



LUND UNIVERSITY

Jämlikhet och icke-diskriminering

Bruce, Anna

Published in:
Mänskliga rättigheter

2010

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Bruce, A. (2010). Jämlikhet och icke-diskriminering. I A. Lundberg (Red.), *Mänskliga rättigheter: juridiska perspektiv* Liber.

Total number of authors:
1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Anna Lundberg (red.)

Mänskliga rättigheter

– *juridiska perspektiv*



Liber

2010

Kapitel 2

Jämlikhet och icke-diskriminering

Anna Bruce¹

2.1 Inledning

Idén om mänskliga rättigheter har två grundläggande utgångspunkter. Den första är att människor har vissa fundamentala behov som det sociala sammanhanget ska främja, eller i vilket fall inte förhindra, uppfyllandet av; den andra är att uppfyllandet av dessa grundläggande behov gäller *alla* människor. Bakom den första utgångspunkten finns tanken att mänskligt liv har ett inneboende värde och bakom den andra finns tanken att olikheter människor och livssituationer emellan inte påverkar detta värde. Det är i relation till den andra utgångspunkten, och dess bakomliggande tanke, som begreppen jämlikhet och icke-diskriminering har sin roll inom mänskliga rättigheter, både som moraliska ideal och som juridiskt sanktionerade anspråk. Den nära idémässiga relationen mellan mänskliga rättigheter och jämlikhet/icke-diskriminering framhävs ofta (se till exempel Nowak 2005:598 och Ramcharan 1981:269) och den juridiska regleringen bekräftar detta; åtta av FN:s nio kärnkonventioner använder dessa begrepp för att beskriva vilka anspråk och skyldigheter de ger upphov till.²

Idén om mänskliga rättigheter utgår från att människor och människors situationer har tillräckligt mycket gemensamt för att det ska vara möjligt och meningsfullt att välja ut en lista med mänskliga behov, summan av vilken, om än inte nödvändigtvis av varje enskilt behov, har samma relevans för alla människor. Samtidigt är livets och människornas enorma mångfald uppenbar. Oavsett vilka två eller flera situationer, grupper eller människor vi väljer att fokusera på kan vi alltid identifiera inte bara likheter utan även olikheter dem emellan. Denna mångfald ställer mo-

- 1 Anna Bruce är doktorand vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet och Raoul Wallenberg institutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt.
- 2 Undantaget är Konventionen till skydd för alla människor mot påtvingade försvinnanden. Se inledningskapitlet för en introduktion till FN:s kärnkonventioner.

raliska krav på lagstiftning om mänskliga rättigheter på två nivåer. För det första ska de behov som tillmäts sådan vikt att de skyddas som mänskliga rättigheter adekvat representera *hela* mänsklighetens behov. För det andra ska uppfyllandet av dessa utvalda behov förverkligas för *alla* människor vars livssituation aktualiserar dem.

Lagstiftning om mänskliga rättigheter liksom arbetet med att förverkliga dessa rättigheter i människors liv har brottats med mänsklig mångfald, eller snarare med hur sådan mångfald hanteras av oss människor, sedan dag ett. Slaveriet, ofta refererat till som den första internationella frågan om mänskliga rättigheter, är ett talande exempel (se till exempel hemsidan för FN:s särskilda rapportör om samtida former av slaveri). De tidigaste konventionerna om mänskliga rättigheter antagna av FN; Konvention om flyktingars rättsliga ställning och Konvention om förebyggande och bestraffning av brottet folkmord, hade båda sin upprinnelse i (fel-)hantering av mänsklig mångfald, likaså den första av FN:s så kallade kärnkonventioner, *Internationella konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering* (ICERD) (se inledningskapitlet). Ytterligare tre av FN:s kärnkonventioner fokuserar aspekter av mänsklig mångfald; *Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor* (CEDAW) (kvinnligt kön), *FN:s konvention om barnets rättigheter* (CRC) (barn) och *Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning* (CRPD) (funktionsnedsättning).

Alla juridiska konstruktioner av anspråk och skyldigheter i lagstiftning om mänskliga rättigheter tar i någon mening ställning till och därmed hanterar livet och människornas mångfald. Alla mänskliga rättigheter som inte är konstruerade som anspråk på jämlikhet och icke-diskriminering är formulerade som *minimigarrantier*. En minimigarranti innebär ett krav på att en viss nivå av åtnjutande av en rättighet ska garanteras eller att vissa åtgärder som syftar till en sådan nivå av åtnjutande ska tas, annars föreligger ett brott mot rättigheten. Minimigarrantier som är formulerade på så sätt att de gäller *alla* människor, till exempel rätten till hälsa (ICESCR artikel 12), reflekterar människors *likhet*; att hälsa är relevant för alla människor. Minimigarrantier som är formulerade på så sätt att de gäller bara *en viss grupp människor*; såsom rätten för barn att inte arbeta (CRC artikel 32), rätten för förvärvsarbete mödrar till ledighet och ersättning i samband med förlossning (ICESCR artikel 10), rätten för medborgare att rösta (ICCPR artikel 25), eller rätten för personer med funktionsnedsättning till hjälpmedel (CRPD artikel 20), reflekterar människors och situationers *olikhet*. Samma rättighet innehåller ofta båda dessa element; på en högre nivå fastställs att alla har rätt till uppfyllande av ett grundläggande behov, såsom exempelvis liv, och sedan begränsas vissa av anspråken under det "paraply" som rättigheten utgör till vissa grupper, exempelvis att endast barn och gravida kvinnor är skyddade mot dödsstraff under ICCPR (ICCPR artikel 6).

Detta uttrycks ibland som att alla har *samma* rättigheter men att uppfyllande av dessa i den mångfald som livet och människorna presenterar kräver *olika* åtgärder. Det kan också uttryckas som att minimigarantier som bara gäller en viss grupp endast *understryker* vikten av att rättigheterna ska förverkligas för gruppen i fråga; motsvarande rättigheter för alla finns i andra bestämmelser eller i andra instrument. Frågan är om dessa beskrivningar alltid är rättvisande, då somliga minimigarantier begränsade till en viss grupp varken skyddas för alla i andra instrument eller är en så perifer aspekt av en rättighet att den kan avfärdas som en åtgärd snarare än del av rättigheten. Syftet med resonemanget ovan är att illustrera att även om man på en abstrakt nivå kan hävda att mänskliga rättigheter fastställer att alla har "samma" eller "lika" rättigheter, visar sig sådana uttalanden tänja på begreppen "samma" eller "lika" till bristningsgränsen så fort man konkretiserar vilka faktiska anspråk en rättighet ger upphov till och för vem. Ett andra syfte är att illustrera att *alla* juridiska konstruktioner av anspråk och skyldigheter i lagstiftning om mänskliga rättigheter i någon mening tar ställning till och därmed hanterar de komplicerade frågor som livet och människornas mångfald ger upphov till; denna funktion är alltså inte begränsad till bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering.

Dock är det så att begreppen jämlikhet och icke-diskriminering, och de juridiska konstruktioner som operationaliserar dem har en särställning i hanteringen av mångfald. Anledningen är att de befattar sig *uteslutande* med relationer människor och situationer emellan, om *fördelning* av åtnjutande av mänskliga rättigheter. Bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering har ingenting att säga om brister i åtnjutande av mänskliga rättigheter som missgynnar alla i samma utsträckning. Exempelvis har de ingenting att säga om en stat förbjuder religionsutövning över lag. Däremot aktiveras de av frågor som rör vem som får utöva sin religion och vem som inte får det, *förutsatt att* sådant utövande tillåts.

Utgångspunkten för alla moraliska och juridiska resonemang om jämlikhet och icke-diskriminering är, på en abstrakt nivå, densamma: *att relevant lika situationer ska behandlas lika och att relevant olika situationer ska behandlas olika*. Denna utgångspunkt gäller även för den uppgift begreppen har getts i lagstiftning om mänskliga rättigheter; att föreskriva att relevant lika situationer ska behandlas lika och relevant olika situationer ska behandlas olika samt att avgöra om så är fallet i en specifik situation. Angelägenheten av denna uppgift handlar inte bara om att förhindra godtycke och maktmissbruk i enskilda situationer. I stället härrör den kanske främst från det faktum att i alla världens länder så fungerar mångfald av människor och situationer såsom kön, ålder, etnicitet, funktionsnivå och hälsostatus som veritabla vattendelare för faktiskt uppfyllande av grundläggande behov. Sådant systematiskt missgynnade går stick i stäv med den grundläggande tanken bakom mänsk-

liga rättigheter att dylika skillnader människor emellan är moraliskt irrelevanta för anspråk på uppfyllande av grundläggande behov, och det är mot bakgrund av den verkligheten som begreppen jämlikhet och icke-diskriminering har getts sin jämförande och utjämnande roll i lagstiftning om mänskliga rättigheter.

Som nämnts ovan är varje minimigaranti ett uttryck för en uppfattning om vad som är jämlikt och icke-diskriminerande i den bemärkelsen att den tagit ställning till om människor och situationer är relevant lika eller olika, och därför ska behandlas lika eller olika. Skillnaden mellan en minimigaranti och en bestämmelse som *operationaliserar* begreppen jämlikhet och icke-diskriminering är att i det senare fallet är analysen huruvida personer eller situationer är relevant lika eller olika, och som en följd ska behandlas lika eller olika, i större utsträckning ännu ogjord. På så sätt är ett anspråk som är konstruerat som en rätt till jämlikhet och icke-diskriminering ett anspråk som består i att få sin situation jämförd med en annan situation, och om de är relevant lika ska vi bli behandlade likadant. Är de däremot relevant olika, ska vi bli behandlade olika. *Jämförandet* av människor och situationer blir på så sätt centralt som ett verktyg för att bestämma vilka legitima anspråk en person har.

En bestämmelse om jämlikhet och icke-diskriminering ger oss inte nödvändigtvis några ledtrådar till vilken aspekt av två situationer som det är *relevant* att jämföra för att komma fram till om de är lika eller olika, och därmed ska behandlas lika eller olika. Som sagt är alla situationer på samma gång både lika och olika, och beroende på vilken aspekt som tas fasta på kommer lika eller olika behandling att ordnras som följd. Inte heller går det att förenkla genom att säga att exempelvis kvinnor och män alltid är relevant lika och därför *alltid* ska behandlas lika, eller att barn och vuxna alltid är relevant olika och därför *alltid* ska behandlas olika. Som vi har sett ovan är svaret som en konkret situation söker i en bestämmelse om jämlikhet och icke-diskriminering just *valet* mellan lika och olika behandling.

Det är just detta frågetecken (vad är det som är *relevant* att jämföra för att komma fram till om två situationer är lika eller olika?) som gör att avståndet mellan bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering i internationell liksom nationell lagstiftning om mänskliga rättigheter och de situationer vi befinner oss i, iakttar eller läser om i tidningen ter sig så långt och svårtydbart. Är det diskriminerande/ojämlikt att avskeda en sikhisk banarbetare som vägrar att bära skyddshjälm då denna omöjliggör bärande av turban? Är bristande tillgänglighet för rullstolar och/eller barnvagnar i kvartersbutiken diskriminering/ojämlikhet? Är positiv särbehandling av kvinnor vid tillsättning av professurer diskriminering/ojämlikhet? Eller är det kanske bristande positiv särbehandling som är diskriminering/ojämlikhet?

Nedan följer en introduktion till bestämmelserna om jämlikhet och icke-diskriminering i ett urval av FN:s kärnkonventioner om mänskliga rättigheter: ICERD,

ICCPR och CEDAW. Syftet är att illustrera den funktion bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering kan fylla i olika konventioner samt ge en bild av det skydd dessa bestämmelser skapar. Avslutningsvis några ord om bestämmelserna om jämlikhet och icke-diskriminering i de av FN:s kärnkonventioner som inte behandlats individuellt och, allra sist, några allmänna observationer om hur begreppen jämlikhet och icke-diskriminering används och utvecklas i konventionerna och genom övervakningskommittéernas tolkningar av dessa.

2.2 ICERD

Som nämnts i bokens inledningskapitel så var ett av de huvudsakliga målen då ICERD antogs 1965 att motarbeta Sydafrikas apartheidregim och artikel 3 av ICERD ålägger stater att fördöma, förhindra, förbjuda och utrota alla företeelser av "apartheid och 'rassegregation'" inom områden under sin jurisdiktion.³ Skyldigheterna och anspråken som ICERD skapar är dock mycket mer omfattande än utrotandet av 'rassegregation', och omspänner enligt artikel 2 "rasdiskriminering i alla dess former". Artikel 1 definierar 'rasdiskriminering' och artikel 5 innehåller en lång lista på livsområden inom vilka individen har rätt att vara fri från 'rasdiskriminering'. Dessutom omfattar skyldigheterna och anspråken i ICERD även företeelser som kan beskrivas som de bakomliggande orsakerna till 'rasdiskriminering' och specifika manifestationer av sådan diskriminering (artiklarna 4 och 7). Slutligen ålägger artikel 6 staten skyldigheten att erbjuda individen en rätt till nationell prövning av kränkningar av ICERD:s rättigheter.

3 ICERD uttrycker genomgående de rättigheter och skyldigheter den ger upphov till i termer vars användande i relation till människor är starkt ifrågasatt i Sverige på vetenskapliga, historiska och politiska grunder, såsom "race" och "racial groups". För en närmare genomgång av dessa grunder samt vidare hänvisningar, se *Ett effektivt diskrimineringsförbud – Om olaga diskriminering och begreppen ras och sexuell läggning*, SOU 2001:39. I Sverige är i dag användandet av termen "ras" på väg att fasas ut ur nationell lagstiftning. Diskrimineringslag (2008:567) utelämnar avsiktligt termen "ras" och använder i stället "etnisk tillhörighet", vilket i paragraf 5.3 förtydligas som "nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande". I Grundlagsutredningen från 2008 (*En reformerad grundlag*, SOU 2008:125) föreslås en liknande förändring av grundlagen. Då den officiella svenska översättningen av ICERD översätter "race" med "ras", och dessa uttryck är kopplade till rättigheter och skyldigheter, är det svårt att presentera ICERD:s innehåll på svenska utan att upprepa både termer såsom "ras" och "rasgrupp" och termer som betecknar företeelser ICERD syftar till att bekämpa såsom "rassegregation", "rasha" och "rasism". I det följande kommer jag att använda den officiella översättningens terminologi, men sätta citationstecken runt sådana uttryck som använder eller härleds från termen "ras". För en vidare diskussion om funktionen och förståelsen av begreppet 'ras' i ICERD och dess övervakning av kommittén mot 'rasdiskriminering', se Kjærum (2009:189–190).

2.2.1 Statens allmänna skyldigheter

Statens allmänna skyldigheter under ICERD behandlas i artikel 2. Staten ska på olika sätt föra en politik som leder till att "avskaffa 'rasdiskriminering' i alla dess former och till att främja förståelsen mellan alla 'raser'". Statsmakten i alla dess delar och på alla nivåer ska avhålla sig från handlingar som utgör 'rasdiskriminering'. All myndighetsutövning och lagstiftning ska granskas och, i det fall den innebär eller leder till 'rasdiskriminering', åtgärdas. Staten ska även se till att privata aktörers agerande inte utgör 'rasdiskriminering' och ska inte främja, försvara eller stödja personer eller organisationer vars verksamhet utgör 'rasdiskriminering'; i stället ska organisationer som verkar för integration stödjas. ICERD skapar alltså en skyldighet för staten att påverka hur icke-statliga aktörer beter sig mot varandra, bland annat genom att kriminalisera företeelser som utgör eller orsakar 'rasdiskriminering', genom att skydda individer mot sådana handlingar och genom att utreda, och, under vissa förutsättningar, lagföra sådana handlingar. Betydelsen av den privata sfären framgår tydligt i de individuella klagomål i vilka kommittén mot 'rasdiskriminering' hittills fällt en stat för brott mot ICERD; i nio utav elva fall har den utlösande handlingen begåtts av en enskild person eller organisation såsom en restaurang, skola, bank eller nattklubb. Ett av dessa fall är *Ahmad mot Danmark*, där kommittén fällde danska staten för att polisen inte tillfredsställande utträtt en *prima facie* rasistisk förolämpning uttalad av en lärare mot en grupp elever, och åklagaren som en följd därav inte väckt åtal.

Nästan alla skyldigheter i artikel 2 tar sin utgångspunkt i målet att avskaffa *diskriminering*. Undantaget är kravet på positiv särbehandling i andra stycket som i stället hänvisar till utveckling och ett *lika* åtnjutande av mänskliga rättigheter. Staten ska, "när omständigheterna föranleder det, vidta särskilda och konkreta åtgärder [...] för att säkerställa en tillfredsställande utveckling och ett tillfredsställande skydd för vissa 'rasgrupper' och enskilda personer som tillhör dessa grupper för att garantera dem fullt och lika ("equal") åtnjutande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter". Artikel 2 betonar åtgärdernas temporära natur; följden får aldrig bli "att icke likvärdiga eller skilda rättigheter består för olika 'rasgrupper' när syftet med åtgärderna har uppnåtts". Artikel 1 undantar explicit positiv särbehandling från sådan 'rasdiskriminering' som är förbjuden under ICERD, förutsatt att åtgärderna endast är temporära. På så sätt konstrueras kravet på positiv särbehandling juridiskt som ett tillåtet undantag från förbudet mot 'rasdiskriminering', rättfärdigat av målet "lika" ("equal") rättigheter. Exempel på positiv särbehandling är när ett visst antal positioner på en arbetsplats eller utbildningsinstitution är reserverade för en underrepresenterad grupp (även kallat kvotering), när en person från

en sådan grupp har förtur i valet mellan två lika meriterade arbetssökande, eller när gynnade åtgärder eller program avgränsas till medlemmar i en sådan grupp. Inget av de fall kommittén hittills granskat har handlat om positiv särbehandling.

2.2.2 Diskrimineringsbegreppet under ICERD

ICERD definierar 'rasdiskriminering' i artikel 1 som: "varje skillnad, undantag, inskränkning eller företräde på grund av 'ras', hudfärg, härkomst eller nationellt eller etniskt ursprung som har till syfte eller verkan att omintetgöra eller inskränka erkännande, åtnjutande eller utövande på lika villkor av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på politiska, ekonomiska, sociala, kulturella eller andra områden av det offentliga livet". Definitionen är viktig då den bestämmer vad som omfattas av ICERD:s anspråk och skyldigheter. Ett antal avgränsningar görs i definitionen: de *handlingar* som kan utgöra diskriminering beskrivs som "skillnad, undantag, inskränkning eller företräde". Dessa måste vara länkade till ett begränsat antal *förbjudna grunder*: "ras, hudfärg, härkomst eller nationellt eller etniskt ursprung". Handlingen måste resultera i ett *relativt missgynnande* som uttrycks som att "omintetgöra eller inskränka erkännande, åtnjutande eller utövande på lika villkor av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter". Länken mellan *grunderna, handlingen och missgynnandet* kan vidare bestå av handlingens "syfte eller verkan". Slutligen gäller diskrimineringsförbudet inom följande *livsområden*: "politiska, ekonomiska, sociala, kulturella eller andra områden av det offentliga livet".

Listan i artikel 1 på de aspekter av mänsklig mångfald som innefattas i 'rasdiskriminering' är uttömmande. Kommittén har dock tolkat de uppräknade grunderna extensivt; till exempel omfattar diskriminering på grund av härkomst även diskriminering på grund av sociala hierarkier såsom kastsystem.⁴ En grund är explicit undantagen från begreppet 'rasdiskriminering' i artikel 1; "medborgarskap" ("citizenship"). Kommittén har dock undan för undan minskat utrymmet för tillåtet missgynnande av icke-medborgare,⁵ och artikel 1 förbjuder explicit att *en* utpekad nationalitet bland icke-medborgare diskrimineras. Frågan om medborgarskap aktualiserades i fallet *Habassi mot Danmark*. Kommittén fastslog här att ett krav på danskt medborgarskap för att beviljas banklån accepterats för lättvindigt av polis och åklagare. Då kravet inte ansågs motiverat, fann kommittén att polis och åklagare brutit mot sin skyldighet att utreda om behandlingen utgjorde 'rasdiskriminering'.

4 General Recommendation No. 29: Article 1, paragraph 1 of the Convention (Descent), Preamble.

5 Se speciellt General Recommendation No. 30: Discrimination against non citizens.

Definitionen av diskriminering ovan är ju av det abstrakta slaget. Det är i stället generella rekommendationer och svaren på individuella klagomål man får vända sig till för mer konkret information om diskrimineringsskyddets räckvidd. Svaren på individuella klagomål gäller individuella situationer och är i mångt och mycket så specifikt formulerade att de endast i begränsad omfattning ger grund för generella slutsatser. Dock kan man i dessa, liksom framför allt i generella rekommendationer, finna mer allmängiltiga ledtrådar till vad som avgör om kommittén anser att en situation innebär ett brott mot ICERD eller inte. Ett sådant tillfälle är de gånger kommittén för generella resonemang om vilka "former" eller "kategorier" av diskriminering som omfattas av skyddet i ICERD.

I ett individuellt klagomål från 2005, *L. R. mot Slovakien*, fastställde kommittén att skyddet mot 'rasdiskriminering' omfattar "indirekt diskriminering" ("*indirect discrimination*"). Indirekt diskriminering definieras som "åtgärder som inte är diskriminerande vid första anblicken ("at face value") men är diskriminerande rent faktiskt och genom sin effekt ("discriminatory in fact and effect")".⁶ Detta krav följer enligt kommittén av att formuleringen i artikel 1 inte bara omfattar ett syfte att missgynna, utan även en diskriminerande effekt.⁷ Indirekt diskriminering kännetecknas enligt kommittén av att den bara kan påvisas via sina *omständigheter* ("*circumstantially*"). Därför måste situationens specifika sammanhang och omständigheter ("*particular context and circumstances*") vägas in.⁸ I fallet *L. R. mot Slovakien* hade en lokal myndighet rivit upp ett tidigare beslut att bygga bostäder för romer. Beslutet revs upp efter att delar av lokalbefolkningen lämnat in en protest mot att på ett sådant sätt 'uppmuntra' romer att bosätta sig i området. Även om akten som rev upp beslutet att bygga inte explicit refererade till romer fastslog kommittén att det var uppenbart från omständigheterna att syftet med handlingen var detsamma som i protesten; att romer inte skulle bosätta sig i området. Diskrimineringen var alltså indirekt i den bemärkelsen att avsikten med upprivandet av beslutet att bygga inte nämndes explicit; den kunde bara demonstreras genom att se till handlingens omständigheter.⁹ Kommittén har även tidigare i en generell rekommendation från 1993 sagt att man för att se om en handling har en diskriminerande effekt som strider mot konventionen ("*an effect contrary to the Convention*") kommer att beakta huruvida handling har "en oförsvarlig olikartad inverkan" ("an

6 *L.R mot Slovakien*, para. 10.4.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 Något förvirrande är att kommitténs *generella resonemang* fastställer att det räcker med en diskriminerande effekt, alltså att avsikt inte är nödvändig, emedan *det specifika resonemanget* om omständigheterna i just detta fall i stället handlar om att etablera att en sådan 'gömd' avsikt finns.

unju
kon
krin
cit;
över
effel
I
het :
diff
situ:
tena
4¹²
cit u
såle
ryck
"rin:
Dan
skul
med
sone
A
la, p
rätt :
tryck
fatta
dess
har t
är be
'rasd
män

10 C
11 A
s
12 C
13 S
14 I
15 C
f
16 I

unjustifiable disparate impact”) på en grupp identifierad genom ’ras’, hudfärg, härkomst eller nationellt eller etniskt ursprung.¹⁰ En sammantagen slutsats är att diskriminering inte kräver att en avsikt att missgynna på en förbjuden grund är explicit; i stället kan den demonstreras genom sina omständigheter. Dessutom är det över huvud taget inte nödvändigt att etablera en sådan avsikt, utan det räcker om effekten av en handling oproporionerligt missgynnar gruppen.¹¹

En central begränsning som kommittén mot ’rasdiskriminering’ fastställt, i likhet med de andra övervakningskommittéerna, är att *alla* fall av särbehandling (”a differentiation of treatment”) inte utgör förbjuden diskriminering. Undantaget är situationer där kriterierna för särbehandling, ”bedömda gentemot målen och syftena med Konventionen, är legitima eller faller inom ramen för artikel 1, paragraf 4”.¹² Artikelhänvisningen åsyftar positiv särbehandling, vilket ju som sagt är explicit undantaget från diskrimineringsförbudets räckvidd. Annan särbehandling ska således bedömas i ljuset av ICERD:s mål och syften. I fallet *Sefic mot Danmark*, uttryckte kommittén denna bedömning som att särbehandling måste vara baserad på ”rimliga och objektiva hänsyn” (”reasonable and objective grounds”).¹³ I *Sefic mot Danmark* ansåg kommittén att ett krav på att kunden kunde tala danska för att han skulle få bilförsäkring var baserat på ”rimliga och objektiva hänsyn”, bland annat med hänsyn till att företaget hade begränsade resurser att anställa flerspråkiga personer och arbetade huvudsakligen per telefon.¹⁴

Artikel 5 innehåller som sagt en lång lista på livsområden som berör både civila, politiska, ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter inom vilka individen har rätt att vara fri från ’rasdiskriminering’. Kommittén mot ’rasdiskriminering’ har uttryckt att denna inte är uttömmande, utan att skyddet mot ’rasdiskriminering’ omfattar även andra livsområden.¹⁵ I enlighet med artikel 2 så gäller skyddet inom dessa områden även gentemot enskilda personer och organisationer. Kommittén har förtydligat att ICERD inte skapar minimigarantier inom dessa områden, utan är begränsad till ett krav på att åtnjutande av mänskliga rättigheter ska vara fritt från ’rasdiskriminering’.¹⁶ Kraven är således *relativa*; de handlar om hur åtnjutande av mänskliga rättigheter, förutsatt att sådant åtnjutande finns, är fördelat.

10 General Recommendation No. 14: Definition of discrimination (Art. 1, par. 1), para. 2.

11 Att döma av kommitténs resonemang i *L. R. mot Slovakien* så verkar situationer av båda slagen falla under beteckningen indirekt diskriminering.

12 General Recommendation No. 14: Definition of discrimination (Art. 1, par. 1), para. 2.

13 *Sefic mot Danmark*, para. 7.2.

14 *Ibid.*

15 General Recommendation No. 20: Non-discriminatory implementation of rights and freedoms (Art. 5), para. 1.

16 *Ibid.*

2.2.3 Diskrimineringens bakomliggande orsaker och specifika manifestationer

Skyldigheterna och anspråken i ICERD omfattar även handlingar som kan förstås som de bakomliggande *orsakerna* till 'rasdiskriminering' och *specifika manifestationer* av 'rasdiskriminering'. Artikel 4 ålägger staten en skyldighet att ta omedelbara och konkreta åtgärder för att utrota all uppmaning att diskriminera och fördöma all propaganda och alla organisationer som bygger på föreställningar eller teorier om att någon 'ras' eller persongrupp av viss hudfärg eller etnisk tillhörighet är överlägsen andra, eller som söker rättfärdiga eller främja 'rashat' och diskriminering. Precis som skyldigheterna att avskaffa diskriminering i artikel 2, så omfattar skyldigheterna gällande diskrimineringens orsaker och specifika manifestationer både statsapparaten och privata aktörers agerande. Inga delar av statsapparaten får "främja eller uppmana till 'rasdiskriminering'", och staten åläggs även skyldigheter att påverka förhållandena mellan enskilda individer och organisationer. Förutom att kriminalisera och förbjuda propaganda och organisationer enligt ovan ska våld och uppmaning till våld samt stödjande av 'rasistiska' aktiviteter kriminaliseras. I motsats till artikel 5 som exemplifierar de livsområden inom vilka 'rasdiskriminering' är förbjudet, är bestämmelserna i artikel 4 inte formulerade som individuella rättigheter utan som skyldigheter för staten. Enligt ett fall från 2005, *The Jewish community of Oslo m.fl. mot Norge*, utesluter den senare formen inte att de är utkrävbara för individen; i stället kan individuella klagomål under ICERD mycket väl gälla även dessa utan att artikel 5 aktualiseras.¹⁷ Fallet gällde propaganda under en demonstration i Oslo som prisade nazismen och Adolf Hitler, medan den svartmålad judar och invandrare. Kommittén höll inte med Norges högsta domstol om att absurditeten och bristen på logik i det som sagts i demonstrationen gjorde att det inte innebar ett brott mot artikel 4, utan fann i stället att propagandan byggde på föreställningar om 'rashat' och 'rasöverlägsenhet' och utgjorde uppmaning till 'rasdiskriminering'.¹⁸ Slutligen har kommittén i fallet *Quereshi mot Danmark* uttalat att propaganda måste vara mer precis än att referera till "utlänningar" för att aktualisera skyddet i artikel 4; den måste "utpeka en grupp människor" i relation till en av de förbjudna grunderna i artikel 1.¹⁹ Fallet gällde ett uttalande av en av medlemmarna i Fremskridtspartiet under partiets årliga kongress.

Även artikel 7 skapar skyldigheter att förebygga 'rasdiskriminering'. Fördomar som leder till 'rasdiskriminering' ska bekämpas med omedelbara och effektiva åtgärder.

¹⁷ *The Jewish community of Oslo m.fl. mot Norge*, para. 10.6.

¹⁸ *Op.cit.*, para. 10.4.

¹⁹ *Quereshi mot Danmark*, para. 7.3.

gårder, speciellt inom områdena undervisning, utbildning, kultur och information. Förståelse, tolerans och vänskap "mellan nationer och 'rasgrupper' eller etniska grupper" ska främjas, samt kunskap ska spridas om ändamålen och grundsatserna i centrala FN-instrument.

2.2.4 Skydd och verksamma rättsmedel

Artikel 6 ålägger staten skyldigheten att skydda varje individ från kränkningar av ICERD:s rättigheter och att tillförsäkra en rätt till prövning av en sådan kränkning samt att söka adekvat ersättning eller upprättelse. Brott mot artikel 6 kräver inte att kommittén först måste fastslå att 'rasdiskriminering' eller sådana handlingar som åsyftas i artikel 4 har ägt rum. I stället gäller enligt fallet *Durmic mot Serbien och Montenegro* ett lägre beviskrav; det räcker att visa att man har ett "rimligt anspråk" ("an arguable case") för att rätten till nationell prövning ska aktualiseras.²⁰ Finner kommittén att ett sådant anspråk föreligger, innebär det ett brott mot artikel 6 om prövning nekats. I detta fall hade polisens utredning av en vägran att släppa in en person av romsk härkomst på en nattklubb varit så bristfällig att inget åtal kunnat väckas, vilket resulterade i att kommittén konstaterade brott mot artikel 6. Artikel 6 skapar alltså anspråk gentemot och skyldigheter för polis och rättsväsende. Vikten av artikel 6 framgår av de individuella klagomålen; åtta av de elva fall där kommittén funnit brott mot ICERD har uttryckligen gällt brott mot artikel 6, ensam eller i kombination med andra artiklar.

2.3 ICCPR

Bestämmelserna om jämlikhet och icke-diskriminering i ICCPR skiljer sig från ICERD genom att de förra samverkar med *minimigarantier* om medborgerliga och politiska rättigheter.²¹ Dessa ställer upp krav på en "statisk" nivå av uppfyllande av behov inom ett visst livsområde och kompletterar på så sätt det relativa skydd som bestämmelser om icke-diskriminering och jämlikhet ger; en kränkning av en minimigaranti kan ju aldrig tillbakavisas med hänvisning till att alla har samma låga nivå av åtnjutande av mänskliga rättigheter. De krav på icke-diskriminering och ett jämlikt åtnjutande av medborgerliga och politiska rättigheter som kompletterar minimigarantierna i ICCPR finns i artiklarna 2, 3 och 26.

²⁰ *Durmic mot Serbien och Montenegro*, para. 9.6

²¹ Se närmare om medborgerliga och politiska rättigheter i kapitel 3.

2.3.1 Artiklarna 2, 3 och 26 om icke-diskriminering och ett jämlikt åtnjutande av civila och politiska rättigheter

För att lätta upp diskussionen av artiklarna 2.1, 3 och 26 nedan, citeras de först här i sin helhet:

Artikel 2.1

Varje konventionsstat åtar sig att respektera och tillförsäkra var och en som befinner sig inom dess territorium och är underkastade dess jurisdiktion rättigheterna i denna konvention utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av 'ras', hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt.

Artikel 3

Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra män och kvinnor lika rätt att åtnjuta alla de medborgerliga och politiska rättigheter som omfattas av denna konvention.

Artikel 26

Alla är lika inför lagen och har rätt till samma skydd av lagen utan diskriminering av något slag. I detta avseende skall lagen förbjuda all diskriminering och garantera var och en ett likvärdigt och effektivt skydd mot all slags diskriminering, såsom på grund av 'ras', hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt.

I enlighet med människorättskommitténs tolkning brukar rätten till icke-diskriminering i artiklarna 2.1, 3 och 26, sina olika formuleringar till trots, delas in, över en kam, i rätten till *likhet inför lagen*, rätten till *samma skydd av lagen utan diskriminering*, och rätten till *skydd mot diskriminering*.²² Rätten till *likhet inför lagen* innebär inget mer än att rättstillämpningen inte får vara godtycklig.²³ För att hårdra det: om lagen säger att alla män och inga kvinnor får rösta, så handlar likhet inför lagen om att se till att ingen enskild man förnekas rösträtt och ingen enskild kvinna erkänns rösträtt. Skyddets reella begränsning är tydligt; det handlar bara om att de distinktioner lagen erkänner ska upprätthållas i dess tillämpning, och att inga andra distinktioner utöver dessa ska göras. Rätten till *samma skydd av lagen utan diskriminering* är däremot riktad till lagstiftaren. Lagstiftningen måste erbjuda alla samma

22 Se General Comment No. 18: Non-discrimination, paras. 1–2. För liknande kategoriseringar, se till exempel Nowak (2005:608).

23 Detta skydd återfinns även i artikel 14.

skydd och j
lagen gör a
Kvinnor frå
tare för en
tisk kvinna
till skydd n
tillämpnin
se till att in
tioner mel
staten ska,
tigheter, ”i
da och go
sammansl

Skydde
na i ICCP.
het med h
områden :
2 och 3 fö
så sätt ka
skydd en :
lation till :
ligion; de
(alla har r
mot disku
rätt). Der
stat välje
sådan sul
ingen krä
nering oc
Skydc
är begrär

24 *Kvinn*

25 Gene:
partie
Mots'
ment

26 Detta
(i) 8.

27 *Wald*

skydd och på så sätt ställs krav angående de distinktioner och kategoriseringar som lagen gör alternativt inte gör. Till exempel fann människorättskommittén i fallet *Kvinnor från Mauritius mot Mauritius* att lagstiftning som gjorde det betydligt lättare för en mauritisk man att bjuda in sin fru att bo på Mauritius än för en mauritisk kvinna att bjuda in sin man innebar brott mot alla tre artiklarna ovan.²⁴ Rätten till skydd mot diskriminering är riktad både till lagstiftningen å ena sidan och rättstillämpningen och annan myndighetsutövning å andra sidan. Alla dessa aktörer ska se till att individer skyddas mot diskriminering både från statsapparaten och i relationer mellan enskilda. I en generell kommentar från 2004 kräver kommittén att staten ska, i relation till handlingar som försämrar åtnjutande av konventionens rättigheter, ”utöva vederbörlig tillsyn (”due diligence”) för att förebygga, straffa, utreda och gottgöra skada orsakad av sådana handlingar av enskilda individer eller sammanslutningar.”²⁵

Skyddet i artikel 26 respektive i artiklarna 2 och 3 kompletterar minimigarantierna i ICCPR på olika sätt. Skyddet mot diskriminering i artiklarna 2 och 3 är, i enlighet med hur de är formulerade, begränsade till de medborgerliga och politiska livsområden som skyddas av minimigarantierna i ICCPR. En kränkning av artiklarna 2 och 3 förutsätter för den skull inte en kränkning av en sådan minimigaranti.²⁶ På så sätt kan de krav som artiklarna 2 och 3 ställer antingen *sammanfalla* med det skydd en minimigaranti ger eller *utöka* det. Den förra situationen aktualiseras i relation till artikel 2 exempelvis av ett selektivt förbud mot utövandet av en speciell religion; dels innebär det en kränkning av den ”statiska” minimigarantin i artikel 18 (alla har rätt att utöva sin religion) och dels en kränkning av det ”relativa” förbudet mot diskriminering (om någon ges rätt att utöva sin religion har även andra denna rätt). Den senare situationen aktualiseras i relation till artikel 2 exempelvis om en stat väljer att otillbörligt subventionera vissa religiösa skolor och inte andra. Då sådan subvention enligt kommittén inte är ett krav under artikel 18 föreligger här ingen kränkning av densamma, men däremot av bestämmelser om icke-diskriminering och ett jämlikt åtnjutande av medborgerliga och politiska rättigheter.²⁷

Skyddet i artikel 26 är bredare än det i artiklarna 2 och 3 genom att det förra inte är begränsat till de livsområden som berörs av minimigarantierna i ICCPR. Detta

24 *Kvinnor från Mauritius mot Mauritius*, para. 10.1

25 General Comment No. 31: Nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant, para. 8. Kommittén refererar här explicit till artiklarna 2 och 26. Motsvarade, om än mindre detaljerade, krav ställs i relation till artikel 3 i General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), para. 4.

26 Detta fastställde kommittén i fallet *Kvinnor från Mauritius mot Mauritius*, para. 9.2 (b) 2 (i) 8.

27 *Waldman mot Kanada*, para 10.6. Se vidare om fallet nedan.

fastställde människorättskommittén i fallet *Zwaan-de Vries mot Nederländerna* genom att tillämpa artikel 26 på frågor om arbetslöshetsersättning. I detta fall ansåg kommittén att ett krav på att en arbetslös kvinna skulle visa att hon var familjens huvudsakliga försörjare ("breadwinner") för att kvalificera sig för arbetslöshetsersättning var diskriminerade, då ett motsvarande krav inte ställdes på arbetslösa män.²⁸ Kommittén har även tillämpat artikel 26 på andra sociala förmåner, däribland rätten till pension. I *Gueye m.fl. mot Frankrike*, ansåg kommittén att fransk nationalitet som ett kriterium för bestämmande för nivån på utbetalning av pension för tidigare fransk armétjänstgöring utgjorde diskriminering av en man som numera hade senegalesisk nationalitet.

Förutom de två sätt på vilka diskrimineringsförbudet i artiklarna 2 och 3 samspelar med minimigarantierna beskrivna i inledningen, har diskrimineringsförbudet i och med artikel 26 alltså en funktion som är helt frikopplat från dessa minimigarantier.²⁹ Kommitténs beslut att tillämpa artikel 26 även på sociala rättigheter var mycket kontroversiellt, speciellt eftersom dessa av vissa ansågs ge upphov endast till progressiva skyldigheter.³⁰ Ett annat exempel där kommittén tillämpade artikel 26 självständigt är *Waldman mot Kanada*. Fallet gällde statlig subvention av religiösa skolor. Av historiska skäl subventionerade den kanadensiska staten skolor knutna till romansk katolicism, vilka tillsammans med den allmänna sekulära skolan kategoriserades som "offentliga skolor" ("public schools"). Andra religiösa skolor utgjorde kategorin "privata skolor" ("private schools") och var till skillnad från offentliga skolor inte gratis, utan bara indirekt subventionerade till en bråkdel av sin kostnad. Efter att ha fastställt att subvention av en religiös skolverksamhet inte omfattas av minimigarantierna i ICCPR valde kommittén att inte göra diskrimineringsanalysen i relation till artikel 18 om religionsfrihet sammantagen med artikel 2 utan använde i stället artikel 26 och behövde på så sätt inte precisera vilket livsområde situationen föll inom. Kommittén kom fram till att artikel 26 hade kränkts; om en

28 *Zwaan-de Vries mot Nederländerna*, para. 14.

29 Andra livsområden där kommittén tillämpat artikel 26 är militärtjänstgöring och äganderätt.

30 Se den nederländska statens argumentation i *Zwaan-de Vries mot Nederländerna*, para. 8.3. Jämför kapitel 4 om ICESCR.

stat väljer att subventionera diskriminering.³¹

2.3.2 Diskriminering

Diskrimineringsbegreppet omfattar jämlikhet och icke-diskriminering som grund av 'ras', hudfärg, kön eller social härkomst eller annan egenskap som kan användas för att utvalda personer på grund av alla dessa faktorer är uppbyggda enligt andra handlingar den om

Om vi börjar med diskriminering i artikel 18, så är inte uttömmande andra aspekter av artikel 3 som nämns i artikel 2 och 26, såsom när det gäller offentlig skola

31 *Waldman mot Kanada*, para. 14. I detta fall ansåg kommittén att selektiv finansiering av skolor ställde i relation till artikel 26 den något otydliga termen "offentliga skolor" inte innebär en diskriminering eller ska ses som en kränkning av ICCPR, och sålunda inte omfattas av artikel 26.

32 General Comment No. 18, svensk översättning i Human Rights Committee, para. 10.

33 Se ovan under punkt 2.3.1.

34 *Gueye m.fl. mot Frankrike*, para. 10.

35 *Vuolanne mot Finland*, para. 10.

36 *Danning mot Australien*, para. 10.

37 *Love mot Australien*, para. 10.

38 *Lindgren m.fl. mot Sverige*, para. 10.

39 *Wackenheim mot Frankrike*, para. 10.

stat väljer att subventionera religiösa skolverksamheter måste den göra det utan diskriminering.³¹

2.3.2 Diskrimineringsbegreppet i ICCPR

Diskrimineringsbegreppet är inte definierat i ICCPR. I en generell kommentar om jämlikhet och icke-diskriminering från 1989 definierar människorättskommittén diskriminering som: "varje skillnad, undantag, inskränkning eller företräde på grund av 'ras', hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt som har till syfte eller verkan att omintetgöra eller inskränka erkännande, åtnjutande eller utövande av alla personer på lika villkor av alla rättigheter och friheter".³² Definitionen ovan är uppbyggd enligt samma mönster som den i ICERD, och i likhet med den senare kan man med fördel närma sig den förra genom att undersöka vilka grunder och handlingar den omfattar.³³

Om vi börjar med *grunderna*, så radar definitionen, liksom förbuden av diskriminering i artikel 2 och 26, upp ett antal grunder samt klargör även att denna lista inte är uttömmande; genom hänvisningen till "ställning i övrigt" visar man att även andra aspekter av mänsklig mångfald kan utlösa diskrimineringsförbudet. Jämför med artikel 3 som är begränsad till en grund: kön. Kommittén har, i mer eller mindre explicita termer, tolkat in ett antal grunder under "ställning i övrigt" i artiklarna 2 och 26, såsom nationalitet³⁴, militär/civil status³⁵, civilstånd³⁶, ålder³⁷, elev vid privat/offentlig skola³⁸, och funktionsnedsättning³⁹. I vissa fall har explicita grunder

31 *Waldman mot Kanada*, para. 10.6. I en Individuell kommentar till kommitténs resonemang poängterar Martin Scheinin att minimigarantier i ICCPR kan skapa ett krav på selektiv finansiering av religiösa skolor, och resonerar här kring de krav som artikel 27 ställer i relation till nationella minoriteter, paras. 4–5. Fallet *Waldman mot Kanada* visar den något otydliga gränsen mellan om en *prima facie* diskriminerande situation, vilken inte innebär en kränkning av en minimigaranti, i första hand ska ses som fallandes inom den senares tillämpningsområde, och därmed analyseras i relation till artiklarna 2 och 3, eller ska ses som fallandes utanför de livsområden som täcks av minimigarantierna i ICCPR, och således analyseras i relation till artikel 26.

32 General Comment No. 18: Non-discrimination, para. 7. Översättningen bygger på den svenska översättningen av ICCPR artikel 2 samt av ICERD artikel 1.1.

33 Se ovan under 2.2.2.

34 *Gueye m.fl. mot Frankrike*, para. 9.4.

35 *Vuolanne mot Finland*, paras. 9.3 och 9.7.

36 *Danning mot Nederländerna*, para. 14.

37 *Love mot Australien*, para. 8.2.

38 *Lindgren m.fl. mot Sverige*, para. 10.3.

39 *Wackenheim mot Frankrike*, para. 7.4.

tolkats extensivt; exempelvis har sexuell läggning ansetts omfattas av kön snarare än av "ställning i övrigt".⁴⁰ Det är inte helt klart på vilka kriterier kommittén avgör om en distinktion inkluderas under "ställning i övrigt". I ett fall har indikerats att kravet består i att man visar att man tillhör en "identifierbar distinkt kategori" ("identifiably distinct category") som skulle kunna skapa utsatthet för diskriminering.⁴¹ Kommittén har indikerat vad som brukar kallas för en 'hierarki' mellan olika grunder; i fallet *Müller och Engelhard mot Namibia* säger kommittén att särbehandling som bygger på en av de explicita grunderna i artiklarna 2 och 26 "lägger en tung börda på Staten att förklara anledningarna för särbehandlingen".⁴² Fallet gällde regler som gjorde det svårare för en man att ta sin hustrus efternamn än vice versa.

Definitionen av diskriminering ovan är av det abstrakta slaget, på samma gång som de individuella klagomålen gäller individuella situationer och ofta är så specifikt formulerade att de endast i begränsad utsträckning ger grund för generella slutsatser. Som diskuterats i relation till ICERD är en väg till att mer allmängiltigt karakterisera räckvidden av skyddet mot diskriminering att ta fasta på de gånger människorättskommittén för generella resonemang om vilka 'former' av diskriminering som omfattas av skyddet i ICCPR. Kommittén använde för första gången begreppet "indirekt diskriminering" i fallet *Althammer m.fl. mot Österrike*. Kommittén definierade här indirekt diskriminering som "den diskriminerande effekten av en regel eller åtgärd som är neutral vid första anblicken ("at face value") eller utan avsikt att diskriminera [...] om den skadliga effekten av en regel eller ett beslut uteslutande eller i oproportionerlig utsträckning drabbar ("exclusively or disproportionately affect") personer med en viss 'ras', hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt".⁴³ Fallet gällde en sänkning av sociala bidrag till hushåll i gemen och en höjning av bidrag till hushåll med barn under 27 år. Enligt kommittén visade inte klaganden att den missgynnade effekten drabbade dem uteslutande i egenskap av pensionärer (även förvärvsarbetande utan barn under 27 år missgynnades ju) eller att de drabbades i oproportionerligt hög grad. Dessutom, skulle så vara fallet, menade kommittén att en sådan skillnad i effekt inte var diskriminerande, då den byggde på "objektiva och rimliga grunder" ("objective and reasonable grounds").⁴⁴ Ingen indirekt diskriminering förelåg alltså i detta fall. Den definition av indirekt diskriminering som kommittén ger omfattar alltså både oavsiktligt missgynnade och missgynn-

40 *Toonen mot Australien*, para. 8.7.

41 *B. d. B m.fl. mot Nederländerna*, para. 6.7.

42 *Müller och Engelhard mot Namibia*, para 6.7.

43 *Althammer m.fl. mot Österrike*, para. 10.2.

44 *Ibid.*

de sc
nanc
en fö
E
är ka
hanc
neut
som
allmä
ligio
skad
med
hand
prob
gälle
I
uttal
riern
har e
nom
cerin
"affir
det n
equa
särbe
ta för
förbj
krav
eller
rande
av oli

45 A
10
46 B
47 B
48 G
49 O
50 B
(a

de som inte explicit är kopplat till en förbjuden grund, förutsatt att den missgynnande effekten av en åtgärd fördelar sig uteslutande eller oproportionerligt enligt en förbjuden grund.⁴⁵

En annan kategori av diskriminering som använts av människorättskommittén är kategorin "de facto diskriminering" ("discrimination de facto"). Enligt kommittén handlar detta om diskriminering som "vid första anblicken ("on the face of it"), är neutral genom att den gäller alla utan åtskillnad", men "fungerar faktiskt på ett sätt som diskriminerar".⁴⁶ I detta fall, *Bhinder mot Kanada*, fastslog kommittén att ett allmänt säkerhetskrav på hjälm på en arbetsplats vilket hindrade män av sikhisk religion att bära turban inte utgjorde diskriminering då anledningen (att skydda från skador och el-chock) var "rimlig" och "riktad mot objektiva mål vilka är förenliga med Kovenantet".⁴⁷ Kategorin de facto diskriminering skiljer sig kvalitativt från de handlingar kommittén refererat till som indirekt diskriminering genom att den problematiska situationen här inte utgör särbehandling, utan en behandling som gäller likadant för alla (*alla ska ha hjälm*).

I likhet med kommittén mot 'rasdiskriminering' har människorättskommittén uttalat att "varje åtskillnad i behandling" inte är diskriminering, förutsatt att kriterierna för åtskillnaden är "rimliga och objektiva" ("reasonable and objective") och har ett mål som är legitimt under Kovenantet.⁴⁸ Denna formulering används genomgående i bedömningen av om diskriminering föreligger. En ytterligare kvalificering av diskrimineringsbegreppet är att positiv särbehandling, refererat till som "affirmative action" och "preferential treatment", är ett tillåtet undantag från förbudet mot diskriminering föranlett av "principen om jämlikhet" ("the principle of equality").⁴⁹ I en generell kommentar från 1989 fastställer kommittén att positiv särbehandling inte bara är tillåten, utan ibland "behövs" för att "minska eller utrota förhållanden som orsakar eller bidrar till att vidmakthålla diskriminering som är förbjuden under Kovenantet".⁵⁰ I fallet *Jacobs mot Belgien* fann kommittén att ett krav på att minst fyra utav elva icke-jurister i justitiekanslerämbetet ska vara män eller kvinnor är proportionerligt, objektivt och rimligt och således inte diskriminerande. Kommitténs resonemang är bland annat baserat på värdet av representation av olika perspektiv, målet jämlikhet mellan kvinnor och män, samt att kvoten inte

45 Att ett diskriminerande syfte inte behövs, etablerades redan i fallet *Zwaan-de Wries*, para. 16.

46 *Bhinder mot Kanada*, paras. 6.1-2.

47 *Ibid*, para. 6.2.

48 General Comment No. 18: Non-discrimination, para. 13.

49 *Op.cit.*, para. 10.

50 *Ibid*. Se även General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), para. 29.

omfattar mer än just över en tredjedel av platserna och att ett krav på meriter verkar parallellt med kvoten.⁵¹

Förutom den olika betydelse som ges diskrimineringsbegreppet och jämlikhetsbegreppet i relation till tillåtligheten av positiv särbehandling har människorättskommittén inte gjort någon tydlig skillnad mellan dessa begrepp. Bland annat nämns båda begreppen i relation till kraven som artiklarna 2, 3 och 26 ger upphov till, trots att artikel 2 inte nämner jämlikhet och artikel 3 inte nämner icke-diskriminering.⁵² Kommittén gör heller inte någon synlig åtskillnad mellan artiklarna som ställandes krav på positiv särbehandling, trots att artiklarna 2 och 26 till skillnad från artikel 3 inte explicit ställer upp ett jämlikt åtnjutande av rättigheter som sina mål.⁵³ Samtliga artiklar kräver att staten ska angripa både diskriminering och diskrimineringens bakomliggande orsaker genom att lagstifta och vidta andra åtgärder.⁵⁴

2.4 CEDAW

CEDAW skiljer sig från ICERD i det att den inte skyddar *alla* från otillbörligt missgynnande kopplat till sin utvalda grund för diskriminering. CEDAW:s skydd är i stället begränsat till könsdiskriminering mot *kvinnor* och reflekterar på så sätt att missgynnande på grund av kön drabbar kvinnor i oproportionerligt hög utsträckning. CEDAW är betydligt mer detaljerad än ICERD: i stället för att begränsa sig till att räkna upp de rättighetsområden där diskriminering ska avskaffas så utvecklar man dessa i individuella artiklar. Precis som ICERD omfattar CEDAW skyldigheter och anspråk på att avskaffa inte bara diskriminering utan också dess bakomliggande orsaker.

2.4.1 Allmänna skyldigheter

Enligt artikel 2 är staten skyldig att fördöma diskriminering av kvinnor och snarast vidta alla lämpliga åtgärder för att avskaffa sådan diskriminering. Landets konstitution och annan lagstiftning ska fastställa principen om jämlikhet mellan män och kvinnor, och staten ska vidta åtgärder för dess förverkligande i praktiken. Med hjälp

51 *Jacobs mot Belgien*, paras. 9.4–5

52 General Comment No. 18: Non-discrimination, paras. 2, 9–10.

53 *Ibid.*, para. 10.

54 Se General Comment No. 18: Non-discrimination, General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), och General Comment No. 31: Nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant.

av lagstiftning och andra åtgärder ska diskriminering av kvinnor förbjudas och domstolar och andra offentliga institutioner ska skydda kvinnors rättigheter utan diskriminering. Alla lagar (inklusive strafflagstiftning), förordningar, seder eller bruk som innebär diskriminering av kvinnor ska ändras eller upphävas. Förutom att alla delar av statsapparaten ska avhålla sig från diskriminering av kvinnor ska staten vidta alla lämpliga åtgärder för att se till att inga enskilda personer, organisationer eller företag diskriminerar kvinnor.

Artikel 3 uttrycker målet för statens skyldigheter i positiva termer: "full utveckling och framsteg för kvinnorna" ("full development and advancement of women") och "utövande och åtnjutande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på grundval av jämställdhet med männen." På grundval mycket av målen i artikel 3 och ytterligare mål som uttrycks i artikel 4 (se nästa avsnitt) har kommittén mot diskriminering av kvinnor uttalat att staternas skyldigheter omfattar att uppnå "jämlikhet som resultat" ("equality of results").⁵⁵ Detta innebär att stater måste förbättra kvinnors "position" genom konkreta åtgärder för att uppnå "kvalitativa och/eller kvantitativa" resultat.⁵⁶ Sådana resultat exemplifieras som att kvinnor åtnjuter rättigheter inom olika områden i jämförbar utsträckning med män och att kvinnor har samma inkomstnivå och jämlikt politiskt inflytande.⁵⁷ Effektiva strategier krävs för "omfördelning av resurser och makt mellan män och kvinnor" ("redistribution of resources and power between men and women").⁵⁸

2.4.2 Diskrimineringsbegreppet under CEDAW

Artikel 1 definierar diskriminering av kvinnor som "varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av kön som har till följd eller syfte att begränsa eller ominnetgöra erkännandet av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, ekonomiska, sociala, kulturella eller medborgerliga området eller något annat område för kvinnor, oberoende av civilstånd och med jämställdheten mellan män och kvinnor som grund, eller åtnjutandet eller utövandet av dessa rättigheter och friheter".

Ett antal avgränsningar görs i definitionen. Den första gäller vilka *grunder* som förbjuds. Grunden är kön, och eftersom det är diskriminering av kvinnor som de-

55 General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, paras. 9–10.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*, para. 9.

58 *Op.cit.*, para. 8. För en vidare diskussion av CEDAW:s mål se Cusack and Cook (2009:206).

finieras så är den begränsad till kvinnligt kön, ensamt eller i kombination med civilstånd.⁵⁹ De handlingar som kan utgöra diskriminering förutsatt att de är länkade till den förbjudna grunden är "åtskillnad, undantag eller inskränkning". Handlingen måste resultera i ett *relativt missgynnade* inom vissa *livsområden* som uttrycks som "att begränsa eller omintetgöra erkännandet av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, ekonomiska, sociala, kulturella eller medborgerliga området eller något annat område för kvinnor, oberoende av civilstånd och med jämställdheten mellan män och kvinnor som grund, eller åtnjutandet eller utövandet av dessa rättigheter och friheter". Länken mellan *grunderna, handlingen och missgynnandet* kan utgöras av handlingens "följd eller syfte".

Som alltid när det gäller räckvidden av skyddet mot diskriminering är det svårt att beskriva det på en allmängiltig men ändå någorlunda konkret nivå; en nivå mellan den abstrakta definitionen i artikel 1 och de konkreta situationer kommittén mot diskriminering av kvinnor har bedömt som diskriminerande. Precis som i de tidigare avsnitten tas i det följande avstamp i kommitténs generaliseringar runt de 'former' av diskriminering som omfattas av diskrimineringsbegreppet.

I en generell rekommendation från 2004 inkluderar kommittén mot diskriminering av kvinnor explicit "indirekt diskriminering" ("indirect discrimination") i de former av diskriminering stater är skyldiga att avskaffa.⁶⁰ Kommittén definierar indirekt diskriminering som lagar, politik och program som är baserade på "till synes könsneutrala kriterier vilka i praktiken har en missgynnade effekt för kvinnor" ("seemingly gender-neutral criteria which in their actual effect have a detrimental impact on women").⁶¹ Kommittén poängterar att könsneutrala kriterier kan vara baserade på en manlig livsstil och på så sätt utan avsikt ("inadvertently") vidmakthålla konsekvenserna av tidigare diskriminering. I likhet med den definition som givits i relation till ICERD och ICCPR ligger fokus på att en handling inte behöver ha kön som en explicit grund för att vara diskriminerande och att ingen avsikt att missgynna kvinnor krävs. Avgörande är i stället huruvida situationen i fråga har en oproportionerligt missgynnande effekt på kvinnor.

Artikel 4 avgränsar diskrimineringsbegreppet till gagn för kvinnor genom att fastställa att "tillfälliga särskilda åtgärder" ("temporary special measures") och "sär-

59 Både att vara gift och ogift kan missgynna, exempelvis bestämmelser som bara ger gifta kvinnor rätt till preventivmedel och bestämmelser som förnekar gifta kvinnor rättskapacitet/rättshandlingsförmåga. Grunden moderskap ("maternity") läggs till i artikel 11 om arbetslivet.

60 General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, para. 7.

61 *Op.cit. supra*, not 1.

skilda åtgärder [...] för att skydda moderskapet” ("maternity") inte omfattas av definitionen av diskriminering i CEDAW. På samma sätt som i artiklarna 1 och 2 i ICERD betonas positiv särbehandlings (här "tillfälliga särskilda åtgärder") temporära natur; följden får aldrig bli "ett bibehållande av olikvärdiga eller skilda normer". Målet med positiv särbehandling formuleras som att "påskynda de facto jämlikhet" ("accelerating de facto equality") och att uppnå "jämställdhet i fråga om möjligheter och behandling" ("equality of opportunity and treatment"). Just dessa högt satta mål har kommittén mot diskriminering av kvinnor tagit fasta på i en generell rekommendation när de kompletterar *tillståndet* för positiv särbehandling i artikel 4 med ett relativt konkret *krav* därpå.⁶² Intressant är att kommittén söker sig ifrån den gängse konstruktionen av positiv särbehandling som ett undantag från diskrimineringsförbudet (representerad även i artikel 4) och i stället för fram positiv särbehandling som "ett av sätten att förverkliga de facto eller substantiell ("substantive") jämlikhet för kvinnor, snarare än ett undantag från normerna icke-diskriminering och jämlikhet".⁶³

I enlighet med artikel 4 understryker kommittén skillnaden mellan positiv särbehandling och åtgärder för att skydda moderskap.⁶⁴ De förra är föranledda av socialt och kulturellt skapade skillnader mellan män och kvinnor, medan de senare är föranledda av biologiska skillnader. Således är åtgärder för att skydda moderskapet, till skillnad från positiv särbehandling, av permanent natur. Förutom *tillåtelsen* att vidta åtgärder för att skydda moderskap i artikel 4 så kräver vissa av de artiklar som reglerar olika livsområden sådana åtgärder. Värt att notera är att åtgärder för att skydda moderskapet ofta framställs som ett undantag, snarare än ett krav från, bestämmelser om icke-diskriminering och jämlikhet.⁶⁵

2.4.3 Livsområden under CEDAW

Artiklarna 7–16 förtydligar vilka anspråk och skyldigheter CEDAW skapar inom olika livsområden eller livssituationer. De omfattar det nationella och internationella politiska och offentliga livet (7–8), nationalitet (9), utbildning (10), arbete (11), hälsa (12), aspekter av det sociala och ekonomiska livet såsom tillgång till sociala bidrag, lån och krediter och deltagande i sport och rekreationsaktiviteter (13), livet på landsbygden (14), likhet inför lagen, rättskapacitet/rättshandlingsförmåga och rörelsefrihet (15), och äktenskap och familjerelationer (16). Artiklarna är formulerade

⁶² *Ibid*, se exempelvis paras. 24, 29 och 31.

⁶³ *Ibid*, para. 14. Se även para. 18.

⁶⁴ *Ibid*, paras. 11, 15 och 16.

⁶⁵ Se artikel 12 som reglerar rätten till jämlik hälsovård.

rade som en blandning av anspråk och skyldigheter, och majoriteten stipulerar att rättigheterna däri ska förverkligas med jämställdheten mellan män och kvinnor som grund ("on a basis of equality of men and women"). Artikel 6 däremot är formulerad som en skyldighet och saknar hänvisning till jämlikhet; den uppdrar åt staten att vidta alla lämpliga åtgärder för att bekämpa alla former av "handel med kvinnor och utnyttjande av kvinnoprostitution".

Kommittén mot diskriminering av kvinnor har använt den öppna definitionen av diskriminering i artikel 1 för att utöka konventionens skydd. Det tydligaste exemplet är våld mot kvinnor ("violence against women"⁶⁶, "gender-based violence"⁶⁷), vilket inte nämns i CEDAW. Kommittén fastställde 1992 i en generell rekommendation att sådant våld faller under definitionen av diskriminering i artikel 1 i egenkap av att vara "riktat mot en kvinna därför att hon är en kvinna eller som drabbar kvinnor i oproportionerligt stor utsträckning"⁶⁸. Det våld som omfattas gäller både våld direkt utövat av statsmakten, våld i samhället och våld inom familjen. De senare två kategorierna aktualiserar statens ansvar i relationer mellan enskilda individer och sammanslutningar. Här har kommittén fastslagit att staten måste utöva "vederbörlig tillsyn" ("due diligence") genom att förebygga, undersöka, straffa och kompensera sådant våld.⁶⁹ Våld inom familjen har hittills varit den i särklass tyngsta frågan sedan kommittén fick rätt att ta emot individuella klagomål; tre av de fyra fall i vilka stater fällts för brott har gällt sådant våld. I det första fallet, *A. T. mot Ungern* fälldes staten för att ha brustit i att skydda A. T. från hennes före detta partners våld och nämnde speciellt artiklarna 5 (se nästa avsnitt) och 16 (äktenskap och familjrelationer).⁷⁰ I de två följande fallen, *Yildirim mot Österrike* och *Goekce mot Österrike*, fälldes staten för att inte ha agerat på ett sätt som kunde ha förhindrat att de dödades av sina makar. Som stöd för utslaget hänvisade kommittén mot diskriminering av kvinnor till rätten till liv och till fysisk och psykisk integritet, vilket ju inte nämns i CEDAW men omfattas i och med att våld mot kvinnor omfattas av diskriminering definitionen i artikel 1, vilken i sin tur inkluderar "mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, ekonomiska, sociala, kulturella eller medborgerliga området eller något annat område".⁷¹

66 General Recommendation No. 19: Violence against women, titeln.

67 *Op.cit.*, para. 1.

68 *Op.cit.*, para. 6. Sådant våld nämndes för första gången av kommittén 1989 i General Recommendation No. 12: Violence against women.

69 General Recommendation No. 19: Violence against women, para. 9.

70 *A. T. mot Ungern*, para. 9.2.

71 *Goekce mot Österrike*, para. 12.1.6 och *Yildirim mot Österrike*, para. 12.1.6.

2.4.4 D
Artikel 5
skaffa fö
nets unc
Den kör
domar
eftersor
till att fi
ler det
mittén
på kvu
gång s
män o
där ke
Detta
las ih

2.5
Efter
min
andi
bygg
nas;
tikt:
dire
bla
tua
la,
so
en
in
sc
se

2.4.4 Diskrimineringens bakomliggande orsaker

Artikel 5 uppdrar åt staten att ändra mäns och kvinnors beteendemönster för att avskaffa fördomar, seder och bruk som grundar sig på "föreställningen om det ena könets underlägsenhet eller på stelnade ("stereotyped") roller för män och kvinnor". Den könsneutrala utformningen av skyldigheten reflekterar att stereotyper och fördomar mot kvinnor motsvaras av spegelvända stereotyper och fördomar om män, eftersom särart uppfattas genom sin motsats. Artikel 5 uppdrar även åt stater att se till att familjeutbildning gör rättvisa åt moderskapets sociala funktion och framhåller det delade föräldraansvaret för barn; alltid med "barnets bästa" i centrum. Kommittén har lagt mycket krut i sina generella rekommendationer för att höja statusen på kvinnors arbete i hemmet, av vilket föräldraskap ofta utgör en del, på samma gång som man har betonat att detta arbete egentligen ska fördelas jämnare mellan män och kvinnor. Ett exempel är kommitténs generella rekommendation från 1991 där kommittén fastslår att detta arbete ska tas med i beräkningen av ett lands BNP.⁷² Detta är något av en balansgång; att höja statusen på företeelser som just nu kopplas ihop med kvinnligt kön, men som inte nödvändigtvis måste eller bör göra det.

2.5 Avslutande kommentar

Eftersom ovanstående stycken tar upp bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering i enbart tre av FN:s kärnkonventioner vill jag här säga något kort om de andra. Bestämmelserna om jämlikhet och icke-diskriminering i ICESCR är uppbyggda på samma sätt som i ICCPR, förutom att en motsvarighet till artikel 26 saknas; skyddet är alltså begränsat till de livsområden som skyddas i konventionens artiklar. CAT innehåller inget direkt förbud mot diskriminering, men innefattar indirekt diskriminering i förbudet mot tortyr, genom att inkludera diskriminering bland de kriterier som gör att en handling kvalificeras som tortyr och därmed aktualiserar CAT:s skydd. Bestämmelserna om icke-diskriminering i CRC är speciella, på så sätt att de bara gäller *inom* gruppen barn; den form av mänsklig mångfald som skyddas av minimigarantier inom olika livsområden (barnstatus) är alltså inte en av de förbjudna grunderna för diskriminering. CRPD och ICRMW däremot innehåller både minimigarantier för den form av mänsklig mångfald eller situation som skyddas (funktionsnedsättning respektive migrationsarbete) och bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering på denna grund. Konventionen till skydd

⁷² General Recommendation No. 17: Measurement and quantification of the unremunerated domestic activities of women and their recognition in the gross national product.

för alla människor mot påtvingade försvinnanden nämner inte jämlikhet eller icke-diskriminering.

Slutligen några ord om hur jämlikhetsbegreppet och diskrimineringsbegreppet används och utvecklats i konventionernas bestämmelser och kommittéernas tolkningar av dessa. En tydlig utveckling i lagstiftning om mänskliga rättigheter är att man gått från ett fokus på generellt utformade bestämmelser som gäller alla (ICERD, ICCPR och ICESCR) till mer detaljerade bestämmelser som gäller en systematiskt missgynnad grupp (kvinnor, barn, migrationsarbetare och nu senast personer med funktionsnedsättning); antingen i form av bestämmelser om jämlikhet och icke-diskriminering (CEDAW), minimigarantier (CRC) eller som nu senast en kombination av dessa (CRPD och ICRMW). Kommittéernas praxis visar även tendenser på ett ökat fokus på systematiskt missgynnande, bland annat genom att positiv särbehandling uppmärksammats i växande utsträckning.

Det är endast i relation till just positiv särbehandling som många av kommittéerna särskiljer betydelsen av begreppet jämlikhet från betydelsen av begreppet icke-diskriminering. Annars används dessa begrepp i allt större utsträckning som synonyma, och kommittén mot diskriminering av kvinnor förordar enligt ovan att även begreppens tudelning i relation till positiv särbehandling ska slopas.

Att förklara positiv särbehandling genom att separera begreppen jämlikhet och icke-diskriminering, vilka båda har samma generella utgångspunkt (att behandla relevant lika situationer lika och relevant olika situationer olika) kan ses som en illustration på hur tånjbar denna utgångspunkt är.⁷³ Som nämnts tidigare så lämnar denna utgångspunkt öppet *vad* som ska ses som det relevanta jämförelsekriteriet för att komma fram till om situationer är lika eller olika. Genom att förespråka positiv särbehandling tar man fasta på att det relevanta jämförelsekriteriet finns på kollektiv nivå; medlemskap i en underrepresenterad grupp är en relevant olikhet som meriterar särbehandling. Håller man däremot fast vid att det relevanta jämförelsekriteriet ska finnas på individnivå, som den traditionella förståelsen av icke-diskriminering gör, blir positiv särbehandling en olika behandling av personer som är relevant lika, och därmed problematisk. Poängen är att utgångspunkten för jämlikhet och icke-diskriminering rymmer båda tolkningarna, och genom konstruktionen av positiv särbehandling gör även lagstiftning om mänskliga rättigheter det. Ett annat exempel på tånjbarheten i diskrimineringsbegreppet är den formulering

73 För en utförlig diskussion om jämlikhetsbegreppets obestämdhet, se Westen (1990). För en tillämpning av Westens resonemang på internationell lagstiftning om mänskliga rättigheter, se Betten (2000). För en analys av de svårigheter detta skapat i människorättskommitténs praxis, se Tomuschat (2004), speciellt s. 231 och 242–243, och Ando (2004), speciellt s. 218–224.

som används av
ella avgörander
na för handling
de punkten vad
diskriminering

En annan ut
gångspunkten
situationer ska
nivå. Människo
att ifrågasätta e
nering i CRPD
("denial of rea
självklar, efters
handling. Det
och vanligt spr
behandling" se
"same", oftast i
pel är att särbe
dantag från kr
minering.

En annan
handlings utsl
att missgynna
lingen samma
ofta som "ind
på en vid förs
att missgynn
som stiftades
haft rösträtt i
distinktion p

Jämlikhet
ter är avgrän
utvalda aspe
vad som är c
ring; de vanl
sonlighetsdr
fas för (se till
grupp inte fö

eller icke-
begreppet
rnas tolk-
eter är att
i (ICERD,
tematiskt
oner med
och icke-
n kombi-
endenser
ositiv sär-
kommitté-
ppet icke-
om syno-
a att även

ikhet och
behandla
om en il-
å lämnar
kriteriet
råka po-
finns på
t olikhet
a jämfö-
av icke-
mer som
för jäm-
onstruk-
eter det
muling

990). För
kliga rät-
iskoräts-
lo (2004),

som används av övervakningskommittéerna för att ge allmängiltighet till individuella avgöranden om en handling är diskriminerande eller inte; huruvida kriterierna för handlingen framstår som "objektiva och rimliga". Återigen är den springande punkten vad som anses *relevant* att jämföra i varje enskilt fall, och om detta har diskrimineringsbegreppet inget allmängiltigt att säga.

En annan utvecklingstendens är en växande möjlighet att basera anspråk på utgångspunkten för jämlikhet och icke-diskriminerings andra del (att relevant olika situationer ska behandlas olika) även då jämförelsekriteriet identifieras på individnivå. Människorättskommitténs resonemang i fallet *Bhinder* illustrerar möjligheten att ifrågasätta en regel som inte gör någon åtskillnad och definitionen av diskriminering i CRPD inbegriper som första konvention förnekande av skälig anpassning ("denial of reasonable accommodation"). Denna utveckling är inte på något sätt självklar, eftersom det ofta förutsätts att diskriminering är synonymt med *olika* behandling. Detta låter sig enkelt illustreras med konventionernas, kommittéernas och vanligt språkbruks tendens att använda begreppen "distinction" respektive "särbehandling" som synonyma med "diskriminering", och "equal" som synonymt med "same", oftast översatt till svenska som "likt" snarare än "jämlikt". Ett konkret exempel är att särbehandling i relation till moderskap i CEDAW framställs som ett undantag från krav på icke-diskriminering, i stället för ett krav *baserat* på icke-diskriminering.

En annan tydlig utveckling i kommittéernas arbete är att man fokuserar en handlings utslag i relation till en viss grupp, snarare än huruvida det fanns en avsikt att missgynna en person i gruppen eller om det kriterium som angetts för handlingen sammanfaller med det som definierar gruppen. Dessa situationer benämns ofta som "indirekt" eller "oavsiktlig" diskriminering. Viktigt här är att en åtskillnad på en vid första anblicken mera acceptabel grund kan vara föranledd av en avsikt att missgynna på en förbjuden grund. Ett talande exempel är de lagar om rösträtt som stiftades i södra USA efter inbördeskriget; bara de vars morfar eller farfar hade haft rösträtt kunde själv ha rösträtt. Då rösträtten fram till dess hade gjort samma distinktion på grundval av hudfärg, framgick den implicita avsikten tydligt.

Jämlikhets- och diskrimineringsbegreppet i lagstiftning om mänskliga rättigheter är avgränsat främst genom kravet att det ofta aktiveras endast i relation till vissa utvalda aspekter av mänsklig mångfald; så kallade 'grunder'. Buden är många för vad som är och/eller borde vara gemensamt för erkända grunder för diskriminering; de vanligaste är historiskt systematiskt missgynnande och inneboende personlighetsdrag som individen inte har möjlighet att ändra och därför inte ska straffas för (se till exempel Tomuschat 2004:242). Man skulle även kunna lägga till att en grupp inte får vara 'alltför' annorlunda från normen för att bli föremål för jämlik-

hets- och diskrimineringsbegreppen. Barn skulle kunna utgöra ett exempel på när en grupp ses som så fundamentalt olik normen att dess anspråk i stället uttrycks uteslutande som minimigarantier för gruppen. Klart är också att en aspekt av mångfald måste ha en viss grad av acceptans för att nå in på jämlikheten och icke-diskrimineringens arena; så länge en sexuell läggning sågs som ett brott var det inte aktuellt att se negativt socialt gensvar som diskriminering eller ojämlikhet. Samma sak gällde funktionsnedsättning så länge funktionshinder sågs som en nödvändig konsekvens av en funktionsnedsättning. När en grund sedan väl är erkänd, fortsätter ju givetvis idéer om formen av mångfald att bestämma vilka kriterier för behandling som framstår som "objektiva och rimliga". En central fråga för jämlikhets- och diskrimineringsbegreppen i relation till grunder är hur man hanterar det faktum att alla människor har flera aspekter av mångfald och att dessa samverkar. Detta kallas ofta "multipel" eller "flerfaldig" diskriminering ("multiple discrimination") eller "intersektionalitet" ("intersectionality") och uppmärksammas i ökad utsträckning i kommittéernas arbete. I CRPD finns för första gången en explicit referens till "flerfaldiga eller försvårade former av diskriminering" ("multiple or aggravated forms of discrimination").

Avslutningsvis kan åter poängteras att jämlikhetsbegreppet och diskrimineringsbegreppet inte på något sätt har 'ensamrätt' på jämförande och fördelande rättvisa; alla bestämmelser i lagstiftning om mänskliga rättigheter tar fasta på upplevda likheter respektive olikheter människor och situationer emellan. Däremot utförs denna jämförelse i en bestämmelse om jämställdhet och icke-diskriminering i större utsträckning på ett senare skede. På så sätt öppnar en sådan bestämmelse upp för att företeelser som inte var på bordet när en konvention skapades trots detta kan omfattas av dess skydd; ett tydligt exempel här är relationsvåld mot kvinnor. Bestämmelser om icke-diskriminering har även en jämförelsevis stor arena jämfört med andra bestämmelser om mänskliga rättigheter; alla livsområden omfattas och, i alla fall *prima facie*, alla aspekter av mänsklig mångfald.⁷⁴ Sammantaget med att relevanta jämförelsekriterier måste etableras i varje enskilt fall är det då inte så konstigt att skyddet ibland kan uppfattas som oförutsägbart och som rörande sig från abstrakt till fragmenterat utan att mellanlanda på något greppbart plan.

74 Wouter Vandenhole fann i en mycket omfattande jämförelse av jämlikhetsbegreppet och icke-diskrimineringsbegreppets användning i övervakningskommittéernas arbete mindre konvergens än vad han förväntade sig, taget att bestämmelserna är utformade på så pass liknande sätt (Vandenhole 2005:289). För en jämförelse som även omfattar regionala system till skydd för mänskliga rättigheter se Bayefsky (1990).

Källförteckning

Litteratur

- Ando, N. (2004). *The Rights Committee Implementing U: Anniversary of the H*
- Bayefsky, A. (1990). *International Law, Hum*
- Betten, L. (2000). *In the Fundamenta* (red.), *Fundame: fifth Anniversary: don: Hart Publis*
- Cusack, S. and Coc Gender. I: *Kraus Rights*. Åbo: Åbo
- Kjærsum, M. (2009) and Scheinin, M. Åbo: Åbo Akade
- Nowak, M. (2005). *tary, 2nd revisec*
- Ramcharan, B. G. *International B*
- York: Columbia
- Tomuschat, C. (200 – *A Pyrrhic Vict Rights: Festschr mittee. Leiden/*
- Vandenhole, W. *Human Rights*
- Westen, P. (1990) 'Equality' i *Mo: iversity Press*.

Källförteckning

Litteratur

- Ando, N. (2004). The Evolution and Problems of the Jurisprudence of the Human Rights Committee's Views Concerning Article 26. I: Ando, N. (red.), *Towards Implementing Universal Human Rights: Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- Bayefsky, A. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, *Human Rights Law Journal*, Volume 11, Issue 1.
- Betten, L. (2000). New Equality Provisions in European Law: Some Thoughts on the Fundamental Value of Equality as a Legal Principle. I: Tettenborn, A. m.fl. (red.), *Fundamental Values: A Volume of Essays to Commemorate the Seventy-fifth Anniversary of the Founding of the Law School in Exeter, 1923–1998*. London: Hart Publishing.
- Cusack, S. and Cook, R. J. (2009). Combatting Discrimination Based on Sex and Gender. I: Krause, C. and Scheinin, M. (red.), *International Protection of Human Rights*. Åbo: Åbo Akademi.
- Kjærum, M. (2009). Combating Racial and Related Discrimination. I: Krause, C. and Scheinin, M. (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*. Åbo: Åbo Akademi.
- Nowak, M. (2005). U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, 2nd revised edition. Kehl: Engel.
- Ramcharan, B. G. (1981). Equality and Nondiscrimination, i Henkin, L. (red.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*. New York: Columbia University Press.
- Tomuschat, C. (2004). The Human Rights Committee's Jurisprudence on Article 12 – A Pyrrhic Victory? I: Ando, N. (red.), *Towards Implementing Universal Human Rights: Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- Vandenhole, W. (2005). Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies. Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- Westen, P. (1990). *Speaking of Equality, An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' i Moral and Legal Discourse*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Konventioner, deklarationer och fördrag

- Konvention om förebyggande och bestraffning av brottet folkmord (1948), i kraft 12 januari 1951.
- FN:s Konvention om flyktingars rättsliga ställning (1951), i kraft 22 april 1954.
- Internationell konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (1966), i kraft 4 januari 1969.
- Internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (1966), i kraft 3 januari 1976.
- Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (1966), i kraft 23 mars 1976.
- Internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (1966), i kraft 3 januari 1976.
- Konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (1979), i kraft 3 september 1981.
- Konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (1984), i kraft 26 juni 1987.
- Konvention om barnets rättigheter (1989), i kraft 2 september 1990.
- Konvention om migrerande arbetares och deras familjers rättigheter (1990), i kraft 1 juli 2003.
- Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (2006), i kraft 3 maj 2008.
- Konventionen till skydd för alla människor mot påtvingade försvinnanden (2006).

Individuella klagomål

ICERD

- Habassi mot Danmark, Kommunikation Nr. 10/1997, 17 mars 1999
- Ahmad mot Danmark, Kommunikation Nr. 16/1999, 13 mars 2000
- Quereshi mot Danmark, Kommunikation Nr. 33/2003, 9 mars 2005
- L. R. m.fl. mot Slovakien, Kommunikation Nr. 31/2003, 7 mars 2005
- Sefic mot Danmark, Kommunikation Nr. 32/2003, 7 mars 2005
- The Jewish community of Oslo m.fl. mot Norge, Kommunikation Nr. 30/2003, 15 augusti 2005
- Durmic mot Serbien och Montenegro, Kommunikation Nr. 29/2003, 6 mars 2006

ICCPR

- Kvinnor från M
Danning mot N
Zwaan-de Wrie
B. d. B. m.fl. m
Gueye m.fl. m
Vuolanne mot J
Bhinder mot K
Lindgren m.fl.
och 299/198
Toonen mot A
Waldman mot
Müller och En
Wackenheim n
Love m.fl. mot
Althammer m.
Jacobs mot Bel

CEDAW

- A. T. mot Ung
Goekce mot C
Yildirim mot C

Generella k

ICERD

- General Reco
mars 1993
General Reco
and freedo
General Reco
scent), 1 n
General Recc
2004

ICCPR

- 8), i kraft
1954.
minering
er (1966),
56), i kraft
er (1966),
, i kraft 3
shandling
0), i kraft
, i kraft 3
n (2006).
- Kvinnor från Mauritius mot Mauritius, Kommunikation Nr. 35/1978, 9 april 1981
Danning mot Nederländerna, Kommunikation Nr. 180/1984, 9 april 1987
Zwaan-de Wries mot Nederländerna, Kommunikation Nr. 182/1984, 9 april 1987
B. d. B. m.fl. mot Nederländerna, Kommunikation Nr. 273/1989, 30 mars 1989
Gueye m.fl. mot Frankrike, Kommunikation Nr. 196/1983, 3 april 1989
Vuolanne mot Finland, Kommunikation Nr. 265/1987, 7 april 1989
Bhinder mot Kanada, Kommunikation Nr. 208/1986, 9 november 1989
Lindgren m.fl. och Lundquist m.fl. mot Sverige, Kommunikationer Nr. 298/1988
och 299/1988, 9 november 1990
Toonen mot Australien, Kommunikation Nr. 488/1992, 31 mars 1994
Waldman mot Kanada, Kommunikation Nr. 694/1996, 3 november 1999
Müller och Engelhard mot Namibia, Kommunikation Nr. 919/2000, 26 mars 2002
Wackenheim mot Frankrike, Kommunikation Nr. 854/1999, 15 juli 2002
Love m.fl. mot Australien, Kommunikation Nr. 983/2001, 25 mars 2003
Althammer m.fl. mot Österrike, Kommunikation Nr. 998/2001, 8 augusti 2003
Jacobs mot Belgien, Kommunikation Nr. 943/2000, 7 juli 2004

CEDAW

- A. T. mot Ungern, Kommunikation Nr. 2/2003, 26 januari 2005
Goekce mot Österrike, Kommunikation Nr. 5/2005, 6 augusti 2007
Yildirim mot Österrike, Kommunikation Nr. 6/2005, 6 augusti 2007

*Generella kommentarer/rekommendationer**ICERD*

- /2003, 15
ars 2006
- General Recommendation No. 14: Definition of discrimination (Art. 1, par. 1), 22 mars 1993
General Recommendation No. 20: Non-discriminatory implementation of rights and freedoms (Art. 5), 15 mars 1996
General Recommendation No. 29: Article 1, paragraph 1 of the Convention (Descent), 1 november 2002.
General Recommendation No. 30: Discrimination against non citizens, 1 oktober 2004

ICCPR

General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 november 1989

General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3),
29 mars 2000

General Comment No. 31: Nature of the general legal obligation imposed on States
parties to the Covenant, 26 maj 2004

CEDAW

General Recommendation No. 12 Violence against women, 6 mars 1989

General Recommendation No. 17: Measurement and quantification of the unremu-
nerated domestic activities of women and their recognition in the gross national
product, 3 januari 1991

General Recommendation No. 19 Violence against women, 29 januari 1992

General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on
the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary
special measures, 30 januari 2004

Hemsida

FN: s särskilda rapportör om samtida former av slaveri, <http://www2.ohchr.org/english/issues/slavery/rapporteur/index.htm>, 14 september 2009.