Hur ett generellt förbud mot diskriminering i grundlagen kan utformas

Av juristen Alexander Ottosson[1]

År 1971 åtog sig Sverige att införa ett generellt förbud mot diskriminering genom att ratificera FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. Sverige lever fortfarande inte upp till detta åtagande, vilket har lett till kritik från FN:s kommitté för mänskliga rättigheter. I den här artikeln föreslås att ett generellt diskrimineringsförbud införs i grundlagen som uppställer likabehandling som huvudregel, men som under vissa förutsättningar tillåter missgynnanden som bör anses berättigade i ett demokratiskt välfärdssamhälle.

1 Inledning

För mer än fyrtio år sedan åtog sig Sverige att införa ett generellt förbud mot diskriminering genom att ratificera FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR).[2] Detta åtagande är särskilt viktigt eftersom likabehandling och icke-diskriminering är grundläggande värden inte bara inom folkrätten utan även för det svenska statsskicket.[3]

Artikel 26 i ICCPR kräver att diskriminering oavsett grund ska vara förbjudet inom alla samhällsområden och såväl genom normgivning som genom faktiskt handlande.[4] Något generellt förbud mot diskriminering har emellertid aldrig införts i svensk rätt. Senast i april 2016 riktade FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (HRC) kritik mot Sverige för att Sveriges rättsliga ramverk mot diskriminering fortfarande inte är heltäckande på det sätt som krävs enligt ICCPR.[5]

[1] Artikeln är ett resultat av den forskning som författaren bedrivit som forskningsstipendiat på Centrum för rättvisa finansierad med stöd av Axel och Margaret Ax:son Johnsons stiftelse för allmännyttiga ändamål. Författaren vill rikta ett varmt tack till sina kollegor på Centrum för rättvisa samt till Simon Sjöström Grönkvist, Oskar Söderlund, Jacob Gustafsson och Gunilla Troedsson för värdefulla synpunkter på tidigare versioner av denna text. Ett särskilt tack tillägnas Centrum för rättvisas chef Fredrik Bergman som bidragit med konstruktiva synpunkter, insikter och råd genom hela arbetets gång.

[2] FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, SÖ 1971:42.

[3] Se 1 kap. 2 och 9 §§ regeringsformen. Se även t.ex. Holmberg m.fl., *Grundlagarna: regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*, 2012, s. 50 och Joseph och Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2013, s. 760.

[4] Joseph och Castan, a.a. s. 767.

[5] Se FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *Sammanfattande kommentarer om Sveriges sjunde periodiska rapport*, CCPR/C/SWE/CO/7, 2016. Liknande kritik har framförts i Europakommissionen mot rasism och intolerans, *ECRI-rapport om Sverige*

Svensk rätt innehåller en rad olika diskrimineringsförbud. Enligt diskrimineringslagen (2008:567) är diskriminering förbjudet inom vissa samhällsområden[6] och på sju särskilt angivna diskrimineringsgrunder[7]. I 1 kap. 9 § regeringsformen uppställs krav på saklighet och opartiskhet jämte ett förbud mot diskriminerande rättstillämpning i offentlig verksamhet. I 2 kap. 12 och 13 §§ regeringsformen förbjuds diskriminerande normgivning på fyra olika grunder.[8] I 2 kap. 21 § regeringsformen anges att det inte är tillåtet att inskränka grundläggande rättigheter enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. I artikel 14 i Europakonventionen och artikel 21 i EU:s rättighetsstadga förbjuds däremot diskriminering oavsett grund.[9] De europarättsliga förbuden gäller dock uteslutande inom tillämpningsområdet för Europakonventionen respektive EU-rätten.[10]

Regleringen som redogjorts för ovan är, om än vidsträckt, inte heltäckande. Det saknas även enhetliga regler för hur enskilda kan göra sin rätt att inte utsättas för diskriminering rättsligt gällande och vilken rättsföljd som inträder när diskriminering har konstaterats. Sammantaget är det mycket svårt att överblicka vilka konsekvenser för enskildas rättighetsskydd detta fragmentariska regelsystem har i praktiken.

År 2008 uttryckte regeringen i propositionen till den nya diskrimineringslagen att det kan ”vara av intresse att undersöka om det är lämpligt och möjligt att utforma ett generellt och heltäckande diskrimineringsförbud med utgångspunkt i principen om alla människors lika värde och rättigheter”.[11] Lagrådet framhöll att detta var angeläget även med hänsyn till enhetlighet och enkelhet i rättstillämpningen.[12]

Senast år 2016 berördes frågan om förutsättningarna för att införa ett generellt diskrimineringsförbud i en offentlig utredning. Ett sådant förbud bedömdes vara det ”utan tvekan” bästa sättet att garantera ett heltäckande rättsligt skydd mot all diskriminering i samhället. Detalj-

(fjärde övervakningsomgången), CRI(2012)46, s. 13 ff.; Den rådgivande kommittén för ramkonventionen om skydd för nationella minoriteter, *Fjärde yttrandet om Sverige,* ACFC/OP/IV(2017)004, punkt 10 och 24 och FN:s råd för mänskliga rättigheter, Rapport från arbetsgruppen för allmän periodisk översyn: Sverige, A/HRC/29/13, 2015, s. 16 ff. Se även kritik och förslag från remissinstanserna i samband med 2010 års grundlagsreform, prop. 2009/10:80 s. 153 f.

[6] De samhällsområden som omfattas inkluderar bland annat arbetslivet, utbildning, tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder samt hälso- och sjukvård.

[7] Kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder.

[8] Etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande och sexuell läggning (2 kap. 12 §) samt kön (2 kap. 13 §).

[9] Se dock Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights,* Human Rights Law Review, 2013 s. 105 om begränsningen till personliga egenskaper som tillämpats av Europadomstolen i t.ex. Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen mot Danmark (7.12.1976, 5095/71 5920/72 5926/72).

[10] Se t.ex. Fábián mot Ungern (5.9.2017, 78117/13), § 112 avseende omfångskriteriet i artikel 14 i Europakonventionen och artikel 51 i EU:s rättighetsstadga samt mål C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, §§ 18–21 avseende omfångskriteriet i EU-rätten.

[11] Prop. 2007/08:95 s. 111.

[12] A.prop. s. 759.

erna kring förbudets utformning ansågs dock inte ligga inom ramen för den aktuella utredningens uppdrag. Utredningen föreslog därför att regeringen skulle tillsätta en ny offentlig utredning med uppdrag att undersöka förutsättningarna och formerna för införandet av ett generellt diskrimineringsförbud.[13] En sådan utredning har ännu inte kommit till stånd.

Syftet med den här artikeln är att utreda hur ett generellt diskrimineringsförbud i svensk rätt skulle kunna utformas. Olika överväganden gör sig dock gällande avseende diskriminering från det allmänna och diskriminering mellan enskilda. Artikeln har därför avgränsats till att avse hur enskilda kan ges ett effektivt skydd mot diskriminering gentemot det allmänna, vilket framstår som ett logiskt första steg.

En utmaning med att utforma ett generellt förbud mot diskriminering från det allmänna är att det riskerar att bli alltför långtgående. Denna risk är sannolikt en av anledningarna till att Sverige ännu inte har infört ett generellt förbud.[14] När ett diskrimineringsförbud är generellt och inte avgränsas till de traditionella diskrimineringsgrunderna, såsom etnicitet, kön och religion, kan nämligen onödiga rättsliga hinder för olika former av berättigad särbehandling uppstå. Sådana hinder kan i värsta fall leda till att statsapparaten paralyseras.[15] Ett generellt förbud mot diskriminering i svensk rätt måste därför utformas med sådan omsorg och precision att de missgynnanden som är nödvändiga i ett demokratiskt välfärdssamhälle förblir tillåtna. Det skulle till exempel kunna röra sig om subventioner och bidrag som av legitima skäl enbart gynnar vissa grupper.

Vid utformningen av förbudet är det naturligt att ta avstamp i FN:s kritik och de krav som uppställs i artikel 26 i ICCPR. Det är även lämpligt att titta närmare på det generella diskrimineringsförbudet i artikel 1 i tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen, som Sverige ännu inte har ratificerat. Därutöver finns skäl att hämta inspiration från den amerikanska rättsordningen som under lång tid har brottats med frågor om diskriminering med utgångspunkt i ett generellt förbud.[16]

2 Bestämmelsens status, utformning och tillämpning

2.1 Rättslig status

Införandet av ett generellt förbud mot diskriminering från det allmänna kan ske på olika sätt. Följande alternativ ligger närmast till hands: reformera diskrimineringslagen, stifta en ny lag, ratificera

[13] SOU 2016:87 s. 499 f.
[14] Jfr prop. 1975/76:209 s. 99.
[15] Wintemute, *Filling the Article 14 "Gap": Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR: Part 2,* European Human Rights Law Review, 2004 s. 491.
[16] Den amerikanska konstitutionen innehåller ett generellt diskrimineringsförbud i fjortonde tillägget. Se t.ex. Calabresi, *Does the Fourteenth Amendment Guarantee Equal Justice for All*, Harvard Journal of Law and Public Policy, 2011 s. 150 ff. och Jonsson Cornell, *Komparativ konstitutionell rätt: en lärobok*, 2015, s. 255 för en kort bakgrund till olika frågor som har hanterats med hänvisning till fjortonde tillägget.

tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen eller införa en ny bestämmelse i regeringsformen.

Ett förbud som i huvudsak syftar till att skydda minoriteter bör som utgångspunkt vara grundlagsfäst för att inte kunna upphävas av en tillfällig majoritet — och för att möjliggöra att diskriminerande lagstiftning kan åsidosättas genom lagprövning. Det är även en stående rekommendation från HRC att rättigheterna i ICCPR ges konstitutionell status.[17] Detta talar emot att stifta en ny lag eller att reformera diskrimineringslagen. Däremot vore det med hänsyn till Europakonventionens ställning i svensk rätt fortfarande tänkbart att ratificera tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen.

Med hänvisning till att Europakonventionen endast är tänkt att utgöra ett minimiskydd för fri- och rättigheter finns dock skäl att inte *enbart* ratificera tilläggsprotokoll 12 och uteslutande förlita sig på konventionen.[18] Sverige bör ha en högre ambition för mänskliga rättigheter än att enbart upprätthålla en miniminivå.[19] Högsta domstolen har i denna anda uttalat att Europakonventionen som svensk lag, SFS 1994:1219, kan tolkas och preciseras så att den ger enskilda längre gående rättigheter i svensk rätt än vad som följer av Europakonventionens folkrättsliga minimiskydd.[20] Detta är dock enklare sagt än gjort.

Så länge Europakonventionen tillämpas kommer Europadomstolens vägledning att vara avgörande, vilket riskerar att göra den nationella rättsutvecklingen beroende av Europadomstolens utveckling av Europakonventionen. Detta gör det mycket svårt att utveckla ett fullgott nationellt skydd som en självständig skyddsnivå ovanför den europeiska miniminivån.[21] Med hänsyn till den överbelastning som Europadomstolen alltjämt lider av går det inte heller att räkna med att domstolen alltid och i alla avseenden kommer att kunna fylla sin vägledande roll på ett effektivt sätt.[22]

Det alternativ som då återstår är att införa en ny bestämmelse i regeringsformen. En sådan bestämmelse kan utformas på ett mer ändamålsenligt, konsekvent och ingående sätt än tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen. Rättstillämparen skulle med detta alternativ inte heller behöva förlita sig på Europadomstolens vägledning — åtminstone inte i samma utsträckning. Detta gör att ett generellt diskrimineringsförbud i regeringsformen bör övervägas i första hand. Denna slutsats kommer

[17] Joseph och Castan, a.a. s. 11.
[18] Danelius, *Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis — En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna,* 2015, s. 55.
[19] Se bl.a. Victor, *Svenska domstolars hantering av Europakonventionen*, SvJT 2013 s. 396.
[20] NJA 2012 s. 1038, punkt 15.
[21] Jfr Claes och Imamovic, ”National Courts in the New European Fundamental Rights Architecture”, i Vasiliki, Skoutaris och Tzevelekos (red.), *The EU Accession to the ECHR*, 2014, *s.* 165 med hänvisning till utvecklingen i bland annat Storbritannien och Nederländerna.
[22] Jfr Köpenhamnsdeklarationen, antagen vid högnivåkonferensen om Europadomstolens framtid den 12–13 april 2018, punkterna 42–54.

att ligga till grund för den fortsatta framställningen, vilken kommer att handla om hur en sådan grundlagsbestämmelse skulle kunna utformas.

2.2 Skyddsomfång

För att avgöra vilket rättsligt skydd ett förbud mot diskriminering ska tillhandahålla måste ställning tas till vilken del av jämlikhetsbegreppet som förbudet tar sikte på. Beroende på sammanhanget gör sig olika aspekter av jämlikhet mer eller mindre gällande. Det är därför svårt att utforma ett förbud mot diskriminering efter en ”grand theory” om jämlikhet som gäller för varje fall.[23] Det mest effektiva vid utformningen av ett *generellt* diskrimineringsförbud torde vara att ha en låg tillämplighetströskel och låta förbudet inrymma såväl ”likhet inför lagen” och ”lika skydd av lagen” som ”likabehandling” och ”lika möjligheter”.[24]

En låg tillämplighetströskel förutsätter att diskriminering på alla tänkbara grunder kan prövas. En sådan ordning skulle även underlätta för rättstillämparen att uppdaga dold diskriminering och ta ställning till diskriminering på mer än en grund. Att diskriminering kan prövas oavsett grund tillåter också att fler fall hanteras som direkt diskriminering eftersom missgynnanden då kan hänföras direkt till fler grunder.[25]

Om diskrimineringsförbudet är generellt på detta sätt är det dock, rent lagtekniskt, uteslutet att enbart förbjuda diskriminering av medlemmar av särskilt utsatta grupper. Lagstiftaren kan nämligen inte på ett uttömmande sätt ange vilka grupper inom en viss diskrimineringsgrund som ska skyddas om lagen inte uttömmande anger på vilka grunder diskriminering är förbjuden.

Det generella förbudet kan med andra ord inte vara asymmetriskt utan måste förbjuda diskriminering av alla som omfattas av en aktuell diskrimineringsgrund — det vill säga vara symmetriskt. Detta torde även vara en förutsättning enligt artikel 26 i ICCPR. Det innebär att både män och kvinnor måste kunna klaga på könsdiskriminering; både unga och gamla på åldersdiskriminering; såväl skandinaver, romer och samer på etnisk diskriminering — och så vidare.[26]

Sammanfattningsvis bör diskriminering alltså kunna prövas oavsett diskrimineringsgrund och alla som omfattas av en viss grund bör skyddas av bestämmelsen.

[23] Arnardóttir, *The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights,* Human Rights Law Review, 2014 s. 669.

[24] Jfr a.a. s. 669 f. där Arnardóttir föreslår just detta i relation till artikel 14 i Europakonventionen. Arnardóttir nämner även ”lika resultat”. Eftersom detta förutsätter stark positiv särbehandling finns det av de skäl som nämns nedan i avsnitt 2.6 emellertid anledning att vara försiktig med just ett sådant jämlikhetskrav.

[25] Gerards, a.a. s. 118 f. och Arnardóttir, a.a. s. 667.

[26] Se Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, 2015, s. 61 om symmetri och asymmetri.

2.3 Intersektionalitet

En anknytande fråga till bestämmelsens skyddsomfång är hur diskriminering som kan knytas till mer än en diskrimineringsgrund, så kallad intersektionell diskriminering, bör hanteras.

Ett förbud mot att dölja sitt ansikte på allmän plats är ett exempel på vad som skulle kunna utgöra intersektionell diskriminering. Ett sådant förbud träffar bland annat muslimer; men inte alla muslimer, utan mer specifikt muslimska kvinnor; men inte alla muslimska kvinnor, utan mer specifikt muslimska kvinnor med ett visst etniskt, kulturellt och socialt ursprung. Förbudet kan därför inte prövas på ett rättvisande sätt utan att flera samspelande diskrimineringsgrunder beaktas.[27]

För att bereda väg för prövning av intersektionell diskriminering är det lämpligt att formulera diskrimineringsförbudet så att det redan av ordalydelsen framgår att diskriminering är förbjuden även på flera grunder i kombination.[28]

2.4 Diskrimineringsgrunderna

Ytterligare en fråga om bestämmelsens utformning är vilka diskrimineringsgrunder, om några, som ska räknas upp. Det finns åtminstone tre tänkbara alternativ.

Ett första alternativ är att endast ange att alla åtnjuter ett skydd mot diskriminering utan att räkna upp några diskrimineringsgrunder. Ett andra alternativ är att i bestämmelsen ange en *uttömmande* lista med kvalificerade grunder som bör utlösa striktare granskning. Det tredje alternativet är att ange en *exemplifierande* lista med diskrimineringsgrunder för att lyfta fram några kvalificerade grunder som bör utlösa striktare granskning.

Med ”kvalificerade diskrimineringsgrunder” menas i den här artikeln grunder för särbehandling eller andra former av missgynnanden som typiskt sett inte kan rättfärdigas, såsom kön, religion eller etnicitet, och som därför bör utlösa en striktare rättslig granskning.

Det som talar för att redan i bestämmelsen ange några grunder som lagstiftaren anser vara särskilt skyddsvärda är att detta kan bidra till ökad förutsebarhet i rättstillämpningen. Detta förutsebarhetsargument talar emot att inte räkna upp några diskrimineringsgrunder i bestämmelsen enligt alternativ ett.

Med hänsyn till diskrimineringsförbudets funktion som skydd mot majoritetens maktmissbruk vore det vidare rimligt om domstolarna har möjlighet att identifiera ytterligare grunder som kvalificerade i praxis. Detta argument talar emot en uttömmande lista enligt alternativ två.

[27] Roseberry, ”The Assimilationist Anti-Discrimination Paradigm and the Immigrant Muslim Woman: Suggestions on How to Re-Conceptualize Discrimination Claims” i Lawson och Schiek (red.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, 2011, s. 191.
[28] Jfr t.ex. 3.1 i Kanadas människorättslag (Candian Human Rights Act), 14(1) i Storbritanniens jämlikhetslag (UK Equality Act 2010) och 9(3) i Sydafrikanska konstitutionen (Constitution of the Republic of South Africa, 1996).

En exemplifierande lista med kvalificerade diskrimineringsgrunder enligt alternativ tre framstår därför som det mest attraktiva. Lagstiftaren skulle dock alltjämt, både för tydlighetens skull och för att inte ge rättstillämparen alltför lösa tyglar, kunna sätta upp några allmänna riktlinjer för hur olika typer av diskrimineringsgrunder ska bedömas.

I Europadomstolens praxis har etniskt ursprung[29], nationalitet[30], religion[31], kön[32], sexuell läggning[33] och utomäktenskaplig födsel[34] ansetts vara kvalificerade grunder. Europadomstolen synes dock inte ha tillämpat någon konkret modell för vad som gör en viss diskrimineringsgrund kvalificerad. Den amerikanska modellen ger därför bättre ledning.

I USA har Högsta domstolen framförallt bedömt grunder relaterade till synliga eller oföränderliga egenskaper som kvalificerade grunder — eller med amerikansk terminologi som ”suspect grounds”. Kön och etnicitet är exempel på sådana grunder.[35] Högsta domstolens förhållningssätt i detta avseende har kritiserats för att i praktiken utgöra en slags påtryckning mot medlemmar av vissa grupper att ändra eller dölja sin identitet för att undvika diskriminering.[36] Konsekvensen av att exempelvis sexuell läggning och religion inte anses vara kvalificerade grunder är nämligen att det rättsliga skyddet mot diskriminering på dessa grunder inte är särskilt starkt. Det kan leda till att personer som tillhör en minoritet med hänsyn till sexuell läggning eller religion känner sig tvungna att dölja denna del av sin identitet.

För att undvika detta ”assimileringstvång” borde även osynliga och föränderliga egenskaper i vissa fall kunna anses kvalificerade enligt svensk rätt. Framförallt bör det bli aktuellt för egenskaper som inte kan ändras eller döljas utan påtagliga konsekvenser för den enskildes självuppfattning och identitet.[37] Sådana egenskaper skulle exempelvis kunna röra sexualitet, dialekt, namn eller religion.

Vattendelaren mellan kvalificerade och icke kvalificerade grunder bör oavsett modell syfta till att separera de fall som inom ramen för rättfärdigandetestet ska vara föremål för striktare granskning från de fall som inte behöver vara det.

[29] Biao mot Danmark (24.5.2916, 38590/10), § 94 och Sander mot Förenade kungariket (34129/96, 2000–V), § 44.
[30] Gaygusuz mot Österrike (16.9.1996, 17371/90), § 42.
[31] Hoffmann mot Österrike (23.6.1993, 12875/87), § 36.
[32] Stec m.fl. mot Förenade kungariket (12.4.2006, 2006–VI), § 52 och Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket (28.5.1985, 9214/80 9473/81 9474/81), § 78.
[33] Salgueiro Da Silva Mouta mot Portugal (21.12.1999, 1999–IX), § 36.
[34] Inze mot Österrike (28.10.1987, 8695/79), § 41.
[35] Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 2015, s. 687 ff. med hänvisning till bland annat Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 488, 496 (1980) och Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, 2005, s. 688.
[36] Yoshino, *Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of "Don't Ask, Don't Tell"*, The Yale Law Journal, 1998 s. 487.
[37] Jfr Khaitan, a.a. s. 59 f.

2.5 Rättfärdigandetestet

Ett generellt diskrimineringsförbud med ett symmetriskt skyddsomfång bör inte vara absolut utan bör tillåta missgynnanden som kan anses objektiva och godtagbara. Majoriteten av de distinktioner mellan olika grupper som görs inom ramen för det allmännas verksamhet måste nämligen tillåtas för att undvika att statsapparaten paralyseras.[38] I synnerhet bör det allmänna ges ett brett handlingsutrymme när det gäller ekonomiska och sociala frågor som inte aktualiserar kvalificerade diskrimineringsgrunder eller inkräktar på grundläggande fri- och rättigheter. Så har såväl Europadomstolen och HRC som USA:s Högsta domstol resonerat.[39]

Det allmännas breda handlingsutrymme i sociala och ekonomiska frågor kan förklaras med att social och ekonomisk särbehandling är ett typiskt kännetecken för ett modernt välfärdssamhälle.[40] Enligt den svenska välfärdsmodellen kommer inte alla att ha lika rätt till förmåner, bidrag och sociala ersättningar, beskattas lika eller dra nytta av samma subventioner. Ett generellt diskrimineringsförbud utgör dock inget hinder mot denna ordning — åtminstone inte om förbudet utformas på ett ändamålsenligt sätt.

Det generella förbud som föreslås nedan utgör inte hinder för sociala reformer eller omfördelningspolitik. Det sätter endast upp de yttre ramar som behövs för att garantera att grundläggande krav på saklighet och objektivitet upprätthålls i all offentlig verksamhet — ramar som det allmänna redan i dag lär hålla sig inom större delen av tiden.

Om diskrimineringsförbudet ska fungera på det sätt som nu har beskrivits måste rättstillämparen vara olika strikt i sin granskning beroende på diskrimineringsgrunden och missgynnandets karaktär.[41] För detta måste det finnas ett analytiskt ramverk som anger grunderna för prövningen så att rättstillämpningen blir normstyrd, uppfyller grundläggande krav på förutsebarhet samt respekterar den konstitutionella maktfördelningen mellan lagstiftare och rättstillämpare. Europadomstolen, HRC och USA:s Högsta domstol tillämpar i motsvarande syfte olika typer av ”granskningsnivåer” och finner i de flesta fall att statens agerande har varit rättfärdigat.[42]

Inom ramen för en svensk bestämmelse är det lämpligt att i huvudsak behålla den proportionalitetsbedömning som redan är bekant för den svenska rättstillämparen. Något förenklat kan man säga att denna proportionalitetsbedömning går ut på att fastställa om en ingripande åtgärd är ägnad att tillgodose det åsyftade ändamålet (ändamålsenlighet), är nödvändig för att uppnå detta ändamål (nödvändighet) och

[38] Wintemute, a.a. s. 491.
[39] Fábián mot Ungern (5.9.2017, 78117/13), § 115; Chemerinsky, a.a. s. 695 och Joseph och Castan, a.a. s. 769 f.
[40] Jfr prop. 1975/76:209 s. 99.
[41] Wintemute, a.a. s. 491.
[42] A.a. s. 495; Chemerinsky, a.a. s. 687 f. och Joseph och Castan, a.a. s. 769 f.

medför fördelar som står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar den enskilde (proportionalitet i strikt mening).[43]

Med det sagt kan det ändå vara ändamålsenligt att med inspiration från Europakonventionen, ICCPR och amerikansk rätt införa en modell som tillåter rättstillämparen att göra en mer eller mindre ingående bedömning beroende på om diskrimineringsgrunden är kvalificerad eller inte. En tänkbar lösning vore att tillämpa två olika strikta proportionalitetsbedömningar — en kvalificerad bedömning, som aktualiseras när diskrimineringsgrunden är kvalificerad, och en enkel bedömning som tillämpas i övriga fall.

I 2 kap. 21 § regeringsformen anges att rättighetsbegränsande lagstiftning aldrig får gå utöver vad som är *nödvändigt* med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. Motsvarande nödvändighetskrav skulle kunna tillämpas inom ramen för den kvalificerade proportionalitetsbedömningen. Enligt den enkla proportionalitetsbedömningen bör det i stället räcka att ett missgynnande är ägnat att tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Med andra ord bör det räcka att det föreligger *ändamålsenlighet* mellan ett missgynnande och ett godtagbart ändamål.

Ändamålsenlighet föreligger om det finns skäl att tro att de medel som har använts *kan* uppnå det eftersträvande målet.[44] För att ta ett exempel: krav på att vara 18 år för att ta B-körkort missgynnar barn. Det finns samtidigt skäl att tro att missgynnandet kan uppnå det eftersträvade, och i ett demokratiskt samhälle godtagbara, ändamålet att värna trafiksäkerheten. Att sätta åldersgränsen för B-körkort vid 18 år är därför en ändamålsenlig åtgärd.

Oavsett vilken proportionalitetsbedömning som tillämpas, följer vidare av den modell som redogjorts för ovan att missgynnanden från det allmänna måste eftersträva ett ändamål som är *godtagbart* i ett demokratiskt samhälle. Detta är viktigt eftersom proportionalitet mellan medel och ändamål inte är särskilt övertygande som rättfärdigandegrund om ändamålet i sig inte är beaktansvärt.[45]

I amerikansk rätt krävs därför, beroende på granskningsnivå, att statens agerande föranleds av ett tvingande, viktigt eller legitimt intresse.[46] Det vore tänkbart att också vid den kvalificerade proportionalitetsbedömningen kräva att det finns till exempel ett angeläget allmänt

[43] Se t.ex. prop. 2016/17:180 s. 61 och Söderlund, *Regeringsformens proportionalitetskrav som grund för lagprövning och grundlagskonform tolkning i domstol efter 2010 års reform (del I)*, SvJT 2018 s. 398 ff. Se även Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, 2012, s. 3 för ett komparativt konstitutionellt perspektiv.

[44] Se Söderlund, a.a. s. 398, med hänvisningar, om hur ändamålskravet kan förstås. Se i synnerhet Bulls förklaring av ändamålsenlighet i *Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, 1997, s. 446: ”Man prövar alltså, om det finns skäl att tro, att medlet kan uppnå målet”.

[45] Jfr Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, 2003, s. 51.

[46] Chemerinsky, a.a. s. 687.

intresse. Ett sådant krav skulle ytterligare stärka skyddet mot diskriminering som sker på kvalificerade grunder.

Vissa grunder som skulle kunna anses kvalificerade är emellertid vanligt förekommande som distinktion i välfärdslagstiftningen. Lagstiftningen gör till exempel skillnad mellan personer av olika ålder avseende barnbidrag och pension.[47] Om sådan lagstiftning behövde uppfylla både krav på nödvändighet och tillgodose ett angeläget allmänt intresse finns det en risk att diskrimineringsförbudet skulle bli för långtgående. Ett kvalificerat ändamålsrekvisit skulle därför kunna innebära att kategorin ”kvalificerade grunder” behöver avgränsas mer än vad som vore önskvärt.

Det skulle vidare vara svårt att uttömmande ange i grundlagen vilka ändamål som är godtagbara — såsom har gjorts i 2 kap. 23 och 24 §§ regeringsformen avseende begränsningar av bland annat yttrandefriheten och föreningsfriheten. Det får därför räcka att i bestämmelsen ange att statens agerande måste tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Med hänsyn till systematiken i regeringsformen är det lämpligt att denna ordalydelse används och att begreppet har samma innebörd som i 2 kap. 21 § regeringsformen.

Efter att nu ha föreslagit två olika proportionalitetsbedömningar — en kvalificerad och en enkel — är nästa fråga när respektive bedömning ska aktualiseras. Med ledning av Europakonventionen, ICCPR och amerikansk rätt bör detta avgöras av på vilken grund den påstådda diskrimineringen har skett. Den kvalificerade proportionalitetsbedömningen bör aktualiseras om det allmänna har missgynnat någon på en kvalificerad diskrimineringsgrund.[48] I samtliga andra fall bör den enkla bedömningen tillämpas.

Enligt amerikansk rätt utlöses även strikt granskning, vilket till sin funktion motsvarar den föreslagna kvalificerade proportionalitetsbedömningen, om statens agerande inkräktar på vissa grundläggande rättigheter och intressen.[49] I den svenska kontexten vore det dock lagtekniskt svårt att avgränsa vilka rättigheter och intressen som bör anses tillräckligt viktiga för att en kvalificerad proportionalitetsbedömning ska göras. Svårigheterna med att göra en sådan avgränsning i lagtexten skulle medföra en risk att diskrimineringsförbudet tolkningsvis blir alltför långtgående. Vikten av olika intressen får därför framförallt vägas in i bedömningen av proportionalitet i strikt mening.

Skillnaden mellan den enkla och kvalificerade proportionalitetsbedömningen blir sammanfattningsvis att den kvalificerade bedömningen omfattar både ändamålsenlighet och nödvändighet medan den enkla bara kräver ändamålsenlighet. Oavsett bedömning görs en prövning av proportionalitet i strikt mening och det krävs alltid ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Detta rättfärdigandetest

[47] Prop. 1975/76:209 s. 97.
[48] Jfr Chemerinsky, a.a. s. 688. Se avsnitt 2.4 ovan om hur begreppet kvalificerad diskrimineringsgrund ska förstås.
[49] A.a. s. 691.

medför, om det tillämpas på ett sakligt sätt, att endast godtyckliga och illa avvägda missgynnanden underkänns.

Innan ett mer konkret förslag på bestämmelsens ordalydelse presenteras ska nu ett antal ytterligare frågor om bestämmelsens tillämpning och innebörd behandlas.

2.6 Positiv särbehandling

En central tillämpningsfråga rör det rättsliga utrymmet för positiv särbehandling. Positiv särbehandling har ingen entydig definition men syftar rent allmänt på särbehandlande åtgärder som innebär företräde, fördelar eller förmåner åt underprivilegierade eller underrepresenterade grupper i syfte att uppnå full jämlikhet i praktiken.[50]

I dag är utrymmet för positiv särbehandling i svensk rätt begränsat.[51] Positiv särbehandling får endast ske i undantagsfall och det är inte tillåtet att låta en viss egenskap automatiskt och ovillkorligt aktualisera en mer fördelaktig behandling. Eftersom kvotering innebär att den egenskap som premieras blir automatiskt utslagsgivande är kvotering enligt gällande rätt inte en tillåten form av positiv särbehandling.[52]

Frågor om positiv särbehandling har behandlats av både EU-domstolen och Europadomstolen. EU-rätten förbjuder inte positiv särbehandling, men innefattar inte heller någon skyldighet att vidta sådana åtgärder.[53] Europadomstolen har däremot i ett antal mål uttalat att underlåtenhet att försöka rätta till faktisk ojämlikhet genom särbehandling kan strida mot Europakonventionen.[54] Det är dock oklart om det är särbehandling av personer i markant annorlunda situationer eller särbehandling av personer i jämförbara situationer som avses. Bara det senare skulle utgöra positiv särbehandling.

HRC har å sin sida varit tydligare med att positiv särbehandling i vissa fall kan krävas enligt artikel 26 i ICCPR för att undanröja förhållanden som orsakar eller upprätthåller diskriminering.[55]

Trots dessa uttalanden finns det inte i dag någon konkret skyldighet för Sverige att tillämpa positiv särbehandling. Det ska dock inte uteslutas att positiv särbehandling i någon form ändå skulle kunna krävas i framtiden för att Sverige ska leva upp till sina folkrättsliga eller EU-rättsliga förpliktelser. Redan på denna grund bör det stå klart att det reformerade diskrimineringsförbudet i regeringsformen inte borde tolkas som ett förbud mot positiv särbehandling. Det innebär

[50] Se prop. 2007/08:95 s. 165 f.; EU:s byrå för grundläggande rättigheter och Europarådet, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018, s. 71 och Boddie, *The Future of Affirmative Action*, Harvard Law Review, 2016 s. 38–50.
[51] Prop. 2007/08:95 s. 167 och NJA 2006 s. 683. Se dock 2 kap. 2 § 2 p. diskrimineringslagen och 2 kap. 13 § regeringsformen.
[52] NJA 2006 s. 683 och prop. 2007/08:95 s. 167.
[53] Jfr EU:s byrå för grundläggande rättigheter och Europarådet, a.a. s. 73 ff.
[54] Se t.ex. D.H. m.fl. mot Tjeckien (13.11.2007, 2007-IV), § 175 och Stec m.fl. mot Förenade kungariket (12.04.2006, 2006–VI), § 51.
[55] HRC, Allmän kommentar nr 18, punkt 10. Se också Joseph och Castan, a.a. s. 809.

emellertid *inte* att utrymmet för positiv särbehandling enligt den nedan föreslagna grundlagsbestämmelsen bör vara större än i dag.

Den nuvarande ordningen är rimlig med hänsyn till att varje avsteg från likabehandlingsprincipen är en marsch i förrädisk terräng. Som en utgångspunkt bör utrymmet för positiv särbehandling enligt den nedan föreslagna bestämmelsen därför inte vara större än i dag. Tvärtom lär utrymmet oundvikligen bli mer begränsat. Positiv särbehandling blir nämligen på ett rättsligt plan särskilt vanskligt när diskrimineringsförbudet är generellt och likabehandlingsprincipen har en mer etablerad rättslig ställning.

I propositionen till nya diskrimineringslagen konstaterade regeringen angående ett förslag om att införa positiv etnisk särbehandling att det är svårt att avgränsa vilka målgrupper som ska gynnas i förhållande till etnicitet. Positiv särbehandling på grund av kön, åtminstone om det är juridiskt kön som åsyftas, är enklare eftersom det bara finns två kategorier. I förhållande till annan positiv särbehandling finns ofta betydligt fler kategorier eller variabler än två. Vilka som ska sättas före andra blir då, som regeringen konstaterar, en öppen fråga.[56]

Svårigheterna med att identifiera vilka som kommer att missgynnas av viss positiv särbehandling gör det även svårare att på ett övertygande sätt rättfärdiga sådan behandling. Både för det allmänna och för enskilda är det mot denna bakgrund inte alltid förutsebart om behandlingen kommer att anses strida mot diskrimineringsförbudet eller inte.

Om det allmänna trots det inför positivt särbehandlande åtgärder, eller för den delen gör andra avsteg från likabehandlingsprincipen, måste den enskilde kunna få tillåtligheten av dessa avsteg prövad i domstol. En ytterligare fråga blir då vilken rättsföljd som ska aktualiseras vid en överträdelse av diskrimineringsförbudet.

2.7 Rättsföljd

Det är i praxis etablerat att överträdelser av Europakonventionen och EU-rätten under vissa förutsättningar kan medföra skadeståndsansvar för det allmänna. Förra året infördes dessutom en bestämmelse om skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen i 3 kap. 4 § skadeståndslagen (1972:207).[57] Högsta domstolen har även i två fall klargjort att det går att få ideellt skadestånd direkt grundat på regeringsformen, åtminstone vid överträdelse av skyddet för medborgarskapet.[58]

Vid införandet av ett generellt diskrimineringsförbud i grundlagen borde lagstiftaren klargöra att skadestånd också kan utgå i förhållande till andra rättigheter i regeringsformen, inklusive vid överträdelser av diskrimineringsförbudet. Detta krävs för att diskrimineringsskyddet ska bli praktiskt och effektivt. Det är även naturligt och ur rättssystematisk synvinkel påkallat att överträdelser av rättigheterna i såväl Europa-

[57] Se prop. 2017/18:7 och Bengtsson, *Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen — den nya lagstiftningen*, SvJT 2018 s. 93–127.
[58] NJA 2014 s. 323 och NJA 2018 s. 103.

konventionen och EU:s rättighetsstadga som regeringsformen kan medföra skadestånd utifrån jämbördiga materiella förutsättningar.[59]

2.8 Sammanfattning

Sverige har sammanfattningsvis en skyldighet att införa att generellt förbud mot diskriminering. Sverige bör uppfylla denna skyldighet genom att införa ett generellt diskrimineringsförbud i grundlagen. En sådan bestämmelse bör förbjuda diskriminering på en eller flera grunder, ha ett symmetriskt skyddsomfång och innefatta två olika strikta proportionalitetsbedömningar.

Vid missgynnanden som sker på kvalificerade grunder föreslås att det ska göras en kvalificerad proportionalitetsbedömning som innefattar ändamålsenlighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening. I andra fall ska det räcka med en enkel bedömning som endast omfattar ändamålsenlighet och proportionalitet i strikt mening. Oavsett bedömning bör det allmännas agerande behöva tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle.

En icke uttömmande lista med kvalificerade diskrimineringsgrunder bör därtill framgå av bestämmelsen. Riktlinjer till rättstillämparen om vad som i övrigt skulle kunna bedömas som kvalificerade grunder kan med fördel anges i förarbetena.

Utrymmet för positiv särbehandling borde vidare, liksom i dag, vara begränsat och det bör aldrig anses förenligt med diskrimineringsförbudet att låta en viss egenskap automatiskt och ovillkorligt aktualisera en mer fördelaktig behandling. Samtidigt finns det en poäng i att uttryckligen lämna öppet för en utvidgning av vad som är tillåtet genom unions- eller konventionskonform tolkning om det skulle behövas i framtiden. Även detta bör tydliggöras i förarbetena.

Avslutningsvis borde en överträdelse av diskrimineringsförbudet kunna medföra skadeståndsansvar för det allmänna. Detta kan antingen regleras genom lag eller förtydligas i förarbetena.

[59] Se Bengtsson, a.a. s. 126; Bengtsson, *Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten*, SvJT 2014 s. 432 och 437; Mörk och Hermansson, *En enhetlig skadeståndordning vid överträdelser av grundläggande rättigheter*, SvJT 2014 s. 511 och 518 samt Crafoord, *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, SvJT 2009 s. 1067. Notera dock att skadeståndsförutsättningarna vid överträdelser av Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga inte heller i dag är desamma.

3 Utformningsförslag

Mot bakgrund av de slutsatser som dragits i denna artikel skulle det reformerade diskrimineringsförbudet i grundlagen kunna formuleras på följande sätt.

> Var och en har rätt till likabehandling och är gentemot det allmänna skyddad mot diskriminering på en eller flera grunder.
>
> Som diskriminering anses inte missgynnanden som tillgodoser ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle.
>
> Missgynnanden som sker på grund av […] eller annat liknande förhållande får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett dem.

Det första stycket anger att alla åtnjuter ett skydd mot diskriminering och att likabehandling är huvudregeln. Det andra stycket anger förutsättningarna för den enkla proportionalitetsbedömningen. Det tredje stycket anger ytterligare förutsättningar för den kvalificerade proportionalitetsbedömningen och är avsett att kompletteras med en exemplifierande lista med kvalificerade diskrimineringsgrunder.

4 Avslutande ord

I denna artikel har en möjlig utformning av ett generellt diskrimineringsförbud föreslagits. Alla aspekter och konsekvenser av införandet av ett sådant förbud har naturligtvis inte kunnat behandlas. Det är lämpligt att detta görs inom ramen för en offentlig utredning. En sådan utredning bör också ta ställning till vilka ytterligare lagändringar som behövs avseende rättsföljd, processförutsättningar och tillsyn, samt hur annan diskrimineringslagstiftning behöver anpassas.

Det har under lång tid varit angeläget att införa ett generellt diskrimineringsförbud med utgångspunkt i principen om alla människors lika värde och rättigheter. Det är rätt och rimligt att alla åtnjuter ett effektivt och likvärdigt skydd mot diskriminering. I mer än fyrtio år har Sverige även varit bunden av ett folkrättsligt åtagande att garantera enskilda ett sådant skydd. Är det inte år 2019 hög tid att vi — i linje med grunderna för vårt statsskick — börjar respektera detta åtagande?