ett sätt för en arbetstagare att undkomma ansvar för överträdelser av diskrimineringslagen och att den enskilde tvingas ta emot en ursäkt som den egentligen inte accepterar.

Den här uppsatsen har byggt på forskning och material som behandlar den enskildes upplevelse av kontakten med juridiken. Vissa delar har berört diskrimineringstvister specifikt, medan det i andra fall har varit nödvändigt att göra en jämförelse med andra rättsområden, exempelvis genom att titta på hur mottagandet av brottsofferersättning upplevs eller hur nöjda käranden i skadeståndsrättsliga mål är med resultatet vid förlikning respektive domstolsprocesser. Detta har gjorts i brist på liknande undersökningar som gjorts på diskrimineringstvister. Även om jämförelsen inte är alltför långsökt skulle uppsatsens slutsatser vara mer välgrundade om de bara byggt på forskning som specifikt gjorts på personer som deltog i diskrimineringstvister. För framtida forskning skulle det därför vara intressant att till exempel med hjälp av intervjuer undersöka hur mötet med juridiken upplevs specifikt för personer som utsatts för diskriminering och vad den som agerar mot diskriminering vill uppnå i relation till motparten.

Uppsatsen har avgränsats till att undersöka diskriminering inom arbetslivets område och har på grund av detta till stor del fokuserat på den särskilda relation som råder mellan en arbetstagare och en arbetsgivare. Relationen kan ha pågått länge innan diskrimineringen uppstod och även väntas fortsätta länge efter att den utsatte agerat mot den, vilket gör det särskilt intressant att undersöka socialt hållbara konfliktlösningar mellan parterna. Som anges i avsnitt 2.3.3 gäller diskrimineringslagen också inom ett flertal andra samhällsområden. Till stor del kan upplevelsen av diskriminering och behovet av och i en diskrimineringstvist tänkas vara desamma även inom de andra skyddade samhällsområdena, men upplevelsen kan också skilja sig beroende på vilken relation som råder mellan parterna. För framtida forskning skulle det till exempel vara intressant att undersöka om den enskildes behov i en konflikt förändras av att diskriminering skett vid en tillfällig kontakt, till exempel under ett enstaka besök på en restaurang eller i en affär. Eftersom uppsatsen haft ett särskilt fokus på arbetslivet är det svårt att dra generella slutsatser om hur diskrimineringslagen fungerar för den enskilde. I framtida forskning skulle det därför vara intressant att undersöka diskrimineringslagen även ur andra perspektiv.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Allan, Alfred m.fl (2006), "Exploration of the Association between Apology and Forgiveness amongst Victims of Human Rights Violations". *Behavioral Sciences & the Law*, vol. 24, nr 1, s. 87-102.

Allan, Alfred (2007), "Apology in Civil Law: A Psycho-Legal Perspective". *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 14 nr 1, s 5-16.

Allan Lind, E. m.fl. (1990), "In the Eye of the Beholder - Tort Litigants' Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System." *Law and Society Review*, vol. 24, nr 4, s 968-71.

Bickerstaff, Jovonne J (2012), "All responses are not created equal: Variations in the Antiracist Responses of First-Generation French Blacks." *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, vol. 9, nr 1, s 107-131.

Crenshaw, Kimberle (1989), "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics." *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989 nr 1, artikel 8, s. 139-167.

Dahlstrand, Karl (2012), *Kränkning och upprättelse – En rättsociologisk studie av kränkingsersättning till brottsoffer*. Media-Tryck, Lund University, Lund, Sverige.

Daicoff, Susan (2006), "Comprehensive Law Movement: An Emerging Approach to Legal Problems", *The Scandinavian Studies in Law*, 49, s. 109-130.

Diesen, Christian (2011), *Terapeutisk juridik*. Malmö: Liber.

Eisenberg, Deborah Thompson (2016), "The Restorative Workplace: An Organizational Learning Approach to Discrimination." *University of Richmond Law Review*, vol. 50, nr 2, s. 487-556.

Fleming, Chrystal M m.fl. (2003), "African Americans respond to stigmatization: the meanings and salience of confronting, deflecting conflict, educating the ignorant and 'managing the self'". *Ethnic and Racial Studies*, vol. 35, nr 3, s 400-417.

Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard (2015), *Diskrimineringslagen - En kommentar*. Upplaga 2:1. Sättning: Integra, Indien. Tryck: Hansaprint Oy, Vanda, Finland. Författarna och Norstedts Juridik.

Lehrberg, Bert (2020), *Praktisk juridisk metod*. Upplaga 12:1. Författaren och Iusté Aktieförlag

Malmö mot Diskriminering (2020). *Att få plats som människa i en organisation*. Just nu AB.

Pascoe, Elizabeth A. och Smart Richman, Laura (2009), "Discrimination and Health: A Meta-Analytic Review". *Psychological Bulletin*, vol. 135, nr 4, s 531-544.

Robbenholt, Jennifer K (2003), "Apologies and Legal Settlement: An Empirical Examination." *Michigan Law Review*, vol. 102 nr 460, s. 460-516.

Sternlight, Jean R (2004), "In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: A Comparative Analysis." *Tulane Law Review*, vol. 78, nr 5, s. 1401-1500.

Sturm, Susan (2001), "Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach". *Columbia Law Review* vol. 101, nr 3 s. 458-568.

Shuman, Daniel W (1994), "The Psychology of Compensation in Tort Law." *University of Kansas Law Review*, vol. 43, nr 1, s. 39-78.

Tyler, Tom R (1997), "Citizen Discontent with legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedural Reform." *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, nr 4, s 871-904.

Vols, Michel (2019), "Chapter 4: The Methodology and Practice of Therapeutic Jurisprudence" i *The Methodology and Practice of Therapeutic Jurisprudence*. North Carolina Academic Press..

Wexler, David B (1993), "New Directions in Therapeutic Jurisprudence: Breaking the Bounds of Conventional Mental Health Law Scholarship." *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 10, nr 3, s. 759-776.

Winick, Bruce J (1996), "The Jurisprudence of Therapeutic Jurisprudence" i *Law in a Therapeutic Key*. Carolina Academic Press. Durham, North Carolina.

Worthington, E.L., & Wade, N.G. (1999). "The psychology of unforgiveness and forgiveness and implications for clinical practice." *Journal of Social and Clinical Psychology*, vol. 18 nr 4, 385-417.

Zehr, Howard (2002), *The Little Book of Restorative Justice*. Good books, Intercourse, PA 17534.

Offentligt tryck

DO m.fl. (2006), *Diskriminering – Ett hot mot folkhälsan, Slutrapport från projektet Diskriminering och hälsa*. Tillgänglig på <http://www.temaasyl.se/Documents/IV/Diskriminering%20hot%20mot%20folk%C3%A4lsan.pdf> (hämtad 2020-12-04).

DO (2010), *Upplevelser av diskriminering – en sammanfattande rapport samt analys baserat på en kvalitativ undersökning om upplevd diskriminering*. Rapport R1 2010, tillgänglig på <https://www.do.se/globalassets/publikationer/rapport-upplevelser-diskriminering.pdf> (besökt 2020-12-04).

DO (2014a), *Delar av ett mönster – en analys av upplevelser av diskriminering och diskriminerande processer*. Rapport 2014:1, tillgänglig på <https://www.do.se/globalassets/publikationer/rapport-delar-monster2.pdf> (besökt 2020-12-04).

DO (2014b), *Mötas av hinder – en analys av upplevelser av diskriminering som har samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning*. Rapport 2014:2, tillgänglig på <https://www.do.se/globalassets/publikationer/rapport-motas-av-hinder2.pdf> (besökt 2020-12-04).

DO (2016), *Kedjor av händelser – En analys av anmälningar om diskriminering mot muslimer och förmodade muslimer*. Rapport 2016:2, tillgänglig på <https://www.do.se/globalassets/publikationer/rapport-kedjor-av-handelser.pdf> (besökt 2020-12-04).

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

Prop. 2015/16:135 - *Ett övergripande ramverk för aktiva åtgärder i syfte att främja lika rättigheter och möjligheter*.

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

SOU 2016:87 – *Bättre skydd mot diskriminering*.

SYLF, *”Upplevd diskriminering i underläkarkåren – En fördjupad analys”* Rapport från 2014, tillgänglig på <https://slf.se/syLf/app/uploads/2018/06/fordjupad-diskrapport-final-2.pdf> (besökt 2021-01-22).

Elektroniska källor

Ehrencrona, Carl Henrik. Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande

friheterna. Kommentar till bilaga artikel 41, not 92 i Karnov, internet.
Besökt 2020-10-14.

Nationalencyklopedin, diskriminering. <http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/diskriminering> (hämtad 2020-12-31).