

HANDBOK

En handbok i europeisk diskrimineringsrätt



© Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, 2010.
Europarådet, 2010.

Manuskriptet färdigställdes i juli 2010.

Kopiering tillåten, utom för kommersiellt bruk, med angivande av källan.

***Europe Direct är en tjänst som hjälper dig att få svar
på dina frågor om Europeiska unionen***

**Gratis telefonnummer (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

(*) Vissa mobiltelefonoperatörer tillåter inte 00 800-nummer eller avgiftsbelägger dem.

Foto (titelsidan & insidan): © iStockphoto

Mer information om Europeiska unionen hittas på internet (<http://europa.eu>).

Kataloguppgifter finns i slutet av publikationen.

Luxemburg: Europeiska unionens publikationsbyrå, 2011

ISBN 978-92-871-9983-6 (Europarådet)

ISBN 978-92-9192-871-2 (FRA)

doi:10.2811/11993

Tryckt i Luxemburg av Imprimerie Centrale

TRYCKT PÅ PAPPER SOM BLEKTS UTAN ELEMENTÄRT KLOR (ECF)

Denna handbok utarbetades ursprungligen på engelska. Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA) samt Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) tar inget ansvar för kvaliteten på översättningarna till andra språk.

De åsikter som framförs i handboken är inte bindande för Europadomstolen. Handboken hänvisar till ett urval kommentarer och handböcker om den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Europadomstolen tar inget ansvar för innehållet i dessa. Att publikationerna tas upp i handboken ska inte heller tolkas som att Europadomstolen ställer sig bakom dem. Fler handböcker om konventionen finns på Europadomstolsbibliotekets webbplats (www.echr.coe.int/Library/).



En handbok i europeisk diskrimineringsrätt

Förord

I januari 2010 beslutade Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna och Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter att man tillsammans skulle ta fram en handbok om europeisk rättspraxis på likabehandlingsområdet. Vi är glada att här kunna presentera det konkreta resultatet av detta arbete.

När Lissabonfördraget trädde i kraft blev Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna rättsligt bindande. Tack vare Lissabonfördraget ges nu EU dessutom möjlighet att ansluta sig till den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Därför är ökade kunskaper om de gemensamma principer som Europeiska unionens domstol och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har utvecklat inte bara önskvärda utan faktiskt nödvändiga för att på nationell nivå korrekt kunna tillämpa en central aspekt i den europeiska människorättslagstiftningen: reglerna för likabehandling.

År 2010 var det 60 år sedan den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna antogs. I artikel 14 i konventionen finns ett förbud mot diskriminering. Det var även 10 år sedan två grundläggande texter i kampen mot diskriminering antogs på EU-nivå – direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung och direktivet om likabehandling i arbetslivet. Med tanke på den omfattande rättspraxis som Europeiska unionens domstol och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har utvecklat på likabehandlingsområdet tyckte vi att det var lämpligt att på ett lättillgängligt sätt presentera en handbok med åtföljande CD-ROM avsedd för rättstillämpare i EU:s och Europarådets medlemsländer samt i andra länder, exempelvis domare, åklagare och advokater och poliser. Eftersom dessa yrkesgrupper verkligen arbetar vid frontlinjen i kampen för att skydda de mänskliga rättigheterna måste de känna till likabehandlingsprinciperna så att de kan tillämpa dem i praktiken. Det är på nationell nivå som bestämmelserna om likabehandling får liv och det är här, på fältet, som utmaningarna blir som tydligast.

Erik Fribergh

Kanslichef vid Europeiska domstolen
för de mänskliga rättigheterna

Morten Kjærum

Direktör för Europeiska unionens
byrå för grundläggande rättigheter

Innehåll

FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR.....	9
1. INTRODUKTION TILL EUROPEISK DISKRIMINERINGSRÄTT:	
KONTEXT, UTVECKLING OCH HUVUDPRINCIPER	11
1.1. Kontext och bakgrund till den europeiska diskrimineringsrätten.....	12
1.1.1. Europarådet och den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.....	12
1.1.2. Europeiska unionen och direktiven om likabehandling.....	14
1.2. Nuvarande och framtida utveckling av de europeiska skyddsmekanismerna.....	15
1.2.1. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna	15
1.2.2. FN:s fördrag om mänskliga rättigheter.....	16
1.2.3. Europeiska unionens anslutning till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.....	17
Huvudpunkter.....	18
Mer läsning.....	19
2. DISKRIMINERINGSKATEGORIER OCH RÄTTFÄRDIGANDEGRUNDER.....	21
2.1. Inledning.....	21
2.2. Direkt diskriminering.....	22
2.2.1. Ogynnsam behandling.....	22
2.2.2. Ett jämförelseobjekt.....	23
2.2.3. Diskrimineringsgrunden	26
2.3. Indirekt diskriminering.....	29
2.3.1. En neutral bestämmelse eller ett neutralt kriterium eller förfaringsätt.....	30
2.3.2. Betydligt större negativa effekter för en skyddad grupp.....	30
2.3.3. Ett jämförelseobjekt.....	31
2.4. Trakasserier och instruktion att diskriminera.....	32
2.4.1. Trakasserier och instruktion att diskriminera enligt EU:s likabehandlingsdirektiv.....	32
2.4.2. Trakasserier och instruktion att diskriminera enligt Europakonventionen	35
2.5. Särskilda åtgärder	36
Huvudpunkter.....	43

2.6.	Rättfärdigande av mindre gynnsam behandling enligt EU:s diskrimineringslagstiftning	44
2.6.1.	Inledning.....	44
2.6.2.	En genomgång av allmänna rättfärdigandegrunder	44
2.6.3.	Tillämpning av allmänt rättfärdigande	46
2.6.4.	Specifika rättfärdiganden enligt EU-lagstiftningen	47
2.6.4.1.	Verkligt yrkeskrav	47
2.6.4.2.	Religiösa institutioner.....	51
2.6.4.3.	Undantag på grund av ålder	52
	Huvudpunkter	55
	Mer läsning.....	55
3.	DEN EUROPEISKA DISKRIMINERINGSRÄTTENS RÄCKVIDD	57
3.1.	Inledning.....	57
3.2.	Vem skyddas enligt den europeiska diskrimineringsrätten?	58
3.3.	Europakonventionens räckvidd:artikel 14 och protokoll 12.....	60
3.3.1.	Konventionens förbud mot diskriminering	60
3.3.1.1.	Rättigheter som omfattas av konventionen	60
3.3.1.2.	Räckvidden för konventionens rättigheter.....	61
3.3.1.3.	Protokoll 12.....	63
3.4.	Räckvidden för EU:s likabehandlingsdirektiv	64
3.4.1.	Arbetslivet.....	65
3.4.1.1.	Tillgång till anställning.....	65
3.4.1.2.	Anställningsvillkor, däribland uppsägning och lön.....	66
3.4.1.3.	Tillgång till yrkesvägledning och yrkesutbildning.....	67
3.4.1.4.	Arbetsstagar- och arbetsgivarorganisationer.....	68
3.4.1.5.	Europakonventionen och anställning	68
3.4.2.	Tillgång till välfärd och olika former av social trygghet	69
3.4.2.1.	Socialt skydd, däribland social trygghet och hälso- och sjukvård.....	70
3.4.2.2.	Sociala förmåner.....	71
3.4.2.3.	Utbildning.....	72
3.4.2.4.	Europakonventionen och välfärd och utbildning.....	73
3.4.3.	Tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, inklusive bostad.....	73
3.4.3.1.	Europakonventionen och varor och tjänster, inklusive bostad...76	76

3.4.4. Tillgång till rättslig prövning.....	78
3.4.4.1. Europakonventionen och tillgång till rättslig prövning.....	78
3.5. Tillämpning av konventionen på områden som inte omfattas av EU-lagstiftningen	79
3.5.1. Den "personliga" sfären: privat- och familjeliv, adoption, hem och äktenskap.....	80
3.5.2. Politiskt deltagande: yttrandefrihet, mötes- och föreningsfrihet och fria val.....	82
3.5.3. Brottsbekämpning.....	83
3.5.4. Straffrättsliga frågor	85
Huvudpunkter.....	86
Mer läsning.....	87
4. DISKRIMINERINGSGRUNDER	89
4.1. Inledning.....	89
4.2. Kön.....	90
4.3. Sexuell läggning	98
4.4. Funktionshinder.....	100
4.5. Ålder.....	103
4.6. Ras, etniskt ursprung, hudfärg och tillhörighet till en nationell minoritet.....	104
4.7. Nationalitet eller nationellt ursprung.....	108
4.8. Religion eller övertygelse.....	112
4.9. Språk.....	115
4.10. Social härkomst, börd och egendom.....	117
4.11. Politiska eller andra åsikter	118
4.12. "Ställning i övrigt"	119
Huvudpunkter.....	121
Mer läsning.....	121
5. BEVISTEKNISKA FRÅGOR INOM DISKRIMINERINGSRÄTTEN	125
5.1. Inledning.....	125
5.2. Delad bevisbörda.....	126
5.2.1. Faktorer som inte behöver bevisas.....	129
5.3. Betydelsen av statistik och andra uppgifter.....	131
Huvudpunkter.....	135
Mer läsning.....	136

FÖRTECKNING ÖVER MÅL.....	137
Rättspraxis vid Internationella domstolen.....	137
Rättspraxis vid EG-domstolen.....	137
Rättspraxis vid Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.....	139
Rättspraxis vid Europeiska kommittén för sociala rättigheter.....	143
Rättspraxis vid FN:s kommitté för mänskliga rättigheter.....	143
Rättspraxis vid nationella domstolar.....	143
FÖRTECKNING ÖVER RÄTTSTEXTER.....	145
Internationella instrument.....	145
EU-instrument.....	146
YTTERLIGARE MATERIAL TILLGÄNGLIGT PÅ CD-ROM.....	147
INTERNETKÄLLOR.....	149
KOMMENTAR TILL RÄTTSPRAXISHÄNVISNINGARNA.....	151

Förkortningar

CEDAW	Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor
CRC	Konventionen om barnets rättigheter
CRPD	FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
FRA	Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter
ICCPR	Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (MP-konventionen)
ICERD	Internationella konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering
ICESCR	Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
ICJ	Internationella domstolen

1

Introduktion till europeisk diskrimineringsrätt: kontext, utveckling och huvudprinciper

I första kapitlet förklaras bakgrunden till den europeiska diskrimineringsrätten och aktuella och framtida ändringar av såväl materiell rätt som skyddsförfaranden.

Det är viktigt att redan från början slå fast att både domare och åklagare är skyldiga att tillämpa det skydd som föreskrivs i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och EU:s direktiv om likabehandling, oavsett om en part åberopar dessa bestämmelser eller inte. På nationell nivå är domstolarna och de rättsliga myndigheterna inte begränsade till de rättsliga argument som anförs av parterna utan ska avgöra vad som är tillämplig rätt utifrån de faktiska uppgifter som de berörda parterna har lämnat. Det innebär i huvudsak att parterna i ett mål väljer om de vill gå vidare med en talan om likabehandling med stöd av de argument och den bevisning de anför. Detta är i överensstämmelse med den styrande rättsprincipen i varje rättsordning, exempelvis EU-lagstiftningens direkta rättsverkan i EU:s 27 medlemsstater och Europakonventionens direkta tillämplighet, vilket innebär att alla EU:s och Europarådets medlemsländer måste efterleva konventionen. I enskilda ärenden finns emellertid en viktig begränsning i form av preskriptionstider. Innan rättstillämpare överväger att åberopa skyddet mot diskriminering måste de sätta sig in i alla relevanta preskriptionstider i den berörda jurisdiktionen och avgöra om den berörda domstolen kan pröva frågan.

Rent praktiskt innebär detta att rättstillämpare, när detta är lämpligt, kan åberopa relevanta likabehandlingsinstrument och relevant rättspraxis vid nationella domstolar och myndigheter.

Det är därför oerhört viktigt att de förstår de nuvarande systemen på likabehandlingsområdet, hur de ska tillämpas och vad som gäller i en viss situation.

1.1. Kontext och bakgrund till den europeiska diskrimineringsrätten

Begreppet "europeisk diskrimineringsrätt" låter antyda att det finns ett gemensamt europeiskt system med regler på likabehandlingsområdet. Detta rättsområde består emellertid av många olika delar. Handboken bygger framför allt på Europakonventionen och EU-lagstiftningen. Dessa två system har olika ursprung, både i fråga om när de skapades och varför.

1.1.1. Europarådet och den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Europarådet är en mellanstatlig organisation som bildades efter andra världskriget för att bland annat främja rättsstatsprincipen, demokrati, mänskliga rättigheter och social utveckling (se ingressen och artikel 1 i Europarådets stadga). Europarådets medlemsländer antog Europakonventionen som ett hjälpmedel för att nå dessa mål. Konventionen var det första moderna människorättsfördrag som byggde på FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. I Europakonventionen åläggs medlemmarna att garantera ett antal mänskliga rättigheter för alla personer (inte bara medborgare) inom sin jurisdiktion. Tillämpningen av Europakonventionen granskas av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) (ursprungligen biträdd av en kommission), som prövar varje klagomål som väcks mot medlemsländerna. Europarådet har för närvarande 47 medlemmar och varje land som vill bli medlem måste också ansluta sig till Europakonventionen.

Sedan Europakonventionen upprättades 1950 har den ändrats och fått tillägg i form av s.k. protokoll. Den viktigaste förändringen av Europakonventionen skedde genom protokoll 11 (1994) som gjorde Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) till ett permanent organ med fast anställd personal och

avskaffade kommissionen. Syftet med protokollet var att öka Europakonventionens kapacitet för att klara det ökande antalet ärenden från de länder i Östeuropa som blev medlemmar av Europarådet efter Berlinmurens fall och Sovjetunionens sammanbrott.

Förbudet mot diskriminering garanteras i artikel 14 i Europakonventionen,¹ som garanterar lika behandling vid åtnjutande av de övriga rättigheter som anges i konventionen. Protokoll 12 (2000) till Europakonventionen, som ännu inte har ratificerats av samtliga EU-medlemsstater,² utvidgar förbudet mot diskriminering genom att garantera lika behandling vid åtnjutande av alla rättigheter (inklusive rättigheter enligt nationell lagstiftning). Enligt förklarande rapporten till protokollet skapades det för att stärka skyddet mot diskriminering, eftersom detta ansågs grundläggande för att kunna garantera mänskliga rättigheter. Protokollet kom till efter debatter om hur man framför allt skulle stärka lika rättigheter och möjligheter med hänsyn till kön och ras eller etniskt ursprung.

Även om detta inte är något som denna handbok fokuserar på är det värt att notera att själva principen om likabehandling är en vägledande princip i ett antal Europarådsdokument. I 1996 års version av den europeiska sociala stadgan är det viktigt att notera att den innehåller både rätt till lika möjligheter och lika behandling i frågor som rör anställning och yrkesutövning, utan diskriminering på grund av kön.³ Ytterligare skydd mot diskriminering finns i ramkonventionen om skydd för nationella minoriteter,⁴ i Europarådets konvention om åtgärder mot människohandel⁵ och i Europarådets konvention om tillgång till officiella handlingar. Det finns även skydd mot diskriminering i protokollet till konventionen om IT-relaterad brottslighet. Frågan om likabehandling har helt klart varit viktig vid utformningen av de juridiska dokument som Europarådet tagit fram och ses som en grundläggande frihet som måste skyddas.

1 Utbildningsmaterial i form av en Power point-presentation som ger vägledning om hur artikel 14 i Europakonventionen ska tillämpas finns på Europarådets webbplats för fortbildning av rättstillämpare i mänskliga rättigheter: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

2 För antalet EU-medlemsstater som har ratificerat protokoll 12, se: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG.

3 Se artikel 20 och artikel E i del V i den europeiska sociala stadgan.

4 Se artiklarna 4, 6.2 och 9 i ramkonventionen om skydd för nationella minoriteter.

5 Se artikel 2.1 i Europarådets konvention om bekämpande av människohandel.

1.1.2. Europeiska unionen och direktiven om likabehandling

Europeiska unionen (EU) var ursprungligen en mellanstatlig organisation men är nu en separat juridisk person. EU består för närvarande av 27 medlemsstater. Unionen har utvecklats ur tre separata mellanstatliga organisationer som upprättades på 1950-talet och som sysslade med energitrygghet och frihandel (tillsammans kända som Europeiska gemenskaperna). Europeiska gemenskapernas huvudsyfte var att stimulera den ekonomiska utvecklingen genom fri rörlighet för varor, kapital, personer och tjänster. För att skapa lika förutsättningar för medlemsstaterna innehöll det ursprungliga fördraget om inrättande av Europeiska ekonomiska gemenskapen (1957) en bestämmelse som förbjöd diskriminering på grund av kön vid anställning. Detta skulle hindra medlemsstaterna från att få en konkurrensfördel i förhållande till varandra genom att erbjuda kvinnor lägre löner eller mindre fördelaktiga arbetsvillkor. Även om detta område inom juridiken utvecklades betydligt och även kom att omfatta pension, graviditet och obligatoriska socialförsäkringssystem, tillämpades diskrimineringsrätten inom EU fram till 2000 bara på arbetslivet och social trygghet, och hade bara kön som diskrimineringsgrund.

Under 1990-talet bedrevs en intensiv lobbyverksamhet av organisationer i det civila samhället som krävde att EU:s förbud mot diskriminering skulle utvidgas och även omfatta grunder som ras och etniskt ursprung, sexuell läggning, religiös övertygelse, ålder och funktionshinder. Tack vare en utbredd rädsla för att extrem nationalism skulle få ett uppsving i vissa EU-medlemsstater fick man de politiska ledarna att ändra EG-fördraget och ge gemenskapen rätt att lagstifta på dessa områden.

År 2000 antogs två direktiv: direktivet om likabehandling i arbetslivet som förbjöd diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, religion eller övertygelse, ålder och funktionshinder, samt direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung som förbjöd diskriminering i arbetslivet på grund av ras eller etniskt ursprung, men även när det gällde tillgång till välfärdssystemet, socialförsäkringssystemet, och varor och tjänster. Detta var en viktig utvidgning av räckvidden för EU:s diskrimineringslagstiftning då man insåg att varje enskild person, för att kunna nå sin fulla potential på arbetsmarknaden, också måste garanteras lika tillgång till bland annat hälsa, utbildning och bostäder. År 2004 utvidgades skyddet mot könsdiskriminering genom direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster. Skyddet mot diskriminering på grund av kön motsvarar emellertid inte helt skyddet i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung eftersom direktivet om

likabehandling av kvinnor och män när det gäller social trygghet bara garanterar likabehandling på området social trygghet och inte när det gäller välfärdssystemet i stort, som socialt skydd och tillgång till hälso- och sjukvård och utbildning.

Även om sexuell läggning, religiös övertygelse, funktionshinder och ålder endast utgör diskrimineringsgrunder i arbetslivet håller EU-institutionerna för närvarande på att diskutera ett förslag om att utöka dessa grunder till att även omfatta varor och tjänster (genom det s.k. horisontella direktivet).

1.2. Nuvarande och framtida utveckling av de europeiska skyddsmekanismerna

1.2.1. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

I de ursprungliga EG-fördragen omnämns inte de mänskliga rättigheterna eller skyddet av dessa. Man trodde inte att inrättandet av ett frihandelsområde i Europa skulle kunna få några effekter på de mänskliga rättigheterna. I takt med att personer väckte talan vid Europeiska gemenskapernas domstol (EG-domstolen) och hävdade att gemenskapsrätten kränkte de mänskliga rättigheterna utvecklade EG-domstolen en rättspraxis som kallas för "gemenskapsrättens allmänna principer".⁶ Enligt EG-domstolen skulle dessa principer spegla det skydd för mänskliga rättigheter som finns i medlemsstaternas författningar och i olika människorättsfördrag, särskilt Europakonventionen. EG-domstolen skulle se till att gemenskapsrätten följde dessa principer.

Efter att ha konstaterat att dess politik kunde påverka mänskliga rättigheter och i en strävan att föra EU närmare medborgarna proklamerade EU och medlemsstaterna år 2000 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Stadgan består av en förteckning över mänskliga rättigheter, inspirerad av de rättigheter som finns i medlemsstaternas författningar, Europakonventionen och universella människorättsfördrag som FN:s konvention om barnets rättigheter. När stadgan antogs

⁶ Till följd av Lissabonfördraget har Europeiska gemenskapernas domstol (ofta endast kallad EG-domstolen) nu bytt namn till Europeiska unionens domstol (EU-domstolen). För att undvika förvirring används emellertid fortfarande beteckningen EG-domstolen i handboken eftersom det mesta av den befintliga litteratur som rättsställämpare kan tänkas vilja konsultera publicerades innan Lissabonfördraget trädde i kraft 2009.

år 2000 var den bara en "förklaring", dvs. den var inte rättsligt bindande, men Europeiska kommissionen (det organ som i första hand föreslår ny EU-lagstiftning) meddelade att dess förslag skulle vara förenliga med stadgan.

När Lissabonfördraget trädde i kraft 2009 ändrades statusen för stadgan om de grundläggande rättigheterna så att den blev ett bindande dokument. EU-institutionerna är därför skyldiga att följa stadgan. Även EU:s medlemsstater är skyldiga att följa stadgan, men bara när de genomför EU-lagstiftning. Man enades om ett protokoll till stadgan för Tjeckien, Polen och Storbritannien där denna begränsning uttryckligen anges. Artikel 21 i stadgan innehåller ett förbud mot diskriminering på olika grunder, vilket vi kommer att återkomma till längre fram i handboken. Det innebär att privatpersoner kan klaga på EU-lagstiftning eller nationell lagstiftning som genomför EU-lagstiftning om de anser att stadgan inte har respekterats. Nationella domstolar kan söka vägledning om den korrekta tillämpningen av EU-rätten genom att begära ett förhandsavgörande av EG-domstolen enligt artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

1.2.2. FN:s fördrag om mänskliga rättigheter

Det är naturligtvis inte bara Europa som har mekanismer för att skydda de mänskliga rättigheterna. Förutom andra regionala skyddsmekanismer i Nord- och Sydamerika, Afrika och Mellanöstern ligger Förenta nationerna (FN) bakom en omfattande internationell lagstiftning på människorättsområdet. Alla EU:s medlemsstater är parter i följande FN-fördrag om mänskliga rättigheter, som alla innehåller ett förbud mot diskriminering: den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR),⁷ den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR),⁸ konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (ICERD),⁹ konventionen om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (CEDAW)¹⁰ konventionen mot tortyr¹¹ och konventionen om barnets

7 9 UNTS 171.

8 3 UNTS 3.

9 0 UNTS 195.

10 49 UNTS 13.

11 65 UNTS 85.

rättigheter (CRC).¹² Det senaste FN-fördraget om mänskliga rättigheter är 2006 års konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD).¹³ Traditionellt har endast stater kunnat ansluta sig till ett fördrag om mänskliga rättigheter. I takt med att stater i ökad utsträckning samarbetar i mellanstatliga organisationer, till vilka de delegerar betydande befogenheter och ansvar, ökar behovet av att se till att även de mellanstatliga organisationerna förbinder sig att uppfylla sina medlemsstaters skyldigheter på människorättsområdet. CRPD är det första människorättsfördraget på FN-nivå som är öppet för regionala integrationsorganisationer och EU har meddelat sin avsikt att ansluta sig till konventionen. (Utgivarnas anmärkning: EU ratificerade konventionen under december 2010).

CRPD innehåller en omfattande förteckning över rättigheter för personer med funktionsnedsättning för att garantera likabehandling och lika tillgång i fråga om dessa rättigheter. Dessutom införs en rad skyldigheter för staten att vidta positiva åtgärder. Precis som stadgan är detta bindande för EU-institutionerna och kommer att vara bindande för medlemsstaterna när de tillämpar EU-lagstiftningen. Dessutom håller enskilda medlemsstater på att ansluta sig till CRPD, vilket omedelbart kommer att ge dem vissa skyldigheter. CRPD kommer troligen att användas som referenspunkt för tolkning av såväl EU-lagstiftningen och Europakonventionen vid påstådd diskriminering på grund av funktionsnedsättning.

1.2.3. Europeiska unionens anslutning till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

För närvarande finns starka kopplingar mellan EU-rätten och Europakonventionen. Alla EU:s medlemsstater har anslutit sig till Europakonventionen. Som framgår ovan lutar sig EG-domstolen mot Europakonventionen när den avgör räckvidden för skyddet av de mänskliga rättigheterna i EU:s lagstiftning. Stadgan om de grundläggande rättigheterna speglar också (men är inte begränsad till) de rättigheter som finns

¹² 77 UNTS 3. Några av medlemsstaterna är dessutom parter i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (FN-dokument A/61/611 av den 13 december 2006) och den internationella konventionen om skydd för alla människor mot påtvingade försvinnanden (FN-dokument A/61/488 av den 20 december 2006). Än så länge är emellertid inte någon medlemsstat part i den internationella konventionen om skydd av migrantarbetares och deras familjers rättigheter (FN-dokument A/RES/45/158 av den 1 juli 2003).

¹³ FN-dokument A/61/611 av den 13 december 2006.

i Europakonventionen. Trots att EU inte är part ännu i Europakonventionen speglar EU-rätten därför i mångt och mycket Europakonventionen. Men om en person vill klaga på EU och på att EU inte har garanterat de mänskliga rättigheterna, kan denne inte väcka klagomål mot EU vid Europadomstolen. I stället måste man antingen inge ett klagomål till de nationella domstolarna som sedan kan hänskjuta målet till EG-domstolen genom en begäran om förhandsavgörande, eller klaga på EU till Europadomstolen på ett indirekt sätt genom att där framföra klagomål mot en EU-medlemsstat.

Lissabonfördraget innehåller en bestämmelse som ger EU mandat att som egen juridisk person ansluta sig till Europakonventionen, och protokoll 14 till Europakonventionen ändrar konventionen så att detta blir möjligt. Det är fortfarande oklart vad detta kommer att innebära i praktiken, framför allt hur det framtida förhållandet mellan EG-domstolen och Europadomstolen kommer att se ut, eftersom förhandlingarna om EU:s anslutning till konventionen kan ta flera år. Ett resultat är emellertid att en privatperson som anser att EU inte har respekterat Europakonventionen kommer att kunna väcka klagomål direkt mot EU vid Europadomstolen.

Huvudpunkter

- I Europa skyddas människor mot diskriminering både genom EU-lagstiftningen och genom Europakonventionen. Även om dessa två system i hög grad kompletterar varandra och ömsesidigt stärker varandra finns det vissa skillnader som alla rättstillämpare måste vara medvetna om.
- Europakonventionen skyddar alla personer inom de 47 medlemsländernas jurisdiktion, medan EU:s likabehandlingsdirektiv bara ger skydd åt medborgarna i EU:s 27 medlemsstater.
- Enligt artikel 14 i Europakonventionen är diskriminering förbjudet enbart i samband med åtnjutandet av en annan rättighet enligt konventionen. Protokoll 12 inför ett allmänt och fristående förbud mot diskriminering.
- Förbudet mot diskriminering i EU:s diskrimineringslagstiftning begränsas till vissa sammanhang, exempelvis arbetslivet.
- EU-institutionerna är rättsligt bundna av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, inklusive dess bestämmelser om icke-diskriminering. Även EU:s medlemsstater måste respektera stadgan när de genomför EU-lagstiftning.
- Europeiska unionen har ratificerat CRPD och kommer att ansluta sig till Europakonventionen. EU kommer därigenom att stå under kontroll av externa övervakningsorgan och enskilda personer kommer att kunna klaga direkt till Europadomstolen om de anser att EU inte efterlever Europakonventionen.

Mer läsning

Bamforth, Malik och O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), kapitel 1 "Key issues and questions in discrimination law" och kapitel 2 "Sources and scope of domestic discrimination law".

Barnard, *EC Employment Law* (3:e upplagan, Oxford, Oxford University Press, 2006), kapitel 1 "The evolution of 'EC' social policy".

Besson, "The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?", *6 Human Rights Law Journal* (2006), s. 323.

Butler, "A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms", *23 University of Queensland Law Journal* (2004), s. 22.

Chalmers m.fl., *European Union Law: Text and Materials* (2:a upplagan, Cambridge, Cambridge University Press, 2010), kapitel 1 "European integration and the Treaty on European Union", kapitel 2 "EU institutions" och kapitel 6 "Fundamental rights".

Costello, "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europé", *6.1 Human Rights Law Review* (2006), s. 87.

Craig och de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4:e upplagan, Oxford, Oxford University Press, 2008), kapitel 1 "The development of European integration" och kapitel 11 "Human rights in the EU".

Eicke, "The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction", *3 European Human Rights Law Review* (2000), s. 280.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), kapitel 1 "Introduction".

Equinet, "Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice", volym I-IV, tillgänglig på www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick m.fl., "The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article", *25.4 Industrial Law Journal* (1996), s. 320.

Guliyev, "Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de 'second rang'? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009", 31 *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique* (2010).

Heringa och Verhey, "The EU Charter: Text and Structure", 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2001), s. 11.

Llorente, "A Charter of Dubious Utility", 13 *International Journal of Constitutional Law* (2003), s. 405.

Martin, "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", 69 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2007).

Quesada Segura, "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2008), specialnummer.

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe* (Strasbourg, Europarådet, 2010/2009).

Sadurksi, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", 93 *Human Rights Law Review* (2009), s. 397.

Syrpis, "The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?", 37.3 *Industrial Law Journal* (2008), s. 219.

Tulkens, "L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", i Carlier (ed.), *L'étranger face au droit* (Bryssel, Bruylant, 2010).

2

Diskrimineringskategorier och rättfärdigande grunder

2.1. Inledning

Syftet med diskrimineringsrätten är att alla människor ska få lika och rättvisa möjligheter i samhället. Vi fattar dagligen beslut om vem vi umgås med, var vi handlar och var vi arbetar. Vi föredrar vissa saker och vissa personer framför andra. Även om det är vanligt och normalt att uttrycka subjektiva preferenser kan det finnas tillfällen när vi har en maktposition eller när vi kan fatta beslut som direkt kan påverka andra människors liv. Vi kanske är tjänstemän, butiksägare, arbetsgivare, hyresvärdar eller läkare som fattar beslut om hur offentliga befogenheter ska användas eller hur privata varor och tjänster ska tillhandahållas. I dessa opersonliga sammanhang påverkar diskrimineringsrätten våra val på två sätt:

För det första föreskrivs att personer i likartade situationer ska behandlas lika och inte missgynnas på grund av en viss diskrimineringsgrundande egenskap. Detta kallas "direkt diskriminering". Enligt Europakonventionen kan allmänna, objektiva rättfärdigande grunder åberopas för att motivera direkt diskriminering. I EU-lagstiftningen är möjligheten att rättfärdiga direkt diskriminering något begränsad.

För det andra föreskriver diskrimineringsrätten att personer i olika situationer ska behandlas olika i den utsträckning detta är nödvändigt för att de ska kunna utnyttja samma möjligheter som alla andra. Samma "diskrimineringsgrunder" bör därför tillämpas när man utför specifik verksamhet eller upprättar specifika regler. Detta kallas "indirekt" diskriminering. Oavsett om en talan baseras på Europa-

Diskrimineringsrätten förbjuder att personer eller grupper av personer i samma situation behandlas olika, och att personer eller grupper av personer i olika situationer behandlas lika.¹⁴

konventionen eller EU-lagstiftningen bygger försvaret vid alla former av indirekt diskriminering på objektiva rättfärdigande grunder.

I detta kapitel diskuteras ingående innebörden av direkt och indirekt diskriminering, en del av de uttryck dessa former av diskriminering tar, exempelvis

trakasserier och föreskrift att diskriminera, och vad som sägs i rättspraxis. Dessutom undersöks hur diskriminering kan rättfärdigas.

2.2. Direkt diskriminering

Direkt diskriminering definieras på likartat sätt i Europakonventionen och i EU-lagstiftningen. I artikel 2.2 i EU:s direktiv om likabehandling av personer oavsett ras eller etniskt ursprung anges att direkt diskriminering "anses förekomma när en person på grund av ras eller etniskt ursprung behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation".¹⁵ Europadomstolen använder formuleringen att det måste finnas en "skillnad i behandling av personer i samma, eller tillräckligt likartade, situationer", som "baseras på en identifierbar egenskap".¹⁶

Direkt diskriminering förekommer om:

- en person missgynnas
- jämfört med hur andra, i en likartad situation, har behandlats eller skulle ha behandlats
- och detta beror på en viss egenskap som denna person har som faller under begreppet "diskrimineringsgrund".

2.2.1. Ogyynsam behandling

Grunden för direkt diskriminering är den särbehandling en person utsätts för. Det första som utmärker direkt diskriminering är därför bevis på ogyynsam behandling. Detta är relativt enkelt att upptäcka, jämfört med indirekt diskriminering där man oftast behöver statistiska uppgifter (se nedan).

14 Se exempelvis Europadomstolens beslut av den 6 januari 2005 i målet *Hoogendijk mot Nederländerna* (upptagande till sakprövning) (klagomål nr 58641/00).

15 Se även artikel 2.2 a i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 2.1 a i jämställdhetsdirektivet (omarbetning) och artikel 2 a i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.

16 Europadomstolens dom av den 16 mars 2010 i målet *Carson m.fl. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 42184/05), punkt 61. Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00), punkt 175 och Europadomstolens dom av den 29 april 2008 i målet *Burden mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 13378/05), punkt 60.

Här är några exempel från mål som tas upp i handboken: personer som nekas att besöka en restaurang eller butik, som får lägre pension eller lägre lön, som utsätts för förolämpningar eller våld, som vägras inresa vid en gränspostering, som har högre eller lägre pensionsålder, som förbjuds inneha ett visst yrke, som inte kan kräva arvsrätt, som utestängs från det vanliga utbildningssystemet, som utvisas, som inte tillåts bära religiösa symboler, som inte beviljas eller får sina socialförsäkringsförmåner indragna.

2.2.2. Ett jämförelseobjekt

Ogynnsam behandling är relevant för att avgöra om det rör sig om diskriminering genom att behandlingen är ogynnsam vid jämförelse med en annan person i en likartad situation. Ett klagomål om "låg lön" kan inte användas för att hävda att man utsatts för diskriminering om man inte kan visa att lönen är lägre än för en annan anställd hos samma arbetsgivare som utför en jämförbar arbetsuppgift. Därför behövs ett jämförelseobjekt, dvs. en person som i allt väsentligt befinner sig i samma situation och där den stora skillnaden mellan personerna är diskrimineringsgrunden. Med andra ord är det upp till den som påstår sig ha utsatts för diskriminering att övertyga domstolen om att det finns personer som har fått eller skulle få en mer gynnsam behandling, och att den enda skillnaden mellan dem är diskrimineringsgrunden. De mål som tas upp i handboken visar att arbetet med att hitta ett jämförelseobjekt sällan är en kontroversiell fråga, och i flera fall nämner varken parterna eller domstolen uttryckligen jämförelseobjektet. Nedan följer några mål där domstolen i fråga uttryckligen tog upp valet av jämförelseobjekt.

Exempel: I målet *Moustaquim mot Belgien* hade en marockansk medborgare dömts för flera brott och skulle därför utvisas.¹⁷ Den marockanska medborgaren hävdade att beslutet att utvisa honom innebar diskriminering. Han hävdade att det rörde sig om diskriminering på grund av nationalitet eftersom belgiska medborgare som döms för brott inte utvisas. Europadomstolen fann att klaganden inte befann sig i samma situation som belgiska medborgare, eftersom en stat enligt Europakonventionen inte har rätt att utvisa sina egna medborgare. Därför innebar utvisningen inte diskriminering. Även om Europadomstolen godtog argumentet att klaganden var i en jämförbar situation som en person som inte var belgisk medborgare utan medborgare i en annan EU-medlemsstat (och

¹⁷ Europadomstolens dom av den 18 februari 1991 i målet *Moustaquim mot Belgien* (klagomål nr 12313/86).

som enligt EU-lagstiftningen om fri rörlighet därför inte kunde utvisas) fann domstolen att särbehandlingen kunde motiveras.

Exempel: I målet *Allonby* förnyades inte klagandens kontrakt som föreläsare på ett college.¹⁸ Hon började då arbeta för ett bemanningsföretag som försåg läroanstalter med föreläsare. Företaget skickade tillbaka henne till hennes gamla college, där hon fick samma arbetsuppgifter som förut men till lägre lön. Hon hävdade diskriminering på grund av kön, eftersom manliga föreläsare som arbetade på samma college hade högre lön. EG-domstolen konstaterade att manliga föreläsare som var anställda av samma college inte befann sig i en jämförbar situation. Skälet till detta var att ifrågavarande college inte var ansvarigt för att fastställa lönen för både den manlige föreläsare som var anställd direkt av läroanstalten och klaganden som var anställd av ett externt företag. De befann sig därför inte i en tillräckligt likartad situation.

Exempel: I målet *Luczak mot Polen* klagade en fransk jordbrukare, som var bosatt och bedrev jordbruk i Polen, på att han inte fick lova att skriva in sig i ett särskilt polskt socialförsäkringssystem som inrättats just för att stödja polska jordbrukare, eftersom systemet inte var öppet för personer som inte var polska medborgare.¹⁹ Europadomstolen höll med om att jordbrukaren befann sig i en situation som var jämförbar med polska jordbrukares, vilka hade rätt till systemets förmåner, eftersom klaganden var fast bosatt i Polen och precis som andra medborgare betalade skatt, bidrog till finansieringen av socialförsäkringssystemet och tidigare hade tillhört det allmänna socialförsäkringssystemet.

Exempel: I målet *Richards* hade klaganden genomgått en könsoperation och bytt kön från man till kvinna.²⁰ Hon begärde att hennes pension skulle betalas ut från och med det att hon fyllde 60 år, den dåvarande brittiska pensionsåldern för kvinnor. Regeringen beviljade henne inte pensionen med motiveringen att hon inte hade missgynnats jämfört med andra i en liknande situation. Eftersom klaganden hade levt sitt liv som man hävdade regeringen att i detta fall var det korrekta jämförelseobjektet "män". EG-domstolen fann att eftersom det

18 EG-domstolens dom av den 13 januari 2004 i mål C-256/01, *Allonby mot Accrington & Rossendale College m.fl.*, REG 2004, s. I-873.

19 Europadomstolens dom av den 27 november 2007 i målet *Luczak mot Polen* (klagomål nr 77782/01). Se även Europadomstolens dom av den 16 september 1996 i målet *Gaygusuz mot Österrike* (klagomål nr 17371/90).

20 EG-domstolens dom av den 27 april 2006 i mål C-423/04, *Richards mot Secretary of State for Work and Pensions*, REG 2006, s. I-3585.

enligt den nationella lagstiftningen var tillåtet för en person att byta kön var det korrekta jämförelseobjektet kvinnor. Genom att tvingas till en högre pensionsålder behandlades klaganden därför mindre gynnsamt än andra kvinnor.

Exempel: I målet *Burden mot Förenade kungariket* hade två systrar bott tillsammans i 31 år.²¹ De ägde gemensamt en fastighet och var och en hade testamenterat sin halva av fastigheten till den andra systern. De klagande hävdade att om en av systerna dog skulle den andra tvingas betala arvsskatt eftersom fastighetens värde översteg det gällande tröskelvärdet för arvsskatt. De hävdade att detta på ett diskriminerande sätt inskränkte deras rätt till egendom, eftersom gifta par och par som hade ingått registrerat partnerskap var undantagna arvsskatt. Europadomstolen fann emellertid att eftersom parterna var systrar kunde de inte jämföras med gifta par eller par som ingått registrerat partnerskap. Äktenskap och registrerat partnerskap innebär att parterna frivilligt och medvetet ingår en särskild förbindelse som ger upphov till avtalsmässiga rättigheter och skyldigheter. De klagandes förhållande byggde däremot på släktskap och var därför helt annorlunda.

Exempel: I målet *Carson m.fl. mot Förenade kungariket* hävdade klaganden att den brittiska regeringen inte räknade upp pensionerna till pensionärer som var bosatta utomlands lika mycket som till pensionärer bosatta i Storbritannien.²² Enligt brittisk lagstiftning räknades pensionerna endast upp för brittiska medborgare, med undantag av brittiska medborgare som efter pensioneringen hade bosatt sig i länder med vilka Storbritannien hade ingått ömsesidiga socialförsäkringsavtal. De klagande, som inte var bosatta i ett land som hade ingått ett sådant avtal, hävdade att de hade utsatts för diskriminering på grund av sin bosättningsort. Europadomstolen höll inte med de klagande som hävdade att de befann sig i en liknande situation som pensionärer i Storbritannien eller de brittiska medborgare som efter pensioneringen hade bosatt sig i länder med vilka Storbritannien hade ingått ett ömsesidigt avtal. Europadomstolen fann att även om dessa olika grupper alla hade bidragit till statens intäkter genom att betala sin nationella socialförsäkring var denna ingen pensionsfond, utan snarare offentliga intäkter för att finansiera olika offentliga utgifter. Den brittiska regeringens skyldighet att räkna upp pensionerna baserades dessutom på ökade levnadskostnader i Storbritannien. Klagandena befann sig därför inte i en jämförbar situation i förhållande till dessa andra grupper och någon diskriminering hade därför inte förelegat.

21 Europadomstolens dom av den 29 april 2008 i målet *Burden mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 13378/05).

22 Europadomstolens dom av den 16 mars 2010 i målet *Carson m.fl. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 42184/05).

Det finns, åtminstone inom ramen för EU:s arbetsrättslagstiftning, ett uppenbart undantag från skyldigheten att hitta ett lämpligt "jämförelseobjekt", nämligen när diskrimineringen beror på att personen i fråga är gravid. Tack vare en lång rad domar, som startade med det betydelsefulla målet *Dekker*, har EG-domstolen i sin rättspraxis nu slagit fast att om en person missgynnas på grund av att hon är gravid klassificeras detta som direkt diskriminering på grund av kön. Något jämförelseobjekt behövs därför inte.²³

2.2.3. Diskrimineringsgrunden

I kapitel 4 behandlas de olika diskrimineringsgrunderna i den europeiska diskrimineringsrätten, nämligen kön, sexuell läggning, funktionshinder, ålder, ras, etniskt ursprung, nationellt ursprung och religion eller övertygelse. Detta avsnitt inriktas på behovet av att hitta ett orsakssamband mellan den ogynnsamma behandlingen och diskrimineringsgrunden. För att uppfylla detta villkor behöver man bara ställa sig följande fråga: Hade personen i fråga behandlats mindre gynnsamt om han eller hon hade haft ett annat kön, en annan ras, en annan ålder eller på något annat sätt befunnit sig i en motsatt position i förhållande till en av diskrimineringsgrunderna? Om svaret är ja beror den ogynnsamma behandlingen helt klart på diskrimineringsgrunden i fråga.

När det gäller indirekt diskriminering behöver inte bestämmelsen eller förfaringsättet som är i fokus uttryckligen ange "diskrimineringsgrunden", så länge som man hänvisar till en annan faktor som inte kan skiljas från den skyddade diskrimineringsgrunden. När man fastställer om det har förekommit direkt diskriminering bedömer man i huvudsak om den mindre gynnsamma behandlingen beror på en "diskrimineringsgrund" som inte kan särskiljas från den specifika faktor som klagomålet rör.

Exempel: I målet *James mot Eastleigh Borough Council*, var herr James tvungen att betala inträde för att få tillträde till en simhall i Eastleigh, medan hans fru slapp betala inträde.²⁴ Både var 61 år gamla. Att fru James slapp betala inträde berodde på att hon var pensionär, medan herr James inte var pensionär eftersom pensionsåldern i Storbritannien är 65 år för män och 60 år för kvinnor. Även om regeln om gratis inträde till simhallen baserades på

23 EG-domstolens dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, *Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, REG 1990, s. I-3941. Se ett liknande resonemang i EG-domstolens dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, *Webb mot EMO Cargo (UK) Ltd*, REG 1994, s. I-3567.

24 Förenade kungariket: House of Lords, *James mot Eastleigh Borough Council* [1990] UKHL 6, 14 juni 1990.

att personen i fråga var pensionär baserades rätten till pension på kön. Det brittiska överhuset konstaterade att om herr James hade varit av motsatt kön hade han fått samma behandling som sin fru. Dessutom slog man fast att avsikten och motivet bakom behandlingen inte var relevant utan bara själva behandlingen.

Exempel: I målet *Maruko* hade ett homosexuellt par ingått registrerat partnerskap.²⁵ Sökandens partner hade dött och sökanden begärde efterlevandepension från det företag som ansvarade för hans avlidne partners tjänstepension. Företaget vägrade att betala med motiveringen att efterlevandepension endast kunde betalas ut till makar och att sökanden inte hade varit gift med den avlidne. EG-domstolen höll med om att vägran att betala pensionen innebar ogynnsam behandling och att behandlingen var mindre gynnsam jämfört med behandlingen av jämförelseobjektet "gifta par". EG-domstolen fann att i Tyskland gav registrerat partnerskap många av de rättigheter och skyldigheter som makar hade i fråga om statliga pensionssystem. Domstolen konstaterade därför att i det aktuella målet kunde parterna likställas med makar. EG-domstolen konstaterade vidare att detta innebar diskriminering på grund av sexuell läggning. Det faktum att de inte kunde gifta sig var således oskiljaktigt från deras sexuella läggning.

Exempel: I målet *Aziz mot Cypern* hävdade klaganden att hans turkcypriotiska ursprung innebar att han inte hade rösträtt.²⁶ Enligt den då gällande cypriotiska lagstiftningen kunde turkcyprioter och grekcyprioter endast rösta på kandidater från sin egen etniska grupp i parlamentsvalen. Efter den turkiska ockupationen av norra Cypern hade de flesta turkcyprioter lämnat området och fick inte längre sitta i parlamentet. Klaganden hade därför inte längre någon lista på kandidater som han kunde rösta på. Regeringen hävdade att det faktum att klaganden inte kunde rösta berodde på att det inte fanns några kandidater som han kunde rösta på. Europadomstolen ansåg däremot att den nära kopplingen mellan valreglerna och att tillhöra den turkcypriotiska befolkningsgruppen, sammantaget med att regeringen inte hade lyckats anpassa valreglerna till denna situation, innebar att det rörde sig om direkt diskriminering på grund av etniskt ursprung.

²⁵ EG-domstolens dom av den 1 april 2008 i mål C-267/06, *Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, REG 2008, s. I-1757.

²⁶ Europadomstolens dom av den 22 juni 2004 i målet *Aziz mot Cypern* (klagomål nr 69949/01).

Domstolarna har gjort en vid tolkning av hur långt diskrimineringsgrunderna sträcker sig. Räckvidden kan omfatta "diskriminering på grund av anknytning", där den som utsätts för diskriminering inte själv omfattas av diskrimineringsgrunderna. Det kan även röra sig om att en viss grund tolkas på ett abstrakt sätt. Därför måste alla rättstillämpare göra en detaljerad analys av motiven till den ogynnsamma behandlingen, och leta efter bevis för att diskrimineringsgrunden antingen direkt eller indirekt är orsaken till denna behandling.

Exempel: I målet *Coleman mot Attridge Law och Steve Law* hävdade en mor att hon hade diskriminerats på sin arbetsplats på grund av att hennes son var funktionshindrad.²⁷ Hennes sons funktionshinder gjorde att hon ibland kom för sent till arbetet och att hon begärde att få planera sin ledighet utifrån sonens behov. Sökandens begäran avslogs och hon hotades av uppsägning. Dessutom fick hon nedsättande kommentarer om sin sons tillstånd. EG-domstolen godtog att hennes kolleger med liknande tjänster och barn var jämförelseobjekt och fann att dessa gavs flexibilitet när de bad om det. Domstolen konstaterade att detta innebar diskriminering och trakasserier på grund av barnets funktionshinder.

Exempel: Målet *Weller mot Ungern* rörde en rumänsk kvinna som var gift med en ungersk man. De hade fyra barn tillsammans.²⁸ Hon hade inte rätt till moderskapsersättning efter födseln på grund av att hon inte var ungersk medborgare. Hennes man försökte begära ersättningen men nekades med motiveringen att denna bara betalades ut till mödrar. Europadomstolen fann att han hade utsatts för diskriminering på grund av faderskap (snarare än kön), eftersom manliga föräldrar som hade adopterat barn eller manliga vårdnadshavare hade rätt till ersättningen, men inte biologiska fäder. Även barnen lämnade in ett klagomål och hävdade att de hade utsatts för diskriminering till följd av att regeringen hade vägrat att betala ut ersättningen till deras far. Europadomstolen godtog detta argument. Barnen utsattes således för diskriminering på grund av deras förälders status som biologisk far.

Exempel: I målet *P. mot S. och Cornwall County Council* genomgick sökanden behandling för att byta kön från man till kvinna när hon blev uppsagd av

27 EG-domstolens dom av den 17 juli 2008 i mål C-303/06, *Coleman mot Attridge Law och Steve Law*, REG 2008, s. I-5603.

28 Europadomstolens dom av den 31 mars 2009 i målet *Weller mot Ungern* (klagomål nr 44399/05).

sin arbetsgivare.²⁹ När det gäller lämpligt jämförelseobjekt konstaterade EG-domstolen att ”då en person sägs upp på grund av att [han eller] hon ämnar genomgå eller har genomgått könsbyte, utsätts denna person således för en ogynnsam behandling i jämförelse med andra av det kön som personen ansågs tillhöra före operationen”. Även om det inte gick att styrka att sökanden hade behandlats på olika sätt om han var man eller kvinna kunde man visa att särbehandlingen grundades på begreppet kön.

2.3. Indirekt diskriminering

I både EU-lagstiftningen och Europakonventionen uttrycks att diskriminering inte bara kan uppstå till följd av att personer i jämförbara situationer behandlas olika, utan även att personer i olika situationer behandlas lika. Det senare kallas indirekt diskriminering eftersom det inte är behandlingen som skiljer sig åt utan i stället behandlingens effekter, som påverkar människor med olika egenskaper på olika sätt. I artikel 2.2 b i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung anges att ”indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt särskilt missgynnar personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung jämfört med andra personer”.³⁰ Europadomstolen har använt sig av denna definition av indirekt diskriminering i några av sina senaste domar och konstaterat att ”särbehandling kan ta sig uttryck i oproportionerligt stora negativa effekter till följd av en allmän policy eller åtgärd som, trots att den har författats på ett neutralt sätt, missgynnar en viss grupp”.³¹

Indirekt diskriminering består av följande delar:

- en neutral bestämmelse eller ett neutralt kriterium eller förfaringsätt
- som ger en betydligt större negativ effekt på en grupp med en viss ”diskrimineringsgrund”
- än på andra personer i en jämförbar situation.

29 EG-domstolens dom av den 30 april 1996 i mål C-13/94, *P. mot S. och Cornwall County Council*, REG 1996, s. I-2143.

30 För liknande resonemang, se artikel 2.2 b i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 2.1 b i jämställdhetsdirektivet (omarbetning) och artikel 2 b i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.

31 Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00), punkt 184; Europadomstolens dom av den 9 juni 2009 i målet *Generaladvokat Légers förslag till avgörande Opuz mot Turkiet* (klagomål nr 33401/02), punkt 183; Europadomstolens dom av den 20 juni 2006 i målet *Zarb Adami mot Malta* (klagomål nr 17209/02), punkt 80.

2.3.1. En neutral bestämmelse eller ett neutralt kriterium eller förfaringsätt

Det första villkoret är en skenbart neutral bestämmelse eller skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt. Med andra ord måste det finnas någon typ av krav som alla omfattas av. Nedan följer två åskådningsexempel. För ytterligare exempel se kapitel 5 om bevis tekniska frågor och betydelsen av statistik.

Exempel: I målet *Hilde Schönheit* beräknades pensionerna för deltidsanställda enligt en annan procentsats än pensionerna för heltidsanställda.³² Den annorlunda procentsatsen baserades inte på arbetstiden. Deltidsanställda fick därför en lägre pension, även om man tog hänsyn till aspekter som skillnader i anställningstid, och fick därmed rent faktiskt lägre lön. Denna neutrala regel om beräkning av pensioner omfattade alla deltidsanställda. Eftersom ca 88 procent av de deltidsanställda var kvinnor var de negativa effekterna för kvinnor oproportionerligt stora jämfört med de negativa effekterna för män.

Exempel: I målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* användes en rad olika tester för att fastställa elevers intelligens och lämplighet så att man kunde avgöra om de skulle tas ur det vanliga utbildningssystemet och placeras i särskolor.³³ Särskolorna var avsedda för barn med intellektuella funktionshinder och andra former av inlärningssvårigheter. Samma test användes för alla elever som man övervägde att placera i särskolor. I praktiken hade testet utarbetats för den tjeckiska majoritetsbefolkningen, vilket ökade sannolikheten för att romska barn skulle få ett sämre testresultat – vilket de fick. Till följd av detta undervisades 80-90 procent av de romska barnen utanför det vanliga utbildningssystemet. Europadomstolen fann att detta innebar indirekt diskriminering.

2.3.2. Betydligt större negativa effekter för en skyddad grupp

Det andra villkor som kan identifieras är att den till synes neutrala regeln, måttstocken eller praxisen innebär särskilda nackdelar för en viss grupp som

32 EG-domstolens dom av den 23 oktober 2003 i de förenade målen C-4/02 och C-5/02, *Hilde Schönheit mot Stadt Frankfurt am Main* och *Silvia Becker mot Land Hessen*, REG 2003, s. I-12575.

33 Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00), punkt 79.

omfattas av en av diskrimineringsgrunderna. Det är detta som skiljer indirekt diskriminering från direkt diskriminering. Vid indirekt diskriminering flyttas fokus från en skillnad i behandling till en skillnad i effekt.

Vid prövningen av statistiska bevis för att en grupp som omfattas av en av diskrimineringsgrunderna har påverkats på ett oproportionerligt negativt sätt jämfört med personer i en jämförbar situation, försöker EG-domstolen och Europadomstolen hitta bevis för att en betydande del av dem som påverkades negativt utgörs av denna "skyddade grupp". Detta kommer att behandlas närmare i kapitel 5 om bevis tekniska frågor. Här hänvisas till de begrepp som används av generaladvokat Léger i hans förslag till avgörande i målet *Nolte* när han talar om könsdiskriminering:

... en åtgärd, för att presumeras vara diskriminerande, skall drabba "ett mycket högre antal kvinnor än män" [Rinner-Kühn³⁴] eller en "väsentligt lägre procentandel män än kvinnor" [Nimz,³⁵ Kowalska³⁶] eller "en väsentligt högre procentandel kvinnor än män" [De Weerd, född Roks, m.fl.³⁷].³⁸

2.3.3. Ett jämförelseobjekt

Precis som vid direkt diskriminering måste domstolen fortfarande hitta ett lämpligt jämförelseobjekt för att avgöra om den specifika regeln, kriteriet eller praxisen får betydligt större negativa effekter för personen i fråga än för andra personer i en jämförbar situation. I detta avseende skiljer sig inte domstolarnas strategi från strategin vid direkt diskriminering.

34 EG-domstolens dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, *Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung*, REG 1989, s. 2743.

35 EG-domstolens dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, *Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg*, REG 1991, s. I-297.

36 EG-domstolens dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, *Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg*, REG 1990, s. I-2591.

37 EG-domstolens dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, *De Weerd, född Roks, m.fl. mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.*, REG 1994, s. I-571.

38 *Generaladvokat Légers förslag till avgörande* av den 31 maj 1995, punkterna 57–58 i EG-domstolens dom av den 14 december 1995 i mål C-317/93, *Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover*, REG 1995, s. I-4625. För ett liknande resonemang i Europadomstolen, se domen av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00) (diskuteras i kapitel 5.2.1).

2.4. Trakasserier och instruktion att diskriminera

2.4.1. Trakasserier och instruktion att diskriminera enligt EU:s likabehandlingsdirektiv

Förbud mot trakasserier och instruktion att diskriminera är relativt nytt i EU:s diskrimineringslagstiftning och infördes för att skapa ett mer heltäckande skydd.

Enligt likabehandlingsdirektiven ska trakasserier anses vara diskriminering:

- när ett oönskat beteende som har samband med en diskrimineringsgrund
- syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks
- och/eller skapar en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning.³⁹

Trakasserier räknas som en särskild form av diskriminering i EU:s likabehandlingsdirektiv. Tidigare sågs det som ett specifikt uttryck för direkt diskriminering. Att det har fått en egen rubrik i direktiven orsakas mer av att det är viktigt att framhålla just denna skadliga form av diskriminering än på en ny syn på begreppen.

I likabehandlingsdirektiven som berör kön fastställs även att sexuella trakasserier är en särskild typ av diskriminering, och att med detta avses oönskat "verbalt, icke-verbalt eller fysiskt beteende" av sexuell natur.⁴⁰

Enligt denna definition behövs inget jämförelseobjekt för att bevisa att trakasserier har förekommit. Detta speglar att trakasserier i sig är felaktiga på grund av det uttryck de tar sig (oönskat verbalt, icke-verbalt eller fysiskt beteende) och den effekt de kan få (kränka den mänskliga värdigheten).

Mycket av synen på trakasserier på EU-nivå kommer från rådets förklaring av den 19 december 1991 om genomförandet av kommissionens rekommendation om skydd av kvinnors och mäns värdighet i arbetslivet, inklusive genomförande-

39 Se artikel 2.3 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, artikel 2.3 i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 2 c i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och artikel 2.1 c i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

40 Artikel 2 d i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och artikel 2.1 d i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

koden för att bekämpa sexuella trakasserier.⁴¹ Inom EU-rätten har man en flexibel objektiv/subjektiv syn. I första hand är det hur den som drabbas uppfattar behandlingen som avgör om trakasserier har förekommit. Och i andra hand även om den som drabbas inte lider av trakasserier kan man ändå fastställa att trakasserier har förekommit om det är den klagande som har utsatts för beteendet i fråga.

De faktiska omständigheter som har betydelse för om ett beteende ska anses utgöra trakasserier eller inte avgörs vanligtvis på nationell nivå, innan ett mål hänskjuts till EG-domstolen. Följande exempel är därför hämtade från nationella domstolar.

Exempel: I ett mål vid Svea hovrätt hade käranden försökt att köpa en valp. När kennelägaren insåg att köparen var homosexuell vägrade denne att genomföra försäljningen för att skydda valpens välbefinnande och förklarade att homosexuella var kända för att idka tidelag.⁴² Domstolen fann att vägran att sälja valpen utgjorde direkt diskriminering inom ramen för tillhandahållandet av varor och tjänster och konstaterade att det rörde sig om trakasserier på grund av sexuell läggning.

Exempel: I ett mål vid den ungerska myndigheten för lika behandling framfördes klagomål mot lärare som sade till romska barn att deras uppförande hade anmälts till Magyar Gárda (Ungerska Gardet), en nationalistisk organisation känd för extremt våld mot romer.⁴³ Myndigheten fann att lärarna genom sina kommentarer underförstått ställde sig bakom gardets rasistiska åsikter och att de hade skapat ett klimat som präglades av rädsla och skräck, vilket innebar trakasserier.

- 41 Rådets förklaring av den 19 december 1991 om genomförandet av kommissionens rekommendation om skydd av kvinnors och mäns värdighet på arbetsplatsen, inklusive genomförandekoden för att bekämpa sexuella trakasserier (EGT C 27, 4 februari 1992), kommissionens rekommendation 92/131/EEG om skydd av kvinnors och mäns värdighet på arbetsplatsen (EGT L 49, 24 februari 1992).
- 42 Sverige: Svea hovrätts dom av den 11 februari 2008 i mål T-3562-06, *Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning mot A.S.* in the footnotes point this out. case title in the English version, but here France (Frankrike): hat the citation should be Sofia Engesk sammanfattning tillgänglig via Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 69.
- 43 Ungerska likabehandlingsmyndighetens beslut nr 654/2009 av den 20 december 2009. Engesk sammanfattning tillgänglig via Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, "News Report": www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf.

Dessutom anges i samtliga likabehandlingsdirektiv att en ”instruktion att diskriminera” ska anses utgöra diskriminering.⁴⁴ Inte i något av direktiven definieras emellertid vad som avses med detta begrepp. För att verkligen kunna bekämpa diskriminering bör man inte begränsa begreppet till instruktioner av obligatorisk karaktär. Begreppet bör även omfatta situationer där det ger uttryck för en preferens eller uppmuntran att behandla enskilda personer mindre förmånligt till följd av en av diskrimineringsgrunderna. Detta är ett område som domstolarna kan utveckla i sin rättspraxis.

Även om likabehandlingsdirektiven inte innebär att medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa straffrättsliga påföljder vid diskriminering förpliktar emellertid Europeiska rådets rambeslut alla EU-medlemsstater att möjliggöra straffrättsliga påföljder vid uppmaning till våld eller hat på grund av ras, hudfärg, religion, härstamning eller nationellt eller etniskt ursprung, samt spridning av rasistiskt eller främlingsfientligt material och urskuldande, förnekande eller föringande av folkmord, krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten riktade mot sådana grupper.⁴⁵ Medlemsstaterna är också skyldiga att betrakta ett rasistiskt eller främlingsfientligt motiv som en försvärande omständighet.

Förutom att handlingar som innebär trakasserier och instruktioner att diskriminera utgör diskriminering är det därmed mycket troligt att sådana handlingar även omfattas av nationell straffrättslagstiftning, framför allt när de rör ras eller etniskt ursprung.

Exempel: I ett mål vid domstolarna i Bulgarien gjorde en parlamentsledamot flera uttalanden där han verbalt attackerade såväl de romska, judiska och turkiska befolkningsgrupperna som ”utlänningar” i allmänhet.⁴⁶ Han påstod att dessa hindrade bulgarer från att styra sitt eget land, begick brott utan att straffas och gjorde att bulgarer saknade ordentlig hälso- och sjukvård. Han uppmanade människor att se till att landet inte blev en ”koloni” till dessa olika grupper. Regiondomstolen i Sofia fann att detta utgjorde såväl trakasserier som instruktion att diskriminera.

44 Artikel 2.4 i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 4.1 i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, artikel 2.2. b i jämställdhetsdirektivet (omarbetning) och artikel 2.4 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung.

45 Rådets rambeslut 2008/913/RIF av den 28 november 2008 om bekämpande av vissa former och uttryck för rasism och främlingsfientlighet med hjälp av straffrättslig lagstiftning (EUT L 328, 6 december 2008, s. 55).

46 Bulgarien: Regiondomstolen i Sofias beslut nr 164 i civilmål nr 2860/2006, 21 juni 2006. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 11-1.

2.4.2. Trakasserier och instruktion att diskriminera enligt Europakonventionen

Även om Europakonventionen inte specifikt förbjuder trakasserier eller instruktion att diskriminera innehåller den särskilda rättigheter som rör samma område. Trakasserier kan följaktligen falla under rätten till skydd för privat- och familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen, eller förbudet mot att utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning i artikel 3, medan instruktioner att diskriminera beroende på sammanhanget kan fångas upp av andra artiklar, exempelvis religionsfrihet eller mötesfrihet enligt artiklarna 9 eller 11. Om handlingarna har ett diskriminerande motiv kommer Europadomstolen att pröva om de bryter mot relevanta artiklar i konventionen i förening med artikel 14, som förbjuder diskriminering. Nedan följer ett antal exempel på ärenden som liknar de som diskuterades ovan och som domstolen har prövat med stöd av Europakonventionen.

Exempel: I målet *Bączkowski m.fl. mot Polen*, gjorde borgmästaren i Warszawa homofobiska uttalanden och förklarade att han inte skulle ge tillstånd till en marsch för att öka medvetenheten om diskriminering på grund av sexuell läggning.⁴⁷ När den behöriga förvaltningsmyndigheten skulle fatta beslut i frågan avslogs ansökan av andra skäl, som att förhindra sammanstötningar mellan olika demonstrerande grupper. Europadomstolen fann att borgmästarens uttalande kunde ha påverkat den behöriga myndighetens beslut och att beslutet baserades på sexuell läggning och därmed innebar en kränkning av friheten att delta i sammankomster och även av förbudet mot diskriminering.

Exempel: I målet *Paraskeva Todorova mot Bulgarien* avvisade uttryckligen de nationella domstolarna åklagarsidans rekommendation om villkorligt straff vid meddelande av dom i ett mål som rörde en person av romskt ursprung.⁴⁸ De påstod att det rädde en kultur av straffrihet bland den romska minoriteten och underförstått att man skulle använda den berörda personen för att statuera exempel. Europadomstolen fann att detta kränkte dennes rätt till en rättvis rättegång och även förbudet mot diskriminering.

⁴⁷ Europadomstolens dom av den 3 maj 2007 i målet *Bączkowski m.fl. mot Polen* (klagomål nr 1543/06).

⁴⁸ Europadomstolens dom av den 25 mars 2010 i målet *Paraskeva Todorova mot Bulgarien* (klagomål nr 37193/07).

2.5. Särskilda åtgärder

Som framgår ovan anses indirekt diskriminering ha förekommit om samma regel tillämpas för alla utan hänsyn till de skillnader som finns. För att åtgärda och förhindra detta måste regeringar, arbetsgivare och tjänsteleverantörer vidta åtgärder för att anpassa sina regler och sin praxis så att de tar hänsyn till sådana skillnader – dvs. de måste göra något för att anpassa sin nuvarande policy och sina nuvarande åtgärder. Inom FN kallas detta "särskilda åtgärder". I EU-lagstiftningen hänvisar man både till "särskilda åtgärder" och "positiv särbehandling". Genom att vidta särskilda åtgärder kan stater garantera "faktisk jämlikhet", dvs. lika möjligheter att få tillgång till förmåner i samhället, snarare än bara "formell jämlikhet". Om regeringar, arbetsgivare och tjänsteleverantörer inte inser att de bör överväga införandet av särskilda åtgärder ökar risken för att deras regler och praxis kan innebära indirekt diskriminering.

Europadomstolen har konstaterat att "rätten att inte utsättas för diskriminering vid utövandet av de rättigheter som garanteras enligt Europakonventionen även kränks när stater ... inte behandlar personer olika vars situation kraftigt skiljer sig åt".⁴⁹ I EU:s likabehandlingsdirektiv anges det uttryckligen på samma sätt: "I syfte att säkerställa full jämlikhet i praktiken får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande".⁵⁰

Artikel 5 i direktivet om likabehandling i arbetslivet innehåller en specificering av den allmänna regeln om särskilda åtgärder till förmån för funktionshindrade i form av en skyldighet för arbetsgivare att vidta "rimliga anpassningsåtgärder" för att personer med funktionshinder ska få lika möjligheter. Detta definieras som att arbetsgivaren ska "vidta de åtgärder som behövs i det konkreta fallet för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet, eller att genomgå utbildning, såvida sådana åtgärder inte medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren". Detta kan innefatta åtgärder som att installera en hiss eller ramp eller en handikapptoilet på arbetsplatsen för att göra arbetsplatsen rullstolsvänlig.

49 Europadomstolens dom av den 6 april 2000 i målet *Thlimmenos mot Grekland* (stor avdelning) (klagomål nr 34369/97), punkt 44. För liknande resonemang, se Europadomstolens dom av den 29 april 2002 i målet *Pretty mot Förenade kungariket* (klagomål nr 2346/02), unkt 88.

50 Artikel 5 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, artikel 7 i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 6 i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och, med en något annorlunda formulering, artikel 3 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

Exempel: I målet *Thlimmenos mot Grekland* förbjöd den nationella lagstiftningen straffade personer att verka som auktoriserade revisorer, eftersom en person som dömts för ett brott ansågs sakna den hederlighet och pålitlighet som behövdes för att utöva yrket i fråga. Klaganden i detta mål hade dömts för att han vägrade att bära militäruniform under sin värnpliktstjänstgöring. Skälet till detta var att han var medlem i Jehovas vittnen, en religiös grupp som bekänner sig till pacifism. Europadomstolen fann att det inte fanns några skäl att förbjuda personer att utöva yrket när det brott de dömts för inte var kopplat till frågor om pålitlighet eller hederlighet. Regeringen hade diskriminerat klaganden genom att inte ha infört ett undantag från den allmänna regeln i sådana situationer. Därigenom hade man kränkt personens rätt att utöva sin religiösa övertygelse (artikel 9 i Europakonventionen) och brutit mot förbudet mot diskriminering.

Exempel: I ett ärende vid Cyperns likabehandlingsmyndighet deltog klaganden, som led av nedsatt syn, i ett prov för att kunna bli tjänsteman inom den offentliga förvaltningen.⁵¹ Klaganden hade begärt att få extra tid för att slutföra provet och fick 30 minuter extra. Denna tid drogs emellertid av från den rast som alla som skrev provet hade rätt till. Likabehandlingsmyndigheten konstaterade att det saknades standardiserade rutiner för att pröva när rimliga anpassningsåtgärder för sökande med särskilda behov skulle vidtas, och att inte tillräckligt hade gjorts för att personen i fråga skulle kunna konkurrera på lika villkor med övriga sökande. Likabehandlingsmyndigheten rekommenderade att staten skulle tillsätta en expertgrupp som ska utgöra ett led i ett standardiserat förfarande där man från fall till fall prövar ärenden där en person behöver rimliga anpassningsåtgärder.

Exempel: Vid de franska domstolarna väckte en rullstolsburen person talan mot det franska utbildningsministeriet för att personen inte hade fått en viss tjänst.⁵² Klagandens ansökan rankades som trea i listan över sökande. När de två första sökandena tackade nej till tjänsten erbjöds den fjärde personen på listan tjänsten, i stället för klaganden. Klaganden erbjöds i stället en tjänst på en annan avdelning som hade anpassats för rullstolar. Staten motiverade sitt

51 Cyperns likabehandlingsmyndighets beslut av den 8 oktober 2008, Ref. A.K.I. 37/2008. Engelsk sammanfattning tillgänglig via Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 43.

52 Frankrike: Förvaltningsdomstolen i Rouens om nr 0500526-3, *Boutheiller mot Ministère de l'éducation*, 24 juni 2008. Engelsk sammanfattning tillgänglig via Europeiska nätverket för juridiska experter ifråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 45.

beslut med att det inte låg i allmänhetens intresse att bekosta lokalombyggnader för att kunna uppfylla kravet på rimliga anpassningsåtgärder. Domstolen fann att utbildningsministeriet hade åsidosatt sin skyldighet att göra rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder, vilket inte kunde motiveras av förvaltningsmässiga överväganden.

Med begreppet "särskilda åtgärder" avses ibland en situation där särbehandlingen gynnar (snarare än missgynnar) personer på grund av deras diskrimineringsgrund. En kvinna kan exempelvis väljas framför en man till en viss tjänst eftersom hon är kvinna och arbetsgivaren har en policy att öka andelen kvinnliga anställda. Begreppen för att beskriva detta varierar. Man talar bland annat om "positiv" eller "omvänd diskriminering", "förmånlig behandling", "tillfälliga särskilda åtgärder" eller "positiv särbehandling".⁵³ Språkbruket speglar att det rör sig om kortsiktiga åtgärder som används mera sällan för att motverka fördomar mot personer som i vanliga fall skulle utsättas för diskriminering, liksom för att skapa förebilder för andra i samma situation.

Möjligheten att tillämpa positiv särbehandling till förmån för missgynnade grupper har ytterligare stärkts av de riktlinjer som har utfärdats av flera av de organ som ansvarar för att övervaka FN:s människorättsfördrag. Dessa organ har framhållit att sådana åtgärder bör vara tillfälliga och inte pågå längre eller ha längre räckvidd än vad som krävs för att få bukt med den aktuella ojämlikheten.⁵⁴ För att sådana åtgärder ska vara tillåtna bör de enligt FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering ha som enda syfte att avskaffa befintliga ojämlikheter och förhindra framtida obalanser.⁵⁵ FN:s kommitté om avskaffande av diskriminering av kvinnor har konstaterat att sådana tillfälliga åtgärder kan omfatta "förmånlig behandling, riktad rekrytering, anställning och utannonsering, numeriska mål kopplade till tidsperioder

53 Exempelvis FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering, "General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (FN-dokument CERD/C/GC/32 av den 24 september 2009); FN:s kommitté om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, "General Comment 13: The Right to Education" (FN-dokument E/C.12/1999/10 av den 8 december 1999); FN:s kommitté för avskaffande av diskriminering av kvinnor, "General Recommendation No. 25: Article 4(1) of the Convention (temporary special measures)" (FN-dokument A/59/38(SUPP) av den 18 mars 2004); FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, "General Comment No. 18: Non-Discrimination" (FN-dokument A/45/40(Vol.1)(SUPP) av den 10 november 1989); FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering, "General Recommendation No. 30 on Discrimination against Non-Citizens" (FN-dokument HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1 av den 4 maj 2005).

54 *Ibid.*

55 FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering, "General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (FN-dokument CERD/C/GC/32 av den 24 september 2009), punkterna 21-26.

och kvoteringsystem”.⁵⁶ Enligt EG-domstolens rättspraxis, som diskuteras nedan, måste man noga pröva om sådana åtgärder står i proportion till målen.

Domstolarna har i regel inte behandlat denna typ av diskriminering som en separat typ utan som ett undantag från förbudet mot diskriminering. Med andra ord accepterar domstolarna att det har skett en särbehandling, men att denna kan rättfärdigas av att det finns ett intresse av att korrigera en nackdel som tidigare funnits, exempelvis att vissa grupper är underrepresenterade på en arbetsplats.

Stater har ibland motiverat särbehandling på detta sätt. Särbehandlingen kan betraktas ur två olika synvinklar. Ur förmånstagarens synvinkel ges en mer gynnsam behandling jämfört med en person i en jämförbar situation på grund av en diskrimineringsgrund. Ur den drabbade personens synvinkel ges en mindre gynnsam behandling på grund av att de inte omfattas av någon diskrimineringsgrund. Typiska exempel är när tjänster på mansdominerade arbetsplatser reserveras för kvinnor, eller när tjänster i offentlig förvaltning reserveras för etniska minoriteter, t.ex. som poliser, för att bättre spegla samhällets sammansättning. Ibland kallas detta för ”omvänd diskriminering” eftersom diskrimineringen sker för att gynna en person som man av den tidigare samhällstrenden att döma hade förväntat sig skulle missgynnas. Ibland kallas det för ”positiv särbehandling” eftersom det är en handling som vidtas specifikt för att komma till rätta med tidigare nackdelar genom att man ökar traditionellt missgynnade gruppers delaktighet. I det avseendet har den ett gott syfte, snarare än att den grundas på fördomar mot specifika grupper.

Begreppet förekommer sällan i Europadomstolens rättspraxis men har behandlats oftare inom EU-rätten, där EG-domstolen har prövat fall som gäller särbehandling i arbetslivet. Särskilda åtgärder förekommer som separat rättfärdigande grund i likabehandlingsdirektiven och i EG-domstolens rättspraxis, samt inom ramen för den särskilda rättfärdigande grunden ”verkligt yrkeskrav”, som diskuteras närmare i avsnitt 2.6.4.1.

⁵⁶ FN:s kommitté för avskaffande av diskriminering av kvinnor, ”General Recommendation No. 25: Article 4(1) of the Convention (temporary special measures)” (FN-dokument A/59/38(SUPP) av den 18 mars 2004), punkt 22.

De viktigaste målen om särskilda åtgärder vid EG-domstolen har rört lika behandling av män och kvinnor, nämligen målen *Kalanke*,⁵⁷ *Marschall*⁵⁸ och *Abrahamsson*.⁵⁹ Tillsammans har dessa mål definierat hur långt särskilda åtgärder kan gå för att kompensera för de tidigare nackdelar som, i just dessa fall, kvinnliga arbetstagare har utsatts för under årens lopp.

Exempel: I domen i målet *Kalanke* intog EG-domstolen en strikt syn på beviljandet av förmånlig behandling för att åtgärda att kvinnor var underrepresenterade inom vissa tjänster. Målet rörde lagstiftning som antagits på regional nivå, som automatiskt prioriterade kvinnliga sökande som sökte tjänster och befordran. Om manliga och kvinnliga sökande hade likvärdiga meriter gavs kvinnliga sökande automatiskt företräde inom områden där kvinnor var underrepresenterade. Underrepresentation ansågs föreligga om kvinnor inte utgjorde minst hälften av de anställda i den berörda personalkategorin. I det berörda målet väckte en manlig sökande, Eckhard Kalanke, som inte hade fått den tjänst han sökte, talan vid de nationella domstolarna om diskriminering på grund av kön. De nationella domstolarna hänsköt ärendet till EG-domstolen med frågan om denna regel var förenlig med artikel 2.4 i likabehandlingsdirektivet från 1976 (föregångare till artikel 3 i jämställdhetsdirektivet om "positiv särbehandling") där det anges att direktivet inte ska "hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter".⁶⁰

EG-domstolen konstaterade att artikel 2.4 hade till syfte att tillåta åtgärder som "visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället".⁶¹ Bestämmelsen strävade efter det legitima målet att avskaffa befintliga ojämlikheter i arbetslivet. Följaktligen ska i princip åtgärder som gynnar kvinnor i arbetslivet, inbegripet befordran, vara tillåtna så länge

57 EG-domstolens dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, *Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen*, REG 1995, s. I-3051.

58 EG-domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-409/95, *Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen*, REG 1997, s. I-6363.

59 EG-domstolens dom av den 6 juli 2000 i mål C-407/98, *Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist*, REG 2000, s. I-5539.

60 Direktivet om lika behandling 76/207/EEG (EGT L 39, 14 februari 1976, s. 40).

61 Liknande formuleringar finns i ingressen till diskrimineringsdirektiven. Se skäl 21 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning), skäl 26 i direktivet om likabehandling i arbetslivet och skäl 17 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung.

de införs med syftet att förbättra kvinnors möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden utan sådan diskriminering.

I domen konstaterades emellertid även att varje undantag från rätten till lika-behandling ska tolkas restriktivt. Domstolen konstaterade att om bestämmelsen ifråga "undantagslöst och ovillkorligt garanterar företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran" står detta inte i proportion till syftet att avskaffa ojämlikhet avseende rätten till likabehandling. I detta fall kunde den förmånliga behandlingen därför inte motiveras.

Av domarna i senare mål framgår emellertid att särskilda åtgärder kan godtas om bestämmelsen inte kräver undantagslöst och ovillkorligt företräde.

Exempel: Målet *Marschall* rörde liknande lagstiftning som i målet *Kalanke*. I den relevanta bestämmelsen angavs emellertid att kvinnor med likvärdiga meriter skulle ges företräde "om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att välja denne". Hellmut Marschall hade inte fått en tjänst som han hade sökt utan denna hade gått till en kvinnlig sökande. I de nationella domstolarna ifrågasatte han lagenligheten i detta. De nationella domstolarna hänsköt ärendet till EG-domstolen och frågade ännu en gång om en sådan bestämmelse var förenlig med likabehandlingsdirektivet. EG-domstolen fann att denna typ av bestämmelse inte var oproportionerlig i förhållande till det legitima målet att avskaffa ojämlikhet om den "i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas". Genom att bestämmelsen gav utrymme för skönmässig bedömning var företrädet inte undantagslöst och stod därför i proportion till målet om att bekämpa ojämlikhet på arbetsmarknaden.

Exempel: Målet *Abrahamsson* rörde giltigheten av svensk lagstiftning, som föll mellan det ovillkorliga företrädet i målet *Kalanke* och det utrymme för skönmässig bedömning som skapats i målet *Marschall*. I bestämmelsen föreskrevs att en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer skulle utses framför en sökande av motsatt kön om inte "skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen

skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen". EG-domstolen fann att i praktiken gav lagstiftningen automatiskt företräde åt sökande av underrepresenterat kön. Det faktum att bestämmelsen enbart hindrade detta om det fanns stor skillnad i sökandenas kvalifikationer var inte tillräckligt för att hindra bestämmelsen från att få oproportionerliga effekter.

Dessa mål visar att EG-domstolen i allmänhet har intagit en försiktig ställning när det gäller att låta särskilda åtgärder gå före rättvisepincipen. Endast under begränsade omständigheter där de särskilda åtgärderna inte är undantagslösa och ovillkorliga tillåter EG-domstolen att nationella bestämmelser tillämpar undantaget i artikel 2.4.

I frågor som rör särskilda åtgärder enligt EU:s likabehandlingsdirektiv måste rättstillämpare fästa extra vikt vid den "åtgärd" som har vidtagits för att gynna en viss grupp av personer. Av EG-domstolens rättspraxis framgår tydligt att särskilda åtgärder är en sista utväg. De rättstillämpare och tjänstemän vid domstolarna som prövar ett mål som rör särskilda åtgärder måste se till att alla sökande till en tjänst, inklusive de som inte omfattats av de särskilda åtgärderna, bedöms på ett objektivt sätt av den berörda arbetsgivaren. Särskilda åtgärder kan bara användas när en sådan objektiv bedömning har medfört att flera sökande, däribland personer från en viss målgrupp, bedöms ha lika goda förutsättningar för den lediga tjänsten. Endast i detta fall kan en medlem av målgruppen, som har valts ut till följd av tidigare diskriminering på arbetsplatsen, utses före en person som inte ingår i denna målgrupp.

Europadomstolen har ännu inte haft möjlighet att mer djupgående pröva mål som rör särskilda åtgärder, även om den har prövat frågan i ett begränsat antal ärenden.

Exempel: I målet *Wintersberger mot Österrike* meddelade Europadomstolen ett beslut om huruvida ett klagomål kunde tas upp till sakprövning. Klaganden, som var funktionshindrad, hade blivit uppsagd från sitt arbete av staten.⁶² Enligt nationell lagstiftning hade personer med funktionshinder ett särskilt skydd mot uppsägningar genom att en särskild kommitté var tvungen att på förhand godkänna uppsägningen. Om arbetsgivaren inte var medveten om funktionshindret kunde godkännandet ske retroaktivt. Inget sådant godkännande krävdes för personer utan funktionshinder. Klaganden hävdade att det faktum att godkännandet kunde utfärdas retroaktivt för personer med funktionshinder, men inte för personer utan funktionshinder, innebar diskriminering.

62 Europadomstolens beslut av den 27 maj 2003 i målet *Wintersberger mot Österrike* (klagomål nr 57448/00).

Europadomstolen fann att denna bestämmelse i själva verket hade införts för att gynna personer med funktionshinder och därför kunde motiveras som ett exempel på omvänd diskriminering. Klagomålet avvisades följaktligen.

Huvudpunkter

- Diskriminering definieras som en situation där en person på ett eller annat sätt missgynnas på grund av en "diskrimineringsgrund".
- Diskriminering tar sig olika uttryck: direkt diskriminering, indirekt diskriminering, trakasserier och instruktion att diskriminera.
- Direkt diskriminering utmärks av särbehandling. Man måste visa att den som påstås ha drabbats har behandlats mindre gynnsamt på grund av att denne omfattas av en av "diskrimineringsgrunderna".
- Huruvida det har förekommit mindre gynnsam behandling avgörs genom jämförelse mellan den som påstås ha utsatts för diskriminering och en annan person i en jämförbar situation som inte omfattas av diskrimineringsgrunden i fråga.
- Diskrimineringsgrunden behöver inte vara det uttryckliga skälet bakom särbehandlingen. Det räcker att det uttryckliga skälet är oskiljaktigt från diskrimineringsgrunden.
- EG-domstolen och nationella domstolar har godtagit diskriminering genom anknytning, där en person behandlas mindre gynnsamt på grund av dennes anknytning till en annan person som omfattas av en diskrimineringsgrund.
- Trakasserier är ett specifikt uttryck för direkt diskriminering, som behandlas separat i EU-rätten.
- Indirekt diskriminering kännetecknas av skilda konsekvenser eller effekter. Man måste visa att en grupp missgynnas av ett beslut jämfört med en jämförelsegrupp.
- För att bevisa att indirekt diskriminering föreligger måste en person bevisa att en grupp med samma diskrimineringsgrund drabbas av andra konsekvenser eller effekter än en annan grupp utan denna egenskap.
- För att se till att alla har lika möjligheter att utöva sina rättigheter kan regeringar, arbetsgivare och tjänsteleverantörer behöva vidta särskilda åtgärder för att anpassa sina bestämmelser och sin praxis till personer med avvikande egenskaper.
- Med begreppet "särskilda åtgärder" kan även avses åtgärder för att komma till rätta med tidigare nackdelar som drabbat en grupp som tillhör en viss diskrimineringsgrund. Om åtgärderna står i proportion till det eftersträlvade målet kan detta rättfärdiga diskriminering.

2.6. Rättfärdigande av mindre gynnsam behandling enligt EU:s diskrimineringslagstiftning

2.6.1. Inledning

Under vissa omständigheter medger domstolarna att särbehandling har förekommit men att denna kan accepteras. Sättet att rättfärdiga diskriminering i EU-rätten skiljer sig från Europadomstolens. I sak är de emellertid mycket lika.

Inom ramen för europeisk diskrimineringsrätt kan diskriminering rättfärdigas i allmänna ordalag eller mer specifika termer. Europadomstolen tillämpar ett mer allmänt rättfärdigande, både när det gäller direkt och indirekt diskriminering. I EU-lagstiftningen däremot tillåts endast visst begränsat rättfärdigande vid direkt diskriminering och ett allmänt rättfärdigande endast vid indirekt diskriminering. Enligt likabehandlingsdirektiven kan direkt diskriminering med andra ord bara rättfärdigas om det rör sig om att eftersträva ett specifikt mål som anges i dessa direktiv.

De specifika rättfärdigandena enligt likabehandlingsdirektiven kan anses ingå i det mer allmänna rättfärdigande som Europadomstolen tillämpar och är förenliga med hur det allmänna rättfärdigandet tillämpas i rättspraxis. I huvudsak är de specifika rättfärdigandena enligt likabehandlingsdirektiven specifika uttryck för det allmänna rättfärdigande som har konkretiserats och anpassats just till arbetslivsområdet.

2.6.2. En genomgång av allmänna rättfärdigandegrunder

Enligt Europakonventionen kan, som framgår ovan, allmänna rättfärdigandegrunder tillämpas både när det gäller direkt och indirekt diskriminering. Enligt EU-lagstiftningen kan emellertid endast indirekt diskriminering rättfärdigas på dessa grunder. Enligt Europadomstolen:

"... utgör särbehandling av personer i tillräckligt likartade situationer ... diskriminering om det inte har något mål och rimlig motivering, med andra ord om det inte eftersträvar ett legitimt mål eller om det inte finns en rimlig koppling mellan de medel som används eller om dessa inte står i proportion till det eftersträfvade målet".⁶³

63 Europadomstolens dom av den 29 april 2008 i målet *Burden mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 13378/05), punkt 60.

Liknande formuleringar förekommer i EU:s likabehandlingsdirektiv när det gäller indirekt diskriminering. I direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung anges att:

*"indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutral kriterium eller förfaringsätt särskilt missgynnar personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung jämfört med andra personer, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga."*⁶⁴

Enligt både de formuleringar som används av Europadomstolen och formuleringarna i EU:s likabehandlingsdirektiv rättfärdigar detta i strikt mening inte diskriminering i sig. Det rör sig snarare om att särbehandling kan motiveras och därmed förhindra en slutsats om att diskriminering har förekommit. I sak, om än inte i form, behandlar domstolarna frågor om motiv som ett rättfärdigande av diskriminering.

För att rättfärdiga särbehandling måste man visa:

- att bestämmelsen eller praxisen i fråga eftersträvar ett berättigat mål,
- att de medel som används för att nå detta mål (dvs. den åtgärd som har lett till särbehandlingen) står i proportion till och är nödvändiga för att nå det eftersträvalda målet.

Exempel: EG-domstolen gav en grundlig förklaring till begreppet objektiv motivering i målet *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Weber Von Hartz*.⁶⁵ I detta mål hävdade deltidsanställda, vilka inte omfattades av tjänstepensionssystemet på varuhuset Bilka, att detta indirekt diskriminerade kvinnor eftersom majoriteten av den deltidsanställda personalen var kvinnor. EG-domstolen fann att detta utgjorde indirekt diskriminering, om skillnaden inte kunde motiveras. För att kunna motivera skillnaden var det nödvändigt att visa att "de av Bilka valda åtgärderna svarar mot ett verkligt behov hos företaget, är ägnade att uppnå det mål företaget eftersträvar och är nödvändiga härför".

64 Artikel 2.2 b i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, artikel 2.2 b i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 2 b i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och artikel 2.1 b i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

65 EG-domstolens dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Weber Von Hartz*, REG 1986, s. 1607.

Bilka anförde att syftet med de deltidsanställdas utestängning från företagets pensionssystem endast var att göra deltidsarbetet mindre

För att avgöra om särbehandlingen är proportionerlig måste domstolen kunna slå fast:

- att det inte finns något annat medel för att nå detta mål som innebär en mindre inskränkning av rätten till likabehandling, med andra ord att de nackdelar som uppkommer medför minsta möjliga skada för att eftersträva målet ska kunna uppnås,
- att det eftersträva målet är tillräckligt viktigt för att motivera denna grad av inskränkning.

attraktivt och öka incitamenten för att arbeta heltid, eftersom deltidsanställda inte gärna arbetar sent på eftermiddagarna och på lördagarna, vilket gjorde det svårt att garantera att det fanns tillräckligt med personal dessa tider. EG-domstolen fann att detta kunde utgöra ett legitimt mål. Den besvarade emellertid inte frågan om beslutet att utestänga deltidsanställda från pensionssystemet stod i proportion till detta mål. Kravet på att den vidtagna åtgärden ska vara "nödvändig" innebär att man måste visa att det inte finns något rimligt alternativ som skulle innebära ett mindre brott mot likabehandlingsprincipen. Det lämnades åt den nationella domstolen att fatta beslut i sakfrågan.

2.6.3. Tillämpning av allmänt rättfärdigande

På arbetsmarknadsområdet har EG-domstolen varit motvillig till att godta särbehandling som baseras på affärsmässiga överväganden kopplade till en arbetsgivares ekonomiska hänsynstaganden, medan man däremot har varit mer villig att godta särbehandling som baseras på mer allmänna socialpolitiska och arbetsmarknadspolitiska mål med skattemässiga konsekvenser. I det senare fallet ger EG-domstolen staterna ett stort "utrymme för skönsässig bedömning". När det gäller Europakonventionen är Europadomstolen mindre villig att godta särbehandling i frågor som anses viktiga för den personliga värdigheten, exempelvis diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung, hem, privat eller familjeliv och mer villig att godta särbehandling i frågor som rör mer allmänna socialpolitiska överväganden, framför allt när dessa får skattemässiga konsekvenser. Europadomstolen använder frasen "utrymme för skönsässig bedömning", som avser statens utrymme för skönsässig bedömning vid fastställandet av om särbehandlingen är befogad. Om detta utrymme anses som "litet" tillämpar Europadomstolen en hårdare granskning.

2.6.4. Specifika rättfärdiganden enligt EU-lagstiftningen

Som diskuterades ovan innehåller likabehandlingsdirektiven specifika rättfärdigandegrunder som motiverar särbehandling under vissa omständigheter. Rättfärdigandegrunden "verkligt yrkeskrav" finns i samtliga direktiv (förutom direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, eftersom detta inte avser arbetsmarknaden). Detta krav gör det tillåtet för arbetsgivare att behandla personer olika baserat på en diskrimineringsgrund när denna grund kan kopplas till förmågan att utföra, eller de kvalifikationer som krävs för, ett visst arbete.⁶⁶ De övriga två rättfärdigandegrunderna finns endast i direktivet om likabehandling i arbetslivet – för det första, att arbetsgivare som är trossamfund får lov att diskriminera på grund av religion eller övertygelse⁶⁷ och för det andra, att åldersdiskriminering kan tillåtas under vissa omständigheter.⁶⁸ EG-domstolens strikta hållning vid tolkningen av när särbehandling är befogat tyder på att varje undantag kommer att ges en snäv tolkning eftersom domstolen framhåller vikten av alla rättigheter som enskilda personer har tilldelats enligt EU-rätten.⁶⁹

2.6.4.1. Verkligt yrkeskrav

I den mån likabehandlingsdirektiven tar upp arbetslivsfrågor anges att:

"... medlemsstaterna [får] föreskriva att sådan särbehandling som föranleds av en egenskap som har samband med ras [diskrimineringsgrunden] inte skall utgöra diskriminering, om denna egenskap utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav på grund av yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs, förutsatt att målet är legitimt och kravet proportionerligt".⁷⁰

Denna rättfärdigandegrund gör det möjligt för arbetsgivare att särbehandla enskilda personer på grund av en diskrimineringsgrund, om denna egenskap direkt kan kopplas till lämpligheten eller förmågan att utföra de uppgifter som en viss tjänst kräver.

66 Artikel 14.2 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning), artikel 4 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung och artikel 4.1 i direktivet om likabehandling i arbetslivet.

67 Artikel 4.2 i direktivet om likabehandling i arbetslivet.

68 Artikel 6 i direktivet om likabehandling i arbetslivet.

69 Se exempelvis EG-domstolens dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, *Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, REG 1986, s. 1651, punkt 36.

70 Artikel 14.2 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning), artikel 4 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung och artikel 4.1 i direktivet om likabehandling i arbetslivet.

Det finns etablerade yrken som omfattas av undantaget om verkligt yrkeskrav. I målet *kommissionen mot Tyskland* konstaterade EG-domstolen, som grundade sitt resonemang på en kommissionsstudie om räckvidden för undantag när det gäller könsdiskriminering, att det fanns vissa yrken där denna rättfärdigandegrund kunde tillämpas.⁷¹ Framför allt uppmärksammades konstnärliga yrken som kan kräva att personerna har vissa naturliga egenskaper, exempelvis ett krav på att en kvinnlig sångerska ska passa in i en viss framträdandestil, att en ung skådespelare ska spela en specifik roll, att en vältränad person ska dansa, eller att män eller kvinnor ska delta i vissa typer av modevisningar. Detta var emellertid inte ett försök att upprätta en uttömmande förteckning. Andra exempel skulle t.ex. kunna vara att anställa en person med kinesiskt ursprung i en kinarestaurang för att skapa en autentisk känsla eller att anställa kvinnor på träningsklubbar som endast har kvinnliga medlemmar.

Exempel: I målet *kommissionen mot Frankrike* fann EG-domstolen att i vissa fall är det inte olagligt att i första hand reservera tjänster för manliga sökande i fängelser med manliga interner och för kvinnliga sökande i fängelser med kvinnliga interner.⁷² Detta undantag kan emellertid bara användas för tjänster som inbegrep verksamhet där det var relevant att den anställde var av ett visst kön. I det aktuella målet ville de franska myndigheterna avsätta en viss procentandel av tjänsterna för manliga sökande eftersom det kan uppstå tillfällen där man behöver tillgripa fysisk kraft för att lugna ned bråkstakar, och andra uppgifter som bara kunde utföras av män. Även om EG-domstolen rent principiellt godtog dessa argument lyckades de franska myndigheterna inte visa exakt vilka verksamheter som bara kunde utföras av manliga sökande. Generella argument om att personer av ett visst kön är mer lämpade är inte tillräckligt.

Exempel: I målet *Johnston* klagade en kvinnlig polis som arbetade i Nordirland på att hennes kontrakt inte förnyades. Polischefen motiverade detta med att kvinnliga poliser inte var tränade i att hantera eldvapen och att detta berodde på att "i en situation som präglas av allvarliga interna störningar kan kvinnliga polisens risk att utsättas för mordförsök öka om de bär vapen, vilket skulle kunna äventyra den allmänna ordningen". EG-domstolen fann att även om man måste ta hänsyn till säkerhetshotet var hotet lika stort mot både män och kvinnor, och kvinnor löpte inte större risk att utsättas för attentat. Såvida inte motiveringen avsåg biologiska faktorer som är specifika för kvinnor, exempelvis att en kvinna behöver skydda sitt barn under graviditeten, ansåg

71 EG-domstolens dom av den 21 maj 1985 i mål 248/83, *kommissionen mot Tyskland*, REG 1985, s. 1459.

72 EG-domstolens dom av den 30 juni 1988 i mål 318/86, *kommissionen mot Frankrike*, REG 1988, s. 3559.

domstolen att särbehandlingen inte kunde rättfärdigas med att den allmänna opinionen krävde att kvinnor skulle skyddas.

Exempel: I målet *Mahlberg* nekades sökanden, som var gravid, en fast tjänst som sjuksköterska där en avsevärd del av arbetet skulle utföras i operationssalar.⁷³ Detta motiverades med att fostret kunde skadas till följd av exponeringen för skadliga ämnen i operationssalen. EG-domstolen fann att eftersom det rörde sig om en fast tjänst innebar beslutet att inte ge sökanden tjänsten en oproportionerlig åtgärd, eftersom det bara var under en kort period som hon inte skulle kunna arbeta i operationssalen. Även om begränsningar av gravida kvinnors arbetsförhållanden kunde godtas var dessa tvungna att vara strikt begränsade till arbetsuppgifter som kunde skada kvinnan och fick inte medföra ett allmänt förbud att arbeta.

Punkt 18 i ingressen till direktivet om likabehandling i arbetslivet innehåller en mer specifik skrivning när det gäller verkligt yrkeskrav som rättfärdigandegrund när det gäller vissa skydds- och räddningstjänster i samhället. Detta är inte i sig en separat rättfärdigandegrund utan bör snarare ses som ett uttryck för en av konsekvenserna av rättfärdigandeundern verkligt yrkeskrav i ett visst sammanhang:

*"Detta direktiv får i synnerhet inte leda till att försvarsmakten, polisen, kriminalvårdsmyndigheterna eller räddningstjänsten åläggs att anställa eller ge fortsatt anställning åt personer som inte har den förmåga som krävs för att utföra samtliga uppgifter som de kan åläggas att utföra med hänsyn till dessa myndigheters legitima krav på att vara funktionsdugliga."*⁷⁴

I regel rör det sig om att personer efter en viss ålder eller personer med funktionshinder nekas tjänster som anses mycket fysiskt krävande. I artikel 3.4 i direktivet ges medlemsstaterna tillåtelse att uttryckligen föreskriva att detta direktiv inte ska tillämpas på försvarsmakten. Även om denna bestämmelse inte finns med i jämställdhetsdirektivet (omarbetning) kan man få en uppfattning om hur den skulle kunna fungera genom att studera två mål som rör könsdiskriminering och försvarsmakten. Dessa mål prövades med stöd av artikel 2.2 i direktivet om likabehandling, som innehöll det rättfärdigande med stöd av verkligt yrkeskrav som nu återfinns i artikel 14.2 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

73 EG-domstolens dom av den 3 februari 2000 i mål C-207/98, *Mahlburg mot Land Mecklenburg Vorpommern*, REG 2000, s. I-549.

74 Direktivet om likabehandling i arbetslivet 2000/78/EG (EGT L 303, 2 december 2000, s. 16).

Exempel: I målet *Sirdar* hade sökanden arbetat som kock och ingått i en kommandotrupp. Hon blev uppsagd till följd av nedskärningar i försvarsbudgeten som införde principen om "interoperativitet" för kommandotrupper.⁷⁵ Enligt principen om "interoperativitet" krävdes till följd av personalnedskärningar att varje enskild soldat skulle kunna strida i en kommandotrupp. EG-domstolen godtog argumentet att kommandotrupper enbart bestående av män kunde rättfärdigas för att garantera truppens stridsduglighet, och att principen om interoperativitet därmed exkluderade kvinnor. Detta berodde på att kommandosoldater utgjorde små specialiserade enheter som vanligtvis sattes in under den första angreppsvågen. EG-domstolen fann att bestämmelsen var nödvändig för det eftersträvade målet att garantera stridsduglighet.

Exempel: I målet *Kreil* sökte sökanden en tjänst som elektroingenjör vid försvarsmakten.⁷⁶ Hon fick emellertid inte tjänsten eftersom kvinnor var utestängda från alla militära tjänster som inbegrep användning av vapen och endast kunde anställas som sjukvårdare eller militärmusiker. EG-domstolen fann att denna utestängning var för omfattande eftersom den avsåg nästan alla tjänster inom försvarsmakten, bara för att kvinnor, om de fick dessa tjänster, någon gång skulle bli tvungna att använda vapen. Motiveringen borde vara närmare knuten till de arbetsuppgifter som vanligtvis utfördes av den som innehade en viss tjänst. Trovärdigheten i regeringens motivering ifrågasattes eftersom kvinnor var tvungna att genomgå grundläggande vapenträning för att kunna skydda sig själv eller andra, även på de tjänster som var öppna för kvinnor. Åtgärden ansågs därför inte stå i proportion till det eftersträvade målet. Dessutom bör man inte skilja på män och kvinnor med motiveringen att kvinnor behöver större skydd, om det inte handlar om faktorer som är specifika för kvinnor, exempelvis behovet av skydd under en graviditet.

Möjligheten att rättfärdiga diskriminering på grund av kön genom att hänvisa till en viss skydds- eller räddningstjänsts effektivitet och duglighet kommer förmodligen att bli mindre i takt med att könsroller och samhällsattityder förändras. Medlemsstaterna måste mot denna bakgrund regelbundet utvärdera sina restriktiva åtgärder på området.⁷⁷

75 EG-domstolens dom av den 26 oktober 1999 i mål C-273/97, *Sirdar mot The Army Board och Secretary of State for Defence*, REG 1999, s. I-7403.

76 EG-domstolens dom av den 11 januari 2000 i mål 285/98, *Kreil mot Tyskland*, REG 2000, s. I-69.

77 Artikel 31.3 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

2.6.4.2. Religiösa institutioner

Enligt direktivet om likabehandling i arbetslivet får organisationer som bygger på religion eller övertygelse kräva att deras anställda uppfyller vissa villkor. I artikel 4.2 anges att direktivet inte hindrar "[k]yrkor och andra offentliga eller enskilda organisationer vilkas grundsyn bygger på religion eller övertygelse... [från] att kräva av de personer som arbetar för organisationerna i fråga att de handlar i god tro och är lojala mot organisationernas grundsyn". Arbetsgivare som är knutna till religiösa organisationer kan dessutom tillämpa motiveringen "verkligt yrkeskrav" och använda sig av särbehandling på grundval av organisationens religiösa grundsyn.

Enligt artikel 4.1 och 4.2 får därför organisationer som kyrkor t.ex. vägra att anställa kvinnor som präster eller pastorer om detta strider mot denna religions grundsyn. EG-domstolen ännu inte har haft möjlighet att tolka denna bestämmelse men den har tillämpats på nationell nivå. Nedan följer två mål där detta försvar åberopades för att rättfärdiga särbehandling på grund av sexuell läggning.

Exempel: I ett mål vid de finska domstolarna hade Evangelisk-lutherska kyrkan i Finland vägrat att anställa en person som levde i ett förhållande med en person av samma kön som kaplan (assisterande kyrkoherde).⁷⁸ Vasa förvaltningsdomstol upphävde beslutet med motiveringen att heterosexualitet inte kunde anses vara ett verkligt yrkeskrav för denna tjänst. Det framhölls att sexuell läggning inte nämndes i kyrkans interna bestämmelser för utnämning av kyrkoherdar och kaplaner.

Exempel: I målet *Amicus* ombads de brittiska domstolarna att besluta huruvida nationell lagstiftning som angav verkligt yrkeskrav som rättfärdigandegrund var förenlig med direktivet om likabehandling i arbetslivet när det gällde religiösa arbetsgivare.⁷⁹ Domstolarna framhöll att varje undantag från principen om likabehandling skulle tolkas restriktivt. Enligt skrivningen i den nationella lagstiftningen tilläts särbehandling när anställningen är till för "en organiserad religions syften" och man underströk att detta var betydligt mer restriktivt än "för en religiös organisations syften". Domstolen höll därför med regeringen om att detta undantag endast skulle gälla ett mycket begränsat antal tjänster där

78 Finland: asa förvaltningsdomstol, nr 04/0253/3. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 187-1.

79 Förenade kungariket: High Court, *Amicus MSF Section, R (on the application of) mot Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin), 26 april 2004. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 273-1.

man främjade eller företrädde religionen, exempelvis präster. Det var således inte möjligt för religiösa organisationer som religiösa skolor eller vårdhem att hävda att en tjänst som lärare (där syftet med tjänsten är undervisning) eller sjuksköterska (där syftet med tjänsten är vård) ingick i "en organiserad religions syften".

2.6.4.3. Undantag på grund av ålder

I artikel 6 i direktivet om likabehandling i arbetslivet beskrivs två olika fall där särbehandling på grund av ålder kan motiveras.

Enligt artikel 6.1 tillåts åldersdiskriminering som eftersträvar ett "berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning", förutsatt att proportionalitetsprincipen uppfylls. I artikeln ges ett antal exempel på när det kan vara befogat med särbehandling. Enligt artikel 6.1 b tillåts "[f]astställande av minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid för tillträde till anställningen". Förteckningen är emellertid inte avsedd att vara uttömmande och kan utökas från fall till fall.

Enligt artikel 6.2 tillåts åldersdiskriminering i samband med tillgång till förmåner i företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet, utan att proportionalitetsprincipen måste uppfyllas.

Exempel: I målet *Palacios de la Villa* fick EG-domstolen för första gången möjlighet att pröva räckvidden för artikel 6, när den ombads att pröva tillämpningen av denna artikel i samband med obligatorisk pensionsålder.⁸⁰ EG-domstolen fann att obligatorisk pensionsålder omfattades av artikel 6 och prövade om det går att objektivt motivera en sådan bestämmelse. Vid sin bedömning konstaterade domstolen att följande punkter var viktiga:

- För det första, att syftet med den ursprungliga åtgärden var att ge arbetssökande ökade möjligheter till anställning i en ekonomisk situation som präglades av hög arbetslöshet.
- För det andra, att övergångsåtgärden hade införts på uppmaning av fackförbund och arbetsgivarorganisationer för att främja en bättre arbetsfördelning mellan generationerna.

⁸⁰ EG-domstolens dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, *Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA*, REG 2007, s. I-8531.

- För det tredje, att lag 14/2005 antogs i samverkan med fackförbund och arbetsgivarorganisationer, denna gång med det uttryckliga kravet att åtgärden ska "vara ett led i den sysselsättningspolitik som kommer till uttryck i kollektivavtalet".
- För det fjärde, att det framhölls att klausulen om obligatorisk pensionsålder i kollektivavtalet infördes "i syfte att främja sysselsättningen".

Mot bakgrund av dessa faktorer fann EG-domstolen att "syftet med övergångsbestämmelsen, sedd i sitt sammanhang, således [var] att reglera den nationella arbetsmarknaden för att bland annat minska arbetslösheten". EG-domstolen konstaterade därför att kollektivavtalet uppfyllde ett berättigat mål. Efter att ha slagit fast att ett berättigat mål eftersträvades prövade domstolen om åtgärden var "lämplig och nödvändig" för att nå det eftersträvade målet. EG-domstolen erinrade om att medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på det social- och arbetsmarknadspolitiska området och att detta leder till "särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna". Vad som bedömdes som centralt var kravet på att den berörda arbetstagaren åtnjuter ålderspension "vars nivå inte kan anses oskälig". Lika viktigt för bedömningen var att bestämmelsen i fråga hade fastställts i ett kollektivavtal mellan fackförbund och arbetsgivarorganisationer, där det fanns ett inbyggt mått av flexibilitet som gjorde att man vid ett beslut om att gå i pension kunde ta hänsyn till den berörda arbetsmarknaden och de specifika sysselsättningskraven. EG-domstolen fann därför att det objektivt gick att motivera både den övergångsåtgärd som Félix Palacios omfattades av och kollektivavtalet och att dessa därmed var förenliga med EU-lagstiftningen. EG-domstolen menade att artikel 6 ska bedömas på samma sätt som objektiv motivering vid andra diskrimineringsgrunder (se ovan).

Exempel: Det brittiska målet *MacCulloch* rörde ett system för avgångsvederlag där avgångsvederlaget ökade i takt med anställningstiden och ålder.⁸¹ Ett sådant system leder till att äldre arbetstagare med fler tjänsteår har rätt till ett mycket större avgångsvederlag än yngre, senare anställd personal. Den brittiska appellationsdomstolen godtog att detta objektivt kunde motiveras som ett sätt att belöna äldre arbetstagares lojalitet och ta hänsyn till deras utsatthet på arbetsmarknaden, liksom vara ett incitament för äldre arbetstagare att sluta arbeta och därmed ge yngre anställda större möjligheter. Man gav emellertid

81 Förenade kungariket: Employment Appeals Tribunal, *MacCulloch mot Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, 22 juli 2008.

även vägledning om hur frågan om objektiv motivering skulle behandlas, och framhöll att man nog måste överväga frågan om proportionalitet innan man kan avgöra om en åtgärd kan anses objektivt motiverad.

Exempel: I målet *Hütter* ombads EG-domstolen att meddela ett förhandsavgörande om en österrikisk lag om att arbetslivserfarenhet före 18 års ålder inte kunde tillgodoräknas när man fastställer en persons lön. Hütter och hans kollega var båda praktikanter hos TUG (Technische Universität Graz). Efter praktikplatsen erbjöds de ett tremånaderskontrakt. Hütter hade precis fyllt 18 år och i enlighet med gällande lagstiftning fastställdes hans lön med hänsyn till hans 6,5 månaders arbetslivserfarenhet. Hans kollega var emellertid 22 månader äldre och hon fick därför tillgodoräkna sig 28,5 månaders arbetslivserfarenhet. Detta ledde till att de fick olika månadslöner trots att de hade liknande arbetslivserfarenhet.

Hütter väckte en talan där han hävdade att bestämmelsen gynnade personer som fick sin arbetslivserfarenhet efter 18 års ålder. EG-domstolen medgav att lagstiftningens grundläggande mål kunde anses legitimt: 1) för att personer som hade gått en teoretisk högre utbildning inte skulle missgynnas i förhållande till personer som hade gått en yrkesutbildning och 2) för att undvika att praktikplatser skulle bli för dyra och därigenom göra det lättare för ungdomar som hade genomgått en sådan utbildning att komma in på arbetsmarknaden. EG-domstolen medgav att medlemsstaterna hade ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i samband med avgörandet av om det legitima målet var lämpligt och nödvändigt men fann att det saknades en objektiv motivering. Bestämmelsen påverkade unga arbetstagare på ett oproportionerligt sätt, särskilt om arbetslivserfarenheten, som i det aktuella målet, var identisk men sökandens ålder påverkade storleken på lönen.

Det är värt att notera att denna syn är förenlig med Europadomstolens syn. Europadomstolen undersökte frågan om olika pensionsåldrar inom ramen för Europakonventionen, vilket diskuteras i målet *Stec* m.fl. i kapitel 4.2. Undantag från förbudet mot åldersdiskriminering är därför förenliga med domstolarnas syn på social- och arbetsmarknadspolitiska motiveringar.

Huvudpunkter

- I Europakonventionen finns en allmän rättfärdigande grund som kan motivera diskriminering. I EU-lagstiftningen finns specifika rättfärdigande grunder som kan motivera diskriminering och som är speciellt anpassade för arbetslivsområdet.
- Enligt EU-lagstiftningen och Europakonventionen omfattas indirekt diskriminering av allmänna rättfärdigande grunder som bygger på att åtgärden ska anses objektivt motiverad.
- Särbehandling kan vara befogad om den eftersträvar ett legitimt mål och medlen för att nå detta mål är lämpliga och nödvändiga.
- Utöver den allmänna rättfärdigande grund som kan motivera indirekt diskriminering enligt EU:s diskrimineringslagstiftning finns även mer specifika rättfärdigande grunder: i) verkligt yrkeskrav, ii) undantag för religiösa institutioner och iii) undantag som tillåter åldersdiskriminering.
- Åldersdiskriminering är den enda av EU:s diskrimineringsgrunder där direkt diskriminering kan anses objektivt motiverat.

Mer läsning

Bamforth och O'Connell, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), kapitlen 4, 5, 6 och 8.

Barnard, *EC Employment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009), kapitlen 6, 7, 8, 9 och 10.

Bercusson, *European Labour Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), kapitlen 10, 11 och 22.

Dubout, "L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution? Epilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007", 75 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2008).

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), kapitel 6.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), bilaga 5.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling], *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (Luxemburg, Publikationsbyrå, 2007).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* (Luxemburg, Publikationsbyrå, 2008).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Age discrimination and European Law* (Luxemburg, Publikationsbyrå, 2005).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Religion and Belief in Employment* (Luxemburg, Publikationsbyrå, 2006).

Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2001), kapitel 4.

Heyden och von Ungern-Sternberg, "Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), kapitlen 3 och 4.

Marguénaud, "L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008", *78 Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009).

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford, Hart Publishing, 2004), kapitel 7.

Schiek, Waddington och Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), kapitlen 2, 3 och 7.

3

Den europeiska diskrimineringsrättens räckvidd

3.1. Inledning

Även om både direkt och indirekt diskriminering är förbjudet enligt den europeiska diskrimineringsrätten gäller detta förbud bara i vissa sammanhang. I EU infördes lagstiftning mot diskriminering för att underlätta den inre marknadens funktion och gällde därför ursprungligen bara diskriminering i arbetslivet. Genom införandet av direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung år 2000 omfattades även varor och tjänster och tillgång till de offentliga välfärdssystemen. För att garantera jämlikhet i arbetslivet ansåg man nämligen att det även var nödvändigt att garantera jämlikhet på andra områden, som kan få konsekvenser för arbetslivet. Direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster infördes för att öka jämställdheten mellan könen i förhållande till varor och tjänster. Direktivet om likabehandling i arbetslivet från 2000, i vilket diskriminering på grund av sexuell läggning, funktionshinder, ålder och religion eller övertygelse förbjuds, gäller emellertid bara på arbetslivsområdet. Som nämndes i kapitel 1.1.2 håller lagstiftaren för närvarande på att undersöka om dessa grunder även ska utvidgas till att gälla varor och tjänster och tillgång till välfärdssystemen.

I artikel 14 i Europakonventionen garanteras däremot likabehandling vid åtnjutande av de materiella rättigheter som garanteras i konventionen. I protokoll 12 till Europakonventionen, som trädde i kraft 2005, utvidgas dessutom förbudet mot diskriminering till att gälla varje rättighet som garanteras på nationell nivå, även rättigheter som inte tas upp i Europakonventionen. Än så länge har emellertid bara 17

av Europarådets 47 medlemsländer tillträtt protokollet, däribland 6 EU-medlemsstater. EU-medlemsstaternas skyldigheter på diskrimineringsområdet skiljer sig därför åt.

I detta kapitel kommer vi att titta närmare på den europeiska diskrimineringsrättens tillämpningsområde. Kapitlet inleds med en allmän översikt över räckvidden för artikel 14 och protokoll 12 i Europakonventionen och den metod som Europadomstolen har valt för att avgöra dessa bestämmelsers tillämpningsområde. Därefter undersöks specifika sakområden som omfattas av likabehandlingsdirektiven och i vilka fall dessa motsvarar ett område som även omfattas av artikel 14. Avslutningsvis ges en översikt över de områden där Europakonventionen går längre än i EU-lagstiftningen, exempelvis i samband med brottsbekämpning och den "personliga sfären".

3.2. Vem skyddas enligt den europeiska diskrimineringsrätten?

Inledningsvis är det viktigt att komma ihåg följande när det gäller vem som skyddas av EU-lagstiftningen respektive Europakonventionen. Europakonventionen garanterar skydd för alla personer inom ett medlemslands jurisdiktion, oavsett om dessa är medborgare i landet eller inte. Detta gäller även personer som bor i områden som ligger utanför det nationella territoriet men rent faktiskt kontrolleras av landet i fråga (t.ex. ockuperade territorier).⁸² Skyddet i EU-lagstiftningen är däremot mer begränsat. EU-lagstiftningens förbud mot diskriminering på grund av nationalitet gäller i samband med fri rörlighet för personer och endast för EU-medborgare. Dessutom innehåller likabehandlingsdirektiven olika undantag för tredjelandsmedborgare. En tredjelandsmedborgare är en person som är medborgare i en stat som inte är medlem i EU.

I likabehandlingsdirektiven anges uttryckligen att direktiven inte gäller diskriminering på grund av nationalitet, som regleras i direktivet om fri rörlighet.⁸³ Enligt detta direktiv har endast EU-medborgare rätt att resa in och lagligt uppehålla sig i andra EU-medlemsstater. Efter att i fem år ha varit lagligt bosatt i en annan EU-medlemsstat har en EU-medborgare rätt till permanent uppehållstillstånd, som ger denne samma rättigheter som personer i kategorin "arbetstagare". Detta innebär naturligtvis inte att medborgare i andra medlemsstater inte skyddas av likabehandlingsdirektiven. En homosexuell tysk man som blir uppsagd i Grekland på grund av sin sexuella läggning

⁸² Europadomstolens dom av den 18 december 1996 i målet *Loizidou mot Turkiet* (klagomål nr 15318/89).

⁸³ Direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (EUT L 158, 30 april 2004, s. 77).

kan t.ex. åberopa direktivet om likabehandling i arbetslivet. Det betyder bara att när man lämnar in ett klagomål om diskriminering på grund av nationalitet måste den drabbade antingen försöka hävda att diskrimineringen grundas på ras eller etniskt ursprung, eller åberopa direktivet om fri rörlighet.

I både direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung och direktivet om likabehandling i arbetslivet anges att direktiven inte medför rätt till likabehandling för tredjelandsmedborgare när det gäller inresa och vistelse. I direktivet om likabehandling i arbetslivet anges dessutom att det inte medför rätt till likabehandling för tredjelandsmedborgare när det gäller tillträde till anställning eller sysselsättning. I direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung anges att direktivet inte omfattar "behandling som beror på den rättsliga ställning som medborgarna i tredje land ... har". Detta innebär emellertid inte att medlemsstaterna helt kan undanta tredjelandsmedborgare från skydd eftersom det i ingressen fastställs att tredjelandsmedborgare ska skyddas av direktivet, förutom när det gäller tillträde till anställning. I jämställdhetsdirektivet (omarbetning) och direktivet om likabehandling av män och kvinnor när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster görs inget undantag för tredjelandsmedborgare.

Tredjelandsmedborgare har emellertid rätt till likabehandling på i stort sett samma områden som likabehandlingsdirektiven omfattar, om de enligt direktivet om tredjelandsmedborgare räknas som "varaktigt bosatta" (vilket bland annat kräver att man har vistats lagligen i landet i fem år).⁸⁴ Enligt familjeåterföreningsdirektivet får tredjelandsmedborgare som lagligen vistas i en medlemsstat dessutom under vissa villkor återförenas med sin familj.⁸⁵

Naturligtvis hindrar inte dessa bestämmelser i EU-lagstiftningen medlemsstaterna från att införa mer gynnsamma villkor i sin nationella lagstiftning. Som framgår av kapitel 4.7 visar Europadomstolens rättspraxis dessutom att även om en stat inte anser att de egna medborgarna och tredjelandsmedborgare befinner sig i samma situation (och därmed anser det tillåtet att under vissa omständigheter särbehandla dem) måste i princip alla som omfattas av Europadomstolens jurisdiktion garanteras samma rättigheter. De skyldigheter när det gäller tredjelandsmedborgare som medlemsländerna åläggs enligt Europakonventionen går därför på vissa områden längre än kraven i EU-lagstiftningen.

84 Direktiv 2003/109/EG om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning (EUT L 16, 23 januari 2004, s. 44).

85 Direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening (EUT L 251, 3 oktober 2003, s. 12).

3.3. Europakonventionens räckvidd: artikel 14 och protokoll 12

3.3.1. Konventionens förbud mot diskriminering

Artikel 14 i Europakonventionen garanterar att åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i konventionen ska säkerställas utan åtskillnad. Europadomstolen är därför inte behörig att pröva klagomål om diskriminering om de inte faller inom området för en av de rättigheter som skyddas enligt konventionen.

När Europadomstolen prövar anklagelser om kränkning av artikel 14 sker detta alltid i kombination med en materiell rättighet. En klagande gör ofta gällande att en materiell rättighet har kränkts, och dessutom en kränkning av en materiell rättighet i kombination med artikel 14. Det innebär att förutom att den materiella rättigheten inte uppfylldes förelåg även diskriminering på grund av att personer i en jämförbar situation inte missgynnades på samma sätt. När Europadomstolen har slagit fast att det rör sig om en kränkning av den materiella rättigheten går den, som vi såg i kapitel 4, ofta inte vidare och prövar inte klagomålet om diskriminering om den bedömer att detta skulle innebära en bedömning av i stort sett samma klagomål.

I detta avsnitt ges en kortfattad översikt över de rättigheter som garanteras enligt Europakonventionen och det förklaras hur Europadomstolen har tolkat Europakonventionens räckvidd när det gäller tillämpningen av artikel 14.

3.3.1.1. Rättigheter som omfattas av konventionen

Eftersom artikel 14 är helt beroende av att diskrimineringen grundas på en av de materiella rättigheter som garanteras i Europakonventionen är det nödvändigt att få en uppfattning om vilka rättigheter som omfattas av konventionen. Europakonventionen innehåller en förteckning över rättigheter, framför allt av "medborgerliga och politiska" rättigheter. Konventionens skydd omfattar emellertid även vissa "ekonomiska och social rättigheter".

De faktiska rättigheter som ingår i Europakonventionen har en oerhört stor spännvidd. De omfattar bland annat rätten till liv, rätten till respekt för privat- och familjeliv och tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet.

När en fråga om diskriminering avser en rättighet som finns upptagen i Europakonventionen prövar Europadomstolen klagomål som gör gällande att artikel 14 har kränkts.

Detta utgör en oerhört viktig skillnad mellan EU-lagstiftningen och Europakonventionen. Europakonventionen ger skydd mot diskriminering på områden som inte regleras i EU-lagstiftningen. Även om EU i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna förpliktas att inte kränka de mänskliga rättigheterna i de åtgärder unionen vidtar (inklusive ett förbud mot diskriminering) gäller stadgan bara för medlemsstaterna när de tillämpar EU-lagstiftningen. Stadgan gäller bara under denna begränsade omständighet helt enkelt för att EU inte har tillräcklig förvaltningskapacitet i medlemsstaterna för att kunna genomföra EU-lagstiftningen. I stället är det medlemsstaterna egna förvaltningar som ser till att EU-lagstiftningen får rättsverkan. På de områden där medlemsstaterna inte har delegerat befogenheter till EU har stadgan därför ingen verkan.

Sedan likabehandlingsdirektiven infördes och skyddet utvidgades till att även omfatta varor och tjänster och välfärdssystemet har skillnaden mellan det skydd som Europakonventionen ger och det skydd som direktiven ger minskat. Trots det finns det områden där skyddet i Europakonventionen är mer omfattande än skyddet i EU-lagstiftningen. Dessa kommer att behandlas nedan.

3.3.1.2. Räckvidden för konventionens rättigheter

När Europadomstolen tillämpar artikel 14 använder den sig av en vid tolkning av räckvidden för de rättigheter som anges i Europakonventionen:

- För det första har Europadomstolen slagit fast att den kan pröva klagomål enligt artikel 14 i förening med en materiell rättighet, även om det inte har skett någon kränkning av den materiella rättigheten som sådan.⁸⁶
- För det andra har den konstaterat att Europakonventionens räckvidd går längre än vad som uttrycks bokstavligen. Det räcker om de faktiska omständigheterna i målet i någon mån kan kopplas till de områden som skyddas enligt Europakonventionen.

Exempel: I målet *Zarb Adami mot Malta*, hävdade klaganden att han utsatts för diskriminering på grund av kön på grund av att män i oproportionerligt stor utsträckning kallades till jurytjänst.⁸⁷ Artikel 4.2 i Europakonventionen förbjuder tvångsarbete. I artikel 4.3 d anges emellertid att "arbete som ingår i de normala

⁸⁶ Se exempelvis Europadomstolens dom av den 8 juli 2003 i målet *Sommerfeld mot Tyskland* (stor avdelning) (klagomål nr 31871/96).

⁸⁷ Europadomstolens dom av den 20 juni 2006 i målet *Zarb Adami mot Malta* (klagomål nr 17209/02).

medborgerliga skyldigheterna” inte omfattas av begreppet ”tvångsarbete”. Europadomstolen fann att även om ”normala medborgerliga skyldigheter” inte omfattas av denna artikel (med andra ord att Europakonventionen inte ger någon rätt att slippa jurytjänstgöring) omfattades de faktiska omständigheterna i målet trots det av denna rättighet. Domstolen baserade sitt resonemang på att vad som utgör ”normala medborgerliga skyldigheter” kan bli ”onormala” skyldigheter om de tillämpas på ett diskriminerande sätt.

Exempel: I målet *E.B. mot Frankrike* avslag de nationella myndigheterna en adoptionsansökan från en homosexuell kvinna som levde tillsammans med sin partner.⁸⁸ Klaganden hävdade att detta stred mot artikel 8 i förening med artikel 14 i Europakonventionen. Europadomstolen konstaterade att den inte hade ombetts att fatta beslut om huruvida artikel 8 hade kränkts, vilket den ansåg betydelsefullt eftersom artikel 8 i sig inte innebär en rättighet att bilda familj eller att adoptera. Europadomstolen underströk emellertid att ett klagomål om diskriminering kunde omfattas av en viss rättighet, även om den berörda frågan inte avsåg en viss rättighet enligt Europakonventionen. Domstolen fann att eftersom Frankrike i sin nationella lagstiftning hade infört en rätt att adoptera föll de faktiska omständigheterna i målet under tillämpningsområdet för artikel 8. Vid bedömningen av de faktiska omständigheterna fann domstolen också att klagandens sexuella läggning spelade en avgörande roll för myndigheternas avslag av hennes adoptionsansökan. Jämfört med andra ensamstående som hade rätt att adoptera enligt den nationella lagstiftningen hade klaganden därför diskriminerats.

Exempel: I målet *Sidabras och Džiautas mot Litauen* hävdade klaganden att staten hade kränkt deras rätt till respekt för privatlivet genom att utestänga dem från anställning inom den offentliga sektorn och vissa områden inom den privata sektorn.⁸⁹ Rätten till arbete garanteras inte i Europakonventionen. Trots det fann Europadomstolen att frågan omfattades av räckvidden för artikel 8 eftersom det ”i betydande utsträckning påverkade deras förmåga att utveckla förbindelser med världen utanför och har gjort det mycket svårt för dem att förtjäna sitt uppehälle, vilket naturligtvis har fått återverkningar på deras privatliv”.⁹⁰

88 Europadomstolens dom av den 22 januari 2008 i målet *E.B. mot Frankrike* (stor avdelning) (klagomål nr 43546/02).

89 Europadomstolens dom av den 27 juli 2004 i målet *Sidabras och Džiautas mot Litauen* (klagomål nr 55480/00 och 59330/00).

90 Ibid., punkt 48.

Exempel: I målet *Carson m.fl. mot Förenade kungariket* hävdade klagandena att regeringen hade diskriminerat dem på grund av bosättningsland genom att den vägrat att räkna upp deras pensioner lika mycket som de pensioner som betalas till pensionärer som är bosatta i Storbritannien, eller i ett av de länder med vilka Storbritannien har ingått bilaterala avtal om detta.⁹¹ Europakonventionen innefattar inte någon rätt till socialförsäkring eller pensionsutbetalningar. Europadomstolen fann emellertid att om staten själv bestämmer sig för att införa en sådan rättighet ger detta upphov till ett ägarintresse som skyddas enligt artikel 1 i protokoll 1.

I samband med tillämpningen av artikel 14 har Europadomstolen i flera andra mål på liknande sätt funnit att när någon form av offentlig förmån ska betalas ut omfattas detta antingen av artikel 1 i protokoll 1⁹² (eftersom det betraktas som egendom)⁹³ eller av artikel 8 (eftersom det påverkar privat- eller familjelivet)⁹⁴. Detta är extra viktigt när det rör diskriminering på grund av nationalitet, som diskuterades i avsnitt 3.2 ovan, eftersom EU-lagstiftningen är betydligt restriktivare på detta område.

3.3.13. Protokoll 12

I protokoll 12 förbjuds diskriminering i förhållande till "åtnjutandet av varje lagstadgad rättighet". Protokollet har därmed en större räckvidd än artikel 14, som bara avser de rättigheter som garanteras i Europakonventionen. I Europarådets förklarande rapport om vad detta innebär anges att bestämmelsen avser diskriminering:

- 91 Europadomstolens dom av den 16 mars 2010 i målet: *Carson m.fl. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 42184/05).
- 92 En fullständig redogörelse av artikel 1 till protokoll 1 finns på Europarådets webbplats för fortbildning av rättstillämpare i mänskliga rättigheter Grgic, Mataga, Longar och Vilfan, *The Right to Property under the ECHR*, Human Rights Handbooks, nr 10, 2007, tillgänglig via: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123.
- 93 Exempelvis Europadomstolens dom av den 12 april 2006 i målet *Stec m.fl. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 65731/01 och 65900/01) (pensionsutbetalningar och invaliditetsförmåner); Europadomstolens dom av den 18 februari 2009 i målet *Andrejeva mot Lettland* (stor avdelning) (klagomål nr 55707/00) (pensionsutbetalningar); Europadomstolens dom av den 30 september 2003 i målet *Koua Poirrez mot Frankrike* (klagomål nr 40892/98) (förmåner för funktionshindrade); Europadomstolens dom av den 16 september 1996 i målet *Gaygusuz mot Österrike* (klagomål nr 17371/90) (arbetslöshetsförmån).
- 94 Exempelvis Europadomstolens dom av den 31 mars 2009 i målet *Weller mot Ungern* (klagomål nr 44399/05) (socialförsäkringsförmån till stöd för barnfamiljer).

- ii. vid åtnjutandet av varje rättighet som en person tilldelas enligt nationell lagstiftning,
- iii. vid åtnjutandet av en rättighet som kan härledas ur en tydlig skyldighet som en offentlig myndighet har enligt nationell lagstiftning, dvs. om en offentlig myndighet enligt nationell lag är skyldig att bete sig på ett visst sätt,
- iv. som en offentlig myndighet gör sig skyldig till när denna utövar sin rätt till skönsmässig bedömning (exempelvis beviljar vissa bidrag),
- iv. som en offentlig myndighet gör sig skyldig till när den handlar eller underlåter att handla på ett visst sätt (t.ex. hur poliser uppträder vid ett upplopp).⁹⁵

I kommentarerna anges dessutom att även om protokollet i princip skyddar enskilda personer från att diskrimineras av staten avses även de förhållanden mellan privatpersoner som staten normalt förväntas reglera, "såsom t.ex. att godtyckligt neka någon tillträde till arbete, restauranger eller tjänster som privatpersoner ställer till allmänhetens förfogande, exempelvis hälso- och sjukvårdstjänster eller vatten och el".⁹⁶ Rent generellt innebär protokoll 12 ett förbud mot diskriminering när det inte rör sig om rent personliga sammanhang, t.ex. även när enskilda personer i en viss roll fattar beslut om hur varor och tjänster ska tillhandahållas allmänheten.

I det enda mål som Europadomstolen har prövat med stöd av artikel 1 i protokoll 12, *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina* (som diskuteras i kapitel 4.6), konstaterade Europadomstolen att detta instrument "inför ett generellt förbud mot diskriminering". Domstolen konstaterade vidare att analysen av diskrimineringsmål skulle var identisk med Europadomstolens rättspraxis när det gäller artikel 14.

3.4. Räckvidden för EU:s likabehandlingsdirektiv

Enligt EU:s likabehandlingsdirektiv omfattar förbudet mot diskriminering tre områden: arbetslivet, välfärdssystemet och varor och tjänster. För närvarande

⁹⁵ Protokoll nr 12 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (ETS nr 177), förklarande rapport, punkt 22. Tillgänglig på: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

⁹⁶ *Ibid.*, punkt 28.

omfattar direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung samtliga tre områden. Även om diskussioner pågår om att utsträcka direktivet om likabehandling i arbetslivet till att också omfatta samtliga tre områden omfattar detta direktiv för närvarande endast arbetslivsfrågor. Jämställdhetsdirektivet (omarbetning) och direktivet om likabehandling av män och kvinnor när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster omfattar arbetslivet och tillgång till varor och tjänster, men inte tillgång till välfärdssystemet.

3.4.1. Arbetslivet

Skyddet mot diskriminering i arbetslivet omfattar samtliga diskrimineringsgrunder i likabehandlingsdirektiven.

3.4.1.1. Tillgång till anställning

Begreppet "tillgång till anställning" har getts en vid tolkning av EG-domstolen.

Exempel: I målet *Meyers mot Adjudication Officer* konstaterade EG-domstolen att tillgång till anställning "inte enbart gäller de omständigheter som föreligger innan ett anställningsförhållande inleds", utan även de faktorer som en person måste ta hänsyn till innan han eller hon beslutar sig för att tacka ja eller nej till ett erbjudande om anställning.⁹⁷ I målet *Meyer* ansågs att beviljandet av en särskild statlig förmån (som betalades ut beroende på inkomstnivå) föll inom detta område. Skälet till detta var att de sökande skulle påverkas av huruvida de skulle ha rätt till denna förmån när de fattade beslut om att tacka ja till en tjänst. Ett sådant övervägande hade följaktligen konsekvenser för tillgången till anställning.

Exempel: I målet *Schnorbus mot Land Hessen* hade sökanden sökt en notarietjänstgöring.⁹⁸ Enligt nationell lagstiftning måste man först bli godkänd i ett nationellt prov i juridik, sedan fullgöra notarietjänstgöring och därefter bli godkänd i ett andra statligt prov i juridik. Sökanden hade klarat det första provet men hade inte beviljats notarietjänstgöring med motiveringen att det inte fanns några lediga platser. Hennes notarietjänstgöring senarelades därför tills nästa gång det fanns lediga platser. Sökanden hävdade att hon hade diskriminerats eftersom manliga sökande som hade fullgjort militärtjänstgöring

97 EG-domstolens dom av den 13 juli 1995 i mål 116/94, *Meyers mot Adjudication Officer*, REG 1995, s. I-2131.

98 EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-79/99, *Schnorbus mot Land Hessen*, REG 2000, s. I-10997.

gavs företräde. EG-domstolen fann att den nationella lagstiftning som reglerade antagningsdatum för notariatjänstgöring föll inom ramen för "tillgång till anställning" eftersom en sådan praktikperiod i sig själv betraktades som "anställning", både i sig själv och som ett led i processen för att få en domartjänst eller annan tjänst inom högre förvaltning.

3.4.1.2. Anställningsvillkor, däribland uppsägning och lön

Även här har EG-domstolen gett vad som faller inom detta område en ganska vid tolkning. Detta har lett till att varje villkor som kan härledas från ett anställningsförhållande kan anses falla inom denna kategori.

Exempel: I målet *Meyers* hävdade sökanden, en ensamstående förälder, att hon hade utsatts för indirekt könsdiskriminering på grund av den metod som användes för att beräkna ensamstående föräldrars rätt till familjebidrag.⁹⁹ EG-domstolen var tvungen att klargöra om tillhandahållandet av familjebidrag (en statlig förmån) enbart var en socialförsäkringsfråga, eller om det även utgjorde ett anställningsvillkor. Av betydelse för att kunna avgöra frågan var att familjebidraget betalades ut om följande tre villkor uppfylldes: att sökandens inkomster inte överstiger ett visst belopp, att sökandens eller dennes partner har regelbundet och avlönat arbete och att sökandens eller dennes partner är underhållsskyldig mot ett barn. EG-domstolen fann att direktivet om likabehandling (nu ersatt av jämställdhetsdirektivet (omarbetning)) inte kunde betraktas som ej tillämpligt bara för att förmånen i fråga ingick i ett socialförsäkringssystem. Domstolen intog en vidare ståndpunkt och undersökte om förmånen betalades ut i samband med ett anställningsförhållande. I sådana fall måste sökandena, för att kunna komma i fråga för familjebidraget, styrka att de eller deras partner har ett avlönat arbete. Kravet på att fastställa att det förelåg ett anställningsförhållande gjorde att systemet med familjebidrag föll inom kategorin anställningsvillkor.

Tillämpningen av en sådan vid definition av anställning och arbetsvillkor ledde EG-domstolen till att konstatera att även tillhandahållandet av barnomsorg på arbetsplatsen¹⁰⁰ och att gå ned i arbetstid föll inom detta område¹⁰¹.

⁹⁹ EG-domstolens dom av den 13 juli 1995 i mål C-116/94, *Meyers mot Adjudication Officer*, REG 1995, s. I-2131.

¹⁰⁰ EG-domstolens dom av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, *Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, REG 2002, s. I-2891.

¹⁰¹ EG-domstolens dom av den 30 mars 2000 i mål C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting*, REG 2000, s. I-2189.

EG-domstolen har även intagit en ganska inkluderande syn i frågor som rör uppsägning och lön. När det gäller uppsägningar omfattas nästan alla situationer där ett anställningsförhållande avslutas. Här ingår bland annat om anställningen har avslutats inom ramen för ett system för frivillig avgång¹⁰² eller om anställningen har avslutats på grund av obligatorisk pensionering¹⁰³.

Begreppet lön har i artikel 157 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt definierats som "den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen". Detta omfattar en rad olika förmåner som en arbetstagare får till följd av att ha ingått ett anställningsförhållande. Definitionens räckvidd har bedömts i en rad mål vid EG-domstolen och har ansetts omfatta alla förmåner i samband med ett arbete inklusive gratis järnvägsresor,¹⁰⁴ utlandstillägg,¹⁰⁵ julbonusar¹⁰⁶ och tjänstepensioner¹⁰⁷. Vad man tittar efter för att avgöra om en fråga faller inom begreppet "lön" är i huvudsak någon form av förmån som kan knytas till ett anställningsförhållande.

3.4.1.3. Tillgång till yrkesvägledning och yrkesutbildning

Definitionen av "yrkesvägledning och yrkesutbildning" har uppmärksamats av EG-domstolen inom ramen för fri rörlighet för personer.¹⁰⁸ EG-domstolen har antagit en vid definition.

Exempel: Målet *Gravier* rörde en student som var fransk medborgare och som önskade studera serieteckning vid Académie Royale des Beaux-Arts i Liège.¹⁰⁹

¹⁰² EG-domstolens dom av den 16 februari 1982 i mål 19/81, *Burton mot British Railways Board*, REG 1982, s. 555.

¹⁰³ EG-domstolens dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, *Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA*, REG 2007, s. I-8531.

¹⁰⁴ EG-domstolens dom av den 9 februari i mål 12/81, *Garland mot British Rail Engineering Limited*, REG 1982, s. 455.

¹⁰⁵ EG-domstolens dom av den 7 juni 1972 i mål 20/71, *Sabbatini mot Europaparlamentet*, REG 1972, s. 345.

¹⁰⁶ EG-domstolens dom av den 21 oktober 1999 i mål C-333/97, *Lewen mot Denda*, REG 1999, s. I-7243.

¹⁰⁷ EG-domstolens dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, *Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, REG 1990, s. I-1889.

¹⁰⁸ Enligt artikel 7:3 i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 271, 19 oktober 1968, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33), ska en arbetstagare "ha tillgång till utbildning i yrkesskolor och omskolningscentra" på samma villkor som nationella arbetstagare.

¹⁰⁹ EG-domstolens dom av den 13 februari 1985 i mål 293/83, *Gravier mot Ville de Liège m.fl.*, REG 1985, s. 593.

Studenten var tvungen att betala en registreringsavgift medan studenter från värdlandet inte behövde betala denna avgift. EG-domstolen konstaterade att:

"...varje form av utbildning som leder till behörighet för ett visst yrke, en viss sysselsättning eller anställning, eller som ger särskild kompetens för att utöva ett sådant yrke, sysselsättning eller anställning, utgör yrkesutbildning oberoende av elevernas eller de studerandes ålder eller tidigare utbildning och även om utbildningsprogrammet innehåller en del allmänbildande undervisning."

Exempel: Denna definition användes i målet *Blaizot* där sökanden sökte till veterinärutbildning på universitetet.¹¹⁰ EG-domstolen fann att i allmänhet faller även en universitetsexamen inom begreppet "yrkesutbildning" även om slutexamen inte ger omedelbar behörighet för att utöva ett bestämt yrke eller en bestämd sysselsättning. Det räcker att studierna i fråga ger en särskild kompetens som den studerande behöver för att kunna utöva ett yrke eller för en viss sysselsättning. Om ett visst yrke inte kräver en formell examen, eller om universitetsexamen i sig inte utgör ett formellt krav för att få tillträde till ett yrke, hindrar detta inte att programmet betraktas som yrkesutbildning. Enda undantaget från detta är "vissa särskilda studiegångar som på grund av sin särskilda karaktär riktar sig till personer som önskar fördjupa sina allmänna kunskaper snarare än att få tillträde till arbetslivet".

3.4.1.4. Arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer

Detta rör inte bara medlemskap och tillgång till en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation, utan omfattar även verksamhet som utförs av personer inom dessa organisationer. Enligt vägledning som Europeiska kommissionen har utfärdat ska detta garantera att ingen diskrimineras i fråga om medlemskap i eller förmåner från dessa organ.¹¹¹

3.4.1.5. Europakonventionen och anställning

Även om Europakonventionen i sig inte innehåller någon rätt till anställning har artikel 8 under vissa omständigheter tolkats som att den även omfattar arbetslivsfrågor. I det ovan nämnda målet *Sidabras och Džiautas mot Litauen*,

¹¹⁰ EG-domstolens dom av den 24 februari 1988 i mål 24/86, *Blaizot m.fl. mot Université de Liège m.fl.*, REG 1988, s. 379.

¹¹¹ Förslag till rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av enskilda personer oavsett ras eller etniskt ursprung (EU-dokument KOM(1999) 566 slutlig, 25 november 1999).

ansågs ett förbud mot att låta f.d. KGB-agenter inneha tjänster inom den offentliga sektorn och vissa tjänster inom den privata sektorn falla inom räckvidden för artikel 8 i förening med artikel 14 eftersom det ”i betydande utsträckning påverkade deras förmåga att utveckla förbindelser med världen utanför och har gjort det mycket svårt för dem att förtjäna sitt uppehälle, vilket naturligtvis har fått återverkningar på deras privatliv”.¹¹² På samma sätt konstaterade Europadomstolen i målet *Bigaeva mot Grekland* att artikel 8 även kan anses omfatta arbetslivsfrågor, t.ex. rätten till tillgång till ett yrke.¹¹³

Europadomstolen förbjuder även diskriminering på grund av att en person är fackligt ansluten. Dessutom garanteras rätten att bilda fackföreningar som en separat rättighet i Europakonventionen.¹¹⁴

Exempel: I målet *Danilenkov m.fl. mot Ryssland* hade klagandenas arbetsgivare utsatt dem för trakasserier och behandlat dem mindre gynnsamt på grund av att de var medlemmar i en fackförening.¹¹⁵ Deras civilrättsliga talan vid de nationella domstolarna avvisades, eftersom diskriminering endast kunde fastställas i brottmål. Den allmänne åklagaren vägrade emellertid att väcka en straffrättslig talan eftersom staten enligt beviskraven var skyldig att ”bortom rimligt tvivel” visa att en av företagets chefer uppsåtligt hade gjort sig skyldig till diskrimineringen. Europadomstolen fann att det faktum att den nationella lagstiftningen saknade ett effektivt rättsligt skydd för föreningsfriheten när det gällde fackföreningar utgjorde en kränkning av artikel 11 i förening med artikel 14.

3.4.2. Tillgång till välfärd och olika former av social trygghet

Av likabehandlingsdirektiven är det endast direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung som ger ett omfattande skydd mot diskriminering i samband med tillgång till välfärdssystemet och andra former av social trygghet. I detta ingår tillgång till naturaförmåner som innehas ”gemensamt” av staten, exempelvis

¹¹² Europadomstolens dom av den 27 juli 2004 i målet *Sidabras och Džiautas mot Litauen* (klagomål nr 55480/00 och 59330/00).

¹¹³ Europadomstolens dom av den 28 maj 2009 i målet *Bigaeva mot Grekland* (klagomål nr 26713/05).

¹¹⁴ Exempelvis Europadomstolens dom av den 12 november 2008 i målet *Demir och Baykara mot Turkiet* (klagomål nr 34503/97).

¹¹⁵ Europadomstolens dom av den 30 juli 2009 i målet *Danilenkov m.fl. mot Ryssland* (klagomål nr 67336/01).

hälso- och sjukvård, utbildning och systemet för social trygghet. I direktivet om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet införs emellertid en rätt till likabehandling oavsett kön inom det smalare fältet "social trygghet".

3.4.2.1. Socialt skydd, däribland social trygghet och hälso- och sjukvård

Det är oklart exakt hur långt detta område sträcker sig eftersom det inte ges någon förklaring i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung och EG-domstolen ännu inte har tolkat vad som avses med begreppen. Enligt direktivet om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet har som nämndes personer rätt till likabehandling oavsett kön i förhållande till "lagstadgade system för social trygghet".¹¹⁶ I artikel 1.3 definieras dessa som system som ger skydd vid sjukdom, invaliditet, ålderdom, olycksfall i arbetet, yrkessjukdomar och arbetslöshet, samt "socialhjälp om denna är avsedd att komplettera eller ersätta" ovannämnda system.

Det är oklart vad som menas med "socialt skydd". Av motiveringen till kommissionens förslag till direktivet om likabehandling av personer oavsett ras eller etniskt ursprung och av skrivningen i själva direktivet framgår emellertid att detta omfattar mer än "social trygghet".¹¹⁷ Med tanke på det breda syftet med bestämmelsen bör detta tolkas som att varje statlig förmån, oavsett om det rör sig om en ekonomisk förmån eller en naturaförmån, faller inom ramen för kategorin socialt skydd, i den mån förmånen inte faller inom ramen för social trygghet. De enskilda områdena i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung överlappar därför troligen.

Det är också oklart hur långt skyddet mot diskriminering sträcker sig på hälso- och sjukvårdsområdet. Det verkar som om detta bara rör tillgång till offentlig hälso- och sjukvård där denna tillhandahålls, exempelvis vård som beviljas av administrativ och medicinsk personal. Förmodligen gäller det även försäkringar när hälso- och sjukvård tillhandahålls av privata aktörer men patienterna ersätts genom ett obligatoriskt försäkringssystem. I detta fall faller förmodligen en vägran att försäkra en enskild person eller att ta ut en högre premie på grund av ras eller etniskt

¹¹⁶ I motsats till "yrkesbaserade" system, som klassificeras som "lön" i jämställdhetsdirektivet (omarbetning).

¹¹⁷ Förslag till rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av enskilda personer oavsett ras eller etniskt ursprung (EU-dokument KOM(1999) 566 slutlig, 25 november 1999).

ursprung inom räckvidden för denna bestämmelse. Alternativt kan det falla inom ramen för tillhandahållandet av varor och tjänster.

3.4.2.2. Sociala förmåner

EG-domstolen har utvecklat en omfattande rättspraxis när det gäller räckvidden för "sociala förmåner" inom ramen för rätten till fri rörlighet för personer. Begreppet har fått en oerhörd vid definition.

Exempel: Målet *Cristini* rörde en italiensk medborgare som var bosatt i Frankrike tillsammans med sina barn. Hennes avlidne make hade varit "arbetstagare" enligt EU-lagstiftningen.¹¹⁸ Den franska statsjärnvägen erbjöd rabattkort för barnrika familjer, men vägrade att ge sökanden ett sådant rabattkort på grund av hennes nationalitet. Man hävdade att enligt EU-lagstiftningen var "sociala förmåner" endast förmåner som grundades på ett anställningsavtal. EG-domstolen höll inte med och fann att detta begrepp borde omfatta alla förmåner oavsett om det fanns något anställningsavtal, inklusive rabattkort för järnvägsresor.

I målet *Even* definierade EG-domstolen "sociala förmåner" som förmåner:

"som, med eller utan anknytning till ett anställningsavtal, i allmänhet tillerkänns inhemska arbetstagare, huvudsakligen på grund av deras objektiva status som arbetstagare eller enbart därför att de är bosatta inom det nationella territoriet, och vars utsträckning till att även gälla arbetstagare som är medborgare i andra medlemsstater således kan antas underlätta deras rörlighet inom gemenskapen".¹¹⁹

Begreppet gäller nästan alla rättigheter så länge de uppfyller definitionen i domen i målet *Even*. Det görs ingen åtskillnad mellan rättigheter som beviljas undantagslöst och rättigheter som beviljas efter skönsässig bedömning. Dessutom exkluderar definitionen inte att rättigheter som har beviljats efter att ett anställningsavtal har upphört betraktas som en social förmån, exempelvis rätten till pension.¹²⁰ Inom ramen för rätten till fri rörlighet avser en social förmån varje förmån som kan hjälpa

¹¹⁸ EG-domstolens dom av den 30 september 1975 i mål 32/75, *Cristini mot SNCF*, REG 1975, s. 1085.

¹¹⁹ EG-domstolens dom av den 31 maj 1979 i mål 207/78, *Brottmål mot Even*, REG 1979, s. 2019, punkt 22.

¹²⁰ EG-domstolens dom av den 24 september 1998 i mål dC-35/97, *kommissionen mot Frankrike*, REG 1998, s. I-5325.

en migrerande arbetstagare att integreras i samhället i värdstaten. Domstolarna har varit ganska liberala när det gäller att avgöra vad som utgör en social förmån. Bland annat kan följande ingå:

- Räntefria lån vid barnafödelse. Trots att det bakomliggande syftet med lånet var att stimulera barnafödande fann EG-domstolen att det rörde sig om en social förmån eftersom det sågs som ett sätt att lätta på den ekonomiska bördan som ett barns födelse innebär för låginkomstfamiljer,¹²¹
- Beviljandet av ett stipendium enligt ett kulturavtal för att stimulera nationella arbetstagare att studera utomlands,¹²²
- Rätten att begära att ett brottmålsförfarande som inletts mot en person genomförs på det språk som talas i den personens hemland.¹²³

3.4.2.3. Utbildning

Skyddet mot diskriminering när det gäller tillgång till utbildning utvecklades ursprungligen inom ramen för fri rörlighet för personer enligt artikel 12 i direktiv 1612/68, särskilt inriktad på barn till arbetstagare. Området för grundläggande utbildning överlappar förmodligen yrkesutbildningsområdet. Det är oklart om det även omfattar de högre utbildningsprogram som inte ingår i yrkesutbildningen utan endast är avsedda att förbättra en persons allmänna kunskaper.

Exempel: Målet *Casagrande mot Landeshauptstadt München* rörde dottern till en italiensk medborgare som arbetade i Tyskland.¹²⁴ De tyska myndigheterna betalade ett månatligt studiebidrag till elever i skolåldern för att underlätta "deltagandet i undervisningen". EG-domstolen fann att alla allmänna åtgärder som syftade till att underlätta undervisningen föll inom ramen för utbildning.

¹²¹ EG-domstolens dom av den 14 januari 1982 i mål 65/81, *Reina mot Landeskreditbank Baden-Württemberg*, REG 1982, s. 33.

¹²² EG-domstolens dom av den 27 september 1988 i mål 235/87, *Matteucci mot communauté française de Belgique*, REG 1988, s. 5589.

¹²³ EG-domstolens dom av den 11 maj 1985 i mål 137/84, *Brottmål mot Mutsch*, REG 1985, s. 2681.

¹²⁴ EG-domstolens dom av den 3 juli 1974 i mål 9/74, *Casagrande mot Landeshauptstadt München*, REG 1974, s. 773.

3.4.2.4. Europakonventionen och välfärd och utbildning

Även om rätten till social trygghet saknas i Europakonventionen visar Europadomstolens rättspraxis tydligt att olika former av social trygghet, exempelvis ekonomiska förmåner och pensioner, faller inom ramen för artikel 1 i protokoll 1 eller artikel 8.¹²⁵

Även om rätten till hälso- och sjukvård saknas i Europakonventionen har Europadomstolen funnit att frågor som rör hälso- och sjukvård, exempelvis tillgång till patientjournaler¹²⁶, faller inom ramen för artikel 8 eller artikel 3 om bristen på tillgång till hälso- och sjukvård riskerar att leda till omänsklig eller förnedrande behandling.¹²⁷ Det går därför att hävda att klagomål om diskriminering som rör tillgång till hälso- och sjukvård omfattas av artikel 14.

Det är oklart om tillgång till sociala förmåner i form av naturaförmåner, exempelvis resepass, faller inom Europadomstolens räckvidd. Europadomstolens generösa tolkning av artikel 8 tyder emellertid på att så kan vara fallet, särskilt när dessa förmåner syftar till att gynna familjen.

Artikel 2 i protokoll 1 till Europakonventionen innehåller en fristående rätt till undervisning och Europadomstolen anser följaktligen att klagomål om diskriminering på utbildningsområdet omfattas av artikel 14. Diskriminering på grund av en kränkning av rätten till undervisning enligt Europakonventionen diskuteras i samband med målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien*¹²⁸ i kapitel 2.3.1 och i målet *Oršuš m.fl. mot Kroatien*¹²⁹ i kapitel 5.3.

3.4.3. Tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, inklusive bostad

Skyddet mot diskriminering när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, inklusive bostad, omfattar diskrimineringsgrunden ras enligt direktivet

125 Se särskilt följande: Europadomstolens dom av den 18 februari 2009 i målet *Andrejeva mot Lettland* (stor avdelning) (klagomål nr 55707/00); Europadomstolens dom av den 16 september 1996 i målet *Gaygusuz mot Österrike* (klagomål nr 17371/90) och Europadomstolens dom av den 30 september 2003 i målet *Koua Poirrez mot Frankrike* (klagomål nr 40892/98), som alla diskuterades i kapitel 4.7.

126 Europadomstolens dom av den 28 april 2009 i målet *K.H. m.fl. mot Slovakien* (klagomål nr 32881/04).

127 Europadomstolens dom av den 20 januari 2009 i målet, *Sławomir Musiał mot Polen* (klagomål nr 28300/06).

128 Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00).

129 Europadomstolens dom av den 16 mars 2010 i målet *Oršuš m.fl. mot Kroatien* (stor avdelning) (klagomål nr 15766/03).

om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, och diskrimineringsgrunden kön enligt direktivet om lika behandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster. I artikel 3(1) i sistnämnda direktiv preciseras denna bestämmelse närmare genom att det anges att den avser alla varor och tjänster "som är tillgängliga för allmänheten och som erbjuds utanför området för privat- och familjeliv och transaktioner i samband med detta". I artikel 3(3) samt i skäl 13 i ingressen till direktivet görs uttryckliga undantag för "medie- och reklam innehåll" och "offentlig eller privat utbildning". Det sistnämnda undantaget minskar emellertid inte räckvidden för direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, som uttryckligen omfattar utbildning. I direktivet om lika behandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster hänvisas även till artikel 57 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt:

"Som 'tjänster' i fördragets mening ska anses prestationer som normalt utförs mot ersättning ...

Med 'tjänster' ska särskilt avses verksamhet:

- a) av industriell natur,*
- b) av kommersiell natur,*
- c) inom hantverk,*
- d) inom fria yrken."*

Detta område verkar således omfatta alla sammanhang där en vara eller tjänst vanligtvis tillhandahålls mot ersättning, så länge det inte sker i ett rent personligt sammanhang, och med undantag av offentlig och privat utbildning.

Rättspraxis från nationella organ visar att detta täcker in scenarier som tillträde till eller graden av service i barer,¹³⁰ restauranger och nattklubbar,¹³¹ butiker,¹³²

130 Ungerska likabehandlingsmyndighetens beslut från april 2008 i ärende nr 72. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 322-1 och Europeiska nätverket för juridiska experter ifråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 49.

131 Sverige: Högsta domstolens dom av den 1 oktober 2008 i mål T-2224-07, *Escape Bar & Restaurant mot Ombudsmannen mot etnisk diskriminering*. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 365-1 och Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 68.

132 Österrike: Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 januari 2006. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 1-1. Originaltext: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.

köp av försäkring¹³³ och verksamhet som bedrivs av "privata" försäljare som kennelägare¹³⁴. Även om hälso- och sjukvård uttryckligen omfattas av direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung kan den möjligtvis även falla inom ramen för tjänster, särskilt när det rör sig om privat hälso- och sjukvård eller när personer är tvungna att köpa kompletterande sjukförsäkring för att täcka sina sjukvårdskostnader. I det avseendet har EG-domstolen inom ramen för fri rörlighet för tjänster även tolkat hälso- och sjukvård som tillhandahålls mot ersättning av ett vinstdrivande organ som en tjänst.¹³⁵

I direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung definieras inte rätten till bostad. Mycket tyder emellertid på att detta bör tolkas i ljuset av internationell människorättslagstiftning, särskilt människors rätt till respekt för sin bostad i artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och artikel 8 i Europakonventionen (med tanke på att samtliga medlemsstater är parter i denna konvention och att EU i framtiden kommer att ansluta sig till Europakonventionen) och rätten till lämplig bostad i artikel 11 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (som samtliga medlemsstaterna är parter i). Europadomstolen har gett rätten till bostad en vid tolkning och även inkluderat mobila bostäder som husvagnar, även när dessa är olagligt placerade.¹³⁶ Enligt FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter måste en rad villkor uppfyllas för att en bostad ska anses vara tillfredsställande. Framför allt måste bostaden vara av tillräckligt hög kvalitet för att skydda mot väder och vind, den bör spegla de boendes kulturella krav (och därmed inkludera fordon, husvagnar, lägerplatser och andra icke-permanenta strukturer), vara uppkopplad mot offentliga el- och vattennät och sanitetstjänster och tack vare en lämplig infrastruktur vara knuten till offentliga tjänster och arbetsmöjligheter. Rätten till bostad bör även omfatta skydd mot tvångsvräkning

133 Frankrike: Appellationsdomstolen i Nîmes, nr 08/00907, *Lenormand mot Balenci*, 6 november 2008 och den franska kassationsdomstolen, avdelningen för brottmål, nr M 08-88.017 och nr 2074, 7 april 2009. Engelsk sammanfattning tillgänglig via Europeiska nätverket för juridiska experter ifråga om likabehandling, 9 *European Anti-Discrimination Law Review* (december 2009), s. 59.

134 Sverige: Svea hovrätts dom av den 11 februari 2008 i mål T-3562-06, *Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning mot A.S.* Engelsk sammanfattning tillgänglig via Europeiska nätverket för juridiska experter ifråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 69.

135 EG-domstolens dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, *Kohll mot Union des Caisses de Maladie*, REG 1998, s. I-1931; EG-domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, *Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekering*, REG 2001, s. I-5473 och EG-domstolens dom av den 13 maj 2003 i mål 385/99, *Müller Fauré mot Onderlinge Waarborgmaatschappij*, REG 2003, s. I-4509.

136 Europadomstolens dom av den 25 september 1996 i målet *Buckley mot Förenade kungariket* (klagomål nr 20348/92).

eller tvångsavhysning och det bör finnas tillgång till bostäder som inte är för dyra.¹³⁷ Denna syn på rätten till bostad återfinns även i den sammanfattande rapporten *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* från Europeiska byrån för grundläggande rättigheter (FRA).¹³⁸

Enligt denna syn innebär tillgången till bostad inte bara att man måste se till att offentliga och privata hyresvärdar och mäklare inte särbehandlar enskilda personer när de avgör om de ska hyra ut eller sälja fastigheter. Det innefattar även rätten till likabehandling när det gäller hur bostäder tilldelas (t.ex. att vissa etniska grupper tilldelas avlägsset belägna bostäder eller bostäder av låg kvalitet), underhålls (t.ex. att fastigheter som bebos av vissa grupper inte underhålls) och hyrs ut (t.ex. att personer som tillhör vissa grupper har en osäker besittningsrätt eller betalar högre hyror eller depositionsavgifter).

Exempel: I Belgien dömdes en hyresvärd enligt strafflagstiftningen och bötfälldes enligt civillagstiftningen för att han vägrat hyra ut lägenheter till personer av kongolesiskt ursprung. Trots att personerna visade upp referenser från tidigare hyresvärdar och kunde styrka att de hade tillräckliga inkomster vägrade hyresvärderna att skriva under hyreskontrakten med motiveringen att han tidigare hade haft problem med att utlänningar inte betalade hyran.¹³⁹

3.4.3.1. Europakonventionen och varor och tjänster, inklusive bostad

Enligt Europadomstolens tolkning omfattar artikel 8 ärenden som rör verksamhet som kan få konsekvenser för privatlivet, inklusive ekonomiska och sociala förhållanden. Europadomstolen har även gjort en generös tolkning av rätten till respekt för bostaden i artikel 8. Som konstaterades ovan innefattar detta även mindre konventionella bostäder som husvagnar och liknande. När bostäder som staten tillhandahåller är av särskilt dålig kvalitet och under en längre tid orsakar besvär för de boende har Europadomstolen dessutom funnit att detta utgör omänsklig behandling.

¹³⁷ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, "General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11(1))" (FN-dokument E/1992/23 av den 13 december 1991).

¹³⁸ FRA, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality – Summary Report* (Wien, FRA, mars 2010).

¹³⁹ Belgien: Correctionele Rechtbank van Antwerpens beslut av den 7 december 2004. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 15-1, originaltexten finns på: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

Exempel: I målet *Moldovan m.fl. mot Rumänien* (nr 2) hade klagandena jagats bort från sina hem, som sedan revs under mycket traumatiska omständigheter.¹⁴⁰ Det tog ovanligt lång tid att bygga upp husen igen och den förläggning de erbjöds under tiden var av ovanligt dålig kvalitet. Europadomstolen fann att:

”... klagandenas bostadsförhållanden de senaste tio åren, framför allt den kraftigt överbefolkade och smutsiga miljön och dess negativa inverkan på klagandenas hälsa och välbefinnande, i kombination med den långa tid som klagandena har tvingats bo under sådana förhållanden och myndigheternas allmänna attityd, måste ha förorsakat dem betydande psykiskt lidande och på så sätt minskat deras mänskliga värdighet och skapat en känsla av förödmjukelse och förnedring”.

Sammantaget med andra faktorer fick detta Europadomstolen att konstatera att det rörde sig om förnedrande behandling som stred mot artikel 3 i Europakonventionen. De formuleringar som används i utdraget ovan tyder emellertid på att förhållandena i sig skulle ha räckt för att komma fram till denna slutsats.¹⁴¹

Exempel: I målet *Đokić mot Bosnien och Hercegovina* hävdade klaganden att hans rätt till egendom hade kränkts.¹⁴² Innan upplösningen av f.d. Jugoslavien var klaganden föreläsare vid en militärhögskola och medlem av landets väpnade styrkor. Han köpte en lägenhet i Sarajevo. När kriget i Bosnien och Hercegovina bröt ut och hans militärhögskola flyttades till nuvarande Serbien följde klaganden emellertid efter och anslöt sig till nuvarande Serbiens väpnade styrkor. När konflikten var över avsåg myndigheterna hans begäran om att återlämna hans egendom eftersom han hade tjänstgjort i en främmande makts väpnade styrkor. På nationell nivå ansågs detta motiverat eftersom beslutet grundades på att klaganden var en ”illojal” medborgare, eftersom han hade tjänstgjort i en främmande makts väpnade styrkor som hade deltagit i militäroperationer i Bosnien och Hercegovina. Även om Europadomstolen inte uttryckligen återropade artikel 14 i Europakonventionen när den prövade målet konstaterade domstolen att detta beslut enbart hade fattats på grund av klagandens etniska ursprung (eftersom tjänstgöring i ett visst lands väpnade

¹⁴⁰ Europadomstolens dom av den 12 juli 2005 i målet *Moldovan m.fl. mot Rumänien* (nr 2) (klagomål nr 41138/98 och 64320/01).

¹⁴¹ Europadomstolens rättspraxis tyder på att under vissa omständigheter kan diskriminering vara liktydigt med förnedrande behandling. Se exempelvis Europadomstolens dom av den 27 september 1999 i målet *Smith och Grady mot Förenade kungariket* (klagomål nr 33985/96 och 33986/96).

¹⁴² Europadomstolens dom av den 27 maj 2010 i målet *Đokić mot Bosnien och Hercegovina* (klagomål nr 6518/04).

styrkor var ett tecken på en persons etniska ursprung), framför allt eftersom det inte gick att styrka att klaganden i praktiken hade begått någon annan "illojal" handling än att formellt tillhöra en främmande makts väpnade styrkor. I avsaknad av återlämning innebar bristen på ersättning eller alternativ bostad en oproportionerligt stor kränkning av hans rätt till egendom.

3.4.4. Tillgång till rättslig prövning

Tillgång till rättslig prövning nämns inte uttryckligen i likabehandlingsdirektiven som exempel på varor och tjänster. Man kan ändå tänka sig att rättslig prövning omfattas av direktiven i den utsträckning domstolssystemet är en tjänst som staten tillhandahåller allmänheten för att denna ska få gottgörelse. Om inte annat åläggs medlemsstaterna i likabehandlingsdirektiven att införa rättsliga och/eller administrativa förfaranden som medger att enskilda personer kan hävda sina rättigheter enligt direktiven.¹⁴³ Dessutom är det sedan länge en väl etablerad princip i EU-lagstiftningen att enskilda personer ska ha "rätt till effektivt rättsligt skydd" när det gäller de rättigheter som kan härledas ur EU-lagstiftningen.¹⁴⁴ Även om man inte kan hävda att "varor och tjänster" innefattar "tillgång till rättslig prövning" kan man utan tvekan hävda att tillgång till rättslig prövning existerar som en fristående rättighet (utan att man måste bevisa att det har förekommit diskriminering) vid genomförandet av själva direktiven.

3.4.4.1. Europakonventionen och tillgång till rättslig prövning

Rätten till rättslig prövning garanteras som fristående rättighet i Europakonventionen i form av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6. Europadomstolen har prövat en rad mål som har rört diskriminering i samband med tillgången till rättslig prövning.

Exempel: I målet *Paraskeva Todorova mot Bulgarien* fann Europadomstolen att de nationella domstolarnas vägran att döma klaganden till ett villkorligt straff, tillsammans med kommentarer om att det var nödvändigt att ta itu

¹⁴³ Artikel 9.1 i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 17.1 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning); artikel 8.1 i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och artikel 7.1 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung.

¹⁴⁴ Se exempelvis EG-domstolens dom av den 12 juni 2010 i mål C-364/07, *Vassilakis m.fl. mot Dimos Kerkyras*, REG 2008, s. I-90; EG-domstolens dom av den 23 april 2009 i mål C-62/06, *Sahlstedt m.fl. mot kommissionen*, REG 2009, s. I-2903; EG-domstolens dom av den 23 april 2009 i mål C-378/07, *Angelidaki m.fl. mot Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, REG 2009, s. I-3071.

med den straffrihetskultur som rådde bland etniska minoriteter, innebar en kränkning av artikel 6 i förening med artikel 14.¹⁴⁵

Exempel: I målet *Moldovan m.fl. mot Rumänien (nr 2)*, som diskuterades ovan, fann Europadomstolen att oproportionerligt långa förseningar i olika brotts- och civilmål (det tog sju år att komma fram till en första dom) innebar en kränkning av artikel 6.¹⁴⁶ Förseningarna befanns bero på att det hade begåtts ovanligt många processuella fel. Tillsammans med den rådande diskriminerande attityden gentemot romer fann domstolen att detta innebar en kränkning av artikel 6 i förening artikel 14.

Exempel: I målet *Anakomba Yula mot Belgien* fann Europadomstolen att en nationell lag, som gjorde det omöjligt för klaganden att få rättshjälp i ett faderskapsmål på grund av att hon inte var belgisk medborgare, utgjorde en kränkning av artikel 6 i förening med artikel 14.¹⁴⁷ Detta innebär inte att utlänningar har en undantagslös rätt till offentliga medel. I de aktuella omständigheterna påverkades Europadomstolen av flera faktorer, inklusive att klaganden utestängdes från möjligheten till rättshjälp på grund av att hon saknade ett giltigt uppehållstillstånd, även om hon vid den aktuella tidpunkten var i färd med att förlänga sitt uppehållstillstånd. Europadomstolen motiverade även sin dom med att faderskapsmål omfattades av en preskriptionstid på ett år, vilket innebar att det inte var rimligt att förvänta sig att klaganden skulle vänta med att ansöka om rättshjälp tills efter hon hade förlängt sitt uppehållstillstånd.

3.5. Tillämpning av konventionen på områden som inte omfattas av EU-lagstiftningen

Utöver de mål som diskuteras ovan, där skyddet enligt Europakonventionen sammanfaller med skyddet enligt likabehandlingsdirektiven, finns det flera områden där Europakonventionen ger ett mer omfattande skydd.

¹⁴⁵ Europadomstolens dom av den 25 mars 2010 i målet *Paraskeva Todorova mot Bulgarien* (klagomål nr 37193/07).

¹⁴⁶ Europadomstolens dom av den 12 juli 2005 i målet *Moldovan m.fl. mot Rumänien (nr 2)* (klagomål nr 41138/98 och 64320/01).

¹⁴⁷ Europadomstolens dom av den 10 mars 2009 i målet *Anakomba Yula mot Belgien* (klagomål nr 45413/07), som diskuterades i kapitel 4.7.

3.5.1. Den "personliga" sfären: privat- och familjeliv, adoption, hem och äktenskap¹⁴⁸

Ett särskilt intressant område är privat- och familjelivet, där medlemsstaterna inte har gett EU några större befogenheter att lagstifta. De mål som väckts vid Europadomstolen i sådana frågor har innefattat prövning av särbehandling i förhållande till arvsregler, skilda föräldrars rätt att träffa sina barn och faderskapsfrågor.

De mål som diskuteras i följande avsnitt och i kapitel 4, dvs. målen *Mazurek mot Frankrike*,¹⁴⁹ *Sommerfeld mot Tyskland*¹⁵⁰ och *Rasmussen mot Danmark*¹⁵¹ rör prövning av särbehandling i samband med arvsregler, skilda föräldrars rätt till umgänge med sina barn och faderskapsfrågor. Artikel 8 omfattar även frågor som rör adoption. Målet *E.B. mot Frankrike*, som diskuterades ovan, visar att även adoption kan omfattas av Europakonventionen, även om rätten att adoptera inte ingår som en specifik rättighet i Europakonventionen. Med hänvisning till tidigare rättspraxis anger Europadomstolen dessutom den allmänna räckvidden för artikel 8:

"... begreppet 'privatliv' i artikel 8 i konventionen är ett brett begrepp som bland annat omfattar rätten att ingå och utveckla relationer med andra människor ... rätten till 'personlig utveckling' ... eller rätten till självbestämmande. Det omfattar element som namn ... könsidentitet, sexuell läggning och sexualliv, som faller inom den personliga sfär som skyddas enligt artikel 8 ... och rätten att respektera såväl ett beslut att skaffa barn som ett beslut att inte skaffa barn".¹⁵²

Artikel 8 har således mycket stor räckvidd. Europakonventionen har även konsekvenser för andra områden, t.ex. äktenskap, som ges särskilt skydd i artikel 12.

148 En redogörelse för räckvidden för artikel 8 i Europakonventionen finns på Europarådets webbplats för fortbildning av rättsföreläsare i mänskliga rättigheter: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, *Human Rights Handbooks*, nr 1, 2001, tillgänglig via: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636.

149 Europadomstolens dom av den 1 februari 2000 i målet *Mazurek mot Frankrike* (klagomål nr 34406/97).

150 Europadomstolens dom av den 8 juli 2003 i målet *Sommerfeld mot Tyskland* (stor avdelning) (klagomål nr 31871/96).

151 Europadomstolens dom av den 28 november 1984 i målet *Rasmussen mot Danmark* (klagomål nr 8777/79).

152 Europadomstolens dom av den 22 januari 2008 i målet *E.B. mot Frankrike* (stor avdelning) (klagomål nr 43546/02), punkt 43.

Exempel: I målet *Muñoz Díaz mot Spanien* hade klaganden ingått äktenskap med sin make i enlighet med romsk sed. Äktenskapet uppfyllde emellertid inte kraven i nationell lagstiftning och paret var därför rent formellt inte gifta.¹⁵³ Myndigheterna hade trots det behandlat klaganden som gift när de hade utfärdat identitetshandlingar, betalat ut förmåner och registrerat uppgifter i deras "familjebok". När klagandens make avled ansökte hon om efterlevandepension från staten. Ansökan avslogs eftersom hennes äktenskap inte var giltigt enligt nationell lagstiftning. Europadomstolen fann att eftersom staten hade behandlat klaganden som om hennes äktenskap hade varit giltigt kunde hennes situation jämföras med andra makars som var i god tro (makar som av tekniska skäl inte var formellt gifta men som själva trodde att de var det), som skulle ha haft rätt till efterlevandepension. Även om Europadomstolen fann att statens vägran att erkänna klagandens äktenskap som giltigt inte innebar diskriminering (artikel 12 i förening med artikel 14), innebar statens vägran att behandla klaganden på samma sätt som andra makar i god tro och bevilja pensionen, diskriminering (artikel 1 i protokoll 1 i förening med artikel 14).

Även om skyddet av den mänskliga värdigheten vanligtvis ger Europadomstolen ett mindre utrymme för skönsmässig bedömning måste detta således vägas mot kravet på att skydda personer i en utsatt situation vars rättigheter annars riskerar att åsidosättas.

Exempel: Målet *Sommerfeld mot Tyskland* rörde den tyska lagstiftningen om en fars rätt till umgänge med sitt barn.¹⁵⁴ Om ett par inte var gifta hade modern enligt den nationella lagstiftningen rätt att neka fadern umgängesrätt. I så fall var fadern tvungen att begära att en domstol skulle fatta ett beslut till hans fördel. Regeringen hävdade att lagstiftningen inte var diskriminerande eftersom fadern efter en separation i regel inte visade särskilt stort intresse för sina barn. Europadomstolen fann att statens utrymme för skönsmässig bedömning var extra litet när det gällde föräldrars rätt till umgänge med sina barn. Dessutom konstaterade domstolen att det krävdes mycket starka skäl för att kunna anse

¹⁵³ Europadomstolens dom av den 8 december 2009 i målet *Muñoz Díaz mot Spanien* (klagomål nr 49151/07).

¹⁵⁴ Europadomstolens dom av den 8 juli 2003 i målet *Sommerfeld mot Tyskland* (stor avdelning) (klagomål nr 31871/96), punkt 93. För ett mycket liknande resonemang se Europadomstolens dom av den 8 juli 2003 i målet *Sahin mot Tyskland* (stor avdelning) (klagomål nr 30943/96). Se även Europadomstolens dom av den 1 februari 2000 i målet *Mazurek mot Frankrike* (klagomål nr 34406/97), som också handlar om särbehandling av utomäktenskapliga barn och som diskuteras närmare i kapitel 4 (diskrimineringsgrund).

att särbehandling som grundades på att ett barn fötts utom äktenskapet var förenligt med Europakonventionen [...] Samma sak gäller särbehandling av fadern till ett barn där föräldrarna lever tillsammans utan att vara gifta, jämfört med fadern till ett barn som fötts inom äktenskapet. Domstolen fann att regeringens förklaring inte kunde rättfärdiga en sådan särbehandling.

I ovanstående mål ansåg Europadomstolen att faderns intressen sammanföll med barnets intressen – dvs. det låg i barnets intresse att ha kontakt med sin far. Om det emellertid finns risk för att barnets intressen står i strid med faderns intressen ger domstolen staten ett större utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att avgöra hur barnets intressen ska skyddas på bästa sätt.

Exempel: I målet *Rasmussen mot Danmark* klagade en far på en preskriptionsbestämmelse som innebar att han inte kunde bestrida faderskap.¹⁵⁵ Europadomstolen fann att detta utgjorde särbehandling på grund av kön, men att särbehandlingen var befogad. Det legitima mål som eftersträvades var att ge barnet trygghet och en säker ställning, genom att hindra fäder från att längre fram kunna bestrida faderskap. Eftersom det fanns stora skillnader mellan konventionsmedlemmarnas lagstiftning på detta område gav Europadomstolen staten ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och fann att särbehandlingen kunde motiveras.¹⁵⁶

3.5.2. Politiskt deltagande: yttrandefrihet, mötes- och föreningsfrihet och fria val

Ett av Europarådets främsta mål är att främja demokrati. Det speglas i många av de rättigheter i Europakonventionen som underlättar främjandet av politiskt deltagande. Medan EU-lagstiftningen ger medborgarna en begränsad mängd rättigheter på detta område (framför allt rätten för EU-medborgare att rösta i kommunala val och i valet till Europaparlamentet), innehåller Europakonventionen mer omfattande garantier. I konventionen garanteras inte bara rösträtt och rätten att vara valbar, utan även kompletterande rättigheter som yttrandefrihet, mötesfrihet och föreningsfrihet.

¹⁵⁵ Europadomstolens dom av den 28 november 1984 i målet *Rasmussen mot Danmark* (klagomål nr 8777/79).

¹⁵⁶ Europadomstolens dom av den 28 november 1984 i målet *Rasmussen mot Danmark* (klagomål nr 8777/79), punkterna 40-42.

Exempel: I målet *Bączkowski m.fl. mot Polen*, som diskuterades ovan, utgjorde myndigheternas beslut att inte ge tillstånd för en marsch för att öka medvetenheten om diskriminering på grund av sexuell läggning, tillsammans med borgmästarens offentliga homofobiska uttalanden, en kränkning av rätten till mötesfrihet (artikel 11 i förening med artikel 14).¹⁵⁷

Rätten till föreningsfrihet har även bedömts innefatta rätten att bilda politiska partier, som Europadomstolen har gett omfattande skydd.¹⁵⁸ Som konstateras i kapitel 4.11 granskas varje inskränkning av yttrandefriheten inom ramen för den politiska debatten mycket noga.¹⁵⁹

3.5.3. Brottsbekämpning

Utöver att garantera rätten till liv (artikel 2) och frihet från tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (artikel 3) ålägger dessa artiklar även staten att utreda omständigheterna kring ett dödsfall eller en sådan behandling. I målen *Nachova m.fl.* och *Turan Cakir* konstaterade Europadomstolen att detta innebär en särskild skyldighet att utreda om det eventuellt finns rasistiska motiv bakom kränkningar av artiklarna 2 och 3, och att underlåtenhet att göra en sådan utredning innebär en kränkning av dessa artiklar i förening med artikel 14.¹⁶⁰

Exempel: I målet *Turan Cakir mot Belgien* hävdade klaganden att han när han greps utsattes för polisbrutalitet (vilket orsakade allvarliga och långvariga skador) samt hot och rasistiska tillmälen.¹⁶¹ Europadomstolen fann att det våld som klaganden hade utsatts för kränkte dennes rätt att inte utsättas för omänsklig och förnedrande behandling (enligt artikel 3 i Europakonventionen). Domstolen fann även att statens underlåtenhet att göra en ordentlig utredning av klagandens klagomål om misshandel innebar ett åsidosättande av statens förfarandemässiga skyldigheter enligt samma artikel. Dessutom fann domstolen

¹⁵⁷ Europadomstolens dom av den 3 maj 2007 i målet *Bączkowski m.fl. mot Polen* (klagomål nr 1543/06).

¹⁵⁸ T.ex. Europadomstolens dom av den 25 maj 1998 i målet *Socialistpartiet m.fl. mot Turkiet* (klagomål nr 21237/93).

¹⁵⁹ Europadomstolens dom av den 23 april 1992 i målet *Castells mot Spanien* (klagomål nr 11798/85).

¹⁶⁰ Europadomstolens dom av den 6 juli 2005 i målet *Nachova m.fl. mot Bulgarien* (stor avdelning) (klagomål nr 43577/98 och 43579/98); Europadomstolens dom av den 31 maj 2007 i målet *Turan Cakir mot Belgien* (klagomål nr 44256/06). Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 31 maj 2007 i målet *Šečić mot Kroatien* (klagomål nr 40116/02).

¹⁶¹ Europadomstolens dom av den 10 mars 2009 i målet *Turan Cakir mot Belgien* (klagomål nr 44256/06).

att underlåtenheten att utreda klagomålet även innebar en kränkning av artikel 3 i förening med rätten att inte utsättas för diskriminering, eftersom staten inte bara var skyldig att utreda anklagelser om misshandel, utan även anklagelser om att misshandeln i sig var diskriminerande och grundades på rasistiska motiv.

Exempel: Målet *Nachova m.fl. mot Bulgarien* rörde två romska män som sköts till döds när de flydde från militärpolis som försökte gripa dem för olovlig frånvaro.¹⁶² Vid gripandet skrek den officer som dödade offren "Ni jäkla zigenare" till en granne. Europadomstolen fann att staten hade kränkt offrens rätt till liv (enligt artikel 2 i Europakonventionen), inte bara i sak utan även förfarandemässigt eftersom de inte hade utrett dödsfallen ordentligt. Domstolen fann att underlåtenheten att utreda dödsfallen innebar en kränkning av artikel 2 i förening med rätten att inte utsättas för diskriminering eftersom staten var skyldig att specifikt utreda eventuella diskriminerande motiv.

Även om båda dessa mål rörde handlingar som utfördes av personer i statens tjänst omfattar statens skyldighet att gripa in för att skydda brottsoffer och statens skyldighet att utreda brotten även handlingar som utförs av privatpersoner.

Exempel: I målet *medlemmar av Jehovas vittnes församling i Gldani m.fl. mot Georgien* angreps en grupp Jehovas vittnen av en ultraortodox grupp.¹⁶³ Trots att polisen larmades ingrep den inte för att förhindra våldet. Den påföljande utredningen lades ned efter att polisen hade slagit fast att det inte gick att fastställa förövarnas identitet. Europadomstolen fann att polisens underlåtenhet att gripa in för att skydda offren från rasistiskt motiverat våld och den därpå följande avsaknaden av en ordentlig utredning innebar en kränkning av artikel 3 (rätten att slippa omänsklig och förnedrande behandling eller bestraffning) och artikel 9 (religionsfrihet) i förening med artikel 14, eftersom de baserades på religiösa motiv.

Det kan synas som om EU-lagstiftningen innehåller liknande skyldigheter inom ramen för rådets ramdirektiv om bekämpande av vissa former av och uttryck för

¹⁶² Europadomstolens dom av den 6 juli 2005 i målet *Nachova m.fl. mot Bulgarien* (stor avdelning) (klagomål nr 43577/98 och 43579/98).

¹⁶³ Europadomstolens dom av den 3 maj 2007 i målet *medlemmar av Jehovas vittnes församling i Gldani m.fl. mot Georgien* (klagomål nr 71156/01).

rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen (diskuteras i kapitel 4.6).¹⁶⁴ I ramdirektivet finns emellertid inte någon specifik skyldighet att utreda om ett brott som har begåtts mot en viss person har rasistiska motiv.

3.5.4. Straffrättsliga frågor

Utöver de frågor som rör brottsbekämpning som tas upp i kapitel 3.5.3 tar Europakonventionen upp straffrättslagstiftningen i samband med en rad olika rättigheter, till exempel rätten till en rättvis rättegång, rätten att slippa godtyckligt frihetsberövande, förbudet mot retroaktiv bestraffning och mot att straffas för samma brott två gånger, rätten till liv och förbudet mot omänsklig och förnedrande behandling eller bestraffning.

Exempel: I målet *Opuz mot Turkiet* konstaterade Europadomstolen att det hade förelegat indirekt diskriminering på grund av kön, i samband med en kränkning av rätten till liv och rätten att inte utsättas för omänsklig och förnedrande behandling, eftersom polisen och rättsväsendet inte tillräckligt kraftfullt hade tillämpat lagstiftningen om våld i hemmet.¹⁶⁵

Exempel: I målen *D.G. mot Irland* och *Bouamar mot Belgien* (som diskuteras i kapitel 4.5), hade de nationella myndigheterna placerat klagandena i häkte.¹⁶⁶ Europadomstolen konstaterade att även om rätten till frihet hade kränkts var det inte fråga om diskriminering eftersom särbehandlingen hade motiverats av att det fanns ett intresse av att skydda minderåriga.

164 Rådets ramdirektiv 2008/913/RIF av den 28 november 2008 om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen (EUT L 328, 6 december 2008, s. 55). Det bör noteras att Europadomstolen har konstaterat att den rätt till yttrandefrihet som ges i Europakonventionen kan inskränkas vid en föreskrift att diskriminera eller en uppmaning till hat mot en grupp av personer på grund av deras ursprung eller tillhörighet respektive brist på tillhörighet till en viss etnisk grupp, nation, ras eller religion. Se, exempelvis, Europadomstolens beslut av den 20 april 2010 i målet *Le Pen mot Frankrike* (klagomål nr 18788/09), Europadomstolens dom av den 16 juli 2009 i målet *Féret mot Belgien* (klagomål nr 15615/07), Europadomstolens dom av den 16 juli 2009 i målet *Willem mot Frankrike* (klagomål nr 10883/05) och Europadomstolens dom av den 4 november 2008 i målet *Balsytė-Lideikienė mot Litauen* (klagomål nr 72596/01).

165 Europadomstolens dom av den 9 juni 2009 i målet *Opuz mot Turkiet* (klagomål nr 33401/02).

166 Europadomstolens dom av den 16 maj 2002 i målet *D.G. mot Irland* (klagomål nr 39474/98) och Europadomstolens dom av den 29 februari 1988 i målet *Bouamar mot Belgien* (klagomål nr 9106/80).

Huvudpunkter

- Tredjelandsmedborgare har också rätt till likabehandling på i stort sett samma områden som de som omfattas av EU:s likabehandlingsdirektiv om de betraktas som "varaktigt bosatta" enligt direktivet om tredjelandsmedborgares rättigheter.
- Om tredjelandsmedborgare inte betraktas som "varaktigt bosatta" har de ett begränsat skydd enligt likabehandlingsdirektiven:
 - Rätten till tillgång till yrkesutbildning och arbetsvillkor får inte kränkas på grund av sexuell läggning, ålder, funktionshinder eller religion eller övertygelse. De har emellertid inte lika rätt till anställning.
 - Enligt direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och jämställdhetsdirektivet (omarbetning) skyddas tredjelandsmedborgare mot könsdiskriminering vid anställning och när det gäller tillgång till varor och tjänster.
- Skyddet mot diskriminering enligt EU:s likabehandlingsdirektiv har olika stor räckvidd:
 - Ras och etniskt ursprung har störst skydd och omfattar tillgång till anställning, välfärdssystemet och varor och tjänster.
 - Könsdiskriminering är förbjudet i samband med tillgång till anställning, social trygghet (som är mer begränsat än det mer omfattande välfärdssystemet) och varor och tjänster.
 - Sexuell läggning, funktionshinder, religion eller övertygelse och ålder skyddas för närvarande endast i samband med tillgång till anställning.
- Europakonventionen innehåller en icke uttömmande förteckning över diskrimineringsgrunder. Vem som helst kan åberopa Europakonventionen vid inhemska myndigheter och domstolar och slutligen vid Europadomstolen.
- Vid ett klagomål som innehåller anklagelser om diskriminering kan Europadomstolen välja att pröva klagomålet enbart utifrån den materiella rättighet som påstås ha kränkts eller i förening med artikel 14.
- Det går inte att inge ett klagomål enbart med stöd av artikel 14. Det måste kombineras med ett klagomål som grundas på en av de materiella rättigheter som anges i Europakonventionen. Det räcker om ärendet allmänt berör det område som omfattas av rättigheten i fråga.
- Protokoll 12 till Europakonventionen ger en fristående rätt att slippa diskriminering. Protokollet avser alla rättigheter som införts i eller som kan härledas ur nationell lagstiftning eller praxis och begreppet "diskriminering" ges samma tolkning som i artikel 14.
- EG-domstolens strategi har varit att skapa extremt vida tillämpningsområden så att enskilda personers rättigheter enligt EU-lagstiftningen får full verkan.

- Europakonventionens räckvidd, både när det gäller de materiella rättigheter som konventionen innehåller och det sätt som dessa tolkas på vid tillämpningen av artikel 14, är mer omfattande än EU:s likabehandlingsdirektiv.
- Särskilt viktiga områden som ligger utanför likabehandlingsdirektivets räckvidd och i stor utsträckning utanför EU:s behörighet (och som därför inte omfattas av stadgan för de grundläggande rättigheterna) inbegriper frågor som rör privat- och familjelivet, rättigheter kopplade till politiskt deltagande samt straffrättsliga frågor.
- När personer som har utsatts för diskriminering förbereder vilken strategi de ska välja vid en framtida rättegång är det därför extra viktigt att de noga överväger om deras talan faller inom likabehandlingsdirektivets eller Europakonventionens räckvidd.

Mer läsning

Bell, "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive", 8:3 *European Law Journal* (2002), s. 384.

Boccardo, "Housing Rights and Racial Discrimination", i European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling], 9 *European Anti-Discrimination Law Review* (december 2009), s. 21.

Brosius-Gersdorf, "Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Şerife Yiğit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Cousins, "The European Convention on Human Rights and Social Security Law", 10:1 *Human Rights Law Review* (2010), s. 191.

Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, nr 22, 2010.

Equinet, *Combating Discrimination in Goods and Services* (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), bilaga 5.c.

Kapuy, "Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable", 9.3 *European Journal of Social Security* (2007), s. 221.

Sánchez-Rodas Navarro, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano", 18 *Aranzadi Social* (2009).

Sudre (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* (Bryssel, Bruylant/Nemesis, 2008).

4

Diskrimineringsgrunder

4.1. Inledning

I EU:s likabehandlingsdirektiv förbjuds olika typer av särbehandling som baseras på vissa "diskrimineringsgrunder". Det rör sig om en fast och begränsad mängd diskrimineringsgrunder som omfattar kön (direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster och jämställdhetsdirektivet (omarbetning)), sexuell läggning, funktionshinder, ålder eller religion eller övertygelse (direktivet om likabehandling i arbetslivet), ras eller etniskt ursprung (direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung). Europakonventionen innehåller däremot en icke-uttömmande förteckning över diskrimineringsgrunder. Vissa av grunderna sammanfaller med de grunder som anges i direktiven men förteckningen är mer omfattande. I artikel 14 anges att ingen får diskrimineras "på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt." Kategorin "ställning i övrigt" har gjort det möjligt för Europadomstolen att (bland annat) inkludera de grunder som ges specifikt skydd i likabehandlingsdirektiven, dvs. funktionshinder, ålder och sexuell läggning.

I kapitel 1 noterades att artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna också innehåller ett förbud mot diskriminering. Stadgan är bindande för EU:s institutioner men gäller även för medlemsstaterna när de tolkar och

En "diskrimineringsgrund" är en egenskap hos en person, som inte bör anses relevant för en viss behandling eller åtnjutande av en viss förmån.

tillämpar EU-lagstiftningen. Stadgans bestämmelse om förbud mot diskriminering innehåller en kombination av diskrimineringsgrunderna i Europakonventionen och likabehandlingsdirektiven, även om det inte finns någon icke-uttömmande grund som "ställning i övrigt".

4.2. Kön

Könsdiskriminering är relativt självförklarande. Det avser diskriminering som baseras på att en person är antingen kvinna eller man. Detta är den mest utvecklade aspekten av EU:s socialpolitik och har länge ansetts som en grundläggande rättighet. Utvecklandet av denna diskrimineringsgrund hade två syften. För det första hade det ett ekonomiskt syfte, eftersom det bidrog till att avskaffa snedvriden konkurrens på en marknad som hade blivit alltmer integrerad. För det andra gav det gemenskapen en politisk drivkraft mot sociala framsteg och förbättrade levnads- och arbetsvillkor. Skydd mot diskriminering på grund av kön har därför varit, och fortsätter att vara, en av EU:s viktigaste uppgifter. Den sociala och ekonomiska vikt som EU lägger vid säkerställandet av likabehandling framgick ännu tydligare genom den centrala ställning som denna fråga fick i stadgan om de grundläggande rättigheterna. Även Europakonventionen har ett väl utbyggt skydd mot diskriminering på grund av kön.

Även om könsdiskrimineringsmål vanligtvis rör kvinnor som har getts mindre förmånlig behandling än män är detta inte alltid fallet.

Exempel: I målet *Defrenne mot Sabena* klagade sökanden på att hon hade lägre lön än sina manliga kolleger, trots att hon utförde identiska arbetsuppgifter.¹⁶⁷ EG-domstolen konstaterade att detta var ett klart fall av könsdiskriminering. I sitt resonemang för att komma fram till detta beslut lyfte EG-domstolen fram både unionens ekonomiska och sociala dimension och att likabehandling hjälper EU att nå dessa mål.

I målet *Bilka*, som diskuterades ovan, prövade EG-domstolen särbehandling som byggde på en arbetsgivares affärsmässiga överväganden. Beslutet att inte ge deltidsanställda tillgång till ett tjänstepensionssystem motiverades med att detta skulle ge personer ett incitament till att vilja arbeta heltid och på så sätt skulle man

¹⁶⁷ EG-domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, *Defrenne mot Sabena*, REG 1976, s. 455.

garantera att det alltid fanns tillräckligt med personal. I detta mål förklarade EG-domstolen inte uttryckligen huruvida den ansåg att en sådan åtgärd stod i proportion till särbehandlingen. Den uttryckte sig emellertid tydligare i följande mål.

Exempel: I målet *Hill och Stapleton* införde regeringen ett arbetsdelningssystem inom den offentliga förvaltningen som innebar att två personer kunde dela på en tjänst och arbeta 50 procent och få 50 procent av den reguljära lönen.¹⁶⁸ Arbetstagarna hade rätt att återgå till sina tjänster på heltid om dessa tjänster blev tillgängliga. Reglerna tillät en löneklassuppflyttning per år för heltidsanställda. För personer med delad tjänst halverades uppflyttningen genom att två år i delad tjänst gav rätt till en uppflyttning i löneklass. De två sökande i detta mål återgick till sina heltidstjänster och klagade på hur uppflyttningen i löneklass hade tillämpats på dem. EG-domstolen fann att det var fråga om indirekt diskriminering på grund av kön eftersom det till övervägande del var kvinnor som deltog i arbetsdelningssystemet. Regeringen hävdade att särbehandlingen kunde motiveras eftersom den byggde på faktiskt fullgjord tjänstetid. EG-domstolen fann att detta bara var ett antagande som inte stöddes av objektiva kriterier (genom att det saknades bevis för att andra personers tjänstetid beräknades utifrån faktiskt fullgjorda arbetstimmar). EG-domstolen konstaterade vidare att "en arbetsgivare inte kan motivera en diskriminering som följer av ett arbetsdelningssystem med det enda skälet att undanröjandet av en sådan diskriminering skulle leda till kostnadsökningar."

Det verkar således som att EG-domstolen inte gärna godtar diskriminering på grund av kön som bara motiveras av en arbetsgivares ekonomiska eller affärsmässiga överväganden.

Exempel: I målet *Ünal Tekeli mot Turkiet* var klaganden missnöjd med att hon enligt nationell lagstiftning var tvungen att bära sin mans efternamn efter att hon hade gift sig.¹⁶⁹ Även om lagen tillät en kvinna att utöver makens efternamn även behålla sitt flicknamn fann Europadomstolen att detta innebar diskriminering på grund av kön eftersom den nationella lagstiftningen inte tvingade en man att byta efternamn.

¹⁶⁸ EG-domstolens dom av den 17 juni 1998 i mål C-243/95, *Hill och Stapleton mot The Revenue Commissioners och Department of Finance*, REG 1998, s. I-3739.

¹⁶⁹ Europadomstolens dom av den 16 november 2004 i målet *Ünal Tekeli mot Turkiet* (klagomål nr 29865/96).

Exempel: I målet *Zarb Adami mot Malta* hävdade klaganden att kallandet till jurytjänstgöring innebar diskriminering, eftersom det sätt som jurylistorna var utformade på gjorde att det var sannolikare att en man kallades till sådan tjänstgöring.¹⁷⁰ Statistik visade att under en femårsperiod hade över 95 procent av alla jurymedlemmar varit män. Eftersom män och kvinnor befann sig i en jämförbar situation när det gäller medborgerliga plikter fann Europadomstolen därför att detta innebar diskriminering.

Begreppet "kön" har även getts en tolkning som innefattar situationer där den diskriminerande behandlingen på ett mer abstrakt sätt är kopplat till sökandens "kön", vilket medger ett visst begränsat skydd för könsidentitet.

Könsidentitet avser "den inre och individuella uppfattningen som en person har om sitt kön, som inte alltid överensstämmer med det kön man tillskrivits vid födseln, inklusive den personliga uppfattningen om kroppen (som kan omfatta en förändring av kroppens utseende eller funktion med hjälp av medicinska, kirurgiska eller andra medel, om detta är ett frivilligt val) och andra könsrelaterade uttrycksätt som t.ex. klädsel, språk och manér".¹⁷¹

Denna vidare definition av könsidentitet omfattar således inte bara dem genomgår en könsoperation (transsexuella) utan även dem som väljer andra medel för att uttrycka sitt kön, t.ex. transvestism eller s.k. crossdressing (när en person är utklädd/sminkad till motsatt kön oavsett ändamål), eller helt enkelt lägger sig till med ett tal eller kosmetika som normalt kopplas till medlemmar av motsatt kön.

Efter målet *P. mot S. och Cornwall County Council* omfattar diskrimineringsgrunden kön i likabehandlingsdirektiven även diskriminering mot en person på grund av att han eller hon "har för avsikt att genomgå eller har genomgått en könsoperation". Diskrimineringsgrunden kön, så som den ser ut i EU-lagstiftningen, verkar därför i nuläget endast skydda könsidentitet i inskränkt bemärkelse.

Exempel: Målet *K.B. mot National Health Service Pensions Agency* rörde ett beslut om att inte bevilja KB:s transsexuella partner änkepension.¹⁷² Beslutet att

170 Europadomstolens dom av den 20 juni 2006 i målet *Zarb Adami mot Malta* (klagomål nr 17209/02).

171 Denna etablerade definition kommer från "Yogyakartapinciperna om tillämpning av internationell människorätt i samband med sexuell läggning och könsidentitet", mars 2007. De är tillgängliga via: www.yogyakartapinciples.org/principles_en.htm. Principerna antogs av en oberoende grupp experter i internationell människorätt.

172 EG-domstolens dom av den 7 januari 2004 i mål C-117/01, *K.B. mot National Health Service Pensions Agency*, REG 2004, s. I-541.

inte bevilja pensionen grundades på att transsexuella par inte kunde uppfylla kravet på att vara gifta. Enligt den då gällande engelska lagstiftningen kunde transsexuella par inte gifta sig.

Vid sin prövning av om det hade förelegat diskriminering fann EG-domstolen att det inte förelåg diskriminering på grund av kön, eftersom det vid fastställandet av vem som hade rätt till efterlevandepension inte förelåg någon ogynnsam behandling grundat på egenskapen man eller kvinna. EG-domstolen ändrade sedan inriktning på prövningen och övergick till att koncentrera sig på frågan om äktenskap. Man lyfte fram att transsexuella aldrig kunde gifta sig, och till skillnad från heterosexuella därmed aldrig kunde få rätt till efterlevandepension. Man hänvisade vidare till Europadomstolens dom i målet *Christine Goodwin*.¹⁷³ Mot denna bakgrund konstaterade EG-domstolen att den brittiska lagstiftningen här var oförenlig med likabehandlingsprincipen eftersom den hindrade transsexuella från att ta del av en del av sin partners lön.

Exempel: Liknande överväganden förekom i målet *Richards*.¹⁷⁴ Richards föddes som man men genomgick en könsoperation och bytte kön till kvinna. Målet rörde rätten till brittisk statlig pension eftersom kvinnor vid tidpunkten för målet fick sin statliga pension från och med 60 års ålder, medan män fick sin statliga pension först från och med 65 år. När Richards ansökte om statlig pension vid 60 års ålder beviljades inte hennes ansökan, med motiveringen att hon rent juridiskt betraktades som en man och därför inte kunde ansöka om statlig pension förrän hon fyllde 65 år. EG-domstolen konstaterade att detta innebar diskriminering på grund av hennes könsoperation, och att detta därför betraktades som diskriminering som stred mot artikel 4.1 i direktivet om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet.¹⁷⁵

Europadomstolen har ännu inte fastställt om könsidentitet omfattas av diskrimineringsgrunderna i artikel 14, och har ännu inte angett om detta i så fall endast omfattar transsexuella personer eller om den ger könsidentitet en vidare tolkning.

173 Europadomstolens dom av den 11 juli 2002 i målet *Christine Goodwin mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 28957/95).

174 EG-domstolens dom av den 27 april 2006 i mål C-423/04, *Richards mot Secretary of State for Work and Pensions*, REG 2006, s. I-3585.

175 Rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (EGT L 6, 10 januari 1979, s. 24).

Det innebär inte att Europadomstolen inte alls har prövat frågan om könsidentitet. Europadomstolen har slagit fast att könsidentitet, i likhet med sexuell läggning, utgör en del av en persons privatliv och att det därför är något som staten inte bör lägga sig i.

Exempel: Målen *Christine Goodwin mot Förenade kungariket* och *I. mot Förenade kungariket* rörde mycket likartade faktiska omständigheter.¹⁷⁶ I båda målen anförde klagandena, som hade genomgått könsoperation och bytt kön från man till kvinna, att staten vägrade ändra deras födelseattester så att de visade deras nuvarande kön. Även om andra handlingar och klagandenas namn kunde ändras användes födelseattester fortfarande för vissa syften där kön var av juridiskt intresse, exempelvis i samband med anställning eller pensionering. Detta innebar att klagandena skulle riskera att generas eller förödmjukas om de tvingades uppge sitt juridiskt erkända manliga kön. Europadomstolen (som gick emot tidigare rättspraxis) slog fast att detta kränkte rätten till respekt för privatlivet och rätten att ingå äktenskap i artikel 12, men gick inte vidare och prövade om artikel 14 hade kränkts.

Exempel: I målet *Van Kück mot Tyskland* nekades klaganden, som hade genomgått könsoperation och hormonbehandling, ersättning för kostnaderna för detta av sitt privata sjukförsäkringsbolag.¹⁷⁷ Den tyska appellationsdomstolen, som prövade klagandens talan mot försäkringsbolaget, slog fast att den medicinska behandlingen inte var "nödvändig", vilket var ett krav i avtalet, och att klaganden därför inte hade rätt till ersättning. Europadomstolen fann att med tanke på könsidentitetens natur och det svåra beslut som det innebär att genomgå en oåterkallelig operation hade de nationella domstolarnas strategi inte bara kränkt klagandens rätt till en rättvis rättegång, och artikel 6 i Europakonventionen, utan även kränkt hennes rätt till respekt för privatlivet, som garanteras i artikel 8 i Europakonventionen. Europadomstolen gick emellertid inte vidare och prövade om detta var förenligt med artikel 14 eftersom det i princip rörde sig om samma faktiska omständigheter.

176 Europadomstolens dom av den 11 juli 2001 i målet *Christine Goodwin mot Förenade kungariket*, (stor avdelning) (klagomål nr 28957/95) och Europadomstolens dom av den 11 juli 2002 i målet *I. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 25680/94), punkt 26. Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 11 september 2007 i målet *L. mot Litauen* (klagomål nr 27527/03).

177 Europadomstolens dom av den 12 juni 2003 i målet *Van Kück mot Tyskland* (klagomål nr 35968/97).

Rent allmänt verkar det som om juridiken kring könsidentitet kräver omfattande klargöranden såväl på EU-nivå som på nationell nivå. Studier som nyligen gjorts av nationell lagstiftning på området visar att det finns skillnader mellan länderna i Europa. Den stora skillnaden går mellan länder som behandlar könsidentitet som en del av "sexuell läggning" och de länder som behandlar den som en del av "könsdiskriminering".¹⁷⁸

Flera mål om särbehandling på grund av kön i förhållande till pensionsåldern visar att Europadomstolen ger staten ett stort utrymme för skönmässig bedömning på skatte- och socialpolitikområdet.¹⁷⁹

Exempel: I målet *Stec m.fl. mot Förenade kungariket* hävdade klagandena att de till följd av olika pensionsåldrar för kvinnor och män hade missgynnats av ändringarna av de förmåner de hade rätt till, vilka hade fastställts utifrån pensionsåldern.¹⁸⁰ Europadomstolen fann att könsdiskriminering i princip endast kunde motiveras om det fanns "tungt vägande skäl". I regel ger emellertid Europadomstolen staterna "ett stort utrymme för skönmässig bedömning när det gäller allmänna ekonomiska och sociala åtgärder ... Eftersom de nationella myndigheterna har direkta kunskaper om sitt samhälle och dess behov är de i princip bättre lämpade än en internationell domare att bedöma vad som ligger i allmänhetens ekonomiska och sociala intresse, och domstolen respekterar vanligtvis lagstiftarens val av politik såvida den inte uppenbarligen ... saknar rimlig grund". Europadomstolen fann att ur dess synvinkel var de olika pensionsåldrarna i själva verket en form av "särskilda åtgärder" eftersom de var avsedda att motverka de ekonomiska svårigheter som kvinnor kan drabbas av på grund av sin traditionella roll i hemmet, vilket gjorde att de saknade egen inkomst. Domstolen fann att staten gradvis hade börjat göra justeringar för att likställa mäns och kvinnors pensionsålder och att den inte hade agerat utanför sitt utrymme för skönmässig bedömning,

178 FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis* (Wien, FRA, 2009), s. 129-144; Europarådet, Human Rights and Gender Identity, rapport CommDH/IssuePaper (2009) 2 från Thomas Hammarberg, Europarådets kommissarie för mänskliga rättigheter (Strasbourg, Europarådet, 29 juli 2009).

179 Dessa mål kan även ligga till grund för en diskussion om hur särbehandlingen motiveras och på så sätt ytterligare klargöra detta begrepp och fördjupa den diskussion om hur diskriminering kan motiveras som har förts på andra ställen i handboken.

180 Europadomstolens dom av den 12 april 2006 i målet *Stec m.fl. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 65731/01 och 65900/01).

varken när det gällde beslutet att företa ändringarna under flera år eller det faktum att den inte hade genomfört ändringarna tidigare.¹⁸¹

EG-domstolen har intagit en liknande ståndpunkt när det gäller särbehandling som motiveras av mer allmänna sysselsättningspolitiska överväganden.

Exempel: I målet *Schnorbus* slog EG-domstolen t.ex. fast att Hessens justitieministeriums praxis att ge manliga sökande som hade fullgjort den obligatoriska militärtjänstgöringen företräde vid notarietjänstgöring innebär indirekt diskriminering på grund av kön.¹⁸² EG-domstolen fann emellertid att praxisen objektivt kunde motiveras av att syftet var att motverka den fördröjning av karriären som den obligatoriska militärtjänstgöringen innebär för manliga sökande.

Exempel: Målet *Megner och Scheffel* rörde tysk lagstiftning som undantog anställningar av ringa omfattning (mindre än femton timmar i veckan) och korttidsanställningar från de obligatoriska sjukförsäkrings- och pensionsförsäkringssystemen och från skyldigheten att bidra till arbetslöshetsförsäkringssystemet.¹⁸³ EG-domstolen fann att bestämmelsen kunde betraktas som indirekt diskriminering gentemot kvinnor eftersom dessa i högre utsträckning hade deltids- och korttidsanställningar. EG-domstolen godtog statens argument att om den var tvungen att även inkludera personer med anställningar av ringa omfattning och korttidsanställda i systemet skulle kostnaderna för detta medföra att man var tvungen att göra om hela systemet, eftersom det inte längre skulle kunna vara avgiftsfinansierat. Domstolen godtog även att det fanns en efterfrågan på korttidsanställd personal och personer med anställningar av ringa omfattning, och att staten bara kunde underlätta detta om de undantog dem från socialförsäkringssystemet. Utan en sådan strategi skulle

181 För liknande resonemang, se Europadomstolens dom av den 22 augusti 2006 i mål *Barrow mot Förenade kungariket* (klagomål nr 42735/02), punkterna 19-20 och 37, Europadomstolens dom av den 22 augusti 2006 i målet *Pearson mot Förenade kungariket* (klagomål nr 8374/03), punkterna 12-13 och 25 och Europadomstolens dom av den 22 augusti 2006 i målet *Walker mot Förenade kungariket* (klagomål nr 37212/02), punkterna 19-20 och 37.

182 EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-79/99, *Schnorbus mot Land Hessen*, REG 2000, s. I-10997.

183 EG-domstolens dom av den 14 december 1995 i mål C-444/93, *Megner och Scheffel mot Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, REG 1995, s. I-4741. Se, för ett liknande resonemang, EG-domstolens dom av den 14 december 1995 i mål C-317/93, *Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover*, REG 1995, s. I-4625.

sådana arbeten förmodligen ändå utföras men då illegalt. EG-domstolen godtog att staten eftersträvade ett legitimt socialpolitiskt mål och att staten borde ges ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gällde att avgöra vilka åtgärder som var lämpliga för att genomföra social- och sysselsättningspolitik. Domstolen fann därför att särbehandlingen kunde motiveras.

Detta kan jämföras med följande mål där EG-domstolen inte fann att könsdiskriminering kunde motiveras inom ramen för socialpolitiken, trots de stora skattemässiga konsekvenser som regeringen åberopade.

Exempel: Målet *De Weerd, född Roks, m.fl.* rörde nationell lagstiftning om förmåner vid arbetsförmåga.¹⁸⁴ År 1975 hade man i den nationella lagstiftningen infört en förmån vid arbetsförmåga för män och ogifta kvinnor, oavsett deras inkomst innan arbetsförmågan uppstod. År 1979 ändrades lagstiftningen och förmånen utsträcktes till att även omfatta gifta kvinnor. Man införde emellertid även ett krav på att förmånstagaren var tvungen att ha haft en viss inkomst året innan. Lagstiftningen ifrågasattes (bland annat) för att inkomstkravet indirekt diskriminerade kvinnor (eftersom det var mindre sannolikt att kvinnor tjänade så mycket som krävdes). Staten hävdade att särbehandlingen kunde motiveras av budgetskäl, för att kunna hålla nere statens utgifter. EG-domstolen fann att även om det inte finns något i EU-lagstiftningen som förbjuder en stat att reglera vilka kategorier av personer som har rätt till socialförsäkringsförmåner får den inte göra det på ett sätt som diskriminerar vissa grupper.

Även om de faktiska omständigheterna påminner om varandra i dessa två mål bör målet *De Weerd, född Roks, m.fl.* förmodligen ses som "regeln" och *Megner och Scheffel* som undantaget. EU-lagstiftningen ålägger inte medlemsstaterna att anta särskilda socialförsäkringsssystem, men om de gör det tillåter en domstol inte att vissa grupper utestängs av rent skattemässiga skäl, eftersom detta allvarligt skulle kunna skada likabehandlingsprincipen och riskera att missbrukas. Särbehandling kan emellertid vara befogat om det är enda sättet att förhindra att hela sjukförsäkrings- och arbetslöshetssystemet kollapsar – särskilt om en sådan åtgärd i annat fall hade tvingat människor ut på den svarta arbetsmarknaden.

¹⁸⁴ EG-domstolens dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, *De Weerd, född Roks, m.fl. mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.*, REG 1994, s. I-571.

Med sexuell läggning avses "varje enskild persons förmåga till känslomässig, kärleksfull, sexuell attraktion till och intim och sexuell förbindelse med enskilda personer av motsatt kön eller samma kön eller mer än ett kön".¹⁸⁵

4.3. Sexuell läggning

I regel rör mål om diskriminering på grund av sexuell läggning en person som missgynnas eftersom han eller hon är homosexuell eller bisexuell, men diskrimineringsgrunden förbjuder även diskriminering på grund av att en person är heterosexuell.

Exempel: I ett ärende som prövades av den svenska ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning ("HomO") klagade en heterosexuell kvinna på diskriminering på grund av sexuell läggning när hon inte fick en tjänst som informatör på Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas och transpersoners rättigheter (RFSL).¹⁸⁶ Organisationen meddelade att de ville anställa en man som identifierade sig själv som homo- eller bisexuell för att kunna nå ut till likasinnade. HomO konstaterade dels att kvinnan i fråga inte kunde anses befinna sig i en jämförbar situation som en homo- eller bisexuell man när det gällde syftet med arbetet (och därmed inte kunde visa att hon hade missgynnats), dels att diskrimineringen under alla omständigheter kunde motiveras av ett verkligt yrkeskrav.

Även om artikel 14 i Europakonventionen inte uttryckligen anger "sexuell läggning" som en diskrimineringsgrund har Europadomstolen i flera mål uttryckligen angett att denna grund ingår i grunden "ställning i övrigt", som skyddas av artikel 14.¹⁸⁷

Exempel: I målet *S.L. mot Österrike* hävdade klaganden att gällande lagstiftning kriminaliserade frivilligt sexuellt umgänge mellan män där en av parterna var yngre än 18 år.¹⁸⁸ Kvinnor fick däremot ägna sig åt sexuellt umgänge (både homo- och heterosexuellt) från och med 14 års ålder. Europadomstolen fann att detta innebar diskriminering på grund av sexuell läggning.

¹⁸⁵ Denna etablerade definition kommer från "Yogyakartapinciperna om tillämpning av internationell människorätt i samband med sexuell läggning och könsidentitet", mars 2007. De är tillgängliga via: www.yogyakartapinciples.org/principles_en.htm.

¹⁸⁶ Sverige: HomO:s beslut av den 21 juni 2006 i ärende nr 262/06.

¹⁸⁷ Se exempelvis Europadomstolens dom av den 26 februari 2002 i målet *Fretté mot Frankrike* (klagomål nr 36515/97), punkt 32.

¹⁸⁸ Europadomstolens dom av den 9 januari 2003 i målet *S.L. mot Österrike* (klagomål nr 45330/99).

Exempel: I målet *E.B. mot Frankrike* beviljades inte klagandens ansökan om att adoptera ett barn med motiveringen att det saknades en manlig förebild i hennes hushåll.¹⁸⁹ Enligt den nationella lagstiftningen fick ensamstående föräldrar lov att adoptera barn. Europadomstolen fann därför att myndigheternas beslut i huvudsak baserades på att klaganden hade ett förhållande med och levde tillsammans med en annan kvinna. Europadomstolen fann följaktligen att det förelåg diskriminering på grund av sexuell läggning.

Det bör påpekas att Europadomstolen även ger skydd mot statens inblandning när det gäller sexuell läggning som sådan i artikel 8 i Europakonventionen om respekt för privatlivet. Även om det har skett diskriminering på denna grund kan man därför helt enkelt hävda att det har skett en kränkning av artikel 8, utan att man behöver styrka att det har förekommit diskriminering.

Exempel: Målet *Dudgeon mot Förenade kungariket* rörde nationell lagstiftning som kriminaliserade frivilliga homosexuella förbindelser mellan vuxna.¹⁹⁰ Klaganden hävdade att han som homosexuell därför riskerade att åtalas. Europadomstolen fann att detta i sig innebar en kränkning av hans rätt till respekt för privatlivet, eftersom det sistnämnda även innefattade en persons sexualliv. Domstolen fann även att medan skyddandet av den allmänna moralen utgjorde ett legitimt mål kunde detta mål eftersträvas utan en sådan omfattande inblandning i privatlivet.

Europadomstolen har varit särskilt angelägen om att garantera enskilda personer skydd när statens inblandning rör frågor som anses röra själva kärnan i den mänskliga värdigheten, som en persons sexualliv eller familjeliv. Följande mål visar att det är svårt att rättfärdiga inblandning i en persons privatliv när detta rör sexuallivet.

Exempel: Målet *Karner mot Österrike* rörde tolkningen av nationell lagstiftning (avsnitt 14 i hyreslagen) som införde en rätt för en släkting eller "livskamrat" att automatiskt ta över ett hyreskontrakt om den ursprungliga hyresgästen

¹⁸⁹ Europadomstolens dom av den 22 januari 2008 i målet *E.B. mot Frankrike* (stor avdelning) (klagomål nr 43546/02).

¹⁹⁰ Europadomstolens dom av den 22 oktober 1981 i målet *Dudgeon mot Förenade kungariket* (klagomål nr 7525/76).

avled.¹⁹¹ Klaganden hade levt tillsammans med sin partner, hyresgästen, som avled. De nationella domstolarna tolkade lagstiftningen som att homosexuella par inte omfattades, även om heterosexuella par som inte var gifta kunde omfattas. Staten medgav att särbehandling på grund av sexuell läggning hade förekommit, men hävdade att detta var befogat för att kunna skydda traditionella kärnfamiljer från att förlora sin bostad. Europadomstolen fann att även om skyddandet av kärnfamiljen kunde utgöra ett legitimt mål fanns det endast lite utrymme för skönsmässig bedömning vid särbehandling på grund av kön eller sexuell läggning. Europadomstolen hävdade vidare att proportionalitetsprincipen inte bara kräver att de åtgärder som väljs i princip är lämpliga för att nå det eftersträvade målet. Man måste även kunna visa att det för att nå detta mål var nödvändigt att exkludera vissa kategorier av personer – i detta fall personer som lever i ett homosexuellt förhållande – från tillämpningsområdet för avsnitt 14 i hyreslagen. Europadomstolen konstaterade därför att det rörde sig om diskriminering eftersom staten kunde ha vidtagit andra åtgärder för att skydda kärnfamiljen som inte i lika hög grad hade missgynnat homosexuella par.

4.4. Funktionshinder

Varken i Europakonventionen eller i direktivet om likabehandling i arbetslivet definieras funktionshinder. På grund av EG-domstolens roll är det oftast de nationella domstolarna som avgör vad som utgör ett funktionshinder och detta presenteras som en del av bakgrunden till tvister som har hänskjutits till EG-domstolen. I sin rättspraxis har emellertid EG-domstolen haft tillfälle att ge en begränsad vägledning om vad som utgör funktionshinder.

Exempel: I målet *Chacón Navas* fick EG-domstolen möjlighet att överväga den allmänna räckvidden för bestämmelserna om förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder.¹⁹² Domstolen ansåg även att begreppet "funktionshinder" skulle ha en harmoniserad definition. EG-domstolen konstaterade att funktionshinder enligt direktivet om likabehandling i arbetslivet skulle förstås som "en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som

¹⁹¹ Europadomstolens dom av den 24 juli 2003 i målet *Karner mot Österrike* (klagomål nr 40016/98), punkterna 34-43.

¹⁹² EG-domstolens dom av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, *Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA*, REG 2006, s. I-6467.

hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet” och det krävs att “det är troligt att begränsningen varar under en lång tid.” När domstolen tillämpade denna definition på Sonia Chacón Navas konstaterade den att hon inte var funktionshindrad när hon väckte sin talan vid de spanska domstolarna och hävdade att hon hade diskriminerats när hon blev uppsagd efter att ha varit sjukskriven i åtta månader. EG-domstolen förtydligade att man måste skilja mellan sjukdom och funktionshinder, och att sjukdom inte omfattas av skydd.

Som diskuterades i kapitel 1 har EU anslutit sig till FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning från 2006. EG-domstolen kommer därför troligen att vägledas av både själva konventionen och tolkningarna från kommittén om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, som har fått i uppdrag att övervaka och tolka konventionen.¹⁹³

När EU och dess institutioner väl har anslutit sig till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning kommer de (och EU:s medlemsstater när de tolkar och tillämpar EU-lagstiftningen) att vara skyldiga att dela denna vida och inkluderande syn på begreppet “funktionsnedsättning”.

Även om funktionshinder eller funktionsnedsättning inte uttryckligen nämns i förteckningen över diskrimineringsgrunder i Europakonventionen har Europadomstolen inkluderat funktionshinder i sin tolkning av “ställning i övrigt” i artikel 14.

Exempel: I målet *Glor mot Schweiz* fann domstolen att klaganden, som var diabetiker, kunde betraktas som en person med funktionshinder – trots att diabetes enligt nationell lagstiftning kunde betraktas som ett “mindre” funktionshinder.¹⁹⁴ Klaganden var tvungen att betala en skatt för att han inte hade slutfört sin militärtjänstgöring, som alla som var skyldiga att göra militärtjänstgöring var tvungna att betala. För att slippa betala denna skatt var man antingen tvungen att ha ett funktionshinder som innebar nedsatt förmåga med 40 procent (som betraktas som likvärdigt med att inte kunna använda en arm eller ett ben) eller

Artikel 1 i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning:

“Personer med funktionsnedsättning innefattar bl.a. personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra.”

¹⁹³ FN-dokument A/RES/61/611 av den 13 december 2006.

¹⁹⁴ Europadomstolens dom av den 30 april 2009 i målet *Glor mot Schweiz* (klagomål nr 13444/04).

vara vapenvägrare av samvetsskäl. De som vägrade militärtjänstgöring av samvetsskäl var skyldiga att utföra vapenfri tjänst. Klagandens funktionshinder var av sådan art att han ansågs oförmögen att tjänstgöra i armén, men funktionshindret var inte så svårt att det nådde det gränsvärde som föreskrev i den nationella lagstiftningen. Han hade erbjudit sig att göra vapenfri tjänst men hade nekats detta. Europadomstolen fann att staten hade behandlat klaganden på samma sätt som personer som inte hade slutfört sin militärtjänstgöring utan giltig motivering. Detta innebar diskriminering eftersom klaganden befann sig en annan situation (eftersom han hade bedömts som oförmögen att genomföra militärtjänstgöringen men ville och kunde utföra vapenfri tjänst) och staten därför borde ha skapat ett undantag från de gällande bestämmelserna.

I likhet med andra diskrimineringsgrunder i Europakonventionen är det inte ovanligt att mål behandlas enligt andra materiella rättigheter, snarare än med hjälp av en strategi som både tar hänsyn till en materiell rättighet och artikel 14, som förbjuder diskriminering.

Exempel: I målet *Price mot Förenade kungariket* dömdes klaganden till fängelse i sju dagar. Hon led av fysiska funktionshinder på grund av att hennes mor hade ätit talidomid (neurosedyn) under graviditeten. Klaganden saknade därför, eller hade mycket korta, armar och ben samt dåligt fungerande njurar.¹⁹⁵ Hon behövde en rullstol för att förflytta sig, hjälp för att gå på toaletten och för att städa samt särskilda sovarrangemang. Under sin första natt i häktet placerades hon i en cell som inte var anpassad för personer med funktionshinder och kunde därför inte sova ordentligt. Hon hade svåra smärtor och hypotermi. När hon förflyttades till fängelset placerades hon i en sjukhusflygel där vissa anpassningar kunde göras, men upplevde fortfarande liknande problem. Hon fick inte heller lov att ladda sin eldrivna rullstol, som laddades ur. Europadomstolen fann att klaganden hade utsatts för förnedrande behandling, i strid med artikel 3 Europakonventionen. Diskriminering på grund av en av de materiella rättigheterna i konventionen i enlighet med artikel 14 åberopades inte i detta mål.

Exempel: I målet *Pretty mot Förenade kungariket* ville klaganden, som led av en degenerativ sjukdom, ha en försäkran från regeringen om att hon någon gång i framtiden kunde få hjälp med att begå assisterat självmord utan att någon åtalades, när hennes tillstånd hade blivit så dåligt att hon inte kunde utföra

¹⁹⁵ Europadomstolens dom av den 10 juli 2001 i målet *Price mot Förenade kungariket* (klagomål nr 33394/96).

gärningen på egen hand.¹⁹⁶ Enligt nationell lagstiftning var medhjälp till att begå självmord ett brott i sig och kunde dessutom betraktas som mord eller dråp. Klaganden hävdade bland annat att hennes rätt att fatta beslut om sin egen kropp, som skyddades av rätten till privatliv (enligt artikel 8), hade kränkts på ett diskriminerande sätt eftersom staten hade tillämpat ett generellt förbud mot assisterat självmord. Detta hade fått oproportionerligt stora negativa konsekvenser för dem som i likhet med klaganden hade blivit fysiskt oförmögna att själva ta sitt liv. Europadomstolen fann att vägran att skilja mellan "dem som är fysiskt förmögna och dem som inte är fysiskt förmögna att begå självmord" var motiverad eftersom införandet av undantag från lagen i praktiken skulle innebära en risk för missbruk och undergräva skyddet för rätten till liv.

4.5. Ålder

Diskrimineringsgrunden ålder avser helt enkelt särbehandling eller åtnjutande av en rättighet som baseras på den drabbades ålder. Även om åldersdiskriminering i sig inte faller inom räckvidden för en särskild rättighet i Europakonventionen (till skillnad från religion eller sexuell läggning), kan frågor som rör åldersdiskriminering dyka upp inom ramen för olika rättigheter. Precis som på andra områden har Europadomstolen prövat mål där de faktiska omständigheterna tydde på att det förelåg åldersdiskriminering, utan att den har analyserat målet i dessa termer – särskilt i förbindelse med straffrättslig behandling av barn. Europadomstolen har funnit att "ålder" ingår i "ställning i övrigt".¹⁹⁷

Exempel: I målet *Schwizgebel mot Schweiz* klagade en 47-årig ensamstående mamma på att hennes ansökan om att adoptera ett barn inte hade beviljats.¹⁹⁸ De nationella myndigheterna grundade sitt beslut på åldersskillnaden mellan klaganden och barnet och det faktum att adoptionen skulle medföra en betydande ekonomisk börda, med tanke på att klaganden redan hade ett barn. Europadomstolen fann att klaganden på grund av sin ålder behandlades annorlunda än yngre kvinnor som ansökte om adoption. Bristande enhetlighet bland medlemsstaterna när det gäller acceptabla åldersgränser för adoption gav staten ett stort utrymme för skönsrättslig bedömning. Dessutom hade den

¹⁹⁶ Europadomstolens dom av den 29 april 2002 i målet *Pretty mot Förenade kungariket* (klagomål nr 2346/02).

¹⁹⁷ Europadomstolens dom av den 10 juni 2010 i målet *Schwizgebel mot Schweiz* (klagomål nr 25762/07).

¹⁹⁸ *Ibid.*

nationella myndighetens bedömning av ålderskillnaden inte varit godtycklig utan grundat sig på barnets bästa och den ekonomiska bördan som ett andra barn skulle kunna medföra för klaganden, vilket i sin tur kunde påverka barnets välbefinnande. Europadomstolen fann därför att särbehandlingen var befogad.

Exempel: I målen *T mot Förenade kungariket* och *V mot Förenade kungariket* hade två barn befunnits skyldiga till ett mord som hade begåtts när de var tio år.¹⁹⁹ Klagandena hävdade bland annat att de inte hade fått en rättvis rättegång på grund av att deras ålder och brist på mognad hade gjort att de inte på ett effektivt sätt hade kunnat delta i sitt försvar. Europadomstolen fann att vid en rättegång mot en minderårig bör staten "ta full hänsyn till dennes ålder, grad av mognad och intellektuella och känslomässiga förmåga" och vidta åtgärder "för att främja dennes förmåga att förstå och delta i förhandlingarna". Europadomstolen fann att staten hade underlåtit att göra detta och därför brutit mot artikel 6 i Europakonventionen, utan att målet prövades mot artikel 14.

Exempel: I målen *D.G. mot Irland* och *Bouamar mot Belgien* hade de nationella myndigheterna placerat klagandena i häkte.²⁰⁰ Europadomstolen fann att i de aktuella omständigheterna kränkte detta klagandenas rätt att inte utsättas för godtyckligt frihetsberövande. I båda målen hävdade klagandena dessutom att behandlingen var diskriminerande i förhållande till behandlingen av vuxna, eftersom den nationella lagstiftningen inte tillät att vuxna frihetsberövades under liknande omständigheter. Europadomstolen fann att även om det fanns en skillnad i behandlingen av vuxna och barn var denna skillnad befogad eftersom målet med frihetsberövandet var att skydda minderåriga, vilket inte var fallet när vuxna frihetsberövades.

4.6. Ras, etniskt ursprung, hudfärg och tillhörighet till en nationell minoritet

Omfattningen av diskrimineringsgrunden "ras och etniskt ursprung" tycks skilja sig något mellan EU och Europakonventionen. I direktivet om likabehandling oavsett

¹⁹⁹ Europadomstolens dom av den 16 december 1999 i målet *T. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 24724/94); Europadomstolens dom av den 16 december 1999 i målet *V. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 24888/94).

²⁰⁰ Europadomstolens dom av den 16 maj 2002 i målet *D.G. mot Irland* (klagomål nr 39474/98) och Europadomstolens dom av den 29 februari 1988 i målet *Bouamar mot Belgien* (klagomål nr 9106/80).

ras eller etniskt ursprung undantas uttryckligen "nationalitet" från begreppen ras eller etniskt ursprung. Även om Europakonventionen anger "nationalitet" eller "nationellt ursprung" som en separat grund visar nedanstående rättspraxis att nationalitet kan ses som en grundläggande del av etniskt ursprung. Detta beror inte på att diskriminering på grund av nationalitet är tillåten i EU-lagstiftningen, utan på att utvecklingen av EU-lagstiftningen har medfört att diskriminering på grund av nationalitet regleras inom ramen för lagstiftningen om fri rörlighet för personer. Utöver att uttryckligen undanta nationalitet som diskrimineringsgrund innehåller direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung inte heller någon definition av "ras eller etniskt ursprung". Det finns en rad andra instrument som ger vägledning till hur ras och etniskt ursprung ska förstås. Varken "hudfärg" eller "tillhörighet till en nationell minoritet" anges uttryckligen i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, men anges som separata grunder i Europakonventionen. Dessa begrepp verkar inte kunna skiljas från definitionen av ras och/eller etniskt ursprung och kommer därför att behandlas här.

Rådets rambeslut om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen definierar rasism och främlingsfientlighet som våld eller hat riktat mot en grupp av personer, utpekad med åberopande av "ras, hudfärg, religion, härstamning eller nationellt eller etniskt ursprung". Europarådets kommission mot rasism och intolerans har också antagit en vid syn på definitionen av "rasdiskriminering", som innehåller grunderna "ras, hudfärg, språk, religion, nationalitet eller nationellt eller etniskt ursprung".²⁰¹ I artikel 1 i FN:s konvention om avskaffande av rasdiskriminering från 1966 (som alla EU:s och Europarådets medlemmar har tillträtt) definieras rasdiskriminering som diskriminering på grund av "ras, hudfärg, härkomst eller nationell eller etniskt ursprung".²⁰² Kommittén för avskaffande av rasdiskriminering, som har fått i uppdrag att tolka och övervaka efterlevnaden av konventionen, har dessutom konstaterat att om inte motsatsen kan motiveras ska fastställandet av om en person tillhör en viss ras eller etnisk grupp "baseras på hur den enskilde personen själv identifierar sig".²⁰³ Detta förhindrar att en stat kan undanta etniska grupper som den inte erkänner från skydd.

201 Europarådet, "Den allmänna policyrekommendationen nr 7 (nationell lagstiftning för att bekämpa rasism och rasdiskriminering) från Europeiska kommission mot rasism och intolerans (ECRI)", dokument CRI(2003)8, antagen den 13 december 2002, punkterna 1 b och c.

202 660 UNTS 195.

203 FN:s kommitté för avskaffande av rasdiskriminering, "Den allmänna policyrekommendationen VIII (tolkning och tillämpning av artikel 1.1 och 1.4 i konventionen)".

Även om EU-lagstiftningen inte uttryckligen tar upp språk, hudfärg eller härkomst som diskrimineringsgrunder innebär detta inte att dessa egenskaper inte kan skyddas inom ramen för ras eller etniskt ursprung, eftersom språk, hudfärg och härkomst i sig är kopplade till ras och etniskt ursprung. I den mån de faktorer som nationalitet grundar sig på även är relevanta för ras och etniskt ursprung verkar det som om även denna grund, i förekommande fall, faller inom ramen för dessa grunder.

Religion ges uttryckligen skydd som en separat grund i direktivet om likabehandling i arbetslivet. En person som drabbas av religiös diskriminering kan emellertid ha ett intresse av att koppla religion till diskrimineringsgrunden ras eftersom gällande EU-lagstiftning ger ett mer omfattande skydd mot rasdiskriminering än skydd mot religiös diskriminering. Det beror på att direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung inte bara omfattar arbetslivet utan även varor och tjänster, medan direktivet om likabehandling i arbetslivet endast avser arbetslivet.

När Europadomstolen har förklarat begreppen ras och etniskt ursprung har den konstaterat att språk, religion, nationalitet och kultur ibland inte kan skiljas från ras. I målet *Timishev* tilläts en sökande av tjetjenskt ursprung inte att passera en gränspostering eftersom vakterna hade instruerats att neka personer av tjetjenskt ursprung inresa. Europadomstolen gav följande förklaring:

"Etniskt ursprung och ras är besläktade och överlappande begrepp. Medan ras är rotat i tanken på en biologisk klassificering av människor i underarter i enlighet med morfologiska särdrag som hudfärg eller ansiktsdrag bygger etniskt ursprung på tanken om samhällsgrupper som utmärks av gemensam nationalitet, stamtillhörighet, religiös tro, gemensamt språk eller kulturellt och traditionellt ursprung och bakgrund."²⁰⁴

Exempel: Målet *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina* var det första målet som prövades i enlighet med protokoll 12. Klagandena hävdade att de inte var valbara.²⁰⁵ Som en del av fredsuppgörelsen för att få slut på konflikten under 1990-talet hade man enats om en maktfördelning mellan de tre stora etniska grupperna. Här ingick att alla kandidater som ville ställa upp i ett

²⁰⁴ Europadomstolens dom av den 13 december 2005 i målet *Timishev mot Ryssland* (klagomål nr 55762/00 och 55974/00), punkt 55.

²⁰⁵ Europadomstolens dom av den 22 december 2009 i målet *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina* (stor avdelning) (klagomål nr 27996/06 och 34836/06).

val var tvungna att meddela om de var knutna till den bosnienmuslimska, serbiska eller kroatiska befolkningsgruppen. Klagandena, som var av judiskt och romskt ursprung, vägrade att göra detta och hävdade att de hade utsatts för diskriminering på grund av ras och etniskt ursprung. Europadomstolen upprepade ovanstående förklaring om förhållandet mellan ras och etniskt ursprung, men lade till att "diskriminering på grund av en persons etniska ursprung är en form av rasdiskriminering". Att Europadomstolen fann att det rörde sig om rasdiskriminering visar hur etniskt ursprung och religion samspelar. Trots de känsliga villkoren i fredsavtalet fann Europadomstolen vidare att en sådan diskriminering inte kunde motiveras.

Exempel: I ett ärende vid den österrikiska likabehandlingskommissionen klagade en sikh på att han hade nekats tillträde till en domstol i Wien eftersom han hade vägrat att ta av sig den ceremoniella dolk som bärs av utövare av hans religion.²⁰⁶ Kommissionen behandlade ärendet som diskriminering på grund av etniskt ursprung. Mot bakgrund av de faktiska omständigheterna fann den att särbehandlingen kunde motiveras av säkerhetsskäl.

Europadomstolen har varit extremt strikt i sin tolkning av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung. Domstolen har konstaterat att "ingen särbehandling som helt eller till stor del grundas på en persons etniska ursprung kan objektivt motiveras i dagens demokratiska samhälle som bygger på principerna om pluralism och respekt för olika kulturer".²⁰⁷

En användbar fallstudie som belyser de överväganden som måste göras vid en prövning av ett klagomål om diskriminering på grund av ras enligt Europakonventionen finns på Europarådets webbplats för utbildning av rättstillämpare i mänskliga rättigheter.²⁰⁸

206 Österrike: Likabehandlingskommissionen, Senate III. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 5-1. Originaltexten finns på: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

207 Europadomstolens dom av den 22 december 2009 i målet *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina* (stor avdelning) (klagomål nr 27996/06 och 34836/06), punkt 4. Ett liknande resonemang finns i Europadomstolens dom av den 13 december 2005 i målet *Timishev mot Ryssland* (klagomål nr 55762/00 och 55974/00), punkt 58.

208 Europarådet, "Fallstudie 15, Gripande, häktning och misshandel av en romsk man (Strasbourg, Europarådet, 2007). Studien finns tillgänglig på www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

4.7. Nationalitet eller nationellt ursprung

I artikel 2(a) i Europarådets konvention om nationalitet från 1996 definieras nationalitet som "det rättsliga bandet mellan en person och en stat". Även om denna konvention inte har ratificerats av så många länder bygger definitionen på vedertagna regler inom offentlig internationell rätt,²⁰⁹ och har även fått stöd av Europeiska kommissionen mot rasism och intolerans.²¹⁰ "Nationellt ursprung" kan användas för att beskriva en persons tidigare nationalitet, som de kan ha förlorat eller förvärvat genom naturalisering, eller avse en koppling till en "nation" inom en stat (som Skottland inom Storbritannien).

Exempel: Målet *Chen* rörde frågan om barn hade rätt att uppehålla sig i en medlemsstat när de var födda i en annan medlemsstat, medan deras mor, som var underhållsskyldig, kom från ett tredjeland.²¹¹ EG-domstolen konstaterade att när en medlemsstat har infört vissa krav som måste uppfyllas för att beviljas medborgarskap, och dessa har uppfyllts, kan en annan medlemsstat inte bestrida rätten till medborgarskap när en person ansöker om uppehållstillstånd.

Även om Europakonventionens skydd mot diskriminering på grund av nationalitet är mer omfattande än EU-rätten godtar den utan vidare att avsaknaden av anknytning genom medborgarskap ofta går hand i hand med avsaknaden av en faktisk koppling till en viss stat, vilket i sin tur förhindrar den drabbade från att hävda att dennes situation är jämförbar med en medborgares situation. Europadomstolens grundsyn är att ju starkare en persons faktiska anknytning till en viss stat är, framför allt när det gäller att betala skatt, desto mindre sannolikt är det att domstolen finner att särbehandling på grund av nationalitet kan motiveras.

209 Internationella domstolen, *Nottebohm (Liechtenstein mot Guatemala)*, ICJ Reports [1955] 4, 6 april 1955: "nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties." (punkt 23).

210 Europarådet, "Den allmänna policyrekommendationen nr 7 (nationell lagstiftning för att bekämpa rasism och rasdiskriminering) från Europeiska kommission mot rasism och intolerans (ECRI)", dokument CRI(2003)8, antagen den 13 december 2002, s. 6.

211 EG-domstolens dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, *Chen mot Secretary of State for the Home Department*, REG 2004, s. I-9925.

Exempel: I målet *Zeibek mot Grekland* nekades klaganden rätt till en pension för personer med "stora familjer".²¹² Även om klaganden hade det antal barn som krävdes var ett av hennes barn inte grekisk medborgare när hon uppnådde pensionsåldern. Denna situation hade uppstått på grund av att den grekiska staten tidigare hade beslutat att upphäva medborgarskapet för hela klagandens familj (ett beslut som i sig var fullt med oegentligheter) och sedan på nytt bevilja medborgarskap till endast tre av hennes barn (eftersom det fjärde barnet redan var gift). Europadomstolen fann att statens policy om indragning av medborgarskap framför allt hade tillämpats mot grekiska muslimer, och att beslutet att inte bevilja pensionen inte kunde motiveras av att man ville bevara den grekiska nationen eftersom detta resonemang i sig innebar diskriminering på grund av nationellt ursprung.

Exempel: I målet *Anakomba Yula mot Belgien* vistades en kongolesisk medborgare olagligen i Belgien.²¹³ Hennes uppehållstillstånd gick ut strax efter att hon hade fött ett barn och hon ansökte om förlängning. Hon höll på att separera från sin kongolesiska make och både hon och barnets biologiska far, en belgisk medborgare, ville fastställa faderskapet. För att göra detta var klaganden tvungen att väcka talan mot sin make senast ett år efter födseln. Hon begärde rättshjälp för att täcka rättegångskostnaderna eftersom hon saknade tillräckliga medel. Hon nekades emellertid rättshjälp eftersom medborgare i länder som inte var medlemmar av Europarådet endast kunde söka rättshjälp i ärenden som gällde deras rätt att uppehålla sig i landet. Klaganden fick rådet att slutföra processen för att förlänga sitt uppehållstillstånd och sedan försöka igen. Europadomstolen fann att klaganden under dessa omständigheter hade fråntagits rätten till en rättvis rättegång, och att detta hade grundats på hennes nationalitet. Staten hade inte rätt att skilja mellan dem som hade uppehållstillstånd och dem som saknade uppehållstillstånd när det handlade om viktiga familjerättsliga frågor, när tidsfristen för att fastställa faderskap var kort och när vederbörande höll på att förlänga sitt uppehållstillstånd.

Som diskuterades i kapitel 3.2 är diskriminering på grund av nationalitet enligt EU-rätten endast förbjuden inom ramen för fri rörlighet för personer. Framför allt ger EU-rätten om fri rörlighet begränsade rättigheter till tredjelandsmedborgare. Trots det ålägger Europakonventionen samtliga Europarådets medlemmar (som inkluderar

²¹² Europadomstolens dom av den 9 juli 2009 i målet *Zeibek mot Grekland* (klagomål nr 46368/06).

²¹³ Europadomstolens dom av den 10 mars 2009 i målet *Anakomba Yula mot Belgien* (klagomål nr 45413/07).

samtliga EU-medlemsstater) att garantera rättigheterna i Europakonventionen för alla personer inom deras jurisdiktion (inklusive personer som inte är medborgare). Europadomstolen har vidmakthållit en balans mellan statens rätt att kontrollera vilka förmåner den kan ge dem som har rättslig anknytning genom medborgarskap och behovet av att förhindra att staten diskriminerar dem som har skapat en stark faktisk anknytning till staten. Europadomstolen har varit mycket noggrann i sin prövning av mål som rör social trygghet om personer har kunnat visa att de har en stark faktisk anknytning till en stat.

Staters rätt att reglera tredjelandsmedborgares in- och utresa över deras gränser är väl fastställd inom offentlig internationell rätt och accepterad av Europadomstolen. På detta område har Europadomstolen främst ingripit i klagomål som rör avvisning eller utvisning av personer som riskerar att utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning eller tortyr i destinationslandet (enligt artikel 3),²¹⁴ eller har byggt upp starka familjeband i värdstaten som kommer att brytas om personen tvingas lämna landet (enligt artikel 8).²¹⁵

Exempel: I målen *C. mot Belgien* och *Moustaquim mot Belgien* hade klagandena, som var marockanska medborgare, dömts för brott och skulle utvisas.²¹⁶ De hävdade att detta innebar diskriminering eftersom varken belgiska medborgare eller medborgare från andra EU-medlemsstater kunde utvisas under liknande omständigheter. Europadomstolen fann att klagandena inte befann sig i en situation som var jämförbar med belgiska medborgares eftersom medborgare har rätt att vara kvar i sitt hemland, vilket specifikt anges i Europakonventionen (i artikel 3 i protokoll 4). Skillnaden i behandling av tredjelandsmedborgare och medborgare från andra EU-medlemsstater var dessutom befogad eftersom EU hade inrättat en särskild rättsordning och ett EU-medborgarskap.

Dessa mål bör jämföras med situationer där klaganden har utvecklat starka faktiska band till värdlandet, genom att under lång tid ha vistats i landet eller genom att ha bidragit till staten genom att betala skatt.

²¹⁴ Se exempelvis Europadomstolens dom av den 15 november 1996 *Chahal mot Förenade kungariket* (klagomål nr 22414/93).

²¹⁵ Det är dock mindre sannolikt att en sådan talan är framgångsrik. Se exempelvis Europadomstolens dom av den 28 maj 1985 i målet *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket* (klagomål nr 9214/80, 9473/81 och 9474/81).

²¹⁶ Europadomstolens dom av den 7 augusti 1996 i målet *C. mot Belgien* (klagomål nr 21794/93); Europadomstolens dom av den 18 februari 1991 i målet *Moustaquim mot Belgien* (klagomål nr 12313/86).

Exempel: Målet *Andrejeva mot Lettland* rörde en f.d. sovjetisk medborgare med permanent uppehållstillstånd i Lettland.²¹⁷ Enligt nationell lagstiftning klassificerades klaganden som en person som hade arbetat utanför Lettland under perioden före självständigheten (trots att hon hade innehaft samma tjänst inom Lettland både före och efter självständigheten). Hennes pension beräknades därför på grundval av den tid hon hade innehaft sin tjänst efter självständigheten. Lettiska medborgare som innehade samma tjänst hade däremot rätt till en pension som grundades på hela tjänstgöringsperioden, inklusive arbetet före självständigheten. Europadomstolen fann att klaganden befann sig i en jämförbar situation som lettiska medborgare eftersom hon hade ett permanent uppehållstillstånd enligt nationell lagstiftning och hade betalat skatt enligt samma grunder som lettiska medborgare. Domstolen konstaterade att det krävdes "mycket starka skäl" för att motivera en särbehandling som enbart grundades på nationalitet. Den konstaterade vidare att sådana skäl inte existerade i det aktuella fallet. Även om den medgav att staten i regel har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på skatte- och socialpolitikområdet var klagandens faktiska situation så lik lettiska medborgares situation att diskriminering på grund av nationalitet inte kunde motiveras.

Exempel: I målet *Gaygusuz mot Österrike* beviljades inte en turkisk medborgare som hade arbetat i Österrike arbetslöshetsersättning eftersom han inte var österrikisk medborgare.²¹⁸ Europadomstolen fann att han befann sig i en jämförbar situation som österrikiska medborgare eftersom han hade permanent uppehållstillstånd och hade bidragit till socialförsäkringssystemet genom att betala skatt. Domstolen fann att särbehandlingen inte kunde motiveras av att det saknades ett ömsesidigt socialförsäkringsavtal mellan Österrike och Turkiet, eftersom klagandens faktiska situation var allt för lik de österrikiska medborgarnas situation.

Exempel: I målet *Koua Poirrez mot Frankrike* hade en ivoriansk medborgare ansökt om en förmån som utgick till funktionshindrade. Ansökan hade avslagits med motiveringen att förmånen endast var tillgänglig för franska medborgare eller medborgare från länder som Frankrike hade ett ömsesidigt socialförsäkringsavtal med.²¹⁹ Europadomstolen fann att klaganden i själva verket

217 Europadomstolens dom av den 18 februari 2009 i målet *Andrejeva mot Lettland* (stor avdelning) (klagomål nr 55707/00).

218 Europadomstolens dom av den 16 september 1996 i målet *Gaygusuz mot Österrike* (klagomål nr 17371/90).

219 Europadomstolens dom av den 30 september 2003 i målet *Koua Poirrez mot Frankrike* (klagomål nr 40892/98).

befann sig i en situation som var jämförbar med en fransk medborgares eftersom han uppfyllde alla övriga lagstadgade krav för att erhålla förmånen, och hade erhållit andra socialförsäkringsförmåner som inte grundades på medborgarskap. Domstolen angav att det krävdes "mycket starka skäl" för att kunna motivera en särbehandling av klaganden i förhållande till andra medborgare. Till skillnad från ovan nämnda mål, där staten tillerkändes ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på skatte- och socialpolitik området, var inte domstolen övertygad av Frankrikes argument om att åtgärden var nödvändig för att balansera statens intäkter och utgifter. Särbehandlingen kunde inte heller motiveras av att det inte fanns ett socialförsäkringsavtal mellan Frankrike och Elfenbenskusten. Intressant nog utgick förmånen i fråga oberoende av om mottagaren hade bidragit till socialförsäkringssystemet eller inte (som var huvudskälet till att diskriminering på grund av nationalitet inte tolererades i ovanstående mål).

4.8. Religion eller övertygelse²²⁰

EU-lagstiftningen innehåller ett begränsat skydd mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse medan skyddet i Europakonventionen är större, eftersom artikel 9 innehåller en fristående rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet.

Exempel: I målet *Alujer Fernández och Caballero García mot Spanien* hävdade klagandena att de till skillnad från katoliker inte kunde låta en del av sin inkomstskatt gå direkt till sin kyrka.²²¹ Europadomstolen fann att målet inte kunde tas upp till sakprövning. Klagandens kyrka kunde inte jämföras med katolska kyrkan eftersom en sådan begäran inte hade inlämnats till staten och eftersom staten hade ett ömsesidigt avtal med Heliga stolen.

Exempel: Målet *Cha'are Shalom Ve Tsedek mot Frankrike* rörde en judisk organisation som certifierade att kött som såldes i medlemmarnas restauranger och köttbutiker var kosherkött.²²² Eftersom denna organisation ansåg att det

220 En redogörelse för räckvidden för artikel 9 i Europakonventionen finns på webbplatsen för Europarådets fortbildning av rättstillämpare i mänskliga rättigheter: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, nr 2, 2007, tillgänglig via: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122.

221 Europadomstolens beslut av den 14 juni 2001 i målet *Alujer Fernández och Caballero García mot Spanien* (klagomål nr 53072/99).

222 Europadomstolens dom av den 27 juni 2000 i målet *Cha'are Shalom Ve Tsedek mot Frankrike* (stor avdelning) (klagomål nr 27417/95).

kött som slaktades av en befintlig judisk organisation inte längre uppfyllde de strikta kraven för koshermat ansökte klaganden om statens tillstånd att själv utföra slakten enligt den judiska metoden. Ansökan avslogs med motiveringen att organisationen inte var tillräckligt representativ för de franska judarna, och att det redan fanns auktoriserade slaktare som utförde slakt enligt den judiska metoden. Europadomstolen fann att organisationen egentligen inte missgynnades eftersom den fortfarande kunde få tag på kött från andra källor som slaktats enligt den metod som krävdes.

Varken EG-domstolen eller Europadomstolen har närmare diskuterat vad som egentligen utgör en "religion" eller "övertygelse" som har rätt till skydd enligt direktivet om likabehandling i arbetslivet eller Europakonventionen. Däremot har denna fråga grundligt analyserats vid de nationella domstolarna.²²³

Exempel: I målet *Islington London Borough Council mot Ladele (med Liberty som intervenient)*, uppmanades den brittiska appellationsdomstolen att pröva om klaganden, som arbetade som registrator och registrerade födselar, giftermål och dödsfall, diskriminerades på grund av religion eller övertygelse när hon drabbades av disciplinära påföljder för att hon vägrade registrera civila partnerskap.²²⁴ Hennes vägran baserades på hennes kristna övertygelse. Appellationsdomstolen fann att detta inte utgjorde direkt religiös diskriminering, eftersom den mindre gynnsamma behandlingen inte grundades på hennes religiösa övertygelse, utan på hennes vägran att uppfylla en av sina arbetsuppgifter. Domstolen avvisade även klagomålet om indirekt diskriminering med motiveringen att den lokala myndigheten hade en övergripande skyldighet att främja jämställdhet och mångfald, både i lokalsamhället och internt, och att en sådan politik inte inskränkte klagandens rätt till sin övertygelse. Appellationsdomstolen konstaterade vidare att motsatt slutsats skulle leda till diskriminering på en annan grund - sexuell läggning. Domstolen godtog att den enskildes rätt att inte diskrimineras måste vägas mot lokalsamhällets rätt att inte diskriminera.

223 Religionsfrihet och tankefrihet skyddas även som fristående rättigheter i artikel 18 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter 1966 (som alla EU:s och Europarådets medlemsländer har tillträtt). Se FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, "General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion)".

224 Förenade kungariket: Court of Appeal, *Islington London Borough Council mot Ladele (med Liberty som intervenient)* [2009] EWCA Civ 1357, 12 februari 2010.

I flera mål om materiell rätt till religions- och tankefrihet enligt Europakonventionen har Europadomstolen slagit fast att staten inte får föreskriva vad som utgör religion eller övertygelse och att dessa begrepp skyddar "ateister, agnostiker, skeptiker och de som inte bryr sig", och således skyddar "både de som väljer att ha och de som väljer att inte ha en religiös övertygelse liksom de som väljer att praktisera och de som väljer att inte praktisera en religion". I dessa mål konstateras också att religion eller övertygelse framför allt är något personligt och subjektivt, och inte nödvändigtvis måste handla om institutionellt organiserade trosuppfattningar.²²⁵ Nya religioner som scientologi har också befunnits skyddsvärdiga.²²⁶

Europadomstolen har även utvecklat tanken om "övertygelse" inom ramen för rätten till utbildning enligt artikel 2 i protokoll 1 till Europakonventionen. I denna artikel anges att staten måste respektera föräldrarnas rätt att se till att barnens utbildning står "i överensstämmelse med deras egna religiösa och filosofiska övertygelse". I detta avseende har Europadomstolen konstaterat följande:

"Den normala betydelsen av 'övertygelse', som enskilt ord, är inte synonymt med orden 'åsikter' eller 'tankar', som används i artikel 10 i konventionen, och som garanterar yttrandefrihet, utan liknar mer begreppet 'tro' (i den franska texten 'convictions') som förekommer i artikel 9 ... – och avser åsikter som kännetecknas av en viss nivå av övertygande kraft, seriositet, sammanhang och betydelse."²²⁷

Europadomstolen har nyligen prövat mål som rört religionsfrihet och som grundats på staters önskan att behålla sin sekularism och minimera religionens potentiellt fragmenterande effekt för samhället. Här har domstolen lagt särskild vikt vid statens tydligt angivna mål att förhindra oordning och skydda andras rättigheter och friheter.

Exempel: Målet *Köse m.fl. mot Turkiet* rörde en klädkod som förbjöd flickor att bära huvudduk i skolan. Klaganden hävdade att detta utgjorde diskriminering på grund av religion eftersom bruket av huvudduk var en muslimsk religiös

225 Europadomstolens dom av den 5 oktober 2006 i målet *Frälsningsarméns lokalavdelning i Moskva mot Ryssland* (klagomål nr 72881/01), punkterna 57–58; Europadomstolens dom av den 13 december 2001 i målet *Bessarabiska ortodoxa kyrkan m.fl. mot Moldavien* (klagomål nr 45701/99), punkt 114; Europadomstolens dom av den 26 oktober 2000 i målet *Hasan och Chaush mot Bulgarien* (stor avdelning) (klagomål nr 30985/96), punkterna 60 och 62.

226 Europadomstolens dom av den 5 april 2007 i målet *Scientologikyrcan i Moskva mot Ryssland* (klagomål nr 18147/02).

227 Europadomstolens dom av den 25 februari 1982 i målet *Campbell och Cosans mot Förenade kungariket* (klagomål nr 7511/76 och 7743/76), punkt 36.

sedvänja.²²⁸ Europadomstolen konstaterade att bestämmelser om klädsel inte var kopplade till frågan om att tillhöra en viss religion, utan snarare var till för att bevara neutralitet och sekularism i skolan, vilket i sin tur både syftade till att förhindra oordning och skydda andra från inblandning i deras religiösa övertygelse. Domstolen fann därför att klagomålet inte var välgrundat och inte kunde tas upp till sakprövning. Domstolen kom fram till en liknande slutsats i ett mål som rörde klädkod för lärare.²²⁹

4.9. Språk

Man bör notera att både i Europarådets ramkonvention för skydd av minoriteter från 1995,²³⁰ (ratificerad av 39 medlemsländer) och i Europeiska stadgan om landsdels- eller minoritetsspråk från 1992,²³¹ (ratificerad av 24 medlemsländer) åläggs stater specifika skyldigheter när det gäller bruket av minoritetsspråk. Däremot definieras inte vad som avses med "språk" i något av dessa instrument. I artikel 6(3) i Europakonventionen ges uttryckligen vissa garantier i samband med språkanvändningen vid en rättslig prövning, t.ex. att alla har rätt att på ett språk som de förstår underrättas om anklagelserna mot dem och rätt till tolk om de inte förstår eller talar det språk som används i domstolen.

Till skillnad från Europakonventionen förekommer inte språk som en fristående diskrimineringsgrund i likabehandlingsdirektiven. I den mån språk kan kopplas till ras eller etniskt ursprung kan det trots det omfattas av skyddet i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung. Även Europadomstolen kan ta upp språk med stöd av denna grund. Inom ramen för juridiken om fri rörlighet för personer har EG-domstolen även funnit att språk omfattats av skyddet mot diskriminering på grund av nationalitet.²³²

Det ledande målet om språk vid Europadomstolen rör undervisning.

²²⁸ Europadomstolens beslut av den 24 januari 2006 i målet *Köse m.fl. mot Turkiet* (klagomål nr 26625/02).

²²⁹ Europadomstolens beslut av den 15 februari 2001 i målet *Dahlab mot Schweiz* (klagomål nr 42393/98).

²³⁰ CETS nr 157.

²³¹ CETS nr 148.

²³² EG-domstolens dom av den 28 november 1989 i mål C-379/87, *Groener mot Minister for Education och the City of Dublin Vocational Educational Committee*, REG 1989, s. 3967.

Exempel: I målet *Belgian Linguistic* hävdade en grupp föräldrar att den nationella lagstiftningen om tillhandahållande av undervisning diskriminerade på grund av språk.²³³ Mot bakgrund av de franskspråkiga och nederländskspråkiga gemenskaperna i Belgien föreskrevs i nationell lagstiftning att statligt tillhandahållen eller subventionerad undervisning skulle erbjudas på antingen franska eller nederländska, beroende på om regionen ansågs fransk- eller nederländskspråkig. Föräldrar till franskspråkiga barn som bodde i den nederländskspråkiga regionen hävdade att detta hindrade, eller kraftigt försvårade för, deras barn att få undervisning på franska. Europadomstolen fann att även om behandlingen skilde sig åt var denna skillnad befogad. Beslutet grundades på att regionerna huvudsakligen var enspråkiga. Särbehandlingen var därför befogad eftersom det skulle bli för ogenomförbar att tillhandahålla undervisning på båda språken. Dessutom var det inte förbjudet för familjer i nederländskspråkiga regioner att låta sina barn få privatundervisning i franska.

För att få en bättre förståelse för hur diskrimineringsgrunden språk fungerar i praktiken kan vi titta på två ärenden som avgjorts av FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén), som har fått i uppdrag att tolka och övervaka efterlevnaden av den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (som samtliga EU:s medlemsstater har tillträtt).

Exempel: I målet *Diergaardt mot Namibia* tillhörde klagandena en minoritetsgrupp av europeiskt ursprung som tidigare hade haft politiskt självstyre men som nu ingick i staten Namibia.²³⁴ Det språk som gruppen talade var afrikaans. Klagandena hävdade att de vid rättegångar var tvungna att använda engelska i stället för sitt modersmål. De klagade också på att staten hade som policy att vägra besvara klagandens skriftliga och muntliga kommunikation på afrikaans, även om den hade kunnat göra detta. Kommittén för mänskliga rättigheter fann att rätten till en rättvis rättegång inte hade kränkts, eftersom klaganden inte kunde visa att de påverkades negativt av användningen av engelska som rättegångsspråk. Detta tyder på det är otillräckligt att hävda språket som används inte är modersmålet för den som vill få rätten till tolk. Det som krävs är i stället att den drabbade inte i tillräcklig hög grad kan förstå eller kommunicera på detta språk. Kommittén för mänskliga rättigheter fann också att statens officiella policy

233 Europadomstolens dom av den 23 juli 1968 i målet "avseende vissa aspekter av lagstiftningen om val av undervisningsspråk i Belgien" mot Belgien (klagomål nr 1474/62 m. fl.).

234 Kommittén för mänskliga rättigheter, *Diergaardt m.fl. mot Namibia*, meddelande nr 760/1997 av den 6 september 2000.

att vägra kommunicera på ett annat språk än landet officiella språk (engelska) innebär en kränkning av rätten till likhet inför lagen på grund av språk. Även om staten får lov att välja vilket språk som ska vara officiellt språk måste den tillåta tjänstemän att svara på andra språk när de kan.

4.10. Social härkomst, börd och egendom

Dessa tre grunder kan ses som kopplade till varandra eftersom de avser en ställning som en person har i kraft av en ärvd social, ekonomisk eller biologisk egenskap.²³⁵ På så sätt kan de även betraktas som besläktade med begreppen ras och etniskt ursprung. Bortsett från grunden "börd" har få, om något, mål som rör dessa grunder tagits upp vid Europadomstolen.

Exempel: I målet *Mazurek mot Frankrike* hävdade en person som hade fötts utom äktenskapet att den nationella lagstiftningen hindrade honom (som ett "oäkta" barn) från att ärva mer än en fjärdedel av sin mors dödsbo.²³⁶ Europadomstolen fann att denna särbehandling, som enbart grundades på att personen var född utom äktenskapet, bara kunde motiveras av särskilt starka skäl. Även om bevarandet av kärnfamiljen var ett legitimt mål fick detta mål inte nås genom att man straffade barn, som inte kan kontrollera de omständigheter under vilka de föds.

Exempel: I målet *Chassagnou m.fl. mot Frankrike* hävdade klagandena att de inte tilläts använda sin mark på det sätt som de önskade.²³⁷ Enligt lagstiftningen i vissa regioner var mindre markägare skyldiga att ge allmänheten rätt att jaga på deras mark, medan större markägare inte omfattades av någon sådan skyldighet och kunde använda sin mark hur de ville. Klagandena ville förbjuda jakt på sin mark och använda marken för att bevara djurlivet. Europadomstolen fann att detta utgjorde diskriminering på grund av egendom.

²³⁵ Grunderna social härkomst, börd och egendom ingår även i artikel 2.2 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter från 1966 (som alla EU:s medlemsstater har tillträtt). Se kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, "General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights" (FN-dokument E/C.12/GC/20 av den 10 juni 2009), punkterna 24–26 och 35.

²³⁶ Europadomstolens dom av den 1 februari 2000 i målet *Mazurek mot Frankrike* (klagomål nr 34406/97).

²³⁷ Europadomstolens dom av den 29 april 1999 i målet *Chassagnou m.fl. mot Frankrike* (klagomål nr 25088/94, 28331/95 och 28443/95).

Grunderna social härkomst, börd och egendom återfinns även i artikel 2(2) i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter från 1966. Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, som har fått i uppdrag att övervaka och tolka fördraget, har uttalat sig om dessa grunders betydelse i sin allmänna kommentar nr 20.

Enligt kommittén kan "social härkomst", "börd" och "egendom" kopplas till varandra. Social härkomst "avser en persons ärvda sociala ställning". Det kan avse en ställning som personen har fått genom att födas in i en viss samhällsklass eller gemenskap (t.ex. sådana som grundas på etniskt ursprung, religion eller ideologi), eller från den personliga sociala situationen som fattigdom och hemlöshet. Grunden börd kan dessutom avse en persons ställning som född utom äktenskapet eller som adopterad. Grunden egendom kan avse en persons ställning i förhållande till mark (t.ex. arrendator, markägare eller olaglig ockupant) eller i förhållande till andra typer av egendom.²³⁸

4.11. Politiska eller andra åsikter

I Europakonventionen anges uttryckligen "politiska eller andra åsikter" som en diskrimineringsgrund. Men de finns inte med bland de grunder som skyddas av EU:s likabehandlingsdirektiv. När en person har en viss övertygelse men denna inte uppfyller kraven för att klassas som "religion eller övertygelse" omfattas den förmodligen därför av skydd enligt denna grund. Europadomstolen har sällan prövat denna grund. I likhet med andra delar av Europakonventionen skyddas "politiska eller andra åsikter" av rätten till yttrandefrihet i artikel 10. Från rättspraxis på området går det att få en uppfattning om vad denna grund kan omfatta. Om en klagande hävdar att det har förekommit diskriminering på denna grund är det troligt att Europadomstolen helt enkelt prövar klagomålet med stöd av artikel 10.

På ett mer allmänt plan slog Europadomstolen i målet *Handyside mot Förenade kungariket* fast att rätten till yttrandefrihet inte bara skyddar "upplysningar" eller "idéer" som mottas positivt eller betraktas som icke stötande eller med likgiltighet, utan även sådana som väcker anstöt, chockerar eller är störande för staten eller

²³⁸ Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, "General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights" (FN-dokument E/C.12/GC/20 av den 10 juni 2009), punkterna 24-26 och 35.

någon del av befolkningen.²³⁹ Även om det finns omfattande rättspraxis på detta område kommer detta avsnitt att begränsas, med hjälp av två mål, till att visa att det är troligare att politiska åsikter får ett starkare skydd än andra åsikter.

Exempel: I målet *Steel och Morris mot Förenade kungariket* hade de klagande arbetat som kampanjarbetare och delat ut flygblad med osanna anklagelser mot företaget McDonalds.²⁴⁰ Klagandena stämdes för ärekränkning vid de nationella domstolarna och dömdes att betala skadestånd. Europadomstolen fann att talan om ärekränkning utgjorde en inskränkning av yttrandefriheten, men att talan uppfyllde det legitima målet att skydda enskilda personers rykte. Domstolen konstaterade emellertid även att yttrandefrihet i frågor av allmänt intresse förtjänar starkt skydd. Med tanke på att McDonalds var ett storföretag som inte hade visat att det hade lidit skada till följd av att flera tusen flygblad hade delats ut, och att skadeståndet var relativt högt i förhållande till klagandenas inkomst, fann domstolen att inskränkningen av klagandenas yttrandefrihet var oproportionerlig.

Exempel: Målet *Castells mot Spanien* rörde en parlamentsledamot som hade åtalats för att ha "förolämpat" regeringen efter att ha kritiserat regeringens inaktivitet när det gällde att ta itu med terrorismen i Baskien.²⁴¹ Europadomstolen framhöll hur viktigt det var med politisk yttrandefrihet, framför allt med tanke hur viktig politiken är för att ett demokratiskt samhälle ska fungera. Med tanke på detta konstaterade domstolen att varje inskränkning av yttrandefriheten krävde "ytterst noggrann granskning".

4.12. "Ställning i övrigt"

Ovanstående visar att Europadomstolen har utvecklat flera grunder under kategorin "ställning i övrigt", varav många sammanfaller med de grunder som utvecklats i EU-lagstiftningen, t.ex. sexuell läggning, ålder och funktionshinder.

²³⁹ Europadomstolens dom av den 7 december 1976 i målet *Handyside mot Förenade kungariket* (klagomål nr 5493/72).

²⁴⁰ Europadomstolens dom av den 15 februari 2005 i målet *Steel och Morris mot Förenade kungariket* (klagomål nr 68416/01).

²⁴¹ Europadomstolens dom av den 23 april 1992 i målet *Castells mot Spanien* (klagomål nr 11798/85).

Utöver funktionshinder, ålder och sexuell läggning har Europadomstolen även erkänt följande egenskaper som diskrimineringsgrunder som omfattas av "ställning i övrigt": faderskap,²⁴² äktenskapsstatus,²⁴³ medlemskap i en organisation,²⁴⁴ militär grad,²⁴⁵ att vara förälder till ett utomäktenskapligt barn²⁴⁶ och bosättningsland.²⁴⁷

Exempel: Målet *Petrov mot Bulgarien* rörde den praxis vid ett fängelse som innebar att gifta interner tilläts att ringa sina makar två gånger i månaden. Klaganden hade levt ihop med sin partner i fyra år och hade fått ett barn tillsammans med henne innan han fängslades. Europadomstolen fann att även om äktenskap har en särskild ställning kunde situationen för klaganden, som hade bildat familj med en fast partner, jämföras med situationen för gifta par, åtminstone när det gällde regler för att få ringa telefonsamtal. Europadomstolen konstaterade att "även om staterna kan tillätas ett visst utrymme för skönmässig bedömning för att behandla gifta och ogifta par på olika sätt i fråga om t.ex. beskattning, socialförsäkring eller socialpolitik ... är det inte omedelbart uppenbart varför gifta och ogifta partner som har bildat familj ska särbehandlas när det gäller möjligheten att hålla kontakten via telefon när en av dem sitter i fängelse." Europadomstolen fann därför att diskrimineringen inte kunde motiveras.

242 Europadomstolens dom av den 31 mars 2009 i målet *Weller mot Ungern* (klagomål nr 44399/05).

243 Europadomstolens dom av den 22 maj 2008 i målet *Petrov mot Bulgarien* (klagomål nr 15197/02).

244 Europadomstolens dom av den 30 juli 2009 i målet *Danilenkov m.fl. mot Ryssland* (klagomål nr 67336/01) (fackförening); Europadomstolens dom av den 31 maj 2007 i målet *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani mot Italien* (nr 2) (klagomål nr 26740/02) (frimurare).

245 Europadomstolens dom av den 8 juni 1976 i målet *Engel m.fl. mot Nederländerna* (klagomål nr 5100/71 m.fl.).

246 Europadomstolens dom av den 8 juli 2003 i målet *Sommerfeld mot Tyskland* (stor avdelning) (klagomål nr 31871/96); Europadomstolens dom av den 8 juli 2003 i målet *Sahin mot Tyskland* (stor avdelning) (klagomål nr 30943/96).

247 Europadomstolens dom av den 16 mars 2010 i målet *Carson m.fl. mot Förenade kungariket* (stor avdelning) (klagomål nr 42184/05).

Huvudpunkter

- I EU:s likabehandlingsdirektiv anges uttryckligen att diskrimineringsgrunderna omfattar kön, ras eller etniskt ursprung, ålder, funktionshinder, religion eller övertygelse och sexuell läggning. I Europakonventionen är förteckningen över diskrimineringsgrunder inte uttömmande och kan utvecklas genom rättspraxis.
- Enligt EU-rätten kan kön i begränsad utsträckning även innefatta könsidentitet och skydda personer som har för avsikt att genomgå eller har genomgått könsbyte. Även Europadomstolen har behandlat frågor som rör könsidentitet.
- Enligt Europakonventionen faller egenskaper som hudfärg, härkomst, nationalitet, språk eller religion inom ramen för diskrimineringsgrunden ras eller etniskt ursprung. I EG-domstolens rättspraxis har emellertid räckvidden för denna grund ännu inte klargjorts.
- Diskriminering på grund av nationalitet ingår som diskrimineringsgrund i Europakonventionen. I EU-lagstiftningen är diskriminering på grund av nationalitet endast förbjuden inom ramen för juridiken om fri rörlighet för personer.
- Begreppet "religion" bör ges en relativt vid tolkning och inte begränsas till organiserade eller väletablerade, traditionella religioner.
- Även i mål där diskriminering kan ha förelegat prövar Europadomstolen ofta klagomål enbart med stöd av materiella artiklar i Europakonventionen. Behovet av att bevisa särbehandling eller att hitta ett jämförelseobjekt kan därmed begränsas.

Mer läsning

Boza Martínez, "Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad", 7 *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005).

Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, "Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse", 78 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009), s. 319-373.

Cano Palomares, "La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", i *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos* (Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007), s. 35-57.

Demaret, "L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France", 6343 *Journal des tribunaux* (2009), s. 145.

Evans, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas* (Strasbourg, Europarådet, 2009).

Flauss, "L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme: petit exercice de simulation contentieuse", 8 *Recueil Dalloz* (2010), s. 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), kapitel 5.

Johnson, "An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights", 10.1 *Human Rights Law Review* (2010), s. 67-97.

Kastanas, "La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", i Auer, Flückiger och Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni* (Genève/Zürich/Basel, Schulthess, 2007), s. 197-218.

Landau och Beigbeder, "From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work", 21.1 *European Journal of International Law* (2008), s. 264-267.

Laskowski, "Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird", *Kritische Justiz* (2003), s. 420-444.

Lawson, "The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?", 34 *Syracuse Journal of international Law and Commerce* (2007), s. 563.

MacKay, "The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), s. 323.

Pettiti, "L'Égalité entre époux", i Krenc och Puéchavy (eds.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles och Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (Bryssel, Bruylant/Nemesis, 2008), s. 29-46.

Presno Linera, "La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales", 1 *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2008).

Rudyk, "A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement", 14.2 *International Journal of Human Rights* (2010), s. 189-214.

Shuibne, "Article 13 EC and non-discrimination on grounds of nationality: Missing or in action?", i Costello och Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003).

Thürer och Dold, "Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2005), s. 1-12.

Tulkens, "Droits de l'homme, droits des femmes: les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme", i Caflisch m.fl., *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg Views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg* (Kehl/Strasbourg, N.P. Engel, 2007), s. 423-445.

5

Bevistekniska frågor inom diskrimineringsrätten

5.1. Inledning

I regel sker diskriminering inte öppet och är inte lätt att påvisa. Att bevisa direkt diskriminering är ofta svårt även om särbehandlingen per definition sker på ett "öppet" sätt genom att den grundas på en egenskap hos den drabbade. Som nämntes i kapitel 2 anges antingen inte uttryckligen själva grunden för särbehandlingen eller så kopplas denna till en annan faktor (t.ex. förmåner som bygger på att en person har pensionerats, vilket kan kopplas till ålder som diskrimineringsgrund). Mål där personer öppet förklarar att särbehandlingen bygger på en av diskrimineringsgrunderna är därför ganska ovanliga. Ett undantag är målet *Feryn* där ägaren till ett företag i Belgien, i annonser och muntligen, förklarade att han inte skulle rekrytera några "invandrare".²⁴⁸ EG-domstolen fann att detta var ett klart fall av direkt diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung. Det är emellertid sällan den som utsätter någon för diskriminering förklarar att de behandlar någon mindre gynnsamt än andra eller anger skälen till varför de gör det. En kvinna kan nekas en anställning och bara få veta att hon är "mindre kvalificerad" än den manlige sökande som erbjuds tjänsten. I en sådan situation kan det vara svårt för den drabbade att bevisa att hon utsatts för direkt diskriminering på grund av kön.

För att hantera svårigheterna med att bevisa att särbehandlingen bygger på en diskrimineringsgrund är det enligt EU:s diskrimineringslagstiftning möjligt att dela bevisbördan. När klaganden kan visa på faktiska omständigheter som gör att man

²⁴⁸ EG-domstolens dom av den 10 juli 2008 i mål C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV*, REG 2008, s. I-5187.

kan anta att det har förekommit diskriminering överförs följaktligen bevisbördan och det är upp till den som anklagas för diskriminering att bevisa motsatsen. Att kunna överföra bevisbördan är extra användbart vid indirekt diskriminering, där det är nödvändigt att bevisa att vissa bestämmelser eller viss praxis har oproportionerligt stora konsekvenser för en viss grupp. För att kunna påvisa en tänkbar indirekt diskriminering kan klaganden behöva använda statistiska uppgifter som visar att det finns allmänna drag av särbehandling. I vissa rättsordningar godtas även bevisning som tagits fram genom s.k. praktikprovning (situation testing).

5.2. Delad bevisbörda

Vanligtvis är det upp till den som väcker talan att övertyga det beslutsfattande organet om att det har förelegat diskriminering. Det kan emellertid vara särskilt svårt att visa att särbehandlingen baseras på en särskild diskrimineringsgrund.

Det beror på att det ofta bara är den som anklagas för diskriminering som vet det exakta motivet till särbehandlingen. Klagomål om diskriminering bygger därför ofta på objektiva slutsatser som kan kopplas till den berörda bestämmelsen eller praxisen. Domstolen måste med andra ord övertygas om att den enda rimliga förklaringen till särbehandlingen är en av den drabbades skyddade egenskaper, t.ex. kön eller ras. Principen gäller såväl direkt diskriminering som indirekt diskriminering.

Delad bevisbörda: den klagande måste lägga fram tillräcklig bevisning för att visa att diskriminering kan ha förelegat. Det ger upphov till ett antagande om att diskriminering har förelegat, som det sedan är upp till den som anklagas för diskrimineringen att motbevisa.

Eftersom den som anklagas för diskrimineringen förfogar över de uppgifter som krävs för att styrka ett klagomål är det enligt diskrimineringsrätten möjligt att låta denne dela bevisbördan. Principen om delad bevisbörda är väl etablerad i EU-lagstiftningen och i Europakonventionen.²⁴⁹

Detta har förklarats i Europadomstolens rättspraxis som, tillsammans med andra regionala och globala människorättskyddsmekanismer, i högre utsträckning har tillämpat delad bevisbörda vid klagomål om kränkningar av de mänskliga

²⁴⁹ Se utöver nedanstående mål även artikel 8 i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung, artikel 10 i direktivet om likabehandling i arbetslivet, artikel 19 i jämställdhetsdirektivet (omarbetning) och artikel 9 i direktivet om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster. Se även rättspraxis vid Europeiska kommittén för sociala rättigheter: *SUD Travail Affaires Sociales mot Frankrike* (klagomål nr 24/2004), 8 november 2005 och *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) mot Bulgarien* (klagomål nr 41/2007), 3 juni 2008.

rättigheterna. Vid Europadomstolen är det praxis att betrakta hela bevisningen som en helhet eftersom staten ofta kontrollerar många av de uppgifter som behövs för att styrka ett klagomål. Om de uppgifter som klaganden lägger fram verkar trovärdiga och förenliga med tillgänglig bevisning anser Europadomstolen därför dessa uppgifter som styrkta, såvida inte staten kan ge en övertygande alternativ förklaring. Med Europadomstolens egna ord godtar den som fakta sådana påståenden som:

"stöds av en fristående bedömning av all bevisning, inklusive sådana slutsatser som kan härledas från uppgifterna och parternas argument ... Att en uppgift anses styrkt kan följa av att det samtidigt existerar flera tillräckligt starka, tydliga och samstämmiga slutsatser eller liknande antaganden som inte har motbevisats. Graden av övertygande uppgifter som krävs för att nå en viss slutsats och i detta sammanhang fördelningen av bevisbördan är nära knutet till hur specifika uppgifterna är, hur anklagelsen ser ut och vilken rättighet i Europakonventionen som avses".²⁵⁰

Exempel: I målet *Timishev mot Ryssland* hävdade klaganden att han förhindrades att passera en gränspostering och resa in i en viss region på grund av sitt tjetjenska ursprung.²⁵¹ Europadomstolen fann att detta bekräftades av officiella dokument, där det framgick att det fanns en policy att begränsa rörligheten för personer av tjetjenskt ursprung. Domstolen övertygades inte av statens motivering eftersom det fanns inkonsekvenser i statens påstående att den drabbade frivilligt lämnade kön efter att ha nekats företräde. Europadomstolen fann därför att klaganden hade utsatts för diskriminering på grund av etniskt ursprung.

Exempel: I målet *Brunnhöfer* hävdade sökanden att hon hade utsatts för könsdiskriminering eftersom hon fick lägre lön än en manlig kollega i samma lönegrad.²⁵² EG-domstolen konstaterade att det var upp till sökanden att för det första visa att hon fick lägre lön än sin manlige kollega och för det andra att hon utförde samma arbetsuppgifter. Detta skulle räcka för att etablera en

²⁵⁰ Europadomstolens dom av den 6 juli 2005 i målet *Nachova m.fl. mot Bulgarien* (stor avdelning) (klagomål nr 43577/98 och 43579/98), punkt 147. Detta upprepas i Europadomstolens dom av den 13 december 2005 i målet *Timishev mot Ryssland* (klagomål nr 55762/00 och 55974/00), punkt 39 och Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00), punkt 178.

²⁵¹ Europadomstolens dom av den 13 december 2005 i målet *Timishev mot Ryssland* (klagomål nr 55762/00 och 55974/00), punkterna 40–44.

²⁵² EG-domstolens dom av den 26 juni 2001 i mål C-381/99, *Susanna Brunnhöfer mot Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, REG 2001, s. I-4961, punkterna 51–62.

presumtion om att särbehandlingen bara kunde förklaras med hänvisning till hennes kön. Det var sedan upp till arbetsgivaren att motbevisa detta.

Det är viktigt att komma ihåg två saker. För det första är det den nationella lagstiftningen som avgör vilken typ av bevisning som kan tas upp vid de nationella organen, och dessa bestämmelser kan vara striktare än de bestämmelser som Europadomstolen och EG-domstolen tillämpar. För det andra gäller normalt inte omvänd bevisbörda i brottmål där staten åtalar en person som misstänks ha begått ett brott med rasistiska motiv, ett s.k. hatbrott. Detta beror dels på att beviskraven är högre i brottmål, dels på att det skulle vara svårt att kräva att misstänkta förövare bevisar att de inte har ett rasistiskt motiv, vilket är helt subjektivt.²⁵³

Den som anklagas för diskriminering kan motbevisa en sådan presumtion på två sätt. Han eller hon kan antingen visa att klaganden rent faktiskt inte befinner sig i en situation som kan jämföras med det jämförelseobjekt som diskuterades i kapitel 2.2.2, eller att särbehandlingen inte grundas på den diskrimineringsgrund som anförs, utan på andra objektiva skillnader, som diskuterades i kapitel 2.6. Om de som anklagas för diskriminering inte lyckas motbevisa presumtionen är de tvungna att visa att särbehandlingen är en objektivt motiverad och proportionerlig åtgärd.

Exempel: I målet *Brunnhofers* gav EG-domstolen en arbetsgivare vägledning om hur denne kunde motbevisa antagandet om diskriminering. För det första genom att visa att manliga och kvinnliga anställda inte befann sig i en jämförbar situation, eftersom det arbete de utförde inte tillerkändes lika värde. Detta kan vara fallet om deras arbete innebär uppgifter av mycket olika karaktär. För det andra genom att visa att objektiva faktorer, som inte kan kopplas till kön, förklarade löneskillnaden. Detta kan vara fallet om den manlige anställdes inkomst kompletteras med resettillägg eftersom han är tvungen att långpendla och bo på hotell under arbetsveckan.

Exempel: I målet *Feryn* ovan fann EG-domstolen att det av annonserna och uttalandena från den som anklagades för diskriminering räckte för att etablera en presumtion om att det förelåg direkt diskriminering. EG-domstolen konstaterade emellertid även att den anklagade kunde motbevisa detta

²⁵³ För Europakonventionens syn på omvänd bevisbörda i mål som rör rasistiskt motiverat våld, se Europadomstolens dom av den 6 juli 2005 i målet *Nachova m.fl. mot Bulgarien* (stor avdelning) (klagomål nr 43577/98 och 43579/98), punkterna 144–159. I EU:s diskrimineringslagstiftning finns inget krav på att omvänd bevisbörda ska tillämpas i brottmål.

antagande om han kunde visa att rekryteringsprocessen i praktiken inte särbehandlade personer som inte betraktades som vita – exempelvis genom att visa att han regelbundet anställde icke-vit personal.

5.2.1. Faktorer som inte behöver bevisas

Vissa uppgifter som ofta hänger ihop med diskriminering, t.ex. förekomsten av fördomar eller en instruktion att diskriminera, är i själva verket inte nödvändiga för den rättsliga prövningen av om diskriminering har förelegat. Vad som måste bevisas i ett diskrimineringsmål är helt enkelt att det har förekommit särbehandling baserat på en diskrimineringsgrund och att denna särbehandling är obefogad. Det innebär att man inte behöver styrka vissa närliggande uppgifter i samband med diskrimineringsituationer för att styrka själva klagomålet.

För det första behöver man inte visa att motivet till diskrimineringen är fördomar. Man behöver således inte bevisa att den som anklagas för diskriminering har "rasistiska" eller "sexistiska" åsikter för att bevisa att det har förelegat diskriminering på grund av ras eller kön. I allmänhet kan lagstiftningen inte reglera personers attityder eftersom attityder är något personligt. Det enda lagstiftningen kan reglera är i stället de handlingar som kan ge uttryck för dessa attityder.

Exempel: I målet *Feryn* uppgav ägaren till företaget att han tillämpade den aktuella regeln eftersom hans kunder (snarare än han själv) ville att bara vita belgare skulle utföra arbetet. EG-domstolen ansåg att detta var irrelevant för att fastställa om diskriminering hade förelegat. I regel behöver man inte bevisa ett diskriminerande motiv om man inte försöker bevisa att ett s.k. hatbrott har begåtts, eftersom beviskraven är högre i brottmål.

För det andra är det inte nödvändigt att visa att bestämmelsen eller praxisen i fråga är avsedd att leda till särbehandling. Det vill säga, även om en offentlig myndighet eller privatperson kan peka på att en viss praxis har goda avsikter och tillämpas i god tro rör det sig om diskriminering om resultatet av denna praxis är att vissa grupper missgynnas.

Exempel: I målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien*, som diskuterades ovan, hävdade staten att systemet med "särskolor" hade införts för att hjälpa romska barn att komma

över sina språksvårigheter och åtgärda bristen på förskoleundervisning.²⁵⁴ Europadomstolen fann emellertid att det var irrelevant om den aktuella politiken syftade till att hjälpa romska barn. För att bevisa diskriminering behövde man bara visa att de påverkades på ett oproportionerligt och negativt sätt i förhållande till majoritetsbefolkningen, inte att avsikten var att diskriminera.²⁵⁵

För det tredje fann EG-domstolen i ett mål om rasdiskriminering att det inte behöver finnas ett identifierbart offer. Under liknande omständigheter gäller detta förmodligen i samma utsträckning även för andra diskrimineringsgrunder. Även om det enligt EU-rätten inte krävs att man kan identifiera ett offer är detta inte fallet inför Europadomstolen. Ett sådant klagomål skulle inte uppfylla villkoren för att kunna tas upp till sakprövning enligt artikel 34 i Europakonventionen.

Exempel: I målet *Feryn* gick det inte att visa att någon hade sökt en tjänst och sedan fått avslag på sin ansökan, och det gick inte att hitta någon som sade att de hade beslutat sig för att inte söka tjänsten på grund av annonsen. Med andra ord fanns det inget "identifierbart" offer och talan väcktes av Belgiens likabehandlingsmyndighet. EG-domstolen konstaterade att det inte var nödvändigt att identifiera någon som hade diskriminerats. Det berodde på att det tydligt framgick av formuleringarna i annonsen att "icke-vita" skulle avskräckas från att söka eftersom de på förhand visste att de inte skulle få tjänsten. Enligt detta resonemang var det möjligt att bevisa att lagstiftning eller policyriktlinjer var diskriminerande, utan att man behövde visa att någon faktiskt hade drabbats.

Exempel: I mål där man använder sig av s.k. praktikprövning (se ovan) vet eller förväntar sig deltagarna ofta att de ska behandlas ogynnsamt. Deras främsta mål är i själva verket inte att få tillgång till tjänsten i fråga utan att samla in bevis. Det innebär att dessa personer inte är "offer" i traditionell mening. De är mer intresserade av att se till att lagstiftningen efterlevs än att kompenseras för den skada de lidit. I ett svenskt mål, där ett antal juridikstudenter genomförde praktikprövning på nattklubbar och restauranger, fann Högsta domstolen att de som ingick i testet fortfarande

²⁵⁴ Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* (stor avdelning) (nr 57325/00), punkt 79.

²⁵⁵ *Ibid.*, punkterna 175 och 184.

kunde väcka talan om diskriminering. Samtidigt kunde deras skadestånd sättas ned för att spegla att de inte hade nekats något som de faktiskt önskade (dvs. bli insläppt i ett visst nöjesetablissemang).²⁵⁶

5.3. Betydelsen av statistik och andra uppgifter

Statistiska uppgifter kan spela en viktig roll för att hjälpa en klagande att visa att diskriminering kan antas föreligga. Statistiska uppgifter är särskilt användbara för att bevisa indirekt diskriminering, eftersom tillämpliga bestämmelser och vedertagen praxis i dessa situationer ofta ger ett neutralt intryck. När så är fallet måste man fokusera på bestämmelsernas eller praxisens följder för att visa att dessa på ett oproportionerligt sätt missgynnar vissa grupper av personer jämfört med andra som befinner sig i samma situation. Statistiska uppgifter kan användas tillsammans med omvänd bevisbörda. Om uppgifterna t.ex. visar att kvinnor eller funktionshindrade är särskilt missgynnade är det upp till staten att lägga fram en övertygande alternativ förklaring till dessa siffror. Europadomstolen förklarade detta i målet *Hoogendijk mot Nederländerna*:

"Domstolen anser att om en klagande, på grundval av ostridig officiell statistik, kan visa ett första tecken på att en viss bestämmelse – om än formulerad på ett neutralt sätt – i själva verket påverkar en betydligt högre procentandel kvinnor än män, ankommer det på respektive regering att visa att detta beror på objektiva faktorer som inte kan kopplas till diskriminering på grund av kön."²⁵⁷

När domstolarna bedömer statistiska bevis verkar de inte ha fastställt några strikta gränsvärden som måste uppfyllas för att bevisa att indirekt diskriminering har ägt rum. EG-domstolen framhåller att det måste röra sig om ett betydande antal. En sammanfattning av EG-domstolens rättspraxis presenteras i generaladvokat Légers förslag till avgörande i målet *Nolte*, där han i samband med könsdiskriminering konstaterade följande:

²⁵⁶ Sverige: Högsta domstolens dom av den 1 oktober 2008 i mål T-2224-07, *Escape Bar & Restaurant mot Ombudsmannen mot etnisk diskriminering*. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 365-1 och Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 68.

²⁵⁷ Europadomstolens eslut av den 6 januari 2005 i målet *Hoogendijk mot Nederländerna* (upptagande till sakprövning) (klagomål nr 58641/00).

"... en åtgärd, för att presumeras vara diskriminerande, skall drabba '... ett mycket högre antal kvinnor än män' [Rinner-Kühn²⁵⁸] eller en 'väsentligt lägre procentandel män än kvinnor ...' [Nimz,²⁵⁹ Kowalska²⁶⁰] eller '... en väsentligt högre procentandel kvinnor än män' [De Weerd, född Roks, m.fl.²⁶¹].

Andelen kvinnor som berörs av åtgärden skall därför vara särskilt markant. Således har domstolen i den ovan nämnda domen i målet Rinner-Kühn presumerat att det förelåg en diskriminerande situation då den berörda andelen kvinnor uppgick till 89 procent. I detta fall skulle därför den procentandel om 60 procent som framgår av en av studierna troligen vara helt otillräcklig för att presumera diskriminering.²⁶²

Exempel: I målet *Schönheit* hävdade en deltidsanställd kvinna att hon hade diskriminerats på grund av sitt kön.²⁶³ Skillnaden mellan de pensioner som betalades ut, som inte grundades på skillnader i fullgjord arbetstid, innebar att deltidsanställda i själva verket fick lägre belopp än heltidsanställda. Statistisk bevisning användes för att visa att 87,9 procent av de deltidsanställda var kvinnor. Eftersom åtgärden, även om den var skenbart neutral, på ett oproportionerligt sätt påverkade kvinnor negativt i förhållande till män medgav EG-domstolen att det kunde antas föreligga indirekt diskriminering på grund av kön. På liknande sätt godtogs i målet *Gerster* det faktum att 87 procent av de deltidsanställda utgjordes av kvinnor som tillräcklig bevisning för att kvinnor missgynnades.²⁶⁴

Exempel: Målet *Seymour-Smith* rörde brittisk lagstiftning om ogrundad uppsägning, som gav ett särskilt skydd åt dem som hade arbetat mer än två år i sträck för ett visst företag.²⁶⁵ Sökanden hävdade att detta innebar indirekt diskriminering på grund av kön, eftersom det var mindre sannolikt att kvinnor uppfyllde detta kriterium än

258 EG-domstolens dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, *Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung*, REG 1989, s. 2743.

259 EG-domstolens dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, *Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg*, REG 1991, s. I-297.

260 EG-domstolens dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, *Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg*, REG 1990, s. I-2591.

261 EG-domstolens dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, *De Weerd, född Roks, m.fl. mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.*, REG 1994, s. I-571.

262 Generaladvokat Légers förslag till avgörande av den 31 maj 1995, punkterna 57–58 i EG-domstolens dom av den 14 december 1995 i mål C-317/93, *Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover*, REG 1995, s. I-4625.

263 EG-domstolens dom av den 23 oktober 2003 i de förenade målen C-4/02 och C-5/02, *Hilde Schönheit mot Stadt Frankfurt am Main och Silvia Becker mot Land Hessen*, REG 2003, s. I-12575.

264 EG-domstolens dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, *Gerster mot Freistaat Bayern*, REG 1997, s. I-5253.

265 EG-domstolens dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/99, *R mot Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith och Perez*, REG 2000, s. I-623.

män. Målet är intressant eftersom EG-domstolen konstaterade att en lägre grad av oproportionerlighet fortfarande kan utgöra ett bevis för indirekt diskriminering "om statistiken påvisade att det finns ett avstånd, som är mindre betydande men bestående och relativt oföränderligt under en lång period, mellan manliga och kvinnliga arbetstagare". Mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i just detta mål konstaterade emellertid EG-domstolen att den statistik som presenterades, som visade att 77,4 procent av de manliga arbetstagarna och 68,9 procent av de kvinnliga arbetstagarna uppfyllde detta villkor, inte bevisar att en betydligt mindre procentandel kvinnliga arbetstagare uppfyller villkoret.

Exempel: Målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* rörde klagomål från romer om att deras barn inte fick tillgång till det vanliga utbildningssystemet utan på grund av sitt romska ursprung placerades i särskolor avsedda för elever med inlärningssvårigheter.²⁶⁶ Placeringen av romska barn i särskolor byggde på användningen av test som hade utformats för att mäta den intellektuella förmågan. Trots denna skenbart "neutrala" praxis, gjorde testens karaktär det betydligt svårare för romska barn att få ett bra resultat och placeras i det vanliga utbildningssystemet. Europadomstolen fann att detta kunde bevisas genom att hänvisa till statistik som visade den höga procentandel barn av romskt ursprung som gick i särskolor. Av de uppgifter som klaganden hade lämnat in för just sin geografiska region framgick att 50–56 procent av särskoleleverna var romer, medan romerna endast utgjorde omkring två procent av alla elever. Av uppgifter från mellanstatliga källor framgick att 80–90 procent av romerna gick i särskola i landet som helhet. Europadomstolen fann att även om uppgifterna inte var exakta visade de att andelen romska barn som drabbades var "oproportionerligt hög" i förhållande till romernas andel av hela befolkningen.²⁶⁷

Det verkar som om det går att bevisa att en viss grupp drabbas oproportionerligt hårt även om det saknas statistiska uppgifter, om de källor som är tillgängliga är trovärdiga och stöder en sådan analys.

Exempel: Målet *Opuz mot Turkiet* rörde en person med en historia av våld i hemmet. Han hade vid upprepade tillfällen slagit sin fru och hennes mor, och mördade till slut modern.²⁶⁸ Europadomstolen fann att staten hade misslyckats med

²⁶⁶ Europadomstolens dom av den 13 november 2007 i målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* (stor avdelning) (klagomål nr 57325/00).

²⁶⁷ *Ibid.*, punkterna 18 och 196–201.

²⁶⁸ Europadomstolens dom av den 9 juni 2009 i målet *Opuz mot Turkiet* (klagomål nr 33401/02).

att skydda klaganden och hennes mor från omänsklig och förnedrande behandling, samt den sistnämndas liv. Domstolen fann även att staten hade diskriminerat klagandena eftersom skälet till att de inte hade erbjudits skydd var att de var kvinnor. Domstolen grundade delvis sin slutsats på det faktum att kvinnor oftare drabbades av våld i hemmet, samt siffror som visade hur de nationella domstolarna endast i begränsad omfattning hade använt sig av sina befogenheter att fatta beslut om åtgärder för att skydda offer för våld i hemmet. Det intressanta i detta mål var att det inte presenterades någon statistik vid Europadomstolen som visade att det till största delen var kvinnor som utsattes för våld i hemmet. Det uppgavs till och med att Amnesty International hade konstaterat att det inte fanns några tillförlitliga uppgifter som visade detta. I stället var Europadomstolen beredd att godta den bedömning som Amnesty International, en ansedd turkisk frivilligorganisation och FN:s kommitté om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor hade gjort om att våld mot kvinnor var ett stort problem i Turkiet.

Notera att statistiska uppgifter inte alltid behövs för att bevisa indirekt diskriminering. Huruvida statistik behövs för att bevisa påstådd diskriminering beror på de faktiska omständigheterna i det aktuella målet. Framför allt kan det räcka som bevis hur andra som tillhör samma skyddade kategori har agerat eller vad dessa tycker.

Exempel: I målet *Oršuš m.fl. mot Kroatien* hade vissa skolor infört klasser som följde en reducerad läroplan jämfört med andra klasser. Det hävdades att dessa klasser innehöll oproportionerligt många romska elever och därmed innebar indirekt diskriminering på grund av etniskt ursprung. Regeringen gjorde gällande att klasserna satts samman på grundval av kunskaperna i kroatiska och att eleverna förflyttades till en vanlig klass när de bedömdes ha tillräckligt goda språkkunskaper. Europadomstolen fann att till skillnad från i målet *D.H. m.fl.* kunde man inte enbart av statistiken presumera diskriminering. I en skola var 44 procent av eleverna romer varav 73 procent gick i klasser med enbart romer. I en annan skola var 10 procent av eleverna romer och 36 procent av dessa gick i klasser med bara romer. Härigenom bekräftades att det inte fanns någon allmän policy om att automatiskt placera romer i separata klasser. Europadomstolen konstaterade emellertid att det gick att fastställa indirekt diskriminering utan att grunda detta på statistiska uppgifter. Åtgärden att placera elever i separata klasser på grund av bristande kunskaper i kroatiska tillämpades här bara på romska elever. Därför kunde man anta att det rörde sig om särbehandling.²⁶⁹

²⁶⁹ Europadomstolens dom av den 16 mars 2010 i målet *Oršuš m.fl. mot Kroatien* (stor avdelning) (klagomål nr 15766/03), punkterna 152 och 153.

Exempel: Ett mål vid den slovenska likabehandlingsmyndigheten rörde en arbetsgivare som tillhandahöll måltider för arbetstagarna där det ofta ingick produkter tillverkade av kött eller fett från gris. En muslimsk anställd begärde att få det alternativa månatliga mattillägget för att köpa sin egen mat som arbetsgivaren annars bara betalade ut till anställda som visade att de av medicinska skäl var tvungna att äta annan mat.²⁷⁰ Detta innebar indirekt diskriminering eftersom en praxis som var skenbart neutral hade inneboende negativa konsekvenser för muslimer som inte får lov att äta fläskkött. I detta mål var det inte nödvändigt att lägga fram statistisk bevisning för att visa att bestämmelsen missgynnade muslimer. Det räckte att hänvisa till att det av muslimernas religionsutövning är lätt att slå fast att de inte får äta fläskkött.

Exempel: Ett mål vid de brittiska domstolarna rörde en arbetsgivare som förbjöd sina anställda att bära smycken (även av religiösa skäl) på utsidan av sina uniformer.²⁷¹ En kristen anställd hävdade att detta innebar diskriminering på grund av hennes religion eftersom hon inte tilläts bära ett kors. Under målet och efterföljande överklaganden konstaterade domstolarna att detta kunde innebära indirekt diskriminering på grund av religion, om det gick att visa att bärandet av ett kors var ett villkor för den kristna tron. För att se om så var fallet vände sig den brittiska arbetsmarknadsdomstolen till experter på kristendomsutövning, i stället för att använda statistisk bevisning om antalet kristna som bär religiösa symboler på sin arbetsplats.

Huvudpunkter

- Motivet bakom en mindre gynnsam behandling är irrelevant. Det är effekten som är viktig.
- Enligt EU-lagstiftningen är det inte nödvändigt att fastställa ett identifierbart offer.
- Det är klaganden som har den ursprungliga bevisbördan för att visa att diskriminering har ägt rum.
- Statistisk bevisning kan användas för att stödja etableringen av presumtionen om att diskriminering föreligger.

²⁷⁰ Slovenien: likabehandlingsmyndighetens beslut av den 28 augusti 2008 i ärende nr UEM-0921-1/2008-3. Engelsk sammanfattning tillgänglig via FRA:s informationsportal, mål 364-1 och Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (juli 2009), s. 64.

²⁷¹ Förenade kungariket: Court of Appeal, *Eweida mot British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 80, 12 februari 2010.

- Bevisbördan övergår sedan till den som anklagas för diskriminering, som måste visa att den mindre gynnsamma behandlingen inte baserades på en av diskrimineringsgrunderna.
- Presumtionen om att det föreligger diskriminering kan motbevisas genom att antingen visa att den drabbade inte befinner sig i en jämförbar situation som jämförelsegruppen, eller genom att visa att skillnaden i behandling grundas på en objektiv faktor som inte kan kopplas till diskrimineringsgrunden. Om den som anklagas för diskriminering inte lyckas motbevisa en sådan presumtion kan denne fortfarande försöka visa att särbehandlingen var motiverad.

Mer läsning

Bragoï, "La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur: CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007", 25 *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique* (2008), s. 18-19.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), kapitel 4 "Strategic litigation in practice".

European Network of Experts in the Non-Discrimination Field [Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling], *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxemburg, Publikationsbyrån, 2007), kapitel 3 "The role of data in ensuring compliance with equal treatment law".

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), kapitel 4 "Procedure: making a discrimination claim".

"La discrimination saisie sur le vif: le testing" [tidskrift som innehåller flera artiklar om s.k. situationsprövning (situation testing)], 5.3 *Horizons Stratégiques* (2007), tillgänglig via www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm.

Schiek, Waddington och Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), kapitel 8.5.1.E "Situation testing".

Förteckning över mål

Rättspraxis vid Internationella domstolen

Nottebohm (Liechtenstein mot Guatemala), ICJ Reports [1955] 4, 6 april 1955 108

Rättspraxis vid EG-domstolen

Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, mål C-407/98 [2000]..... 40
Allonby mot Accrington & Rossendale College m.fl., mål C-256/01 [2004]..... 24
Angelidaki m.fl. mot Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis,
mål C-378/07 [2009]..... 78

Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group, mål C-262/88 [1990]67
Bilka-Kaufhaus GmbH mot Weber Von Hartz, mål 170/84 [1986].....45
Blaizot m.fl. mot Université de Liège m.fl., mål 24/86 [1988]..... 68
Brottmål mot Even, mål 207/78 [1979] 71
Brottmål mot Mutsch, mål 137/84 [1985]72
Burton mot British Railways Board, mål 19/81 [1982]67

Casagrande mot Landeshauptstadt München, mål 9/74 [1974]72
*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot
Firma Feryn NV*, mål C-54/07 [2008] 125
Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA, mål C-13/05 [2006] 100
Chen mot Secretary of State for the Home Department, mål C-200/02 [2004] 108
Coleman mot Attridge Law och Steve Law, mål C-303/06 [2008] 28
Cristini mot SNCF, mål 32/75 [1975] 71

<i>De Weerd, född Roks, m.fl. mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.,</i> mål C-343/92 [1994]	31, 97, 132
<i>Defrenne mot Sabena,</i> mål 43/75 [1976]	
<i>Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus,</i> mål C-177/88 [1990].....	26
<i>Garland mot British Rail Engineering Limited,</i> mål 12/81 [1982].....	67
<i>Gerster mot Freistaat Bayern,</i> mål C-1/95 [1997]	132
<i>Gravier mot Ville de Liège m.fl.,</i> mål 293/83 [1985]	67
<i>Groener mot Minister for Education och the City of Dublin Vocational Educational Committee,</i> mål C-379/87 [1989].....	115
<i>Hilde Schönheit mot Stadt Frankfurt am Main och Silvia Becker mot Land Hessen,</i> de förenade målen C-4/02 och C-5/02 [2003]	30, 132
<i>Hill och Stapleton mot The Revenue Commissioners och Department of Finance,</i> mål C-243/95 [1998]	91
<i>Hütter mot Technische Universität Graz,</i> mål C-88/08 [2009]	138
<i>Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting,</i> mål C-236/98 [2000]	66
<i>Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,</i> mål 222/84 [1986].....	47
<i>K.B. mot National Health Service Pensions Agency,</i> mål C-117/01 [2004].....	92
<i>Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen,</i> mål C-450/93 [1995].....	40
<i>Kohll mot Union des Caisses de Maladie,</i> mål C-158/96 [1998]	75
<i>Kommissionen mot Frankrike,</i> mål 318/86 [1988]	48, 71
<i>Kommissionen mot Frankrike,</i> mål C-35/97 [1998]	48, 71
<i>Kommissionen mot Tyskland,</i> mål 248/83 [1985]	48
<i>Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg,</i> mål C-33/89 [1990].....	31, 132
<i>Kreil mot Tyskland,</i> mål C-285/98 [2000].....	50
<i>Lewen mot Denda,</i> mål C-333/97 [1999].....	67
<i>Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij,</i> mål C-476/99 [2002].....	66
<i>Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern,</i> mål C-207/98 [2000]	138
<i>Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen,</i> mål C-409/95 [1997]	40
<i>Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen,</i> mål C-267/06 [2008].....	27

<i>Matteucci mot Communauté française de Belgique</i> , mål 235/87 [1988]	72
<i>Megner och Scheffel mot Innungskrankenkasse Vorderpfalz</i> , mål C-444/93 [1995]	96
<i>Meyers mot Adjudication Officer</i> , mål C-116/94 [1995]	65, 66
<i>Müller Fauré mot Onderlinge Waarborgmaatschappij</i> , mål C-385/99 [2003]	75
<i>Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg</i> , mål C-184/89 [1991]	31, 132
<i>Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover</i> , mål C-317/93 [1995]	31, 96, 132
<i>P. mot S. och Cornwall County Council</i> , mål C-13/94 [1996]	29
<i>Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA</i> , mål C-411/05 [2007]	52, 67
<i>Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen</i> , mål C-157/99 [2001]	75
<i>R mot Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith och Perez</i> , mål C-167/97 [1999]	132
<i>Reina mot Landeskreditbank Baden-Württemberg</i> , mål 65/81 [1982]	72
<i>Richards mot Secretary of State for Work and Pensions</i> , mål C-423/04 [2006]	24, 93
<i>Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung</i> , mål 171/88 [1989]	31, 132
<i>Sabbatini mot Europaparlamentet</i> , mål 20/71 [1972]	67
<i>Sahlstedt m.fl. mot kommissionen</i> , mål C-362/06 [2009]	78
<i>Schnorbus mot Land Hessen</i> , mål C-79/99 [2000]	65, 96
<i>Sirdar mot The Army Board och Secretary of State for Defence</i> , mål C-273/97 [1999]	50
<i>Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkasse AG</i> , mål C-381/99 [2001]	127
<i>Vassilakis m.fl. mot Dimos Kerkyras</i> , mål C-364/07 [2008]	78
<i>Webb mot EMO Cargo (UK) Ltd</i> , mål C-32/93 [1994]	26

Rättspraxis vid Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

<i>Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket</i> , nr 9214/80, 9473/81 och 9474/81, 28 maj 1985	110
<i>Alujer Fernández och Caballero García mot Spanien (beslut)</i> , nr 53072/99, 14 juni 2001	112
<i>Anakomba Yula mot Belgien</i> , nr 45413/07, 10 mars 2009	79, 109

<i>Andrejeva mot Lettland [stor avdelning]</i> , nr 55707/00, 18 februari 2009	63, 73, 111
<i>Aziz mot Cypern</i> , nr 69949/01, 22 juni 2004	
<i>Bączkowski m.fl. mot Polen</i> , nr 1543/06, 3 maj 2007	35, 83
<i>Balsytė-Lideikienė mot Litauen</i> , nr. 72596/01, 4 november 2008	85
<i>Barrow mot Förenade kungariket</i> , nr 42735/02, 22 augusti 2006.....	96
<i>Bessarabiska ortodoxa kyrkan m.fl. mot Moldavien</i> , nr 45701/99, 13 december 2001	114
<i>Bigaeva mot Grekland</i> , nr 26713/05, 28 maj 2009	69
<i>Bouamar mot Belgien</i> , nr 9106/80, 29 februari 1988	85, 104
<i>Buckley mot Förenade kungariket</i> , nr 20348/92, 25 september 1996.....	75
<i>Burden mot Förenade kungariket [stor avdelning]</i> , nr 13378/05, 29 april 2008	22, 25, 45
<i>C. mot Belgien</i> , nr 21794/93, 7 augusti 1996	110
<i>Campbell och Cosans mot Förenade kungariket</i> , nr 7511/76 och 7743/76, 25 februari 1982.....	114
<i>Carson m.fl. mot Förenade kungariket [stor avdelning]</i> , nr 42184/05, 16 mars 2010	22, 25, 63, 120
<i>Castells mot Spanien</i> , nr 11798/85, 23 april 1992	83, 119
<i>Cha'are Shalom Ve Tsedek mot Frankrike [stor avdelning]</i> , nr 27417/95, 27 juni 2000	112
<i>Chahal mot Förenade kungariket</i> , nr 22414/93, 15 november 1996	110
<i>Chassagnou m.fl. mot Frankrike</i> , nr 25088/94, 28331/95 och 28443/95, 29 april 1999.....	117
<i>Christine Goodwin mot Förenade kungariket [stor avdelning]</i> , nr 28957/95, 11 juli 2002.....	93, 94
<i>D.G. mot Irland</i> , nr 39474/98, 16 maj 2002.....	85, 104
<i>D.H. m.fl. mot Tjeckien [stor avdelning]</i> , nr 57325/00, 13 november 2007.....	22, 29, 31, 127, 130, 133
<i>Dahlab mot Schweiz (beslut)</i> , nr 42393/98, 15 februari 2001	115
<i>Danilenkov m.fl. mot Ryssland</i> , nr 67336/01, 30 juli 2009.....	69, 120
<i>Demir och Baykara mot Turkiet</i> , nr 34503/97, 12 november 2008.....	69
<i>Đokić mot Bosnien och Hercegovina</i> , nr 6518/04, 27 maj 2010.....	77
<i>Dudgeon mot Förenade kungariket</i> , nr 7525/76, 22 oktober 1981.....	99
<i>E.B. mot Frankrike [stor avdelning]</i> , nr 43546/02, 22 januari 2008	62, 80, 99
<i>Engel m.fl. mot Nederländerna</i> , nr 5100/71 m.fl., 8 juni 1976	120

<i>Féret mot Belgien</i> , nr 15615/07, 16 juli 2009	85
<i>Fretté mot France</i> , nr 36515/97, 26 februari 2002	
<i>Frälsningsarméns lokalavdelning i Moskva mot Ryssland</i> , nr 72881/01, 5 oktober 2006.....	114
<i>Gaygusuz mot Österrike</i> , nr 17371/90, 16 september 1996	24, 63, 73, 111
<i>Glor mot Schweiz</i> , nr 13444/04, 30 april 2009	101
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani mot Italien</i> (nr 2), nr 26740/02, 31 maj 2007	120
<i>Handyside mot Förenade kungariket</i> , nr 5493/72, 7 december 1976.....	119
<i>Hasan och Chaush mot Bulgarien</i> [stor avdelning], nr 30985/96, 26 oktober 2000.....	114
<i>Hoogendijk mot Nederländerna</i> (beslut), nr 58641/00, 6 januari 2005	22, 131
<i>I. mot Förenade kungariket</i> [stor avdelning], nr 25680/94, 11 juli 2002. 93, 94, 94, 119	
<i>K.H. m.fl. mot Slovakien</i> , nr 32881/04, 28 april 2009	73
<i>Karner mot Österrike</i> , nr 40016/98, 24 juli 2003.....	100
<i>Köse m.fl. mot Turkiet</i> (beslut), nr 26625/02, 24 januari 2006.....	115
<i>Koua Poirrez mot Frankrike</i> , nr 40892/98, 30 september 2003.....	63, 73, 111
<i>L. mot Litauen</i> , nr 27527/03, 11 september 2007.....	94
<i>Le Pen mot Frankrike</i> (beslut), nr 18788/09, 20 april 2010	85
<i>Loizidou mot Turkiet</i> , nr 15318/89, 18 december 1996.....	58
<i>Luczak mot Polen</i> , nr 77782/01, 27 november 2007	24
<i>Mazurek mot Frankrike</i> , nr 34406/97, 1 februari 2000	80, 81, 117
<i>Medlemmar av Jehovas vittnes församling i Gldani m.fl. mot Georgien</i> , nr 71156/01, 3 maj 2007.....	84
<i>Moldovan m.fl. mot Rumänien</i> (nr 2), nr 41138/98 och 64320/01, 12 juli 2005.....	77, 79
<i>Moustaquim mot Belgien</i> , nr 12313/86, 18 februari 1991.....	23, 110
<i>Muñoz Díaz mot Spanien</i> , nr 49151/07, 8 december 2009	81
<i>Mål "avseende vissa aspekter av valet av undervisningsspråk i Belgien"</i> <i>mot Belgien</i> , nr 1474/62 m.fl., 23 juli 1968	116
<i>Nachova m.fl. mot Bulgarien</i> [stor avdelning], nr 43577/98 och 43579/98, 6 juli 2005.....	83, 84, 127, 128

<i>Opuz mot Turkiet</i> , nr 33401/02, 9 juni 2009	29, 85, 133
<i>Oršuš m.fl. mot Kroatien</i> [stor avdelning], nr 15766/03, 16 mars 2010	73, 134
<i>Paraskeva Todorova mot Bulgarien</i> , nr 37193/07, 25 mars 2010	35, 79
<i>Pearson mot Förenade kungariket</i> , nr 8374/03, 22 augusti 2006	96
<i>Petrov mot Bulgarien</i> , nr 15197/02, 22 maj 2008.....	120,
<i>Pretty mot Förenade kungariket</i> , nr 2346/02, 29 april 2002	36, 103
<i>Price mot Förenade kungariket</i> , nr 33394/96, 10 juli 2001	102
<i>Rasmussen mot Danmark</i> , nr 8777/79, 28 november 1984.....	80, 82, 82
<i>S.L. mot Österrike</i> , nr 45330/99, 9 januari 2003.....	98
<i>Sahin mot Tyskland</i> [stor avdelning], nr 30943/96, 8 juli 2003	81, 120
<i>Schwizgebel mot Schweiz</i> , nr 25762/07, 10 juni 2010.....	103,
<i>Scientologikyrkan i Moskva mot Ryssland</i> , nr 18147/02, 5 april 2007	114
<i>Šečić mot Kroatien</i> , nr 40116/02, 31 maj 2007	83
<i>Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina</i> [stor avdelning], nr 27996/06 och 34836/06, 22 december 2009	106, 107
<i>Sidabras och Džiautas mot Litauen</i> , nr 55480/00 och 59330/00, 27 juli 2004.....	62, 69
<i>Sławomir Musiał mot Polen</i> , nr 28300/06, 20 januari 2009	73
<i>Smith och Grady mot Förenade kungariket</i> , nr 33985/96 och 33986/96, 27 september 1999	77
<i>Socialistpartiet m.fl. mot Turkiet</i> , nr 21237/93, 25 maj 1998.....	83
<i>Sommerfeld mot Tyskland</i> [stor avdelning], nr 31871/96, 8 juli 2003.....	61, 80, 81, 120
<i>Stec m.fl. mot Förenade kungariket</i> [stor avdelning], nr 65731/01 och 65900/01, 12 april 2006.....	63, 95
<i>Steel och Morris mot Förenade kungariket</i> , nr 68416/01, 15 februari 2005.....	119
<i>T. mot Förenade kungariket</i> [stor avdelning], nr 24724/94, 16 december 1999.....	36, 103, 104,
<i>Thlimmenos mot Grekland</i> [stor avdelning], nr 34369/97, 6 april 2000	36,
<i>Timishev mot Ryssland</i> , nr 55762/00 och 55974/00, 13 december 2005	106, 107, 127, 127
<i>Turan Cakir mot Belgien</i> , nr 44256/06, 10 mars 2009.....	83, 83
<i>Ünal Tekeli mot Turkiet</i> , nr 29865/96, 16 november 2004	91
<i>V. mot Förenade kungariket</i> [stor avdelning], nr 24888/94, 16 december 1999	104
<i>Van Kück mot Tyskland</i> , nr 35968/97, 12 juni 2003.....	94

<i>Walker mot Förenade kungariket</i> , nr 37212/02, 22 augusti 2006.....	96
<i>Weller mot Ungern</i> , nr 44399/05, 31 mars 2009.....	28, 63, 120
<i>Willem mot Frankrike</i> , nr 10883/05, 16 juli 2009	85
<i>Wintersberger mot Österrike (beslut)</i> , nr 57448/00, 27 maj 2003.....	42

<i>Zarb Adami mot Malta</i> , nr 17209/02, 20 juni 2006.....	29, 61, 92
<i>Zeibek mot Grekland</i> , nr 46368/06, 9 juli 2009	109

Rättspraxis vid Europeiska kommittén för sociala rättigheter

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) mot Bulgarien</i> , nr 41/2007, 3 juni 2008.....	126
---	-----

<i>SUD Travail Affaires Sociales mot Frankrike</i> , nr 24/2004, 8 november 2005.....	126
---	-----

Rättspraxis vid FN:s kommitté för mänskliga rättigheter

<i>Diergaardt m.fl. mot Namibia</i> , meddelande nr 760/1997, 6 september 2000	116
--	-----

Rättspraxis vid nationella domstolar

Belgien – Correctionele Rechtbank van Antwerpen, 7 december 2004	76
--	----

Bulgarien – Regiondomstolen i Sofia, beslut nr 164 i civilmål nr 2860/2006, 21 juni 2006.....	34
--	----

Cypern – Likabehandlingsmyndighet, ref. A.K.I. 37/2008, 8 oktober 2008.....	33, 37, 74, 135,
--	------------------

Finland – Vasa förvaltningsdomstol, nr 04/0253/3.....	51
---	----

Förenade kungariket – House of Lords, <i>James mot Eastleigh Borough Council</i> [1990] UKHL 6, 14 juni 1990	26
---	----

Förenade kungariket – UK Court of Appeal, <i>Eweida mot British Airways Plc</i> [2010] EWCA Civ 80, 12 februari 2008.....	135
--	-----

Förenade kungariket – UK Court of Appeal, <i>Islington London Borough Council mot Ladele (med Liberty som intervenient)</i> [2009] EWCA Civ 1357, 12 februari 2010	113
---	-----

Förenade kungariket – <i>UK Employment Appeals Tribunal, MacCulloch mot Imperial Chemical Industries Plc</i> [2008] IRLR 846, 22 juli 2008.....	53
Förenade kungariket – UK High Court, <i>Amicus MSF Section, R (on the application of) mot Secretary of State for Trade and Industry</i> [2004] EWHC 860 (Admin), 26 april 2004	51
Frankrike – Appellationsdomstolen i Nîmes, <i>Lenormand mot Balenci</i> , nr 08/00907, 6 november 2008	75
Frankrike – Förvaltningsdomstolen i Rouen, <i>Boutheiller mot Ministère de l'éducation</i> , dom nr 0500526 3, 24 juni 2008.....	37
Frankrike – Kassationsdomstolen (avdelningen för brottmål), nr M 08-88.017 och nr 2074, 7 april 2009	75
Österrike – Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 januari 2006.....	74
Österrike – Likabehandlingskommissionen, Senate III	107
Slovenien – Likabehandlingsmyndigheten, ärende nr UEM-0921 1/2008 3, 28 augusti 2008	135
Sverige – Högsta domstolen, <i>Escape Bar & Restaurant mot Ombudsmannen mot etnisk diskriminering</i> , mål T 2224-07, 1 oktober 2008.....	74, 131
Sverige – <i>HomO</i> , ärende nr 262/06, 21 juni 2006	
Sverige – Svea hovrätt, <i>Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning mot A.S.</i> , mål T-3562-06, 11 februari 2008.....	33, 75
Ungern – Likabehandlingsmyndigheten, beslut nr 654/2009, 20 december 2009	33
Ungern – Likabehandlingsmyndigheten, ärende nr 72, april 2008	33, 74, 135



Förteckning över rättstexter

Internationella instrument

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
(13 december 2006)

FN:s konvention om barnets rättigheter (20 november 1989)

FN:s tortyrkonvention (10 december 1984)

FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor
(18 december 1979)

FN:s konvention om avskaffande av alla former av diskriminering (4 januari 1969)

Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
(16 december 1966)

Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
(16 december 1966)

Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de
grundläggande friheterna (4 november 1950)

Allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna (10 december 1948)

EU-instrument

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (13 december 2007)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning) (5 juli 2006)

Rådets direktiv 2004/113/EG om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster (13 december 2004)

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (7 december 2000)

Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling (27 november 2000)

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

Rådets förklaring om genomförandet av kommissionens rekommendation om skydd av kvinnors och mäns värdighet på arbetsplatsen som innefattar en uppförandekodex i syfte att bekämpa sexuella trakasserier (19 december 1991)

Kommissionens rekommendation 92/131/EEG om skydd av kvinnors och mäns värdighet på arbetsplatsen (27 november 1991)

Rådets direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (19 december 1978)

Rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (9 februari 1976)

Fördraget om inrättande av Europeiska ekonomiska gemenskapen (25 mars 1957)

Ytterligare material tillgängligt på CD-ROM

- i. Rådets direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (19 december 1978) [DE – EN – FR]
- ii. Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, nr 22, 2010 [EN – FR]
- iii. Europeiska kommissionen, *Bekämpning av diskriminering – En utbildningshandbok*, 2006 [DE – EN – FR]
- iv. European Network of Equality Bodies (Equinet), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*, Volym I [EN – FR], Volym II [EN – FR], Volym III [EN – FR], Volym IV [EN]
- v. European Network of Equality Bodies (Equinet), *Combating Discrimination in Goods and Services*, 2004 [EN – FR]
- vi. Europeisk unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA), *The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union*, 2010 [EN]
- vii. Fallstudier rörande artiklarna 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 och 14 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt artikel 1 i protokoll 1 till konventionen [DE – EN – FR]
- viii. Sammanfattning på ungerska av ett urval domar från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna [HU]

Internetkällor

Källa	Webbadress ²⁷²
FRA:s informationsportal	http://infoportal.fra.europa.eu
FRA:s rapport <i>The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union</i> , 2010	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Europarådets webbplats för fortbildning av rättstillämpare i mänskliga rättigheter	www.coehelp.org
Europarådets handböcker om mänskliga rättigheter (Human Rights Handbooks)	www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Grgić, Mataga, Longar och Vilfan, <i>The Right to Property under the ECHR</i> , Human Rights Handbooks, nr 10, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Kilkelly, <i>The Right to Respect for Private and Family Life</i> , Human Rights Handbooks, nr 1, 2001	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636
Murdoch, <i>Freedom of Thought, Conscience and Religion</i> , Human Rights Handbooks, nr 2, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
Europarådet, "Fallstudie 15, gripande, häktning och misshandel av en romsk man", 2007	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1

272 Alla länkar öppnas den 23 November 2011.

Källa	Webbaddress
Protokoll 12 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (ETS nr 177), Förklarande rapport, punkt 22	http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm
Equinet, <i>Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice</i> , Volymerna I-IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Equinet, <i>Combating Discrimination in Goods and Services</i> , 2004	www.equineteurope.org/68.html
Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om likabehandling, "News Report"	www.non-discrimination.net/news
"Yogyakartapinciperna om tillämpning av internationell människorätt i samband med sexuell läggning och könsidentitet"	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
Europeiska kommissionen, <i>Bekämpning av diskriminering - En utbildningshandbok</i> , 2006	http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=sv



Kommentar till rättspraxishänvisningarna

Ovanstående rättspraxis ger läsaren den information som behövs för att hitta hela domen i det mål som tas upp. Detta kan vara användbart om läsaren vill veta mer om hur respektive domstol resonerade innan de kom fram till det aktuella beslutet.

De flesta av de mål som tas upp i denna publikation är mål som antingen har avgjorts vid EG-domstolen eller vid Europadomstolen. Resten av diskussionen fokuserar därför på dessa. Liknande tekniker kan dock tillämpas när man använder nationella databaser.

För att hitta Europadomstolens rättspraxis kan man gå in på Europadomstolens portal HUDOC. Här får man gratis tillgång till Europarådets rättspraxis: www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/. Portalen HUDOC har en användarvänlig sökmotor som gör det lätt att hitta den rättspraxis som önskas. Enklast hittar man det mål man söker genom att skriva in klagomålets nummer i rutan "Application Number".

För att hitta EG-domstolens rättspraxis kan man använda CURIA sökmotorn på webbplatsen curia.europa.eu. Här får man gratis tillgång till EG-domstolens rättspraxis: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=sv>. Sökmotorn är användarvänlig och gör det lätt att hitta den rättspraxis som önskas. Enklast hittar man det mål man söker genom att skriva in målnumret i rutan "Case number".

I dessa två sökmotorer (eller den sökmotor som väljs) går det även bra att bläddra bland målen efter datum. Att hitta det mål som önskas genom att bläddra bland

datum för domen har förenklats genom att alla mål som tas upp i handboken anges tillsammans med det datum då domen meddelades.

Domstolsverket ger ut ett elektroniskt nyhetsbrev med intressanta mål som varit uppe i Europadomstolen: www.domstol.se/Ladda-ner--bestall/Nytt-fran-Europadomstolen/

Domstolsverkets nyhetsbrev om EU-rätt innehåller bland annat information om EU-domstolens praxis: www.domstol.se/Ladda-ner--bestall/Nyhetsbrev-om-EG-ratt/

Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter
Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna – Europarådet

En handbok i europeisk diskrimineringsrätt

2011 — 152 p. — 14,8 × 21 cm

ISBN 978-92-871-9983-6 (Europarådet)

ISBN 978-92-9192-871-2 (FRA)

doi:10.2811/11993

En stor mängd övrig information om Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter är tillgänglig på internet via FRA:s hemsida (<http://fra.europa.eu>).

Ytterligare information om avgöranden från Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna fås på dess hemsida: www.echr.coe.int. Sökportalen HUDOC innehåller domar och beslut på engelska och/eller franska, översättningar till andra språk, månadsblad med nyheter om de senaste avgörandena, presskommunikéer samt andra upplysningar om Europadomstolens aktiviteter.

Hur hittar man eu:s publikationer?

Gratispublikationer:

- Genom EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- Hos Europeiska unionens representationer och delegationer. Adressuppgifter finns på internet (<http://ec.europa.eu>) eller kan fås från fax +352 2929-42758.

Avgiftsbelagda publikationer:

- Genom EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Avgiftsbelagda prenumerationer (t. ex. årsabonnemang på *Europeiska unionens officiella tidning* eller på *rättsfallssamlingen från Europeiska unionens domstol*):

- Genom ett av Europeiska unionens publikationsbyrås försäljningsombud (http://publications.europa.eu/others/agents/index_sv.htm).

Hur få tag på Europarådets publikationer

Europarådets publikationsavdelning ger ut verk om Europarådets olika aktivitetsområden såsom mänskliga rättigheter, rättsutveckling, hälsa, etik, sociala frågor, miljö, utbildning, kultur, sport, ungdomsfrågor och arkitektur. Internetbokhandeln <http://book.coe.int/> har ett omfattande sortiment och förmedlar både tryckta och e-böcker.

Besökare på webbplatsen kan kostnadsfritt läsa utdrag ur nyligen utgivna publikationer samt vissa officiella dokument i fulltext.

Europarådets konventioner i fulltext samt andra upplysningar om dessa fås på traktatenhetens webbplats: <http://conventions.coe.int/>.

Enligt den europeiska diskrimineringsrätten, såsom denna tar sig uttryck i EU:s likabehandlingsdirektiv, och enligt artikel 14i och protokoll 12 till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, är diskriminering förbjudet i många olika sammanhang och på många olika grunder. Denna handbok behandlar den europeiska diskrimineringsrätten som bygger på dessa två källor som två kompletterande system. I den mån systemen överlappar behandlas de tillsammans. I den mån de skiljer sig åt belyses de skillnader som finns. Med tanke på den omfattande rättspraxis som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna och Europeiska unionens domstol har utvecklat på diskrimineringsområdet har vi därför tagit fram denna lättillgängliga handbok med åtföljande CD-ROM. Handboken är avsedd för rättstillämpare i EU:s och Europarådets medlemsländer och i andra länder, t.ex. domare, åklagare, advokater och poliser.

EUROPEISKA UNIONENS BYRÅ FÖR GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHETER

Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Wien – Österrike
Tfn +43 (1) 580 30-60 – Fax +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu

EUROPADOMSTOLEN FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA EUROPARÅDET

67075 Strasbourg Cedex – Frankrike
Tfn +33 (0) 3 88 41 20 18 – Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int – publishing@echr.coe.int



Publikationsbyrån

ISBN 978-92-871-9983-6

ISBN 978-92-871-9983-6



9 789291 928712