



## PROVOCATIO

En flervetenskaplig tidskrift om mänskliga rättigheter

Title:	Tre frågor om diskriminering		
Author(s):	Lena Halldenius		
Language:	Swedish		
Keywords:	diskriminering, diskriminera, ojämlikhet, komparativt, skada, grupptillhörighet		
Journal:	Provocatio	Pages:	63-77
Year:	2015	ISSN:	2002-1631
Issue:	1	Web:	<a href="http://journals.lub.lu.se/index.php/prvc/index">http://journals.lub.lu.se/index.php/prvc/index</a>

### ABOUT PROVOCATIO

*Provocatio* is published by Human Rights Studies at Lund University [www.mrs.lu.se](http://www.mrs.lu.se). Human Rights Studies is part of the Department of History and offers a Bachelor programme and doctoral studies in human rights.

*Provocatio* aims to be a forum for critical and constructive analysis of and debate on human rights. Human rights can be many things: a legal system of principles and rules, a political language, an international practice, a philosophical idea, and a conflicting and evasive historical tradition. Human rights can serve as tools of resistance against oppression, but also as a rhetorical veneer for propaganda. Human rights are a phenomenon that needs to be studied in all this complexity.

The journal has developed out of *Skriftsamling i mänskliga rättigheter* [länk till där de finns, om de finns], which was published in seven volumes from 2010 to 2014. Like that earlier publication, *Provocatio* is an opportunity for students to get published. Some of the articles in *Provocatio* are shortened, revised versions of essays and theses by students on the Bachelor programme in Human Rights Studies at Lund University. The journal also welcomes submissions from Phd-students and researchers, as well as students on other study programmes.

The journal is not committed to any political or theoretical position, only to the potential of critical analysis. We welcome submissions with a broad range of perspectives.

### EDITORIAL TEAM

The journal has a team of two permanent editors. For each issue, one or two editorial assistants are assigned; these are students on or alumni from the Bachelor programme in Human Rights Studies.

### EDITORIAL POLICY

*Provocatio* is an open access journal, available free of charge online. Customary copyrights restrictions apply. In addition to research articles (some of which are revised student essays and theses) the journal publishes reviews of new academic literature, essays and reflections. *Provocatio* accepts texts in **Swedish, English, Danish, and Norwegian**. All submissions are reviewed by the editors. See "Instructions for authors" for further information.

### CONTACT INFORMATION

*Provocatio*

Human Rights Studies

Lund University

P.O. Box 192, SE-221 00 Lund

E-mail: [provocatio@mrs.lu.se](mailto:provocatio@mrs.lu.se)

Journal web page: <http://journals.lub.lu.se/index.php/prvc/index>

Departement web page [www.mrs.lu.se](http://www.mrs.lu.se)

# Tre frågor om diskriminering<sup>1</sup>

*Lena Halldenius*

När jag tänker på diskriminering blir jag lätt påmind om feministen och upplysningsfilosofen Mary Wollstonecraft, som i svallvågorna av den franska revolutionen skrev: ”Jag har en sådan enkel och rättfram förståelse av saker och ting att jag ogärna gör en distinktion där det inte finns någon skillnad.”<sup>2</sup> Tonen är sarkastisk, men poängen är denna: Om vi ska göra distinktioner mellan människor och behandla eller värdera dem olika, så måste det finnas en verklig skillnad som har rimlig betydelse för behandlingen eller värderingen, en skillnad som är moraliskt eller på annat sätt relevant. Finns där ingen sådan skillnad, så finns det ingen grund för distinktionen. På sitt 1790-tal försvarade Wollstonecraft jämlikhet mellan könen bland annat genom att avfärda att kön skulle vara en relevant skillnad i moraliska och

---

<sup>1</sup> Denna artikel är en översatt och lätt reviderad version av Lena Halldenius ”Discrimination” publicerad i M. Friele, M. Kirloskar-Steinbach och G. Dharampal-Frick (red.) *Intercultural Discourse – Key and Contested Concepts*, Freiburg: Verlag Karl Alber, 2012, sid. 247-255. Översättning och bearbetning av författaren.

<sup>2</sup> ”I have such a plain downright understanding that I do not like to make a distinction without a difference”. (Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Men* i *A Vindication of the Rights of Men and A Vindication of the Rights of Woman*, Sylvana Tomaselli (red.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995, sid. 30.

politiska sammanhang. Det här argumentet illustrerar hur begreppet diskriminering ter sig i moraliska och rättsliga diskussioner idag.

Ordet ”diskriminera” (från latinets *discriminare*, att avskilja) kan betyda att helt enkelt notera eller testa skillnader mellan olika ting. Till exempel kan ögat diskriminera mellan rött och grönt, så att man plockar upp det äpple man tycker bäst om ur fruktkorgen, eller mellan olika ansikten så att man hejar på rätt person i en folkmassa. Dock har ”diskriminera” kommit att få en tydlig moralisk och rättslig innebörd och vi tänker oss vanligen att det som primärt avses är särbehandling av människor (snarare än äpplen) och att denna särbehandling är i någon mening klandervärd, orättvis eller otillåten.<sup>3</sup>

Diskrimineringsterminologin förekommer på olika rättsliga nivåer: i internationell rätt, i grundlag och i vanlig nationell lagstiftning. Det är viktigt att ha det i åtanke, eftersom innebörden och begreppets användning varierar en del mellan olika rättsliga kontexter. Diskriminering vore inte föremål för rättslig reglering om det inte betraktades som något moraliskt orättfärdigt. Dessa två – det rättsliga och det moraliska – är distinkta så klart, men har kommit att bli så intimt sammankopplade i diskussionen att rättsliga teknikaliteter – som skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering<sup>4</sup> – har kommit att inkorporeras som begrepp i den moraliska diskursen.

I syfte att fördjupa förståelsen av begreppet diskriminering kommer jag att fokusera följande komponenter: att diskriminering är essentiellt

<sup>3</sup> Warwick A. McKean, *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, sid. 10.

<sup>4</sup> Diskriminering är direkt när någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan på basis av en i lag skyddad diskrimineringsgrund, såsom religion eller kön. Indirekt diskriminering är när en bestämmelse eller ett förfaringsätt som förefaller neutralt i själva verket resulterar i sådant missgynnande. Ett exempel på indirekt diskriminering kan vara föreskrifter om arbetskläder som inte kan bäras tillsammans med religiös klädsel, såsom huvudduk eller turban. Se Diskrimineringslag (2008:567) §4 och European Council Directive 2006/54, art. 2.

*jämförande*, att diskriminering representerar eller resulterar i någon form av *skada* och att diskriminering har att göra med *grupper*. De är alltså de tre frågor om diskriminering som jag ska diskutera här. Det finns svårigheter att utreda kring var och en av dem.

## Diskrimineringens komparativa natur

Låt oss närma oss den första komponenten – att diskriminering är *jämförande* – via den internationella rätten om mänskliga rättigheter. Det är vid första anblicken inte uppenbart att mänskliga rättigheter väcker frågor om diskriminering. Man skulle kunna hävda att poängen med mänskliga rättigheter är att för varje individ säkra grundläggande tillgång till vad helst som rättighetslag reglerar. Här är ett exempel: enligt artikel 18 i *Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter* (ICCPR) så har var och en rätt till religionsfrihet, det vill säga att bekänna sig till, anta och utöva en religion eller trosuppfattning. Om en person skulle hindras i sin religionsutövning så innebär det en kränkning av hennes mänskliga rättighet i detta avseende. Det behövs inte någon jämförelse med hur situationen är för andra personer för att konstatera det. I så måtto handlar rättigheter om ett slags minimistandarder eller tröskelvärden, snarare än om interpersonella jämförelser. Konventioner om mänskliga rättigheter inkluderar dock bland sina portalparagrafer vanligen en princip om icke-diskriminering. Artikel 2 i ICCPR fastställer att rättigheter ska säkras ”utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Om relationen mellan jämlikhet och icke-diskriminering, se till exempel M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford 1995.

*Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor* (CEDAW) inkluderar i sin första artikel en definition av ”diskriminering av kvinnor”: ”varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av kön som har till följd eller syfte att begränsa eller omintetgöra erkännandet av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter”. Definitionen inkluderar explicit principen om jämställdhet mellan män och kvinnor, en komparativ princip.

Vad är poängen med att artikulera rättigheter i komparativa termer? Om en person blir godtyckligt gripen eller frihetsberövad så vet vi, av artikel 9 i ICCPR, att det är en rättighetskränkning. Vi behöver inte först gå omvägen om en jämställdhetsprincip och undersöka om personer i vissa grupper är mer utsatta än andra för godtyckliga gripanden. Dessutom är ju mänskliga rättigheter grund för individuella anspråk, så varför ska man alls introducera kollektiva markörer som kön, religion och nationalitet?

Ett svar är att rättighetskränkningar inte bara är indikationer på en individs utsatthet för institutionella övergrepp, utan också på djupgående samhälleliga ojämlikheter. Till exempel, i ett samhälle som präglas av nationalism så lever personer som räknas till nationella minoriteter under en större risk för godtyckliga gripanden (och andra kränkningar) än personer som räknas till den nationella majoriteten. Principen om icke-diskriminering riktar vår uppmärksamhet till det faktum att personer är mer sårbara för rättighetskränkningar – och därmed har större skyddsbehov – om de ingår i eller räknas till en grupp med låg status. Därmed är det inte så konstigt att det finns specialkonventioner om mänskliga rättigheter för kvinnor, barn, etniska och språkliga minoriteter samt för personer med funktionsnedsättning, men inte för vita män.

Här finns en asymmetri som motiveras pragmatiskt av hur samhällshierarkier ser ut. Det väcker en intressant fråga: den jämförande bedömning som principen om icke-diskriminering kräver, är den symmetrisk eller inte? Med exempel från den svenska lagstiftningen ska jag försöka förklara vad jag är ute efter.

I den svenska diskrimineringslagen (Lag 2008:567) definieras diskriminering i paragraf 4 på så sätt att diskriminering är då en person ”missgynnas genom att behandlas sämre än andra” och missgynnandet ”har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder”. Formellt är detta helt symmetriskt; det är lika olagligt att missgynna en person som räknas till majoritetskulturen eller till en privilegierad grupp, som att missgynna en person som räknas till en minoritetskultur eller grupp med lägre status. Å ena sidan är det fullt rimligt. Hur genomgripande ojämlikheter än är så är de inte totala. På ett generaliserat plan är det sant att personer som räknas till minoriteter eller grupper med låg status är mer utsatta på arbets- och bostadsmarknaden än personer som räknas till majoriteter eller grupper med hög status, men nationell diskrimineringslagstiftning, till skillnad från internationell och konstitutionell rätt, reglerar inte på en generaliserad nivå. Den reglerar fall av otillåtet beteende.

Å andra sidan riskerar en symmetrisk reglering att dölja skälen till att fenomenet diskriminering överhuvudtaget behöver regleras. Etnicitet, religion, kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder är med på listan över diskrimineringsgrunder eftersom de är stabila indikatorer på sårbarhet för missgynnande särbehandling. Som en moralisk princip har icke-diskriminering det asymmetriska syftet att motverka effekter av dominansförhållanden på relativt sett sårbara grupper. Detta asymmetriska syfte förklarar varför diskriminering är reglerat, även om den rättsliga regeln i sig är symmetriskt utformad.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Det är bland annat i ljuset av denna symmetriska form som man kan förstå varför positiv särbehandling är en så omstridd fråga. Eftersom lagen är symmetrisk så blir positiv särbehandling också diskriminering, fast omvänd. Om lagstiftaren vill tillåta positiv särbehandling som ett medel för att främja jämlikhet på längre sikt, så förutsätts det vara ett tillfälligt undantag från regeln om icke-diskriminering. En diskussion om diskriminering och

## Diskriminering representerar eller resulterar i skada

Överväg följande exempel: Sara tillhör en religiös minoritetsgrupp. Hon söker ett jobb men får det inte; det står klart att hennes religion är skälet till att arbetsgivaren valde bort henne. Hon lyckas snabbt få ett annat arbete, ett arbete som hon hellre ville ha och som också har högre lön. Hon är nöjd med hur det blev. Har hon utsatts för diskriminering? Hon tycks ju inte ha lidit någon skada.<sup>7</sup>

Nu tillåter vi oss att inte vara bundna av de exakta formuleringarna i den svenska diskrimineringslagen, utan tänker på frågan principiellt. Det kan tyckas självklart att Sara har blivit diskriminerad, men frågan är avhängig av hur vi tolkar kriteriet att diskriminering innebär en skada: ska ”skada” förstås som ett resultat av eller som ett inneboende drag i särbehandlingen? I det första fallet blir särbehandling till diskriminering endast om den *leder till* någon icke-trivial skada, såsom emotionellt trauma eller inkomstförlust.<sup>8</sup> I det andra fallet är skadan inbäddad i själva den orättvisa som det innebär att utsättas för särbehandling, oavsett om resultatet blir några andra skadliga effekter eller ej.<sup>9</sup> I det första fallet skulle särbehandlingen av Sara kanske inte vara diskriminering (den ledde ju inte till någon skada för henne), men i det andra fallet skulle det vara det (om skadan ligger i själva orättvisan att väljas bort på detta sätt).

Men möjligen har vi förhastat oss. Även om särbehandlingen, totalt sett, inte ledde till negativa effekter för Sara, så skulle det kunna bli skadliga

---

asymmetri finns i Lena Halldenius, ”Genetic Discrimination”, i V. Arnason et al. (red.), *The Ethics and Governance of Human Genetic Databases: European Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, sid 170-180.

<sup>7</sup> Jag väljer här att använda det mer allmänna ordet ”skada” framför att binda mig vid lagens terminologi: ”missgynnande”.

<sup>8</sup> Se Kasper Lippert-Rasmussen, ”The Badness of Discrimination”, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol 9, nr. 2, 2006, sid. 167-185.

<sup>9</sup> Se Deborah Hellman, *Why is Discrimination Wrong?* Cambridge, M.A.: Harvard University Press, 2008.

effekter för religionsfriheten i samhället i stort. Om arbetsgivaren kan göra så här mot Sara utan att hållas ansvarig för det, då kan arbetsgivare göra samma sak mot andra personer som tillhör religiösa minoriteter, vilket skulle kunna skärpa deras redan utsatta situation. Som jag noterade tidigare så reglerar diskrimineringslag inte den generella nivån utan enskilda fall av särbehandling, men det är fortfarande så att bevekelsegrunden för regleringen är olika gruppers relativa utsatthet. Därmed kanske den skada som det är relevant att räkna med inte bara är den som rör den direkt berörda individen, utan också generella och långsiktiga konsekvenser för utsatta grupper.

Kanske finns det inte *ett* svar på frågan om varför och hur konsekvenser är relevanta i diskrimineringsfrågor. De syften för vilka diskrimineringslag utformas varierar och därmed varierar också betydelsen och relevansen av effekter. Principerna om icke-diskriminering i ICCPR och CEDAW refererar direkt till specifika substantiella rättigheter. Utfall eller effekter i fråga om substantiell rättighetsuppfyllelse (eller brist på densamma) tycks inbyggda i principen. I den svenska diskrimineringslagen finns inga sådana referenser till fasta, substantiella standards. Följaktligen handlar särbehandlingen i lagen helt om att missgynnas relativt till andra, inte relativt till substantiella rättigheter. Här är det orättvisan i själva särbehandlingen, inte dess effekter, som är inbyggt i principen. Det finns ingen anledning att bli förvirrad av detta. Vi använder alltid principer med mål och syften i sikte och under varierande omständigheter. Att dessa mål, syften och omständigheter påverkar hur principen bör förstås är inte förvånande.

Ett bra skäl att inte insistera på att särbehandlingen måste ha orsakat någon skada för att räknas som diskriminering är att man annars riskerar att friskriva särbehandlaren från ansvar. I Saras fall orsakade arbetsgivaren ingen skada, men det är inte rimligt att hen ska slippa undan ansvar för diskriminering bara för att en annan arbetsgivare inte var lika intolerant.

Det leder oss till den diskriminerande *handlingen*. Man skulle kunna hävda att en handling för att räknas som diskriminering ska vara uppsåtlig i



en specifik mening: att den som diskriminerar agerar *med avsikt att orsaka skada*.<sup>10</sup> Kanske blir det i slutänden ingen skada, som i Saras fall, men om *avsikten* inte var att orsaka skada, så föreligger ingen diskriminering. Denna position är möjlig men bör inte accepteras, bland annat av följande skäl:

Ojämlighet är ett dynamiskt socialt fenomen. Ju mer sårbar och marginaliserad en grupp är, desto mer sannolikt är det att de personer som räknas till gruppen är offer för fördomar och okunskap. Att någon, till exempel en arbetsgivare eller hyresvärd, särbehandlar någon i gruppen på basis av fördomar och okunnighet behöver inte alls innebära att det finns en avsikt att orsaka skada. Säg att arbetsgivaren uppriktigt tror att personer med en viss religion, som Sara, är opålitliga och saknar disciplin. Att denna uppfattning är helt grundlös och inte bottnar i annat än fördomar motsäger inte att arbetsgivarens avsikt med att inte anställa Sara kan ha varit något som inte specifikt hade med Sara att göra, som att värna produktionen. Att hysa föraktfulla och fördomsfulla attityder mot någon är inte samma sak som att önska den personen illa. Om särbehandling är diskriminering bara om den som agerar har avsikten att orsaka skada så skulle lagen inte kunna hantera sådana här fall. Eftersom situationer av det här slaget är vanliga skulle det göra lagen helt tandlös.

Låt mig betona detta med ännu ett exempel: Jakob räknas till en nationell minoritetsgrupp; han söker arbete som säljare. Arbetsgivaren tror, på goda grunder, att det finns negativa attityder mot Jakob bland företagets kunder och vill skydda honom från dessa. Hen erbjuder därför Jakob ett enklare jobb, som inte inkluderar kundkontakt men som också är sämre betalt. Särbehandlingen har direkt koppling till Jakobs nationalitet och det finns en negativ effekt på individuell nivå (lägre lön och ett mindre stimulerande arbete). Men om vi skulle insistera på att det också måste

---

<sup>10</sup> Pincus (1996) differentierar mellan olika former av diskriminering på basis av vilken roll som intentioner har. Se Fred L. Pincus, "Discrimination Comes in Many Forms. Individual, Institutional, and Structural", *American Behavioral Scientist*, vol. 40, nr. 2, 1996, sid. 186-194.

finnas en avsikt att skada så skulle principen om icke-diskriminering inte vara till någon hjälp för Jakob.

Jakobs arbetsgivare handlar avsiktligt. Hen vet vad hen gör och kan redogöra för sina skäl. Men det är inte skadan som är avsedd; skadan är en förutsedd biprodukt, kan man säga.<sup>11</sup> Den här typen av situation är som sagt vanlig. Att välja bort vissa personer, till exempel kvinnor, från offentliga ämbeten eller andra uppdrag behöver inte motiveras med en avsikt att orsaka kvinnor skada. Det är fullt möjligt att man agerar på mer eller mindre omedvetna fördomar eller gammal vana och att skälet finns i djupt rotade föreställningar om att kvinnor är mindre lämpade för sådana uppdrag.<sup>12</sup>

En lärdom här är att fördomar, grundlösa föreställningar och okunnighet om personer och grupper kan vara så normaliserade att de formar och påverkar människors beteenden på ett närmast rutiniserat sätt. En princip om icke-diskriminering som inte beaktar och är anpassad för att hantera sådana fall är poänglös för de allra mest marginaliserade samhällsmedlemmar som av andra kan betraktas som så oviktiga och ovidkommande att de inte ens figurerar som möjliga måltavlor för uppsåtlig skada.

En rimlig tolkning av principen om icke-diskriminering måste kunna hantera skillnaden mellan att särbehandla uppsåtligt och att särbehandla med uppsåt att orsaka skada.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Se diskussionen om doktrinen om dubbel effekt, till exempel i Shelly Kagan, *The Limits of Morality*, New York: Oxford University Press, 1999, sid. 128–182.

<sup>12</sup> Om betydelsen av så kallad ”implicit bias” i diskrimineringsfall, se D.L. Faigman, N. Dasgupta och C.L. Ridgeway, ”A Matter of Fit: The Law of Discrimination and the Science of Implicit Bias”, *University of California Hastings Law Journal*, vol. 59, nr. 6, 2008, sid. 1389-1434.

<sup>13</sup> Se också Lena Halldenius, ”Dissecting Discrimination”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 14, nr. 4, 2005, sid. 455-463.

## Diskriminering och grupper

Den diskriminering som Sara och Jakob utsätts för har samband med och förklaras av att de räknas till en viss grupp. Det faktum att vi associerar diskriminering med kollektiva gruppmarkörer – etniskt ursprung, religion, kön, funktionsnedsättning – väcker en del frågor. Det finns ett oändligt antal kollektiva gruppmarkörer; vad är det som är speciellt med just de som brukar vara med på listor över diskrimineringsgrunder? Och är det alltid fel att särbehandla personer på basis av sådana markörer som är med på listorna?

Den första frågan handlar om själva listorna över diskrimineringsgrunder; vilka markörer bör vara med på dem? Ett förslag är att listorna pekar ut grupptillhörigheter som är socialt signifikanta ("socially salient"), vilket innebär att de är betydelsefulla för social interaktion i de flesta sammanhang som berörda personer befinner sig i eller konfronterar.<sup>14</sup> Det faktum att jag är kvinna påverkar hur människor interagerar med mig i de flesta sociala kontexter – och är då att betrakta som en socialt signifikant markör – medan det faktum att jag är vänsterhänt inte gör det. I så fall är det rimligt att jag skyddas från särbehandling på grund av kön, medan eventuell särbehandling på grund av vänsterhänthet kan passera. Tanken är rimlig. Poängen är alltså att människor bör kunna räkna med ett särskilt skydd mot (effekterna av) egenskaper eller tillhörigheter som påverkar dem vart de än går, som de, så att säga, inte kan skaka av sig. Men det finns skäl att vara skeptisk mot idén om social signifikans; den är för symmetrisk.

Tolkningen av en princip måste beakta det syfte eller mål som principen är tänkt att tjäna. Varför är diskriminering något som vi bryr oss om? Därför att vissa människor är relativt sett mer sårbara än andra på grund av sina grupptillhörigheter. Vilka kollektiva markörer som har på listan över diskrimineringsgrunder att göra bör därmed inte ha att göra med deras roll i olika mönster för social interaktion, utan med deras betydelse för exkludering, underordning och skillnader i livschanser. Etnisk härkomst har

---

<sup>14</sup> Se Lippert-Rasmussen, 2006, sid. 169.

på listan att göra men inte på grund av social signifikans utan på grund av att etniska och nationella minoriteter lever i en mer osäker position än andra och löper större risk för politisk marginalisering. Vi måste hålla ögonen på bollen, och bollen är genomgripande ojämlikheter och utsatthet, inte mönster för social interaktion i allmänhet.

Med detta i åtanke så kan listans sammansättning i sig ses som en ledtråd till olika gruppers politiska landvinningar. Det är en, måhända liten men dock, seger att ”komma med” på listan. Att en gruppmarkör erkänns som diskrimineringsgrund indikerar ett politiskt erkännande av gruppens utsatthet och legitima anspråk på rättssamhällets stöd. Att transpersoner fick rättsligt diskrimineringskydd genom att könsöverskridande identitet eller uttryck inkluderades i svensk diskrimineringslag 2008 är på så sätt ett framsteg för den gruppen.

En ytterligare reflektion motiveras av den andra frågan: är det alltid fel att särbehandla personer på basis av någon av de markörer som räknas som diskrimineringsgrunder?<sup>15</sup> Är särbehandling på någon av dessa grunder alltid diskriminering? Svaret kan variera beroende på rättslig kontext.

Principer om icke-diskriminering i internationella rättighetsinstrument – som ICCPR – inkluderar en öppen lista, som refererar till ett antal gruppmarkörer för att avslutas med ”eller ställning i övrigt”. Ett skäl för den öppna listan har att göra med den funktion som principen har i sammanhanget av internationella rättighetskonventioner. Principen refererar här, som jag nämnde tidigare, till substantiella mänskliga rättigheter vilka ska vara desamma för var och en. Ingenting kan göra det legitimt att tillerkänna vissa personer en rättighet som förnekas andra. Icke-diskriminering handlar i det här sammanhanget om faktorer som vi kan kalla för *moraliskt irrelevanta*. Det spelar ingen roll vilka gruppmarkörer eller andra egenskaper eller statuspositioner som man kan komma på; inga av dem kommer att vara moraliskt relevanta i den meningen att de gör det

---

<sup>15</sup> Om det komplexa i att agera politiskt utifrån kategorier, se C.L. Bacchi, *The Politics of Affirmative Action. 'Women', Equality and Category Politics*, London: Sage, 1996, särskilt kapitel 8.

legitimt att fränkänna vissa personer rättigheter som andra tillerkänns. Detta är en grundläggande moralisk hållning som rättighetsperspektivet är bundet vid. Särbehandling ifråga om att tillskriva människor rättigheter strider mot principen om att skillnader mellan människor är i grundläggande mening moraliskt irrelevanta. Detta är Wollstonecrafts poäng när hon implicerar att jämlikhet mellan könen innebär att vägra göra en distinktion där det inte finns en (moraliskt relevant) skillnad.<sup>16</sup>

Med detta i åtanke återgår vi till svensk diskrimineringslag. Distinktioner på basis av nationell härkomst, religion eller kön är alltså i grundläggande moralisk mening irrelevanta. Trots det kan man tänka sig sammanhang där de kan utgöra relevant grund för beslutsfattande.<sup>17</sup> Om en religiös församling ska anställa någon för att arbeta med själavård och socialt stöd bland församlingens medlemmar, så skulle det vara märkligt om de inte tillåts göra skillnad mellan sökande på basis av religion. Samma sak gäller om en kurator ska anställas till en verksamhet som driver ett skyddat boende för kvinnor som har flytt från våld i nära relationer; det är rimligt att de tillåts göra skillnad mellan sökande på basis av kön. Grovt uttryckt, det finns situationer då en i *moralisk* mening irrelevant faktor fungerar som en del av en persons relevanta kvalifikationer i just den specifika *situationen*. En rimlig reglering av diskriminering behöver kunna hantera detta. Det är viktigt att notera att det inte finns någon motsättning här. Den moraliska irrelevansen

---

<sup>16</sup> Jag påstår inte att lagar om mänskliga rättigheter är konsekventa på denna punkt, men de borde vara det.

<sup>17</sup> I diskussioner om rättvisa ligger tyngdpunkten vanligen på vad som är moraliskt, snarare än situationellt, irrelevant. Se till exempel John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1971, sid. 18f. och Jan Narveson, *Moral Matters*, Peterborough: Broadview Press, 1993, sid. 243. Om komplexiteten i frågan om moralisk relevans för fall av diskriminering, se J.M. Nickel, "Discrimination and Morally Relevant Characteristics", *Analysis*, vol. 32, nr. 4, 1972, sid. 113-114. Om betydelsen av kontext för att värdera relevans i moraliska termer, se R. Wasserstrom, "Preferential Treatment, Color-Blindness, and the Evils of Racism", i S. Cahn (red.), *The Affirmative Action Debate*, New York 1995, sid. 153-168.

av till exempel kön är fast och varierar inte; det kan däremot den situationella relevansen av kön göra.

Här måste man dock beakta att en faktor kan bli situationellt relevant av skäl som är problematiska. Det exempel jag nyss nämnde om den religiösa församlingen som ska anställa någon att arbeta med självvård och socialt stöd kan se harmlöst ut. Problematiskt blir det dock om man föreställer sig att denna församling i praktiken helt dominerar den sociala stödverksamheten i sitt lokala område, så att socialarbetare som inte är med i församlingen har svårt att få jobb (och behövande som inte är med i församlingen har svårt att få stöd).

För att reglering av diskriminering och principer om icke-diskriminering inte bara ska vara funktionella och praktiskt tillämpbara, utan också användbara redskap i strävan mot rättvisa, så kan man följaktligen inte bara ta världen som den är. Enskilda fall av särbehandling måste bedömas i ljuset av sociala och historiskt etablerade handlingsmönster som kan göra faktorer situationellt relevanta av skäl som är orättvisa eller får orättvisa konsekvenser. Tillämpningen av en regel måste harmoniera med – i alla fall inte motarbeta – syftet med den princip på vilken den är grundad. Det finns därmed en spänning mellan icke-diskriminering som praktiskt fungerande regelverk och den asymmetriska förståelse av sårbarhet och utsatthet som är inbäddad i den princip som motiverar varför diskrimineringslag finns. Det är bara genom att förstå denna spänning som man kritiskt och konstruktivt kan förhålla sig till de många meningsskiljaktigheterna om hur diskriminering bäst hanteras, regleras och motverkas genom lag.

## Referenser

- Bacchi, C.L. *The Politics of Affirmative Action. 'Women', Equality and Category Politics*, London: Sage, 1996.
- Craven, M. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford 1995.
- Faigman, D. L., N. Dasgupta och C.L. Ridgeway, "A Matter of Fit: The Law of Discrimination and the Science of Implicit Bias", *University of California Hastings Law Journal*, vol. 59, nr. 6, 2008, sid. 1389-1434.
- Halldenius, Lena. "Dissecting Discrimination", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 14, nr. 4, 2005, sid. 455-463.
- Halldenius, Lena. "Genetic Discrimination", i V. Arnason et al. (red.), *The Ethics and Governance of Human Genetic Databases: European Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, sid 170-180.
- Hellman, Deborah. *Why is Discrimination Wrong?* Cambridge, M.A.: Harvard University Press, 2008.
- Kagan, Shelly. *The Limits of Morality*, New York: Oxford University Press, 1999.
- Lippert-Rasmussen, Kasper. "The Badness of Discrimination", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol 9, nr. 2, 2006, sid. 167-185.
- McKean, Warwick A. *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983
- Narveson, Jan. *Moral Matters*, Peterborough: Broadview Press, 1993.
- Nickel, J.M. "Discrimination and Morally Relevant Characteristics", *Analysis*, vol. 32, nr. 4, 1972.
- Pincus, Fred L. "Discrimination Comes in Many Forms. Individual, Institutional, and Structural", *American Behavioral Scientist*, vol. 40, nr. 2, 1996, sid. 186-194.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1971.
- Wasserstrom, R., "Preferential Treatment, Color-Blindness, and the Evils of Racism", i S. Cahn (red.), *The Affirmative Action Debate*, New York 1995, sid. 153-168.
- Wollstonecraft, Mary. *A Vindication of the Rights of Men i A Vindication of the Rights of Men and A Vindication of the Rights of Woman*, Sylvania Tomaselli (red.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Offentligt tryck

CEDAW, Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor. FN:s generalförsamling, 1979. URL: <http://www.fn.se/fn-info/vad-gor-fn/manskliga-rattigheter-och->

demokrati/karnkonventionerna/konventionen-om-avskaffande-av-all-  
slags-diskriminering-av-kvinnor-cedaw/.

Diskrimineringslag (2008:567)

European Council Directive 2006/54, Art. 2. URL: [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF)  
PDF.

ICCPR, Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter. FN:s

Generalförsamling, 1966. URL:

[http://www.fn.se/fn-info/vad-gor-fn/manskliga-rattigheter-och-  
demokrati/karnkonventionerna/konventionen-om-medborgerliga-och-  
politiska-rattigheter-iccpr/](http://www.fn.se/fn-info/vad-gor-fn/manskliga-rattigheter-och-demokrati/karnkonventionerna/konventionen-om-medborgerliga-och-politiska-rattigheter-iccpr/).