

Juridiska institutionen  
Examensarbete höstterminen 2016, 30 HP

# Ras, etnicitet och rasism i direktiv 2000/43/EG

- En kritisk utvärdering av hur EU:s direktiv mot etnisk diskriminering och rasdiskriminering behandlar ras, etnicitet och rasism

Carolina Nilsson

Handledare: Joachim Åhman  
Examinator: Andreas Moberg



**GÖTEBORGS UNIVERSITET**  
**HANDELSHÖGSKOLAN**

# Innehållsförteckning

<b>Summary .....</b>	<b>4</b>
<b>Sammanfattning.....</b>	<b>6</b>
<b>Förkortningar .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Inledningskapitel.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Diskriminering inom EU .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Syfte och avgränsning.....</b>	<b>10</b>
<b>1.3 Terminologi .....</b>	<b>12</b>
1.3.1 Etnicitet och ras .....	12
1.3.2 Diskriminering.....	13
<b>1.4 Teori - Critical race theory .....</b>	<b>14</b>
1.4.1 Introduktion till Critical race theory .....	14
1.4.2 Ras och förändringar gällande rasstrukturer .....	16
1.4.3 Rasism.....	18
1.4.4 Intersektionalitet .....	19
1.4.5 Social rättvisa.....	19
1.4.6 Utmanandet av den dominerande ideologin.....	20
1.4.7 Kritik mot CRT.....	20
1.4.8 CRT ur ett europeiskt perspektiv.....	21
<b>1.5 Metod och material.....</b>	<b>23</b>
1.5.1 Metod.....	23
1.5.2 Material .....	27
<b>1.6 Forskningsläge.....</b>	<b>29</b>
<b>2. En översikt över EU-rättslig lagstiftning på området för icke-diskriminering grundat på ras och etnicitet.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1 Principen om likabehandling .....</b>	<b>30</b>
<b>2.2 Skydd mot etnisk diskriminering och rasdiskriminering i primärrätten.....</b>	<b>30</b>
2.2.1 FEU .....	30
2.2.2 FEUF.....	31
2.2.3 EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna .....	31
<b>2.3 Europakonventionens skydd mot etnisk diskriminering som en del av EU-rätten.....</b>	<b>32</b>
<b>2.4 Medlemsstaternas konstitutioner, soft law och övriga relevanta internationella konventioner .....</b>	<b>33</b>
<b>2.5 Skydd mot etnisk diskriminering i sekundärrätten .....</b>	<b>34</b>
<b>2.6 EU-domstolens praxis gällande etnisk diskriminering och rasdiskriminering.....</b>	<b>36</b>
<b>3. Betydelsen av etnicitet och ras i direktiv 2000/43/EG .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1 Rättslig definition av etnicitet och ras .....</b>	<b>38</b>
<b>3.2 Diskussion ur ett CRT-perspektiv .....</b>	<b>40</b>
3.2.2 EU-domstolens definition av etnicitet .....	43
3.2.2.1 Särskilt om nationalitet och dess förhållande till definitionen av etnicitet.....	45
3.2.2.2 Ras och rasism.....	47
3.2.2.3 Intersektionalitet .....	50
<b>4. Direkt och indirekt diskriminering i direktiv 2000/43/EG.....</b>	<b>52</b>
<b>4.1 Rättslig definition av direkt diskriminering .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2 Rättslig definition av indirekt diskriminering .....</b>	<b>54</b>
4.2.1 Indirekt diskriminering.....	54
4.2.2 Möjlighet till rättfärdigande av indirekt diskriminering .....	56

4.3 Diskussion ur ett CRT-perspektiv .....	58
<b>5. Tillämpningsområdet gällande direktiv 2000/43/EG som en begränsning av diskrimineringskyddet .....</b>	<b>61</b>
5.1 Tillämpningsområdet enligt artikel 3.....	61
5.2 Undantag för tredjelandsmedborgare.....	63
5.3 Diskussion ur ett CRT-perspektiv .....	64
<b>6. Gemensamma slutsatser .....</b>	<b>68</b>
<b>7. Källförteckning.....</b>	<b>71</b>

## Summary

The European Union is an multicultural international cooperative area consisting of many ethnic and racial groups. Moreover, it has many minority groups which are in need of protection. Also, the free movement of persons has led to an increased diversity and while we experience a greater diversity we also see nationalist and racist movements on the uprise.

On a Union level there is both primary law and secondary law for the protection of the human right of not being discriminated on grounds of race and ethnicity. The focus of this essay is on directive 2000/43/EG which implements the principle of equal treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin. Decisions from the European Court of Justice regarding interpretation of the directive have also been of relevance.

The directive have been analysed by looking at certain core issues, mainly, ethnicity and race, as well as the legal implication of what constitutes discrimination in relation to racism. Firstly, the paper attempts to establish the legal meaning and definition of the words race and ethnicity, and secondly it tries to establish the legal concept of discrimination based on the scope of direct and indirect discrimination as well as the scope of the directive.

After these legal implications are examined, the core issues are analysed from a Critical Race Theory-perspective, which means that the issues at hand are been put in relation to the concept of power, race and racism. Central issues in this analysis have regarded the lack of definition of the central terms of race and ethnicity as well as the gap between the victim's perception of racism and the legal scope of the directive. Critical Race Theory allows you to analyse the legislation in a broader perspective exposing problems which otherwise could not be exposed.

Several issues have been found in relation to the directive. These issues consists of lack of legal definition concerning central terms, but also of contradicting legal

sources. Another issue is the slow legal progress in matters concerning race and ethnicity. In addition to this, the concept of direct and indirect discrimination does not address the type of racism which is considered to be less important according to the public opinion. Overall, it seems that there is an unwillingness to problematize race and racism within the Union.

Based on the issue of lack of definition concerning the central terms and the difference between discrimination and racism, the protection of the right to not be discriminated is significantly reduced. As a result the protection that is provided by the directive is limited and the directive might in the long run fail to achieve its objectives. Therefore, the fundamental right to not be discriminated on grounds of race and ethnicity in many cases remains a formal right without any actual effect.

## Sammanfattning

Europeiska Unionen är ett mångkulturellt internationellt samarbetsområde som består av en blandning av många olika etnicitetsgrupper och rasgrupper. EU har flera skyddsvärda minoritetsgrupper och den fria rörligheten av personer har på senare år lett till ökad mångfald. Samtidigt som vi har en ökad mångfald finns dock också nationalistiska och rasistiska tendenser.

Som skydd mot diskriminering grundat på ras och etnicitet finns därför primärrättslig och sekundärrättslig EU-lagstiftning. Fokus för denna uppsats har varit direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung. EU-domstolens domar har också haft relevans i den mån de avsett tolkning av direktivet.

Direktivet har granskats genom att vissa kärnfrågor satts i fokus. Dessa kärnfrågor har utgjorts av innebörden och tolkningen av begreppen etnicitet och ras, samt den rättsliga innebörden av vad som utgör diskriminering som sedan ställts mot definitionen av vad som utgör rasism. En rättsdogmatisk analys har gjorts för att söka fastställa den rättsliga innebörden av begreppen ras och etnicitet, samt direktivets rättsliga skyddsverkan baserat på innebörden av direkt och indirekt diskriminering, samt direktivets tillämpningsområde.

De rättsliga slutsatserna har sedan problematiserats ur ett Critical Race Theory-perspektiv, vilket i grunden inneburit att kärnfrågorna satts i relation till makt, ras och rasism. Centralt för framställningen har varit definitionsproblematik gällande ras och etnicitet, samt luckan mellan offrets uppfattning av rasism och den rättsliga innebörden av diskriminering. Det kritiska perspektivet möjliggör en bredare analys av det aktuella direktivet och problem som annars inte hade kunnat belysas kan fångas upp.

I analysen har vissa problem påträffats. Problemen har utgjorts bland annat av bristande rättslig definition av diskrimineringsgrunderna och motsägande rättskällor. Andra problem har utgjorts av en viss tröghet gällande framsteg i frågor om etnicitet och ras. Dessutom fångar inte direkt och indirekt

diskriminering upp de fall av rasism som ur allmänhetens synvinkel ses som mindre allvarliga. Generellt sett tycks det finnas en ovilja att problematisera ras och rasism i EU. Begränsningar av direktivets tillämpningsområde sällar också bort många fall av rasism som annars hade kunnat bekämpas.

Definitionsproblematiken och skillnaden mellan rasism och diskriminering gör att det EU-rättsliga skyddet mot diskriminering begränsas. Detta innebär att lagstiftningens effektivitet och skyddsverkan reduceras, vilket riskerar att medföra att lagstiftningens mål inte kan uppnås. Rätten att inte bli diskriminerad blir därför, för de allra flesta som upplever sig utsatta för diskriminering på grund av sin etniska härkomst, en formell rättighet som saknar materiell verkan.

## Förkortningar

CRT	Critical Race Theory
CHEZ RB	CHEZ Razpredelenie Bulgaria
Direktivet	Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapens domstol (Numera EU-domstolen)
EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
Europa-konventionen	Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna



# 1. Inledningskapitel

## 1.1 Diskriminering inom EU

Personer som befinner sig på Europeiska Unionens territorium har enligt fördragsrätt och sekundärlagstiftning en formell rätt att inte bli diskriminerade på grund av ras och etnicitet. Rätten att inte bli diskriminerad kan sägas vara ett av unionens kärnvärden, enligt artikel 2 FEU. Trots att denna rätt existerar är det dock ett välkänt faktum att personer faller offer för rasdiskriminering och etnisk diskriminering i medlemsstaterna.

EU:s befolkningsuppsättning består av många etniciteter, raser och nationaliteter. Den fria rörligheten av personer har lett till ökad mångfald och fler mötespunkter mellan personer av skilda ursprung. EU har också flera minoritetsgrupper som kräver särskilt skydd för att övervinna de svårigheter dessa grupper möter i sin vardag. På senare år har dessutom stora flyktingströmmar anlänt till unionens medlemsstater, vilket innebär nya svårigheter och nya utmaningar för diskrimineringslagstiftningen gällande ras och etnicitet.

Samtidigt som vi inom unionen upplever en ökad mångfald har också högerextrema krafter blivit starkare på många håll i EU.<sup>1</sup> Diskrimineringskyddet har därför relevans nu mer än någonsin. Lagen är i dessa sammanhang ett verktyg för att påverka samhället, även om det inte är det enda verktyget.<sup>2</sup> Diskrimineringsproblematik bör vara av intresse för oss alla. Dels för att utsatta människor far illa när de blir diskriminerade på grund av sitt ursprung, men även för att diskriminering dessutom hindrar social integration och ekonomisk tillväxt.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Jfr. exempelvis Skoglund, Metro, 2014.

<sup>2</sup> Om hur lagen påverkar samhället, jfr Mathiesen, *Rätten i samhället – en introduktion till rättsociologin*, s. 23.

<sup>3</sup> FRA, Kampen mot rasdiskriminering; direktiv 2000/43/EG, skäl 8, 9 och 12.

Den här uppsatsen handlar om hur EU:s direktiv 2000/43/EG, om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, hanterar etnicitet, ras och rasism. Uppsatsen behandlar dels direktivets definitioner av ras, etnicitet och diskriminering, samt hur direktivets tillämpningsområde och innebörden av direkt och indirekt diskriminering påverkar direktivets skyddsverkan när den rättsliga innebörden av diskriminering ställs mot rasism. Förutom direktiv 2000/43/EG kommer också EU-domstolens domar vara föremål för analys i den mån de tolkar direktivet. Analysen av det rättsliga materialet görs ur ett Critical Race Theory-perspektiv, vilket i grunden innebär att direktiv 2000/43/EG, kommer att problematiseras med utgångspunkt i maktförhållanden, ras och rasism.

Critical Race Theory-perspektivet används för att bättre kunna utröna hur EU:s direktiv mot rasdiskriminering och etnisk diskriminering behandlar etnicitet, ras och rasism. Direktivets utgångspunkter gällande dessa begrepp är avgörande för att fastställa direktivets skyddsverkan och för att påvisa problem som gör att den rättsliga regleringen inte får önskad effekt. Det kritiska perspektivet tillhandahåller därför verktyg som gör att det rättsliga materialet kan analyseras i ett bredare perspektiv, vilket gör att problem som annars inte hade kunnat upptäckas kan belysas.

## **1.2 Syfte och avgränsning**

Det övergripande syftet med denna uppsats är i första hand att fastställa en rimlig tolkning av gällande rätt avseende vissa delar av rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000, om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung. EU-domstolens domar får också relevans i den mån de tolkar direktivet. Därefter ska ett kritiskt CRT-perspektiv tillämpas för att undersöka om det finns några potentiella brister med direktivet som kan upptäckas med tillämpning av ett CRT-perspektiv. Tyngdpunkten för uppsatsen ligger på CRT-analysen.

Jag har valt att titta på vissa kärnfrågor för att se hur direktivet behandlar ras, etnicitet och rasism. Dessa kärnfrågor gäller innebörden av direktivets definition

av etnicitet och ras, samt innebörden och definitionen av vad som enligt direktivet utgör diskriminering i kombination med direktivets tillämpningsområde. Den rättsliga innebörden av diskriminering i kombination med direktivets tillämpningsområde kommer också att sättas i relation till definitionen av vad som utgör rasism i ett CRT-perspektiv.

Dessa kärnfrågor är avgörande för huruvida en person som upplevt sig vara utsatt för olikbehandling ska omfattas av det skydd EU:s antidiskrimineringslagstiftning gällande ras och etnicitet erbjuder. Angående analysen av direktivets tillämpningsområde, samt innebörden och definitionen av vad som utgör diskriminering finns det en misstanke om att direktivet inte omfattar alla de situationer som av den enskilde skulle kunna uppfattas som rasism. Uppsatsen gör inte anspråk på att lösa de problem lagstiftningen brottas med utan syftar endast till att problematisera oklarheter och analysera problem.

Inom ramen för detta syfte ska sex delfrågor besvaras:

- Hur definieras etnicitet och ras i direktiv 2000/43/EG?
- Vilken kritik kan riktas mot den rättsliga definitionen av etnicitet och ras i direktiv 2000/43/EG ur ett CRT-perspektiv?
- Vad innebär direkt och indirekt diskriminering enligt direktiv 2000/43/EG?
- Vilket tillämpningsområde har direktiv 2000/43/EG?
- Hur förhåller sig direkt och indirekt diskriminering, samt tillämpningsområdet gällande direktiv 2000/43/EG till begreppet rasism som det definieras i CRT.
- Vilken övrig kritik kan riktas ur ett CRT-perspektiv mot den rättsliga definitionen av direkt och indirekt diskriminering i direktiv 2000/43/EG, samt tillämpningsområdet i direktiv 2000/43/EG gällande direktivets reella skyddsverkan?

EU:s rättsliga system utgörs dels av de 28 medlemsstaternas interna rättsordningar och dels av EU:s gemensamma rättsordning. Det ligger inte inom ramen för denna uppsats att utreda hur skyddet mot diskriminering grundat på

etnicitet ser ut i de 28 medlemsländerna. Det beror delvis på att jag saknar de språkkunskaper som krävs för att ta reda på nödvändig information om medlemsstaternas interna skydd mot diskriminering och dels för att det inte faller inom tidsramen för detta arbete. Uppsatsen kommer förhålla sig på en gemenskapsrättslig nivå där de gemensamma rättskällorna står i centrum. Detta utesluter dock inte att vissa exempel kan hämtas från medlemsstaternas interna rättssystem.

Andra begrepp som figurerar i lagstiftningen så som positiv särbehandling, minimikrav, tillvaratagande av rättigheter, repressalier, diskriminering på grund av association, informationsskyldigheter, dialog mellan arbetsmarknadens parter och icke-statliga organisationer, organ för främjande av likabehandling, efterlevnad, sanktioner och genomförandebestämmelser, kräver att åtgärder vidtas på medlemsstatsnivå. Dessa begrepp kommer inte närmare att granskas, eftersom även detta förutsätter viss insyn i medlemsstaternas interna rättssystem.

### **1.3 Terminologi**

#### **1.3.1 Etnicitet och ras**

För att omfattas av EU:s regler om förbud mot diskriminering grundat på ras eller etniskt ursprung måste den som ansett sig blivit diskriminerad ha den skyddande egenskapen. Inom CRT använder man det engelska begreppet *race*, ett begrepp som även används i direktiv 2000/43/EG gällande diskriminering grundat på ras och etniskt ursprung. Ordet ras är numera ett mycket kontroversiellt begrepp som kan antyda att det finns rasskillnader mellan olika människogrupper. Läsaren uppmärksammas här på att jag kommer att använda mig av båda begreppen, samt att ordet ras inte syftar till att antyda att det föreligger rasskillnader mellan olika människogrupper.

Vad är då ras och etnicitet? Innebörden av orden ras och etnicitet kan verka självklar, men faktum är att det finns många olika teorier och utgångspunkter gällande begreppen. Om vi först och främst tittar på ordet etnicitet är synonymer

till ordet exempelvis etnisk grupptillhörighet eller etnisk identitet. Vissa tolkar etnicitet som härkomst, medan andra menar att det handlar om fysiska egenskaper. Etnicitet kan också förklaras som en identifikation och en känsla av tillhörighet till en viss etnisk grupp, vilket också gör etnicitet till ett subjektivt begrepp.<sup>4</sup>

Internationellt används fyra former för fastställande av en persons etnicitet och ras. Dessa är självidentifiering, identifikation gjord av en utomstående part baserat på objektiva kriterier, identifikation gjord av en utomstående part baserat på yttre särdrag och identifikation gjord av samhällsmedlemmar. I Europa används främst två av dessa metoder, nämligen självidentifiering och identifikation baserat på objektiva kriterier.<sup>5</sup>

Gällande definitionen av ras kommer jag att använda mig av CRT:s förklaring. Ras är inom CRT en social konstruktion,<sup>6</sup> och personer som inte nödvändigtvis har samma ursprung racificeras som en rasgrupp.<sup>7</sup> Mer om detta följer under avsnitt 1.4.1.

### **1.3.2 Diskriminering**

Diskriminering är enligt CRT en del av varje samhälle och därför måste man göra skillnad på laga diskriminering och olaga diskriminering. Laga diskriminering är olikbehandling som är tillåten och olaga diskriminering är olikbehandling som är förbjuden. Ibland används även begreppen diskriminering och icke-diskriminering för att förmedla laga och olaga diskriminering.<sup>8</sup> Statliga aktörer får exempelvis inte diskriminera personer på grund av deras ras eller etnicitet vid utbetalningar från socialförsäkringssystemet, men var och en har rätt att själv välja vem de vill umgås med i den privata sfären.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Yang, *Ethnic studies: issues and approaches*, s. 39 f.

<sup>5</sup> Möschel. Möschel och Hermanin, m.fl. (red.), *Fighting discrimination in Europe, the case for a race-conscious approach*, s. 74 f.

<sup>6</sup> Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 62.

<sup>7</sup> Ibid, s 62; Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7 f.

<sup>8</sup> Carlson. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 318.

<sup>9</sup> Jfr. Ibid, s. 318.

Den olaga diskrimineringen utgörs i direktiv 2000/43/EG av direkt och indirekt diskriminering, enligt artikel 2 i direktivet. Andra termer som florerar i den EU-rättsliga diskrimineringsrätten är principen om icke-diskriminering och principen om likabehandling. Likabehandlingsprincipen och principen icke-diskriminering tycks inom EU-rätten behandlas som synonymer<sup>10</sup> och därför kommer de även i denna framställning att behandlas som synonymer för att inte skapa begreppsförvirring.

## **1.4 Teori – Critical race theory**

### **1.4.1 Introduktion till Critical race theory**

Det är av mycket stor betydelse vilket betraktelsesätt juristen har på rätten. Det teoretiska perspektivet som anläggs får stor betydelse vid besvarandet av frågeställningarna. Man kan börja med att konstatera att antidiskrimineringsrätten på området för etnicitet och ras ständigt brottas med frågan om varför personer utsätts för diskriminering på grund av sin etnicitet och ras när vi har formella rättigheter och lagar som uttryckligen förbjuder denna typ av diskriminering. Inom EU-rätten, som är fokus för denna uppsats, finns förutom ett övergripande rättighetsskydd i primärlagstiftningen dessutom detaljerad sekundärlagstiftning till syfte att motverka olikbehandling av människor baserat på deras etniska ursprung.

Frågan om varför diskriminering existerar ska dock inte besvaras i denna uppsats. Istället ska direktiv 2000/43/EG kritiskt utvärderas ur ett CRT-perspektiv. Teoretiska verktyg kommer därför att hämtas ur CRT vid analysen av det som framkommit vid den rättsdogmatiska undersökningen. Ett CRT-perspektiv kan på så sätt medvetandegöra rasismens existens inom det rättsliga systemet. Teorin kan således användas för att rikta kritik mot själva grundstenarna i det rättsliga systemet som vi ska se nedan.

---

<sup>10</sup> Jfr exempelvis EU-domstolens uttalande i C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 58 och 72.

CRT bildades under 1970-talet som en motkraft till de rasstrukturer som bildats i USA efter medborgarrättsrörelsen.<sup>11</sup> Man ansåg att den liberala färgblinda rättsliga ideologin upprätthöll diskriminerande strukturer i samhället,<sup>12</sup> och att denna ideologi bevarade, samt dolde de vitas privilegier. CRT skulle därför användas för att synliggöra bakomliggande rasistiska premisser, då man ansåg sig behöva nya verktyg för att motverka rasism i samhället.<sup>13</sup>

Delgado och Stefancic som är bland de främsta författarna inom CRT menar att CRT ifrågasätter grunden i den liberala rättsordningen, vilket inkluderar jämlikhetsteorier, neutrala principer i konstitutionell rätt, upplysningsrationalism och juridiska resonemang.<sup>14</sup> CRT går ut på att studera och transformera förhållandet mellan ras, rasism och makt.<sup>15</sup> Fokus inom CRT ligger på hur strukturer inom den rättsliga tankevärlden och den rättsliga kulturen påverkar rätten och bevarar rasism. Förstår man detta leder det till ett mer effektivt bekämpande av rasstrukturer.<sup>16</sup>

Det finns idag flera inriktningar inom CRT och teorin kan sägas fungera som en form av paraplyteori för andra kritiska teorier som har sitt ursprung inom CRT. CRT är inte rättsteoretiskt fixerat till sin form utan olika författare och forskare använder teorin på olika sätt.<sup>17</sup> Allmänt kan dock sägas att CRT riktar sin kritik internt mot det slutna rättsliga systemet och interna situationer.<sup>18</sup> De av teorins grundfrågor som blir relevanta för denna framställning är *ras*, *rasism*, *intersektionalitet*, *social rättvisa*, *att utmana den dominerande ideologin*,<sup>19</sup> samt *privilegier grundat på identitet*,<sup>20</sup> och att *olika grupper upplever olika former av*

---

<sup>11</sup> Carlson. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 315.

<sup>12</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 21 f.

<sup>13</sup> Carlson. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, 315; jfr. även Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 4.

<sup>14</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 3.

<sup>15</sup> *Ibid*, s. 2.

<sup>16</sup> Carlson. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 316 f.

<sup>17</sup> *Ibid*, s. 320.

<sup>18</sup> Jfr. Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 95.

<sup>19</sup> Carlson. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 321 ff.

<sup>20</sup> Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 63; Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7.

*diskriminering*.<sup>21</sup> Nedan följer en beskrivning av dessa grundfrågor. Många av dessa grundfrågor går in i varandra, varför det är svårt att dra klara gränser mellan dem.

#### **1.4.2 Ras och förändringar gällande rasstrukturer**

Ras är inom CRT en social konstruktion,<sup>22</sup> och grupper som inte nödvändigtvis har samma etniska tillhörighet klumpas av den dominerande gruppen i samhället ihop som en ras, vilket kallas rasificering. Exempel på grupper som rasificerats är asiater, muslimer och araber. Ordet ras används som ett verb för att förmedla rasificering.<sup>23</sup>

Många CRT-författare i USA har numera till viss del lämnat den binära svart-vita paradigmen och istället breddat vyn till att innefatta alla personkategorier som kan utsättas för rasdiskriminering. Det har lett till att man kan uppmärksamma att olika grupper upplever olika former av diskriminering och förutfattade meningar. Ett exempel på detta är att man i USA ser afroamerikaner som exempelvis lata och kriminella, medan asiatiska amerikaner ses som opålitliga.<sup>24</sup>

Inom CRT uppmärksammar man att personer med samma ursprung kan dela vissa fysiska drag, så som hudfärg, fysik mm., men man menar att dessa fysiska egenskaper har mycket lite eller inget alls att göra med hur en person egentligen är, så som personens intelligens, moral och personlighet.<sup>25</sup> Ras ska därför endast ha betydelse så länge begreppet förekommer inom institutionella strukturer och i huvudet på de som diskriminerar.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Möschel, Rutgers Race and Law Review 2007, s. 63 f.

<sup>22</sup> Möschel, Rutgers Race and Law Review 2007, s. 62; Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7 f.

<sup>23</sup> Carlson, Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 322; Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 8.

<sup>24</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 75 f.

<sup>25</sup> Ibid, s. 7 f.

<sup>26</sup> Jfr. Möschel, Möschel och Hermanin, m.fl. (red.), *Fighting discrimination in Europe, the case for a race-conscious approach*, s. 16 f.



Man anser inom CRT att det medföljer vissa inbyggda privilegier baserat på en persons hudfärg, sexuell läggning och kön. Det finns också en skillnad i kraftdynamik mellan privilegierade grupper och mindre privilegierade grupper. Tanken är att rasdiskriminering skapar ett offer, samtidigt som det skapar privilegier för den dominerande gruppen.<sup>27</sup>

Bell, som är en av grundarna till CRT, menar att framsteg gällande rasstrukturer endast görs när minoritetens och majoritetens intressen möts. Som ett exempel på detta tittade han på målet *Brown v. Board of Education* från USA:s högsta domstol från 1954 som efter avgörandet hyllades för att det ansågs gå afroamerikanernas vilja tillmötes.<sup>28</sup> Vid en närmare granskning menade dock Bell att målet gav uttryck för en konvergens av vita personers och svarta personers intressen och att det var anledningen till att domstolen gick på afroamerikanernas spår.<sup>29</sup>

Bakom resonemanget i domen ansågs nämligen ligga ett skyddande av den vita elitens egenintressen.<sup>30</sup> Bland annat hade afroamerikanska män tjänstgjort sida vid sida med vita amerikaner i den amerikanska militären under både andra världskriget och Koreakriget. Det var därför inte troligt att dessa personer skulle återvända till rasförtryck i arbetslivet frivilligt. Därför fanns det en överhängande risk för inhemsk oro. Kalla kriget pågick också under denna period och då man var i behov av internationellt stöd låg det inte i USA:s intresse att internationellt bli utmålade som rasister.<sup>31</sup> Förenklat innebär detta alltså att systemet där icke-vita personer domineras av vita personer fyller en positiv funktion för den dominerande gruppen, vilket leder till att framsteg endast kan göras när vita och svarta personers intressen möts.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 63.

<sup>28</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7.

<sup>29</sup> Bell, *Harvard Law Review* 1980, s. 526, 529.

<sup>30</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7.

<sup>31</sup> *Ibid*, s. 18 f.

<sup>32</sup> *Ibid*, s. 7.

### 1.4.3 Rasism

Inom CRT kritiseras den snäva definitionen av rasism och man menar att ordet även måste omfatta de fall av rasism som inte bedöms vara allvarliga ur majoritetens synvinkel.<sup>33</sup> Man menar att rasism är mycket komplext<sup>34</sup> och att en snäv definition av begreppet begränsar möjligheterna att komma tillrätta med rasismen i samhället.<sup>35</sup>

Enligt CRT handlar rasism om avsiktlig och oavsiktlig rasism, omedveten rasism, institutionell rasism och rasism som blandats med andra former av förtryck så som förtryck på grund av könstillhörighet eller sexuell läggning. Rasism handlar också om likgiltighet för andra människor på grund av deras rasstillhörighet, samt vita personers privilegier. De vita personernas privilegier anses bestå både i små och stora förmåner, såsom exempelvis vänlighet eller inbjudan till verklig intimitet riktat mot personer som tillhör den egna gruppen.<sup>36</sup> Detta verkar innebära att även mindre påtagliga skillnader i behandling mellan personer av olika ursprung kan utgöra rasism, förutsatt att det rör sig om behandling som kan uppfattas som negativ för den utsatta personen.

Gällande rasism är den teoretiska utgångspunkten för CRT att rasism är en normalt förekommande, men oönskad del av alla samhällen. Att den är normalt förekommande innebär att den är svår att bekämpa med ett liberalistiskt färgblint synsätt på jämlikhet, då man med detta synsätt endast kan bekämpa de mest uppenbara fallen av diskriminering.<sup>37</sup> Vad som är att anse som rasistiskt varierar också mellan olika samhällen. Vissa uttalanden kan exempelvis anses vara rasistiska beroende på vilket samhällsklimat de landar i och vilka stereotyper som figurerar i just det samhället.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7.

<sup>34</sup> Ibid, s. 25.

<sup>35</sup> Ibid, s. 26.

<sup>36</sup> Ibid, s. 25 ff.

<sup>37</sup> Ibid, s. 7.

<sup>38</sup> Ibid, s. 28.

#### 1.4.4 Intersektionalitet

Intersektionaliteten inom CRT innebär att ingen person endast har en identitet, utan att personer kan vara utsatta för diskriminering på flera olika identitetsgrunder. Därför studerar CRT hur ras och andra former av diskriminerande maktordningar samverkar och överlappar varandra i ett samhälle. Intersektionalitetsperspektivet gör det möjligt att fokusera på individer som utsätts för diskriminering på flera grunder såsom ras, religion, ålder, kön, klasstillhörighet mm. Detta gör att olika indelningar blir relevanta beroende på vilka grunder man tittar på och hur dessa grunder samverkar. Exempel på detta är att afroamerikaner i medelklassen kan ha andra intressen och behov än afroamerikaner i arbetarklassen.<sup>39</sup>

#### 1.4.5 Social rättvisa

Inom CRT betonas den sociala rättvisan. Formella rättigheter har i CRT setts som både problematiska och välgörande. De har ansetts vara välgörande på så sätt att de kunnat skapa en plattform för motstånd och förändring, men även problematisk då de lätt kunnat avfärdas av den så kallade liberala färgblinda ideologin.<sup>40</sup>

Dessutom anses endast aggressiva, medvetna ansträngningar kunna bekämpa rasism.<sup>41</sup> Det finns en viss skepticism inom CRT mot formella rättigheter. Detta grundar man på att en viss rättighet blir verkningslös om det samtidigt saknas omfördelningsmekanismer. Man menar att verklig rättvisa inte kan uppnås utan omfördelning av resurser.<sup>42</sup> Dock ska tilläggas att detta synsätt har mjukats upp på senare år.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Jfr. Carlson, Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 323 f.

<sup>40</sup> Ibid, s. 324 f.

<sup>41</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 22.

<sup>42</sup> Ibid, s. 23.

<sup>43</sup> Ibid, s. 24.

#### 1.4.6 Utmanandet av den dominerande ideologin

De flesta författare inom CRT är kritiska till liberalismen som står för rasneutrala ideologier som meritokrati och färgblindhet och därför utmanar CRT den dominerande ideologin. Man menar att neutraliteten underbygger det fortsatta utövandet av orättvisa och ojämlikhet, samt döljer orättvisor.<sup>44</sup> Rasismen är således djupt integrerat i det rättsliga systemet och färgblindheten blir en ny version av den förut uttalade rasismen.

Ett exempel på det liberalistiska synsättet är konstitutionella neutrala principer<sup>45</sup> och ett mer extremt fall anses vara de synsätt som idag återfinns i vissa yttranden från USA:s högsta domstol där man menar att rätten inte ska göra någon distinktion gällande ras, vilket CRT-författare menar leder till att vi endast kan komma till rätta med extrema fall av rasism.<sup>46</sup>

#### 1.4.7 Kritik mot CRT

Det har genom åren riktats en hel del kritik mot CRT. Man har bland annat kritiserat CRT-författare för deras argumentation om att det inte finns några objektiva meriter. Kritiken har bestått i att man inte på ett tillräckligt tydligt sätt förklarar hur olika minoritetsgrupper kan klara sig olika bra.<sup>47</sup> Ett exempel på detta är att personer med judiskt ursprung i USA ofta har höga positioner i samhället på grund av sina meriter.<sup>48</sup> Det har därför argumenterats för att CRT skulle vara antisemitistisk.<sup>49</sup> Annan kritik har bestått i att objektiv sanning saknas inom CRT, något man inom CRT bemött med att sanning är socialt konstruerad.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> Carlson, Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 325.

<sup>45</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 21.

<sup>46</sup> Ibid, s. 22.

<sup>47</sup> Ibid, s. 90.

<sup>48</sup> Faber, m.fl., *Beyond all reason: The radical assault on truth in American law*, s. 60.

<sup>49</sup> Genomgående argumentation i Faber, m.fl., *Beyond all reason: The radical assault on truth in American law*.

<sup>50</sup> Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 92.

CRT har dessutom kritiserats för att vara för enkelspårig, vilket lett till att nya teorier uppkommit ur CRT. *Critical race feminism* hävdar att ras är för endimensionellt och endast ser till afroamerikanska mäns erfarenheter. Afroamerikanska kvinnor ses som en kombinerad kategori som både diskrimineras på grund av kön, men även på grund av ras.<sup>51</sup>

*Latino- och Latina critical race theory* har sitt fokus på latinamerikaner och ser alltså bortom den svart-vita paradigmen. Detta ger teorin möjlighet att fånga upp och granska många olika former av förtryck baserat på immigrantstatus, kultur, etnicitet med fokus på latinamerikanernas erfarenheter.<sup>52</sup> Andra teorier är *asiatisk-amerikansk rättsvetenskap* som ser till asiatisk-amerikanska erfarenheter i USA, samt *Class crits* vars fokus är på klasstillhörigheter.<sup>53</sup> Samtliga av dessa sidogrenar för in andra parametrar än ras i analysen och alla har blivit viktiga aspekter i analysen gällande ras och rasificering.<sup>54</sup>

Egen kritik som kan riktas mot teorin är att den är något cynisk. Att dessutom ständigt uppmärksamma begrepp som ras och etnicitet kan dessutom gjuta fast stereotypiska värderingar och motverka förändring genom att man inte kan se förbi grupptillhörigheterna.

Trots den kritik som kan riktas mot teorin är den ett bra verktyg för att uppmärksamma, belysa och fånga upp problem gällande direktiv 2000/43/EG som annars inte hade kunnat uppmärksammas. För att kunna lösa problem måste problemens existens först utrönas och CRT kan här fungera som en bro mellan juridiken och verkligheten. Samtidigt är det dock viktigt att vara medveten om den kritik som riktats mot teorin.

#### **1.4.8 CRT ur ett europeiskt perspektiv**

Diskriminering och rasism verkar inte på samma sätt i EU som i USA. Inom EU handlar rasismen inte främst om förhållandet mellan den så kallade vita och

---

<sup>51</sup> Carlson, Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 327 f.

<sup>52</sup> Ibid, s. 328 f.

<sup>53</sup> Ibid, s. 329.

<sup>54</sup> Ibid, s. 329.

svarta rasen med grund i slaveriet, utan främst om rasism som uppkommit genom en sammanblandning av flera olika kulturer, traditioner, religioner och nationaliteter. Europa har dessutom en historia av religionsförtryck och rasförtryck och så sent som på 1930-1940-tal fick vi se konsekvenserna av detta. Inom EU finns många olika minoritetsgrupper, såsom resandefolk, personer av romsk härkomst och urbefolkningar som exempelvis samer och basker. Dessutom har EU i perioder upplevt stor invandring från många delar av världen, vilket successivt inneburit en ökad mångfald.

Frågan blir då om CRT, som har sin bas i den svart-vita rasparadigmen och som bildats som en motkraft till den färgblinda liberalismen i USA, kan appliceras även i ett EU-rättsligt sammanhang? Det finns idag endast ett fåtal europeiska akademiker som använder sig av CRT i Europa.<sup>55</sup> Dessa utgår ifrån att en liknande liberalistisk färgblindhet existerar i de europeiska rättssystemen och att ras och etniskt ursprung måste tas på allvar när antidiskrimineringslagstiftning utformas.<sup>56</sup>

En av dessa akademiker är Mathias Möschel som arbetar med CRT ur ett europeiskt perspektiv med fokus på kontinentaleuropeiska länder. Han argumenterar för att den europeiska färgblindheten fungerar på liknande sätt som den amerikanska färgblindheten och att rasism i Europa är mycket smalt definierad.<sup>57</sup> Samtidigt menar han att de europeiska rättssystemen inte har samma rättighetsvision som det amerikanska rättssystemet har, men att detta beror på de europeiska staternas olika rättsliga traditioner.<sup>58</sup> Precis som Delgado och Stefancic anser Möschel att den mindre allvarliga, vardagliga rasismen reduceras till att bli irrelevant även inom EU. Han menar därför att det finns utrymme för en europeisk CRT.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Se exempelvis Michele Grigolo, Constanza Hermanin och Mathias Möschel.

<sup>56</sup> Jfr. exempelvis Möschel, m.fl., *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1637.

<sup>57</sup> *Ibid*, s. 1641.

<sup>58</sup> Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 80

<sup>59</sup> Möschel, m.fl., *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1641; Möschel, *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1649.

Möschel anser dels att den europeiska definitionen av rasism och rasdiskriminering är alltför smal, och dels att det finns en ovilja att problematisera ras, vilket han menar är en del av den europeiska färgblindheten.<sup>60</sup> Han anser också att rasism, precis som i USA, inte är avvikande, utan normalt förekommande.<sup>61</sup> Han anser dessutom att eftersom det i Europa saknas en klar rättslig symbol att kämpa emot är det ännu svårare att bekämpa rasism i Europa än i USA.<sup>62</sup>

Slutligen argumenterar han för att det finns ett behov av CRT i Europa, då minoriteter får utstå diskriminering och då Europa mer och mer blir ett immigrantsamhälle. Han anser dock att det inte går att använda CRT i Europa utan vissa modifikationer. Hänsyn måste tas till betydelsen av rasism i Europa och innebörden av ras i ett europeiskt perspektiv som skiljer sig från den amerikanska versionen av samma begrepp. Ras i ett europeiskt perspektiv innebär inte främst förhållandet mellan den svarta och vita rasen. Istället måste ras betyda alla de olika rastillhörigheter som kan föranleda rasism.<sup>63</sup>

Baserat på ovanstående resonemang finns det många argument som talar för att CRT kan appliceras i en europeisk kontext trots att den binära svart-vita rasparadigmen saknas. En liknande form av rättslig färgblindhet som råder i USA verkar även inom EU och mycket av den kritik CRT riktar mot det amerikanska rättsliga systemet kan på liknande grunder riktas mot det EU-rättsliga systemet, där ingen direkt hänsyn tas till ras och då alla personer har samma formella rättigheter.

## **1.5 Metod och material**

### **1.5.1 Metod**

I denna uppsats anläggs som ovan angivits ett CRT-perspektiv på analysen. CRT ifrågasätter grunderna och utgångspunkterna för det rättsliga systemet, men för

---

<sup>60</sup> Möschel, *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1649 f.

<sup>61</sup> Jfr. Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 107.

<sup>62</sup> Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 80

<sup>63</sup> Jfr. *Ibid*, s. 102 ff.

att det ska vara möjligt att analysera rättsläget ur ett CRT-perspektiv är det först nödvändigt att fastställa utgångspunkterna för gällande rätt.

Denna utredning befinner sig inom området för EU-rättslig lagstiftning och vid besvarandet av de rättsutredande frågeställningarna använder jag mig av den rättsdogmatiska metoden, då en del av kunskapsintresset för denna uppsats är förståelse kring direktiv 2000/43/EG och dess utformning, innebörd och tillämpning gällande vissa kärnfrågor.

Den rättsdogmatiska analysen går ut på att analysera de olika momenten i rättskälleläran och slutresultatet belyser hur vissa rättsregler kan förstås i en viss kontext.<sup>64</sup> Rent praktiskt innebär mitt metodval att jag utgår ifrån direktiv 2000/43/EG och med stöd av detta drar nödvändiga slutsatser för att kunna besvara mina frågeställningar. Det rör sig alltså till en början om ett så kallat *de-lege-lata-resonemang*. Besvarandet av frågeställningarna får i första hand en deskriptiv karaktär som sedan mynnar ut i en analytisk CRT-kritik och en problematisering av det formella diskrimineringskyddet som EU-rätten erbjuder. Det innebär att jag går längre än att endast söka fastställa gällande rätt. Enligt Kleineman tillåter den rättsdogmatiska metoden att man framför ett mer kritiskt resonemang gällande rättsläget.<sup>65</sup> Av denna anledning kommer jag också att tillämpa en friare argumentation.<sup>66</sup>

Förenklat innebär detta att utgångspunkten för uppsatsen är att med hjälp av den rättsdogmatiska metoden ta reda på innebörden av etnicitet, ras, direkt och indirekt diskriminering i direktivet, samt omfattningen av direktivets tillämpningsområde med hjälp av den rättsdogmatiska metoden, varpå reglerna därefter kommer att kritiseras, problematiseras och analyseras med hjälp av CRT.

---

<sup>64</sup> Kleineman. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 26.

<sup>65</sup> Jfr. Ibid, s. 24, samt s. 39.

<sup>66</sup> Jfr. Ibid, s. 27.



När det gäller EU-rätt är rättskällornas inbördes ordning inte någon självklarhet.<sup>67</sup> Allan Rosas menar att rättskällorna ska rankas på detta icke uttömmande sätt:<sup>68</sup>

- Värdegrunden i EU:s rättsordning, enligt artikel 2 FEU.
- EU-rättsliga principer, inkluderat de grundläggande rättigheterna<sup>69</sup>
- De primära rättskällorna och dess protokoll
- Internationella avtal som är bindande för EU
- De sekundära rättskällorna
- Rättsakter som antagits av kommissionen grundat på delegerade befogenheter.
- Rättsakter som antagits av kommissionen eller Rådet på grundval av genomförande befogenheter
- Nationella lagstiftningsåtgärder som krävs för att genomföra unionens rättsakter

Vid behandling av rättskällorna kommer jag att utgå ifrån att primärrätten har högsta dignitet ihop med rättsliga principer som kan härledas ur domar från EU-domstolen, då allmänna principer har ett högt värde i normhierarkin.<sup>70</sup> Den sekundära rätten, så som direktiv och förordningar, hamnar näst på tur i rättskälleordningen. Övriga rättskällor, så som förarbeten och doktrin, anses normalt vara svagare och kommer inte att rankas inbördes. Detta material får i princip endast normativ verkan om det saknas annat tolkningsmaterial.<sup>71</sup> Därför kommer dessa rättskällor endast att behandlas som argumentationsunderlag.

När det gäller tolkning av rättskällorna kan det konstateras att det finns olika tolkningsmetoder. Exempel på detta är den metod EU-domstolen använder sig av, som utgörs främst av den ändamålsenliga tolkningen där man ser till

---

<sup>67</sup> Reichel. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 135.

<sup>68</sup> Min översättning från Rosas, m.fl., *EU constitutional law*, s. 53.

<sup>69</sup> Då de EU-rättsliga principerna fastställs av EU-domstolens domar faller EU-domstolens rättsakter främst in under denna punkt.

<sup>70</sup> Kleineman. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 25 ff.; Mål C-101/08 Audiolux.

<sup>71</sup> Reichel. Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 127 ff.

rättskällans ändamål och syfte.<sup>72</sup> I min utredning kommer jag att använda mig av detta tolkningsverktyg i den mån direktivet inte ensamt reder ut oklarheter. Jag har även använt mig av domar från EU-domstolen för att tolka lagstiftningen i den mån det har behövts för att besvara mina frågeställningar.

För att få fram de mål som behandlar denna typ av diskriminering använde jag mig av EU-domstolens sökformulär i databasen Curia. Jag sökte endast på domar från domstolen som var avslutade och innehöll sökordet "ethnic". Som ämnesområde valde jag "non-discrimination", samt "fundamental rights". Därefter gjorde jag samma sökning med ordet "race". Jag var tvungen att välja bort mål och beslut som inte var översatta till svenska eller engelska. De mål jag fått fram sökte jag sedan igenom var för sig för att se om de innehöll något av orden "ethnic", "race", "racial", samt "discrimination". När jag läste igenom de kvarvarande målen mer noggrant saknade vissa mål helt relevans för tolkningen och tillämpningen av direktiv 2000/43/EG. Kvar blev därför dessa sex mål:

- C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria
- C-201/13 Deckmyn och Vrijheidsfonds
- C-571/10 Kamberaj
- C-415/10 Meister
- C-391/09 Runevič-Vardyn och Wardyn
- C-54/07 Feryn

Det som framkommit i den rättsdogmatiska undersökningen har sedan problematiserats ur ett CRT-perspektiv. Det innebär att jag hämtat vissa teoretiska redskap från CRT för att analysera det rättsliga materialet och för att besvara mina frågeställningar. Dessa teoretiska redskap har utgjorts av de centrala grundfrågorna inom CRT som finns angivna under avsnittet om teori. Verktøygen som jag hämtat från teorin har sedan värvats med egna problematiseringar och slutsatser, för att skapa en utgångspunkt för diskussion kring rasproblem och rasism inom direktiv 2000/43/EG.<sup>73</sup> Som angivits i

---

<sup>72</sup> Reichel, Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 122.

<sup>73</sup> Jfr. även Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 62.

avsnittet om teori är de grundfrågor för CRT som blivit relevanta för denna framställning främst frågor om *ras* och *rasism*, *intersektionalitet*, *social rättvisa*, *utmanandet av den dominerande ideologin*,<sup>74</sup> *privilegier grundat på identitet*,<sup>75</sup> och att *olika grupper upplever olika former av diskriminering*.<sup>76</sup> Dessa teoretiska redskap och argument har använts för att problematisera direktivets definitioner av ras, etnicitet, direkt och indirekt diskriminering, samt tillämpningsområdet för direktiv 2000/43/EG.

### 1.5.2 Material

I min rättsutredande del har jag främst använt mig av ordinärt juridiskt material. Direktiv 2000/43/EG har utgjort den centrala lagstiftningen och övriga rättskällor så som EU-rättslig fördragsrätt och soft law har främst använts för att skapa en bakgrundsbild, men även i viss mån fungerat som argumentationsunderlag. Domar från EU-domstolen har använts som tolkningsmaterial när direktivet innehöll oklarheter. Jag har även använt mig av de bakomliggande skälen till direktiv 2000/43/EG för tolkning av direktivet. Rättskällorna är på ett grundläggande sätt nödvändiga för att besvara mitt syfte och utreda hur EU:s skydd mot etnisk diskriminering och rasdiskriminering behandlar ras, etnicitet och rasism.

Jag har även i viss mån använt mig av doktrin som behandlat direktivet vid min analys och problematisering. Doktrin saknar som ovan angivits betydelse för rättstillämpningen och därför har dessa källor endast använts för att förklara och utveckla problematiken kring rättstillämpningen.

Många författare och akademiker analyserar direktiv 2000/43/EG, men jag har i skrivandets stund inte hittat några artiklar eller böcker som öppet behandlar direktivets hantering av etnicitet och ras, direkt och indirekt diskriminering,

---

<sup>74</sup> Carlson, Korling och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 320.

<sup>75</sup> Möschel, Rutgers Race and Law Review 2007, s. 63; Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 7.

<sup>76</sup> Möschel, Rutgers Race and Law Review 2007, s. 63 f.

samt direktivets tillämpningsområde ur ett CRT-perspektiv. Damian Chalmers<sup>77</sup> har använt sig av vissa argument från CRT när han analyserat direktivet utan att öppet redovisa detta. Mitt fokus är dock annorlunda än Chalmers fokus, då Chalmers problematiserar direktivet mer generellt. Dessutom är Chalmers text från 2001 och mycket har hänt sedan dess.

Jag har också använt mig av litteratur som behandlar och förklarar CRT. Denna litteratur var nödvändig för att förstå hur CRT skulle tillämpas och appliceras. Ett problem med litteraturen var att den visade på många olika inriktningar inom CRT och därför fick vissa val göras. Jag har därför valt att främst använda mig av Richard Delgado och Jean Stefancic syn på CRT, samt den syn på teorin som Mathias Möschel står för.

Den amerikanska akademikern Richard Delgado och hans fru Jean Stefancic, diskuterar CRT ur ett amerikanskt perspektiv. Delgado och Stefancic tydliggör grunderna för CRT och teorins ursprung. Delgado är en av skaparna till CRT och hans beskrivning av CRT väger därför mycket tungt. En svårighet med att tillämpa den CRT som Delgado och Stefancic beskriver är dock att utgångspunkterna till största delen ligger på rasism och maktstrukturer i förhållande till den svarta och vita rasen. Mathias Möschel som är en europeisk akademiker skriver kring ras och etnicitetsfrågor i en juridisk kontext. Han har i flera artiklar, samt i ett antal böcker, skrivit om CRT i ett kontinentaleuropeiskt perspektiv. Möschel jämför olika europeiska stater med varandra.

Slutligen kan sägas att det finns ett flertal studentuppsatser som behandlar olika former av diskriminering inom EU. Mycket få av dessa uppsatser handlar om direktiv 2000/43/EG. Jag har inte funnit någon publicerad studentuppsats som problematiserar direktivet ur ett CRT-perspektiv.

---

<sup>77</sup> Se Chalmers. Fredman (red.), *Discrimination and human rights: The case of racism*.

## 1.6 Forskningsläge

Det forskas aktivt kring frågor gällande diskriminering grundat på ras och etnicitet. Inom EU bevakas dessa frågor bland annat European Union Agency for Fundamental Rights. Organet presenterar löpande forskning relaterad till dessa frågor ur ett samhällsvetenskaplig och juridiskt perspektiv. Det råder inte heller någon brist på doktrin som behandlar direktiv 2000/43/EG.

Många amerikanska akademiker forskar kring rasdiskriminering och etnisk diskriminering ur ett CRT-perspektiv, men endast ett fåtal europeiska akademiker använder detta perspektiv för sin forskning. Möschel är som ovan angivits en av dessa akademiker. Han befinner sig i huvudsak inom områdena för komparativ konstitutionell rätt, mänskliga rättigheter och icke-diskriminering. I sin forskning behandlar Möschel överlappande EU och övriga stater i Europa, i kombination med Europakonventionens påverkan. Han jämför även de europeiska staterna och deras olika rättsliga traditioner med varandra. Hans fokus ligger dock främst på de kontinentaleuropeiska länderna och hur dessa länder behandlar ras och rasism.

I boken *Fighting Discrimination in Europe. The case for a race-conscious approach* samarbetar Möschel med andra europeiska forskare inom andra vetenskapliga discipliner och presenterar ny forskning gällande rasdiskriminering och etnisk diskriminering. Boken ger en bra överblick över problemområdet, men behandlar inte djupgående ämnet för denna uppsats.

Uppsatsens ämne är i mycket liten utsträckning behandlad inom den juridiska litteraturen. Av denna anledning finns det luckor i den juridiska diskussionen, både avseende problematiseringen av etnicitet och ras i direktiv 2000/43/EG, men även gällande innebörden och definitionen av vad som enligt direktivet utgör diskriminering i kombination med direktivets tillämpningsområde när det ställs mot begreppet rasism.

## **2. En översikt över EU-rättslig lagstiftning på området för icke-diskriminering grundat på ras och etnicitet**

### **2.1 Principen om likabehandling**

Principen likabehandling är en grundläggande rättighet i EU<sup>78</sup>, vilket vi kommer se i detta kapitel. Det finns många källor för principen både inom primärrätten och sekundärrätten. Principen om likabehandling utgör grunden för den EU-rättsliga antidiskriminerings-lagstiftningen.

På området för etnisk diskriminering och rasdiskriminering finns principen om likabehandling reglerad både inom primärrätten och inom sekundärrätten. Nedan följer en översiktlig presentation av dessa lagrum och principer.

### **2.2 Skydd mot etnisk diskriminering och rasdiskriminering i primärrätten**

#### **2.2.1 FEU**

I artikel 2 FEU anges de grundvärden Unionen ska bygga på. Bland dessa omnämns respekt för människans värdighet och mänskliga rättigheter. Värdena ska vara gemensamma för medlemsstaterna och medlemsstaternas samhällen ska kännetecknas av bland annat mångfald och icke-diskriminering. Unionen ska också bekämpa social utestängning och diskriminering, vilket följer av artikel 3.3 st. 2 FEU.

Artikel 7 FEU anger Unionens möjligheter att agera om "det finns en klar risk för att en medlemsstat allvarligt åsidosätter värden i artikel 2". Unionen ska vidare i all sin verksamhet respektera principen om jämlikhet mellan sina medborgare, enligt artikel 9 FEU.

---

<sup>78</sup> C-8/78 Milac, punkt 8.

### 2.2.2 FEUF

Unionen ska vid utformningen och genomförandet av sin politik och verksamhet söka bekämpa all diskriminering grundat på bland annat ras och etniskt ursprung, vilket följer av artikel 10 FEUF.

Artikel 19.1 FEUF anger vilka befogenheter Unionen har att vidta åtgärder inom området för icke-diskriminering. Rådet har, efter Europaparlamentets godkännande, befogenhet att genom särskilt lagstiftningsförfarande med enhälligt beslut vidta åtgärder för att bekämpa bland annat diskriminering på grund av etnicitet och ras. Vidare anges i punkt 2 att Europaparlamentet och Rådet i syfte att stödja åtgärder som medlemsstaterna vidtar för att uppfylla målen i punkt 1, får anta stimulansåtgärder på Unionsnivå, som dock inte får innebära att medlemsstaterna behöver harmonisera inhemska lagar och författningar. Artikel 19 FEUF kan troligen inte få direkt effekt eftersom den inte uttryckligen förbjuder diskriminering.<sup>79</sup>

### 2.2.3 EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna

EU-stadgan blev primärrätt i och med Lissabonfördraget, enligt 6.1 FEU. Artikel 21.1 i EU-stadgan rör skydd mot olika former av diskriminering, däribland ras, hudfärg, etniskt ursprung och tillhörighet i nationell minoritetsgrupp. Dessa former av diskriminering är enligt artikeln förbjuden. Artikel 21 skiljer sig i sin utformning från artikel 19 FEUF, bland annat genom att fler diskrimineringsgrunder anges och att artikeln uttryckligen förbjuder diskriminering. Det är därför möjligt att EU-stadgan ger ett bredare diskrimineringskydd än artikel 19 FEUF, men detta har ännu inte bekräftats av EU-domstolen.<sup>80</sup> Detta synsätt kan dock hindras av artikel 52.2 i stadgan som anger att rättigheter i EU-stadgan som återfinns i fördragen ska utövas på de villkor och inom de gränser som fastställts i fördragen.

---

<sup>79</sup> Ellis, m.fl., *EU anti discrimination law*, s. 54.

<sup>80</sup> Se även Rosas, m.fl., *EU constitutional law*, s. 176, om relationen mellan rättigheter och friheter i EU-stadgan.

Det kan tänkas att artikel 21 i EU-stadgan kan få direkt effekt. Rosas och Armati menar dock att artiklar i EU-stadgan kan få direkt effekt i vissa fall, men att detta blir beroende av skillnaden mellan rättigheter och principer.<sup>81</sup> Detta är således inte helt klarlagt.

EU-stadgans tillämplighet anges vidare i artikel 51.1. Bestämmelserna riktar sig till Unionens institutioner, organ och byråer, samt till medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten. Stadgan är alltså inte tillämplig på områden som inte omfattas av unionsrätten, vilket innebär en begränsning av EU-stadgans skydd.

### **2.3 Europakonventionens skydd mot etnisk diskriminering som en del av EU-rätten**

Eftersom samtliga EU-medlemsstater är medlemmar i Europakonventionen kan en EU-medborgare sägas ha ett dubbelt skydd mot diskriminering. Denna framställning berör endast Europakonventionen som en del av EU:s skydd mot etnisk diskriminering. Artikel 6.3 FEU anger att Europakonventionens skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.

I mål C-571/10 Kamberaj har EU-domstolen angivit att hänvisningen i 6.3 FEU till Europakonventionen inte innebär att nationella domstolar är skyldiga att direkt tillämpa bestämmelserna i konventionen, i de fall en nationell bestämmelse strider mot konventionen.<sup>82</sup>

Vidare anges det i artikel 52.3 i EU-stadgan att om Europakonventioner och EU-stadgan omfattar motsvarande rättigheter, ska EU-stadgans rättigheter anses ha samma innebörd och räckvidd som de i konventionen. Unionen får dock ge ett mer långtgående skydd.

---

<sup>81</sup> Rosas, m.fl., *EU constitutional law*, s. 178.

<sup>82</sup> C-571/10 Kamberaj, punkt 59-63.



Även i punkterna 2 och 3 i ingressen till direktiv 2000/43/EG, om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, hänvisar man till Europakonventionen i samband med unionens värden enligt artikel 6 FEU och som en del av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

Dessutom har EU-domstolen vid upprepade tillfällen angett att man inspireras av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Där inräknas även de internationella konventioner om skydd för mänskliga rättigheter som medlemsstaterna tillträtt. Europakonventionen är i detta hänseende av särskilt intresse.<sup>83</sup>

I artikel 14 i Europakonventionen återfinns skyddet mot diskriminering. Där anges att åtnjutandet av konventionens fri- och rättigheter ska säkerställas utan någon åtskillnad på bland annat ras, hudfärg, språk, nationellt eller socialt ursprung och tillhörighet i någon nationell minoritetsgrupp. Listan är inte uttömmande och fler diskrimineringsgrunder kan göras gällande.

#### **2.4 Medlemsstaternas konstitutioner, soft law och övriga relevanta internationella konventioner**

De grundläggande rättigheterna, så som de följer av medlemsstaternas konstitutionella traditioner ingår i unionsrätten som allmänna principer, enligt artikel 6.3 FEU. EU-domstolen har angett att precis som domstolen inspireras av Europakonventionen när det gäller de grundläggande rättigheterna, inspireras man också av medlemsstaternas konstitutionella traditioner.<sup>84</sup> Andra stöd för detta är även den andra "som-satsen" i ingressen till FEU, som bland annat anger att FEU har inspirerats av medlemsstaternas arv där universella värden utvecklats, så som människans okränkbara och oförytterliga rättigheter.

---

<sup>83</sup> Se exempelvis C-260/89 ERT, punkt 41; C-402/05 P och C-415/05 P Kadi, punkt 283; Yttrande C-2/94, punkt 33; Yttrande C-2/13, punkt 37.

<sup>84</sup> Se exempelvis Yttrande C-2/94, punkt 33; Yttrande C-2/13, punkt 37.

Det finns en uppsjö av icke-bindande så kallad "soft law" på området för etnisk diskriminering. Det finns bland annat en rapport från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet, flertalet arbetsdokument från kommissionen där majoriteten behandlar romernas utsatta situation, samt ett stort antal beslut, rekommendationer, resolutioner, kommunikationer mm.<sup>85</sup>

EU-domstolen har även angett att man vägleds av de internationella konventioner som medlemsstaterna medverkat eller anslutit sig till.<sup>86</sup> Relevanta konventioner för denna framställning anges i skäl 3 i ingressen till direktiv 2000/43/EG. Dessa utgörs av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, FN:s konvention om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor, i den internationella konventionen om avskaffandet av alla former av rasdiskriminering, samt FN:s konventioner om medborgerliga och politiska rättigheter och ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

## **2.5 Skydd mot etnisk diskriminering i sekundärrätten**

Direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer avsett deras ras eller etniska ursprung, utvecklar principen om icke-diskriminering grundat på ras och etnicitet. Artikel 19 i FEUF är den rättsliga grunden till EU:s befogenheter att bekämpa diskriminering grundat på ras och etnicitet.<sup>87</sup> Direktivets mål är att säkerställa ett högt skydd mot diskriminering, enligt punkt 28.

Som ett syfte bakom strävan efter likabehandling anges att diskriminering på grund av ras och etnicitet kan undergräva förverkligandet av målen i fördragen, särskilt gällande mål om hög sysselsättning i unionen, hög nivå av socialt skydd, solidaritet, höjd levnadsstandard och livskvalité, vilket följer av punkt 9. Direktivet har 19 artiklar och här följer i korthet en översikt av lagrummen.

---

<sup>85</sup> European Commission, *Legislation*, 2016.

<sup>86</sup> Se exempelvis Yttrande C-2/94, punkt 33; Yttrande C-2/13, punkt 37.

<sup>87</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 58.

Enligt artikel 1 är syftet med direktivet att fastställa en ram för bekämpning av diskriminering grundat på ras eller etnicitet och för att möjliggöra genomförandet av likabehandling i medlemsstaterna.

Artikel 2 anger vad begreppet diskriminering innebär och att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering grundat på ras eller etnicitet. Trakasserier ska omfattas av skyddet mot direkt diskriminering, enligt artikel 2.3 i direktivet och detta gäller även föreskrifter att diskriminera, enligt 2.4. Det anses inte vara diskriminering om särbehandlingen utgör ett verkligt yrkeskrav på grund av yrkesverksamhetens natur eller sammanhang, under förutsättning att målet är legitimt och kravet är proportionerligt, enligt artikel 4. Positiv särbehandling är också tillåtet under vissa förutsättningar, enligt artikel 5. Repressalier på grund av klagomål mot diskriminering är otillåtet, vilket följer av artikel 9.

Tillämpningsområdet för direktivet anges i artikel 3 och direktivet ska tillämpas på alla personer inom både privat och offentlig sektor, bland annat vid tillträde till anställning, socialt skydd, utbildning och tillhandahållande av varor och tjänster som är tillgängliga för allmänheten. Direktivet ska inte tillämpas om det föreligger särbehandling grundat på nationalitet, eller villkor för inresa gällande tredjelandsmedborgare,<sup>88</sup> samt statslösa personer, enligt artikel 3.2.

Enligt artikel 8 i direktivet finns en presumtion gällande bevisbördan till fördel för personer som känner sig diskriminerade. Om personen lagt fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering ska svaranden bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.

Brott mot principen om likabehandling ska medföra sanktioner, så som exempelvis skadestånd till den utsatta personen, enligt artikel 15. Sanktionerna ska vara avskräckande, proportionerliga och effektiva och de bestäms av medlemsstaterna själva. Direktivet tillförsäkrar vidare ett minimiskydd och

---

<sup>88</sup> Personer som inte är medborgare i ett EU-land.

medlemsstaterna får införa bestämmelser som är mer fördelaktiga än de i direktivet, enligt artikel 6.

Direktivet påför även medlemsstaterna vissa skyldigheter. Medlemsstaterna ska säkerställa att personer som upplevt sig vara diskriminerade kan tillvarata sina rättigheter enligt direktivet, vilket följer av artikel 7. Medlemsstaterna är skyldiga att på sitt territorium informera personer om deras skydd enligt direktivet, enligt artikel 10. Dessutom är medlemsstaterna skyldiga att främja dialog mellan arbetsmarknadens parter i syfte att understödja likabehandling samt uppmuntra dem att avtala om bestämmelser mot diskriminering, artikel 11, samt främja dialog med lämpliga icke-statliga organisationer som har ett berättigat intresse att främja likabehandling, artikel 12.

Vidare ska medlemsstaterna inrätta organ för främjande av likabehandling, artikel 13. Lagar och författningar som strider mot principen om likabehandling ska dessutom upphävas och bestämmelser i avtal som bryter mot principen om likabehandling ska förklaras ogiltiga eller ändras, artikel 14. Slutligen ska medlemsstaterna överlämna all information till kommissionen som kommissionen behöver för att utarbeta rapporter till Europaparlamentet om direktivets tillämpning, vilket följer av artikel 17.

## **2.6 EU-domstolens praxis gällande etnisk diskriminering och rasdiskriminering**

Beslut från EU-domstolen är en mycket viktig del av EU:s lagstiftningsmakt. De luckor som lämnas öppna i primär- och sekundärrätt kan tillslutas av EU-domstolens uttalanden i domar. Det finns i skrivandets stund sex domar som rör etnisk diskriminering och som är av relevans för denna framställning.<sup>89</sup> Dessa är Feryn,<sup>90</sup> Runevič-Vardyn och Wardyn,<sup>91</sup> Meister,<sup>92</sup> Kamberaj,<sup>93</sup> Deckmyn och

---

<sup>89</sup> Det finns ett antal pågående mål hos EU-domstolen som berör direktiv 2000/43/EG. Dessa är C-668/15 Jyske Finans, C-443/15 Parris, C-406/15 Milkova, C-188/15 Bougnaoui och ADDH, samt C-157/15 Achbita.

<sup>90</sup> C-54/07 Feryn.

<sup>91</sup> C-391/09 Runevič-Vardyn och Wardyn.

<sup>92</sup> C-415/10 Meister.

<sup>93</sup> C-571/10 Kamberaj.

Vrijheidsfonds,<sup>94</sup> samt CHEZ Razpredelenie Bulgaria.<sup>95</sup> Endast i tre av dessa mål görs en faktisk prövning av omständigheterna i det enskilda fallet mot direktiv 2000/43/EG.<sup>96</sup>

I domarna diskuteras vem som kan klaga enligt direktivet,<sup>97</sup> bevisbördan,<sup>98</sup> sanktioner,<sup>99</sup> relationen mellan etnicitet och nationalitet,<sup>100</sup> svarandens skyldighet att lämna ut information,<sup>101</sup> definitionen av etnicitet,<sup>102</sup> direktivets räckvidd,<sup>103</sup> innebörden av direkt och indirekt diskriminering,<sup>104</sup> samt möjlighet till rättfärdigande av indirekt diskriminering.<sup>105</sup>

---

<sup>94</sup> C-201/13 Deckmyn och Vrijheidsfonds.

<sup>95</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

<sup>96</sup> C-54/07 Feryn; C-415/10 Meister; C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

<sup>97</sup> C-54/07 Feryn; C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

<sup>98</sup> C-54/07 Feryn; C-415/10 Meister; C-571/10 Kamberaj; C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

<sup>99</sup> C-54/07 Feryn.

<sup>100</sup> C-391/09 Runevič-Vardyn och Wardyn.

<sup>101</sup> C-415/10 Meister.

<sup>102</sup> C-201/13 Deckmyn och Vrijheidsfonds; C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

<sup>103</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid.

### **3. Betydelsen av etnicitet och ras i direktiv 2000/43/EG**

Detta kapitel rör begreppsproblematik gällande innebörden av begreppen etnicitet och ras i direktiv 2000/43/EG. Först kommer en rättslig definition av begreppen att söka fastställas, varpå en problematisering ur ett CRT-perspektiv av de rättsliga definitionerna av begreppen kommer att göras.

#### **3.1 Rättslig definition av etnicitet och ras**

Först och främst kan konstateras att det i direktiv 2000/43/EG saknas en definition av innebörden av begreppen ras och etnicitet. I punkt 6 i ingressen till direktivet anges att unionen förkastar teorier som menar att det finns olika människoraser och att användandet av ordet ras inte ska ses som ett accepterande av sådana teorier. Man nämner vidare antisemitism i punkt 10, vilket kan innebära att religion spela viss roll vid definitionen av etnicitet.

Hudfärg omnämns i artikel 21 i EU-stadgan, men återfinns inte som en diskrimineringsgrund i direktivet. I en dom från EU-domstolen upplyste domstolen dock den nationella domstolen om betydelsen av principen om icke-diskriminering ”på grund av ras, hudfärg och etniskt ursprung, som kommit till konkret uttryck i rådets direktiv 2000/43/EG” och artikel 21 i EU-stadgan.<sup>106</sup> Hudfärg måste därför anses vara en del av definitionen av ras och etnicitet enligt direktivet.

Vad gäller nationalitet anges det uttryckligen i artikel 3 i direktivet att diskriminering på grund av nationalitet undantas från direktivets tillämpningsområde. Detta utvecklas i skäl 13 i direktivet där man säger att diskrimineringsförbudet bör tillämpas på medborgare i tredjeland, men inte när det gäller särbehandling på grund av nationalitet.

I målet Kamberaj har också domstolen uttalat att en klagande som var tredjelandsmedborgare inte kunde göra gällande särbehandling enligt direktivet. I samband med detta angav domstolen att direktivet inte var tillämpligt gällande

---

<sup>106</sup> C-201/13 Deckmyn och Vrijheidsfonds, punkt 29-30.

särbehandling grundat på nationalitet.<sup>107</sup> Man förtydligar alltså här att nationalitet är undantaget från direktivet.

Gällande tredjelandsmedborgare kan dessa personer enligt skäl 13 i ingressen till direktivet omfattas av begreppet etnicitet och ras enligt direktivets mening i artikel 3.2, förutsatt att särbehandlingen inte gäller villkor för inresa och bosättning på medlemsstaternas territorium. Mer om begränsningarna av direktivets tillämplighet gällande tredjelandsmedborgare följer nedan under kapitel 5.

I det senare målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria definierar EU-domstolen etnicitet. Man menar att etniskt ursprung grundas på tanken om att samhällsgrupperna utmärks *av gemensam nationalitet, religion, språk, kultur, tradition och bostadsmiljö*.<sup>108</sup> Här menar man alltså att nationalitet kan vara del av bedömningen.

Så vad är då den rättsliga definitionen av begreppen? Den definition av etnicitet vi har att förhålla oss till är den definition EU-domstolen angivit i målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria, nämligen att ett etniskt ursprung enligt direktivet grundas på tanken om att samhällsgrupperna utmärks *av gemensam nationalitet, religion, språk, kultur, tradition och bostadsmiljö*. Denna definition sades stämma in på det romska ursprunget.<sup>109</sup> Detta gör det dock inte mindre problematiskt då nationalitet explicit är undantaget från direktivets tillämpningsområde enligt artikel 3.2. Någon rättslig definition av begreppet ras har vi inte överhuvudtaget att förhålla oss till.

Det ovanstående innebär att nationalitet enligt EU-domstolen kan vara en del av bedömningen av etnicitet och ras, trots att det uttryckligen är undantaget enligt

---

<sup>107</sup> C-571/10 Kamberaj, punkt 48-50.

<sup>108</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 45-46.

<sup>109</sup> Ibid, punkt 45-46.

direktivet. Att nationalitet är undantaget har även förtydligats i ett tidigare mål.<sup>110</sup>

Hur ska detta då tolkas och vad är det egentligen som gäller? Det tycks ju vara så att rättskällorna motsäger varandra. När ska man ta hänsyn till nationalitet och när ska man inte göra det? Ska man ta hänsyn till nationalitet i kombination med gemensamt språk, religion, kultur, tradition och bostadsmiljö, eller kan det ensamt eller endast i kombination med ett fåtal av dessa kriterier utgöra en bedömning av etniskt ursprung? Det finns i dagsläget inget svar på denna fråga.

Ser man till direktivets ovan angivna ändamål och syften är lagstiftningens mål att skydda utsatta grupper mot diskriminering, uppnå hög sysselsättning, hög nivå av socialt skydd, solidaritet, samt uppnå höjd levnadsstandard och livskvalité. Det är möjligt att EU-domstolen anser att nationalitet kan vara en del av etnicitet i de fall det innebär ett starkare skydd för särskilt utsatta minoritetsgrupper som exempelvis romer.

I vilket fall som helst innebär EU-domstolens definition att nationalitet i vissa fall kan vara en del av etnicitetsdefinitionen. När nationalitet blir tillämpligt som en del av etnicitetsbegreppet är dock fortfarande oklart och kanske blir distinktionen beroende av sammanhanget. Slutsatsen får bli att det är oklart om hänsyn ska tas till nationalitet vid bedömningen av etnicitet och ras, men att det i vissa fall kan spela roll för fastställandet av om en grupp tillhör ett etniskt ursprung enligt direktivet.

### **3.2 Diskussion ur ett CRT-perspektiv**

Direktivet är avsett att skydda mot diskriminering grundat på ras och etnicitet, men det saknas en tydlig definition av diskrimineringsgrunderna. Detta är problematiskt då dessa begrepp är avgörande för att utsatta personer ska omfattas av reglernas tillämpningsområde. Ras eller etniskt ursprung måste ha utgjort anledningen till den diskriminerande behandlingen för att man ska kunna

---

<sup>110</sup> C-571/10 Kamberaj, punkt 48-50.



omfattas av direktivet.<sup>111</sup> Trots detta tycks begreppet ha en viss ombytlighet och flexibilitet som vi sett ovan.

### 3.2.1 Under en mycket lång tid saknades en definition av etnicitet

Det kan konstateras att det dröjde länge innan det överhuvudtaget tillkom en definition av etnicitet i EU:s rättsakter. Först 15 år efter att direktivet infördes gjordes ett försök till definition av vad etnicitet kan innebära,<sup>112</sup> vilket är anmärkningsvärt. I de tidigare domar där domstolen bedömt att omständigheterna i det enskilda fallet föll inom direktivets tillämpningsområde, omnämns inte överhuvudtaget vad som utgör etniskt ursprung eller ras.<sup>113</sup>

I målet Feryn,<sup>114</sup> som bland annat handlade om att en arbetsgivare inte anställde personer av visst ursprung, angavs inte vilket ursprung eller vilken ras som hade blivit diskriminerad. I målet Meister där kvinnan som ansett sig blivit diskriminerad var av ryskt ursprung,<sup>115</sup> förklarades inte heller hur bedömningen av hennes etnicitet gick till och om hennes ryska ursprung kunde vara grund för diskriminering enligt direktivet.

Framväxten av EU:s skydd mot etnisk diskriminering och rasdiskriminering har generellt sett varit mycket långsam. Diskriminering på grund av nationalitet förbjöds redan i Romfördraget från 1957,<sup>116</sup> och skydd mot andra diskrimineringsformer växte gradvis fram i relation till olika ekonomiska behov som uppstod på den inre marknaden. Skälen bakom införandet av skydd mot olika former av diskriminering har alltså till en början främst varit ekonomiska.<sup>117</sup>

---

<sup>111</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 59-60.

<sup>112</sup> Ibid, punkt 46 .

<sup>113</sup> Se C-54/07 Feryn; C-415/10 Meister.

<sup>114</sup> C-54/07 Feryn.

<sup>115</sup> C-415/10 Meister, punkt 26.

<sup>116</sup> Rosas, m.fl., *EU constitutional law*, s. 174.

<sup>117</sup> Ibid, s. 174.

Först år 2000 fick vi ett direktiv till skydd för utsatta etniska grupper och rasgrupper. Hade man velat hjälpa utsatta människor av humana skäl hade man kunnat göra detta långt tidigare. Det är svårt för en internationell organisation att behålla sin trovärdighet som förespråkare av mänskliga rättigheter internationellt utan att samtidigt arbeta för människorättsskydd på sitt eget territorium.<sup>118</sup>

Efter direktivets tillkomst hänvisade de nationella domstolarna få fall till EU-domstolen gällande rasdiskriminering och etnisk diskriminering.<sup>119</sup> I de få mål där omständigheterna i det enskilda fallet faktiskt föll inom direktivets tillämpningsområde gjordes dock ändå ingen bedömning av personernas etnicitet eller ras, vilket är anmärkningsvärt, då innebörden och omfattningen av diskrimineringsgrunderna är centrala för direktivets skyddsverkan.

Det dröjde alltså 15 år innan man överhuvudtaget problematiserade etnicitetsbegreppet. Att det gått till på detta sätt ger uttryck för en oförståelse och ovilja kring vikten av att problematisera etnicitet och ras för att skydda utsatta människor. Om man ser till soft law på området, så som rapporter och arbetsdokument från kommissionen, samt rekommendationer från rådet, är de flesta dokument som tidigast daterade från 2007 och framåt.<sup>120</sup>

Efter 2007 har det dock tillkommit många EU-rättsliga dokument för främjandet av icke-diskriminering på området för ras och etnicitet.<sup>121</sup> Rasfrågor har inom Unionen alltså uppmärksamats först nyligen. Baserat på det ovanstående tycks framsteg mot rasstrukturer inom EU vara nära sammankopplat med den ökade insikten kring sambandet mellan ekonomisk tillväxt och social integrering.

Ett starkt incitament bakom diskrimineringskyddet som lyfts fram i skälen till direktiven är utvecklandet av arbetsmarknaden för främjandet av en hög

---

<sup>118</sup> Bell, Harvard Law Review 1980, s. 526, 529.

<sup>119</sup> Möschel. Möschel och Hermanin, m.fl. (red.), *Fighting discrimination in Europe, The case for a race-conscious approach*, s. 15 f.

<sup>120</sup> Jfr. European Commission, *Legislation*, 2016.

<sup>121</sup> Jfr. Ibid.

sysselsättningsnivå. Främjandet av en hög sysselsättningsnivå är främst ett ekonomiskt mål, som visserligen påverkar de utsatta individerna positivt, men som i grund och botten handlar om ekonomisk tillväxt.<sup>122</sup> Man kan därför hävda att de framsteg som gjorts inte främst handlar om skyddandet av utsatta grupper, utan om unionens ekonomiska expansion.

### 3.2.2 EU-domstolens definition av etnicitet

I målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria får vi alltså till sist ett försök till definition av begreppet etnicitet. Vi får reda på att begreppet utmärks av *gemensam nationalitet, religion, språk, kultur, tradition och bostadsmiljö*.<sup>123</sup> Den definition av begreppet som EU-domstolen valt för att beskriva etnicitet har ett fokus på kulturella aspekter och traditioner, istället för yttre särdrag som tidigare varit den vanligaste formen för bedömning av ras och etnicitet i de europeiska staterna.<sup>124</sup> Flera av dessa kriterier kan sägas vara objektiva till sin natur.<sup>125</sup>

EU-domstolen har dessutom givit företräde till klagandens självdefinition av sin etnicitet i målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria, då i relation till det romska ursprunget. Nikolovas definiering av sin egen etnicitet fick företräde framför den nationella domstolens bedömning av hennes etnicitet.<sup>126</sup> Detta står i linje med den internationellt mest accepterade metoden för kategorisering av rastillhörighet.<sup>127</sup>

I målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria ansågs romer vara en etnisk grupp. Det har nog inte undgått någon att denna grupp är särskilt utsatt och diskriminerad på många platser i EU och i övriga Europa.<sup>128</sup> Att romer omfattades av definitionen

---

<sup>122</sup> Jfr. Rosas, m.fl., *EU constitutional law*, s. 174; direktiv 2000/43/EG, skäl 8, 9 och 12.

<sup>123</sup> Se C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 46.

<sup>124</sup> Jfr. Möschel, *Rutgers Race and Law Review*, 2007, s. 75.

<sup>125</sup> Jfr. Möschel, Möschel och Hermanin, m.fl. (red.), *Fighting discrimination in Europe, the case for a race-conscious approach*, s. 74 f.

<sup>126</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 23, 32 och 59.

<sup>127</sup> Möschel, Möschel och Hermanin, m.fl. (red.), *Fighting discrimination in Europe, The case for a race-conscious approach*, s. 75 f.

<sup>128</sup> Jfr. bland annat med European Commission, *EU and Roma*, 2016.

av etnicitet får därför nästan ses som en självklarhet. Frågan blir dock hur skyddet ser ut för andra etniska grupperingar och rasgrupperingar i samhället, vilket inte är lika självklart.

Om man vill att så många personer som möjligt ska kunna skyddas av direktivet är det bra att inte göra definitionerna av etnicitet och ras för smala, eftersom direktivet i så fall endast skyddar de mest utsatta och mest underordnade personerna. Detta hänger också ihop med argumentet inom CRT att olika grupper har olika sociala behov och olika behov av skydd.

Romer är en grupp med stora utmaningar framför sig. Fattigdomen är utbredd, samtidigt som utbildningsnivån inom gruppen är mycket låg.<sup>129</sup> Andra grupper upplever dock också diskriminering även om dessa grupper kanske inte alltid upplever samma svårigheter som exempelvis personer med romsk härkomst, särskilt med avseende på bland annat rätt till skolgång och ekonomisk status. Eftersom inte bara de mest utsatta bör skyddas är det viktigt att så många rasgrupper och etniska grupper som möjligt innefattas i den rättsliga definitionen av ras och etnicitet. Bli den rättsliga definitionen av begreppen alltför smal uppstår svårigheter när diskrimineringen drabbar personer som kanske inte är samhällets mest utsatta, men som ändå upplever rasism i sin vardag. Omfattas inte dessa personer av diskrimineringsgrunderna blir det svårt att uppnå de mål som direktivet är avsett att verka för, särskilt skäl 28 i direktivet avseende direktivets mål att säkerställa ett högt skydd mot diskriminering.

Det är egentligen inte EU-domstolens definition av etnicitet i sig som riskerar att medföra att innebörden av begreppet etnicitet riskerar att bli för smalt. Istället beror risken på att det finns många oklarheter kring definitionen och att mycket lämnas öppet för tolkning. Exempelvis accepteras inte alltid självdefinierade etniska grupper som rättsligt etniska grupper i medlemsstaterna. Chalmers skriver om situationen i Storbritannien där romer först 1989 ansågs utgöra en

---

<sup>129</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, 80 % of Roma are at risk of poverty, new survey finds, 2016.

etnisk grupp. Resandefolk, rastafarier, skottar, engelsmän och walesare ses fortfarande inte som rasgrupper eller etniska grupper.<sup>130</sup> I de allra flesta fall kommer det ytterst att vara de rådande uppfattningarna kring vad som utgör en etnisk grupp eller rasgrupp på medlemsstatsnivå som får betydelse för direktivets tillämplighet och skyddsverkan. Dessutom är det angivet i skäl 28 i direktivet att lagstiftningsbefogenheten gällande rasdiskriminering och etnisk diskriminering överflyttats från medlemsstatsnivå till EU-nivå, eftersom ett tillräckligt högt skyddsnivå inte kunde uppnås av medlemsstaterna själva. Det är därför viktigt med tydliga ramar för medlemsstaterna att förhålla sig till för att omfånget av begreppens rättsliga innebörd inte ska variera mellan medlemsstater.

Även om vi nu i viss mån har en definition av etnicitet att förhålla oss till finns det dock fortfarande många oklarheter. Dels har vi problematiken kring nationalitet som en del av definitionen av etnicitet, dels har vi avsaknaden av en definition av begreppet ras och slutligen hur man ska se på intersektionalitetsproblematik. Dessa problem kommer utförligare att beskrivas nedan.

### **3.2.2.1 Särskilt om nationalitet och dess förhållande till definitionen av etnicitet**

Nationalitet kan som sagt vara en del av definitionen av etnicitet trots att nationalitet uttryckligen undantagits från direktivets tillämpningsområde. Detta skapar oklarheter och oklarheter i dessa sammanhang riskerar att göra direktivets tillämplighet mer begränsad. Det finns inget klart svar på när nationalitet är undantaget och när det inte är undantaget. De flesta människor tillhör någon nationalitet oavsett om de härstammar från någon europeisk stat eller någon utomeuropeisk stat. Motstridigheten mellan direktivets uttryckliga undantag av diskriminering på grund av nationalitet och EU-domstolens definition av etnicitet skapar därför en tolkningsmöjlighet som medlemsstaternas domstolar kan utnyttja om de vill hindra att en situation omfattas av direktivet.

---

<sup>130</sup> Jfr. Chalmers. Fredman (red.), *Discrimination and human rights: The case of racism*, s. 221.

Om exempelvis klaganden Meister i målet Meister grundat sin talan på att hon blivit diskriminerad på grund av sin ryska nationalitet, hade detta då omtolkats till att betyda ryskt ursprung, eller hade Meisters talan helt enkelt inte omfattats av direktivets tillämpningsområde? Är det på det senare sättet riskerar personer som ansett sig blivit diskriminerade att inte kunna tillgodogöra sig sin rätt om denne inte fört sin talan på rätt sätt i den nationella domstolen. Det kan också vara så att personer som har fört sin talan på rätt sätt ändå inte omfattas av direktivet då enskilda medlemsstater tolkar situationen som hänförlig till personens nationalitet. En konsekvens av detta är att det finns en risk att personer på grund av denna begreppsförvirring faller mellan stolarna. Om nationella domstolar godtyckligt kan välja att basera bedömningen på klagandens nationalitet eller klagandens etnicitet blir skyddet avsevärt begränsat.

Kärnproblemet bakom denna problematik beror förmodligen på den EU-rättsliga innebörden av *diskriminering på grund av nationalitet* enligt artikel 18 FEUF som är en av hörnstenarna till EU-samarbetet och en förutsättning för den fria rörligheten enligt artikel 21 FEUF. Artikel 18 FEUF syftar till att skydda den fria rörligheten och motverka att medlemsstaterna diskriminerar varandras invånare utan giltiga skäl. Det är troligen av denna anledning man har undantagit nationalitet från direktivet.

När distinktionen mellan nationalitet och etnicitet ställs på sin spets blir det hela dock problematiskt. EU-domstolens definition av etnicitet står i strid med direktivets undantag av diskriminering på grund av nationalitet. En lagteknisk lösning hade kunnat vara att inte undanta nationalitet från direktivet, då begreppet är nära förenat med innebörden etnicitet. Om det är så att man införde detta undantag för att inte sammanblanda diskriminering på grund av nationalitet i artikel 18 i FEUF med diskriminering på grund av ras och etnicitet, borde man istället undantagit all diskriminering som fångas upp av artikel 18 i FEUF och inte explicit diskriminering på grund av nationalitet. Nu är risken istället att distinktionen kring om en person blivit diskriminerad på grund av sin

nationalitet eller på grund av sin etnicitet beroende av sammanhanget, vilket kan göra skyddet mindre omfattande i de nationella domstolarna.

### 3.2.2.2 Ras och rasism

Den rättsliga innebörden av ordet ras har inte överhuvudtaget problematiserats. EU-domstolen har inte i sin tolkning av direktivet praktiskt tillämpat ras som en diskrimineringsgrund. Möschel menar att det inte finns någon klar definition av begreppet ras i Europa och att det i ett rättsligt sammanhang blir beroende av sin kontext.<sup>131</sup> Problemet med detta är att alla otydligheter i dessa sammanhang riskerar att medföra att personer som redan är utsatta inte kan tillgodogöra sig sitt rättsliga skydd. Risken finns att de nationella domstolarna definierar ras utifrån den innebörd ordet har i det aktuella samhället, vilket kan vara mycket snävt.<sup>132</sup>

Här kan omnämnas målet *Belov*<sup>133</sup> som i allt väsentligt hade samma omständigheter som *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, med den skillnaden att det aldrig kunde bedömas av EU-domstolen på grund av att den nationella domstolen inte begärde förhandsavgörande i EU-domstolen. Klaganden i målet menade att det var diskriminerande att elbolaget CHEZ RB endast i områden som till största delen beboddes av romer, placerade elmätare på pelare på sex-sju meters höjd. Placeringen av elmätarna gjorde det omöjligt för konsumenten att läsa av sin el.<sup>134</sup>

Bulgariens högsta förvaltningsdomstol bedömde att det inte var diskriminerande att sätta elmätare på pelare på sex-sju meters höjd i områden som beboddes av romer eftersom åtgärden "i alla händelser" var nödvändig.<sup>135</sup> När EU-domstolen bedömde samma situation i målet *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*<sup>136</sup> inser man att diskrimineringskyddet gällande ras och etnicitet var mycket begränsat i

---

<sup>131</sup> Möschel, *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1650.

<sup>132</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 25 f.

<sup>133</sup> C-394/11 *Belov*.

<sup>134</sup> *Ibid*, punkt 19-29.

<sup>135</sup> *Ibid*, punkt 35.

<sup>136</sup> C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*.

Bulgarien, trots att det fanns ett EU-rättsligt direktiv som implementerats i den nationella lagstiftningen.

Problematiken i målet *Belov* rör visserligen främst innebörden av diskrimineringsbegreppen, men målet tydliggör också problem som kan uppstå när utförliga och klara definitioner av rättsliga begrepp saknas. Detta problem är visserligen hänförligt till EU-rättslig integrationsproblematik, som beror på skillnaden mellan medlemsstaternas kulturella och rättsliga utgångspunkter och traditioner.

I det enskilda fallet begränsade dessa integrationsproblem de enskilda personernas rättsliga skydd mot diskriminering. Av denna anledning är det viktigt att EU-domstolen tydligt definierar vad som i rättslig mening utgör innebörden av ordet *ras*, eftersom det annars finns ett stort tolkningsutrymme för de nationella domstolarna som markant kan begränsa den enskildes rättsliga skydd. I frågor om rasdiskriminering och etnisk diskriminering krävs tydligare rättsliga ramar än i andra frågor, då diskrimineringsproblemen är sammankopplade med svårbekämpade förutfattade meningar och stereotyper som florerar på alla nivåer i samhället. Det räcker inte att endast definiera etnicitet, utan en definition av *ras* är också nödvändig då begreppet på ett tydligare sätt belyser rasificeringen i medlemsstaterna.

En anledning till att *ras* inte har definierats beror förmodligen på de tolkningsfrågor de nationella domstolarna ställt till EU-domstolen. De nationella domstolarna har inte i någon begäran om förhandsavgörande frågat EU-domstolen vilka ursprung som utgör etniska ursprung och *ras* enligt direktivet. Om det är så att man ser innebörden av etnicitet och *ras* som självklarheter på nationell nivå och EU-nivå, kan detta ses som naivt med tanke på hur många olika sätt begreppen kan definieras på.

Ska betydelsen av *ras* ses som en underförstådd självklarhet, eller är det svårigheten att definiera ordet som lett till avsaknaden av ett klagande kring detta? Det finns inget svar på denna fråga. Det är heller inte klarlagt om *ras* och



etnicitet ska ses som synonymer. Ur ett CRT-perspektiv riskerar dessa otydligheter att leda till ett mer begränsat diskrimineringskydd för utsatta personer.

En annan anmärkningsvärd aspekt är att rasism inte heller omnämns. Domstolen har inte i något mål nämnt ordet rasism i relation till de handlingar de diskriminerade personerna utsatts för. I direktivet diskuteras rasism i 4 punkter i ingressen, men rasism nämns inte i direktivtexten. Det tycks bakom direktivet finnas en uttrycklig vilja att bekämpa rasism, men samtidigt verkar det finnas en ovilja att använda sig av begreppet rasism när direktivet väl ska tillämpas i praktiken. Istället används mindre laddade begrepp som exempelvis diskriminering och olikbehandling.

Rasism är ett starkt begrepp som väcker känslor. Det leder tankarna till apartheid, förintelsen av bland annat judar och andra minoritetsgrupper under nazitysklands regi, samt rasdiskriminering och slaveri i USA. Att begreppet väcker känslor kan utnyttjas genom att allmänheten uppmärksammas på rasistiska händelser som sker i samhället.

Att använda mindre tydliga begrepp så som intolerans eller diskriminering trivialiserar dessutom det som personerna utsätts för.<sup>137</sup> Att inte kalla rasistiska handlingar för vad de är kan dessutom ge samhället uppfattningen att rasism inte är ett problem i EU.<sup>138</sup> Möschel menar att den europeiska allmänheten inte uppmärksammas på hur utbredd diskrimineringen faktiskt är i Europa, endast på grund av att det saknas en tillräckligt vid rättslig definition av begreppet rasism.<sup>139</sup> Han anser att det inte ska uppfattas som att endast ett fåtal galningar är rasister,<sup>140</sup> och att rasism inte ska ses som ett historiskt begrepp.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Jfr. Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 111.

<sup>138</sup> Möschel, *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1661.

<sup>139</sup> *Ibid*, s. 1652.

<sup>140</sup> *Ibid*, s. 1655.

<sup>141</sup> Möschel, *Rutgers Race and Law Review* 2007, s. 71.

Ordet diskriminering väcker inte samma starka känslor som ordet rasism. Förringar man rasismen är det svårt att komma till rätta med den, eftersom handlingarna inte får samma uppmärksamhet och samma fördömande. Detta blir förmodligen mest markant när det gäller de så kallade mindre allvarliga fallen av rasism som får liten eller ingen uppmärksamhet i samhället. Oviljan att använda ordet rasism leder alltså dels till att definitionen av vad som utgör diskriminering blir smal, men även till att rasismen i samhället inte uppmärksammas, samt att de utsatta personernas upplevelser förringas.

### **3.2.2.3 Intersektionalitet**

En sista anmärkning gällande EU-domstolens definition är förekomsten av religion i kombination med etnicitet. I ett europeiskt perspektiv har religion varit en stark grund för förtryck och många religiösa grupper har under någon tidsepok varit utsatta för detta förtryck.<sup>142</sup> Gruppen judar är ett exempel på en grupp som varit förföljd för sin religion.<sup>143</sup> Ett problem vid fastställandet av en persons etnicitet eller ras är att det många gånger kan vara svårt att separera religion från det etniska ursprunget och gruppen.

Religion är inte omnämnd som diskrimineringsgrund i direktivet. I målet Deckmyn och Vrijheidsfonds som främst rörde upphovsrätt erinrade domstolen den nationella domstolen om vikten av principen av likabehandling enligt direktivet. Detta gjordes i samband med att personerna på en bild bar slöja och hade mörk hudfärg.<sup>144</sup> Religion är också en del av definitionen av etniskt ursprung enligt EU-domstolen i målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria.

Det finns således flera källor som stöder att religion har betydelse för definitionen av etnisk tillhörighet. Man tycks alltså inte separera förtryck grundat på religion och förtryck grundat på etnicitet. Detta skulle i så fall innebära att en kvinna som blir diskriminerad för att hon bär slöja skulle kunna

---

<sup>142</sup> Möschel, Rutgers Race and Law Review 2007, s. 72.

<sup>143</sup> Jfr. Rubin, Northwestern University Law Review 1999, s. 542 f.

<sup>144</sup> C-201/13 Deckmyn och Vrijheidsfonds, punkt 29-30.

klaga enligt direktivet även om denna typ av diskriminering normalt hade fallit utanför direktivets tillämpningsområde enligt dess ordalydelse.<sup>145</sup>

EU:s olika diskrimineringsdirektiv har tidigare kritiserats för att de olika diskrimineringsgrunderna separeras ifrån varandra. Man har i den juridiska litteraturen menat att de mest utsatta personerna är de som omfattas av flera diskrimineringsgrunder samtidigt och att separera de olika diskrimineringsgrunderna så som man gjort i de olika diskrimineringsdirektiven kan göra deras skydd svagare.<sup>146</sup> De problem som intersektionellt diskriminerade personer upplever adresseras och prioriteras oftast inte, då man ofta anser att det finns större problem att komma till rätta med som berör fler personer.<sup>147</sup> Det kan därför konstateras att det är svårare för en person att göra sin röst hörd om personen är diskriminerad på flera diskrimineringsgrunder. Det tycks dock som att EU-domstolen till viss del överbygger detta intersektionalitetsproblem genom att även inrymma religion inom etnicitetsdefinitionen.

Inte heller den aspekt att en klagande stöder sig på flera diskrimineringsgrunder från olika direktiv i sitt klagomål verkar ha betydelse för EU-domstolen. I målet Meister gjordes gällande flera diskrimineringsgrunder parallellt. Domstolen verkade inte se något hinder mot detta, då man direkt gick vidare till att utreda tillämpligheten av bestämmelserna i de olika direktiven. Att man valt att göra på detta sätt är mycket positivt ur ett intersektionalitetsperspektiv. Man ger ett starkare skydd åt personer som annars hade haft svårigheter att göra sin röst hörd.

---

<sup>145</sup> Jfr. om europeiska beslut om förbud mot slöja. Möschel, m.fl., *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1640.

<sup>146</sup> Jfr. Chalmers. Fredman (red.), *Discrimination and human rights: The case of racism*, s. 221 ff; Möschel. Möschel och Hermanin, m.fl. (red.), *Fighting discrimination in Europe, The case for a race-conscious approach*, s. 16 f.

<sup>147</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 51 ff.

## 4. Direkt och indirekt diskriminering i direktiv 2000/43/EG

I detta kapitel kommer först en rättslig utredning att göras kring vad som utgör diskriminering enligt direktivet, för att sedan åtföljas av en problematisering av direkt och indirekt diskriminering ur ett CRT-perspektiv. De rättsliga utgångspunkterna för både direkt och indirekt diskriminering återfinns i artikel 2 i direktivet. Där anges att det inte får förekomma varken direkt eller indirekt diskriminering grundat på ras eller etniskt ursprung. Olaga diskriminering i direktivet utgörs alltså av direkt och indirekt diskriminering i artikel 2.

### 4.1 Rättslig definition av direkt diskriminering

Enligt direktivet utgör ett förfarande eller handlingssätt direkt diskriminering om en person på grund av sin ras eller sin etnicitet *behandlas mindre förmånligt* än vad en annan person behandlats i en *jämförbar situation*, vilket följer av artikel 2.2.a i direktivet.

Trakasserier ska också omfattas av skyddet mot direkt diskriminering vilket följer av artikel 2.3 i direktivet. Trakasserier utgör ett oönskat beteende som har samband med ras eller etniskt ursprung och som syftar till eller leder till att den utsatta personens värdighet kränks *och* att en fientlig, förnedrande, hotfull eller förödmjukande eller kränkande stämning uppstår. Det är dock upp till medlemsstaterna att i sin nationella lagstiftning och praxis vidare definiera begreppet, varför detta inte kommer att problematiseras ytterligare. Även föreskrift att diskriminera ska innefattas i direkt diskriminering, enligt artikel 2.4 i direktivet.

Undantaget från direkt diskriminering utgörs av positiv särbehandling som innebär tillåtna kompensationsåtgärder som syftar till att kompensera missgynnanden av personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung, enligt artikel 5. Särbehandling som beror på ras eller etnicitet och utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav, är också undantaget under förutsättning att målet är legitimt och kravet är proportionerligt, enligt artikel 5.

Vid direkt diskriminering måste etnicitet eller ras utgjort grunden för olikbehandlingen.<sup>148</sup> I målet Feryn menade EU-domstolen att uttalanden från arbetsgivaren att inte anställa icke inhemska personer gav anledning att anta att det förelåg direkt diskriminering i samband med anställningsförfarandet.<sup>149</sup>

För direkt diskriminering är definitionen av termerna *mindre förmånlig behandling* och *jämförbar*, centrala. I målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria menade domstolen att omständigheten att det inte enbart bodde romer i en viss stadsdel inte ansågs tillräckligt för att utesluta att åtgärden inte tillämpades på grund av att de flesta invånarna i stadsdelen var av romskt ursprung.<sup>150</sup>

Jämfört med alla andra konsumenter som fick sin el av CHEZ RB behandlades personerna av romsk härkomst mindre förmånligt, eftersom personerna i den aktuella stadsdelen inte hade möjlighet att läsa av sina elmätare och kontrollera sin elförbrukning.<sup>151</sup> Den mindre förmånliga behandlingen behövde inte heller inkräkta på rättigheter, berättigade intressen eller vara av en viss svårighetsgrad.<sup>152</sup>

Detta får tolkas som att den rättsliga innebörden av begreppet *mindre förmånligt* ska tolkas som att det räcker att det finns en skillnad i hur olika grupper behandlas om behandlingen innebär att en viss etnisk grupp eller viss rasgrupp behandlas sämre. Begreppet *jämförbart* tycks kunna tolkas som att man inte ska titta på ett isolerat område eller isolerad situation, utan att det ska ses i ett vidare perspektiv för att upprätta ett starkare skydd för utsatta personer.

---

<sup>148</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 76.

<sup>149</sup> C-54/07 Feryn, punkt 20 och 34.

<sup>150</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 75.

<sup>151</sup> Ibid, punkt 60, 87-90.

<sup>152</sup> Ibid, punkt 64, 68-69, 103.

## 4.2 Rättslig definition av indirekt diskriminering

### 4.2.1 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering föreligger när en *skenbart neutral bestämmelse* eller ett *skenbart neutralt kriterium* eller förfaringssätt medför att personer av viss ras eller etniskt ursprung *särskilt missgynnas jämfört med andra personer*. Bestämmelsen ger även möjlighet till rättfärdigande förutsatt att förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål, samt att medlen för att uppnå målen är lämpliga och nödvändiga. Detta följer av artikel 2.2.b i direktivet.

Avseende indirekt diskriminering har domstolen uttalat att begreppet *skenbart neutralt förfaringssätt* enligt 2.2.b i direktivet ska tolkas som "ett förfaringssätt vars neutrala karaktär är särskilt 'uppenbar' eller ett förfaringssätt som är 'skenbart' neutralt eller neutralt 'vid ett första påseende'" och hänvisar också till sin fasta rättspraxis angående indirekt diskriminering gällande andra diskrimineringsgrunder.<sup>153</sup> För att en åtgärd ska utgöra indirekt diskriminering är det är alltså tillräckligt att åtgärden medför att personer med en viss skyddad egenskap missgynnas, även om åtgärden grundar sig på neutrala kriterier.<sup>154</sup>

Begreppet *särskilt missgynnas* i artikel 2.2.b ska inte tolkas som att endast allvarliga uppenbara eller särskilt betydande fall av ojämlikhet avses, utan det ska tolkas som att det särskilt är personer med ett visst etniskt ursprung som missgynnas av en åtgärd.<sup>155</sup> Det kan exempelvis vara så att en neutralt utformad åtgärd missgynnar ett mycket större antal personer som har den skyddade egenskapen, än de som inte har den skyddade egenskapen.<sup>156</sup> Dessutom ska en och samma svårighetsgrad tillämpas för både direkt och indirekt diskriminering.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 93-94.

<sup>154</sup> Ibid, punkt 96.

<sup>155</sup> Ibid, punkt 99-100.

<sup>156</sup> Ibid punkt 101.

<sup>157</sup> Ibid, punkt 103.

I målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria hade svaranden i områden som främst beboddes av romer placerat elmätare otillgängligt på pelare på sex-sju meters höjd. Svaranden menade dock att man tillämpade den aktuella åtgärden i syfte att förhindra manipulation, skador på elmätare, samt olovliga uttag av el,<sup>158</sup> vilket var att anse som neutrala kriterier.<sup>159</sup> De utsatta personerna hade dock särskilt missgynnats jämfört med andra personer där elmätaren placerades på tillgänglig höjd. Missgynnandet bestod även i att åtgärden var kränkande och stigmatiserande och att den gjorde det svårt eller rent av omöjligt för konsumenterna att läsa av sina elmätare.<sup>160</sup>

Detta får tolkas som att indirekt diskriminering kan vara handlanden och åtgärder som förefaller neutrala, men som får effekten att de *särskilt missgynnar personer* ur en viss grupp *jämfört med personer i andra grupper*. Till skillnad från vad som gäller vid direkt diskriminering behöver inte missgynnandet bero på tillhörighet till viss ras eller visst etniskt ursprung, utan det räcker med att dessa personer i realiteten blivit missgynnade i förhållande till andra grupper. Det behöver alltså inte vara ett uttalat missgynnande, utan effekten av en viss handling eller ett visst handlingsätt är det avgörande.

Det ovanstående måste innebära att det saknar betydelse vilken uppfattning den som diskriminerar själv har om sitt handlande. Även om en person med sin handling eller åtgärd inte hade som mål att diskriminera någon etnisk grupp eller rasgrupp, kan det falla in under begreppet indirekt diskriminering förutsatt att det får en diskriminerande effekt.<sup>161</sup> Detta måste vara en avvägning man gjort mellan rättssäkerhet och skydd för utsatta etniska grupper och rasgrupper i samhället. Tillämpas indirekt diskriminering alltför vidsträckt kan detta innebära stora problem för samhället, eftersom man inte alltid kan förutse om en viss grupp kan bli missgynnad av ett visst handlingsätt eller en viss åtgärd.

---

<sup>158</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 36.

<sup>159</sup> Ibid, punkt 94.

<sup>160</sup> Ibid, punkt 105-108.

<sup>161</sup> Möjligheten till rättfärdigande av indirekt diskriminering får dock ses som en säkerhetsventil mot alltför vidsträckt tolkning av denna typ av diskriminering. Se mer om detta under avsnitt 4.2.2.

Att det är på detta sätt är dock positivt eftersom det manar till eftertanke kring ras- och etnicitetsfrågor. Många gånger är personer som diskriminerar inte alltid medvetna om att hans eller hennes beslut och ageranden bygger på fördomar och stereotyper som är baserade på uppfattningar om etniskt ursprung och ras.

En arbetsgivare kanske exempelvis inte tycker att en arbetssökande passar in på arbetsgivarens företag på grund av att den arbetssökandes sätt att vara skiljer sig från arbetsgivarens sätt att vara. Är det så att den arbetssökandes sätt att vara är präglad av dennes etniska ursprung eller ras ligger här i grund och botten rasistiska fördomar mot en viss ras eller en viss etnicitet.<sup>162</sup> Dessa fördomar är dolda bakom neutrala argument som att den arbetssökande inte passar in på arbetsplatsen på grund av sin personlighet och sätt att vara på. Förutsatt att personen i övrigt är mer kvalificerad än andra arbetssökanden kan denna situation fångas upp av direktivets definition av indirekt diskriminering under förutsättning att det går att påvisa att agerandet har diskriminerande effekter och den arbetssökande särskilt missgynnas.

#### **4.2.2 Möjlighet till rättfärdigande av indirekt diskriminering**

Indirekt diskriminerande åtgärder kan vara tillåtna om de *objektivt kan motiveras*, enligt 2.2.b i direktivet. Möjligheten till rättfärdigande kan fungera som en säkerhetsventil mot alltför långtgående tolkning av indirekt diskriminering. EU-domstolen menar dock att begreppet objektiv motivering ska tolkas restriktivt när det gäller diskriminering på grund av etnicitet och ras.<sup>163</sup> I målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria utredde domstolen vad som gällde avseende möjlighet till rättfärdigande.

I det aktuella målet gjorde svaranden gällande att syftet med åtgärden var att förhindra bedrägerier och missbruk och att skydda enskilda personer från de risker som ett sådant beteende innebär, avseende liv och hälsa, samt

---

<sup>162</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 78.

<sup>163</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 110-112.



säkerställande av elförsörjningens kvalitet och övriga konsumenters intressen. Dessa mål ansågs vara berättigade.<sup>164</sup>

Att en åtgärd måste vara *objektivt motiverad* innebar att svaranden måste visa att det tidigare förekommit skador och rättsstridiga handlingar, samt i vilken omfattning detta skett. I det aktuella målet hade åtgärden pågått i 25 år och därför ansåg domstolen att det än idag måste föreligga en avsevärd risk för fortsatta skador och olovliga uttag av el för att åtgärden skulle kunna motiveras objektivt. Svarandens påståenden om att det var "allmänt känt" att romer begår dessa rättsstridiga handlingar räckte inte för att bevisbördan skulle vara uppfylld.<sup>165</sup>

Svaranden måste dessutom visa att åtgärden var *lämplig och nödvändig* för att uppnå de berättigade målen.<sup>166</sup> Åtgärden att placera elmätare otillgängligt ansågs i det aktuella fallet vara effektivt för bekämpa påstådda rättsstridiga handlingar, vilket gjorde åtgärden lämplig. Gällande åtgärdens nödvändighet menade EU-domstolen att den nationella domstolen måste pröva om stadsdelarna där förfaringssättet tillämpades hade sådana egenskaper att andra lämpliga och mindre inskränkande åtgärder inte skulle räcka för att lösa problemen.<sup>167</sup>

Om den nationella domstolen skulle komma fram till att det inte fanns någon mindre ingripande åtgärd, skulle den nationella domstolen sedan bedöma om olägenheterna av den aktuella åtgärden var *orimliga i förhållande till de eftersträlvade målen*. Vid en sådan bedömning skulle hänsyn tas till konsumenternas berättigade intresse av att tillhandahållas el under villkor som inte är kränkande eller stigmatiserande. Här skulle även beaktas åtgärdens tvingande, universella och mångåriga karaktär, samt att den tillämpades på alla

---

<sup>164</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 113-114.

<sup>165</sup> Ibid, punkt 115-117.

<sup>166</sup> Ibid, punkt 118.

<sup>167</sup> Ibid, punkt 119-121.

invånare i stadsdelen oavsett om de handlat rättsstridigt eller inte. Intresset av att kontrollera elmätaren ansågs vara uppmuntrat av unionslagstiftaren.<sup>168</sup>

Således får slutsatsen bli att åtgärder som normalt utgör indirekt diskriminering i vissa fall objektivt kan motiveras om åtgärden grundas på ett berättigat mål, om åtgärden i fråga är ett lämpligt och nödvändigt sätt för att uppnå målen, samt att olägenheterna som uppstår på grund av åtgärden inte får orimliga konsekvenser i förhållande till målen. Svaranden måste dessutom framföra bevis för att en viss åtgärd faktiskt är behövlig. Rättfärdigandet av en indirekt diskriminerande åtgärd blir alltså i viss mån en klassisk EU-rättslig proportionalitetsbedömning.<sup>169</sup>

### 4.3 Diskussion ur ett CRT-perspektiv

Domstolen säger som ovan angetts att det inte finns någon allvarlighetsgrad gällande direkt och indirekt diskriminering enligt direktivet, vilket kan ifrågasättas. De fall som fångas upp av direkt och indirekt diskriminering är de mer tydliga fallen av diskriminering. Exempel på detta är när någon person av viss etnisk härkomst blivit nekad anställning trots att denne hade bäst meriter, eller när personer systematiskt och nästintill uttalat särbehandlas på grund av sin grupp tillhörighet av någon privat eller offentlig aktör. De mål som prövats i EU-domstolen har alla rört tydliga fall av diskriminering. Olaga diskriminering tycks därför vara hänförlig till de mer allvarliga fallen av diskriminering.

Möschel hävdar att det i en europeisk kontext finns en skillnad mellan den utsatta personens uppfattning av att ha blivit utsatt för rasism och det rättsliga systemets uppfattning av en viss kriminell situation.<sup>170</sup> De som är skyddade av direktivet tycks därför vara personer tillhörande den traditionellt diskriminerade gruppen.<sup>171</sup> När det gäller dessa grupper blir det uppenbart för

---

<sup>168</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 123-126.

<sup>169</sup> Jfr. förutsättningarna för EU-rättslig proportionalitetsbedömning. Tridimas, *The general principles of EC law*, s. 91 f.

<sup>170</sup> Möschel, *Ethnic and Racial Studies* 2011, s. 1654 f.

<sup>171</sup> Jfr. Chalmers. Fredman (red.), *Discrimination and human rights: The case of racism*, s. 224 f.

samhället att de former av olikbehandling och rasism personerna inom gruppen utsätts för beror på deras etniska ursprung och ras.

Det kan ifrågasättas om andra, mindre tydliga fall av diskriminering omfattas. Att inte bli inbjuden att delta i sociala sammanhang i den privata sfären är ett sådant exempel.<sup>172</sup> Situationer som dessa fångas därför inte upp av lagstiftningen. Den diffusa känslan av att ha blivit diskriminerad eller blivit utsatt för rasism i en sådan situation omfattas inte av den rättsliga innebörden av direkt och indirekt diskriminering. Den rasism som ur allmänhetens synvinkel ses som mindre allvarlig fångas därför troligtvis inte upp av diskrimineringsbegreppen och är därför laglig. Dessa så kallade mindre allvarliga fall av diskriminering är dock minst lika viktiga att komma till rätta med, eftersom den kan skapa en känsla av exkludering och mindervärde hos den som utsätts för behandlingen. Det är svårt att nå verklig social integration när dessa fall av diskriminering exkluderas, men samtidigt finns det gränser för vilka intrång lagstiftningen kan göra i den privata sfären.

Rasism är i mångt och mycket en känsla.<sup>173</sup> Då man inte kan fastställa vad som rör sig i en persons tankar blir det ur ett rättssäkerhetsperspektiv nödvändigt att göra en objektiv bedömning av situationen. Att man inte kan ta del av en persons bakomliggande uttalade syfte att diskriminera är ett kärnproblem. Att rasism är en känsla gör det också svårt att utforma skyddslagstiftning mot rasistiska handlingar eftersom vi inte subjektivt kan bedöma vad som sker i personers huvuden.

Rasismbegreppet enligt CRT kan sägas innefatta även den utsatta personens subjektiva känsla av rasism. Diskriminering enligt direktivet bedöms istället till största delen objektivt, genom att man tar ställning till hur andra personer behandlats i samma situation och om det finns någon skillnad i hur personerna behandlats. Behandlingen ska också rent objektivt vara mindre förmånlig eller innebära ett missgynnande. Det är svårt att med objektiva referensramar göra en

---

<sup>172</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 78.

<sup>173</sup> Jfr. Dinamarca, *Makt hos mig*, UR, 2015.

bedömning av en subjektiv känsla hos offer och förövare. Det finns ingen enkel lösning på detta problem, men det är viktigt att belysa problematiken för att medvetandegöra de begränsningar lagstiftningen brottas med.

Ett annat problem med direktivets utformning gällande direkt och indirekt diskriminering berör värdering av kunskap och meriter. Personers prestationer och meriter kan värderas olika baserat på deras tillhörighet till en viss ras eller en viss etnicitet, då objektiv sanning inte anses existera. En person tillhörande en minoritetsgrupp kanske är mest kvalificerad för ett arbete, men om dennes betyg och meriter från skolgång och tidigare arbeten värderats vara sämre på grund av personens etniska härkomst faller personen bort i en arbetsrekryteringsprocess.<sup>174</sup> Värdering av kunskap har inte problematiserats varken i direktivet eller av EU-domstolen.

Åtgärder som normalt utgör indirekt diskriminering kan dessutom som ovan angivits i vissa fall objektivt motiveras, vilket i princip blir en klassisk EU-rättslig proportionalitetsbedömning. En sådan bedömning medför risker eftersom medlemsstaterna återigen får utrymme att göra skönsmässiga bedömningar grundat på de uppfattningar kring diskriminering som florerar i det aktuella samhället. Som exempel kan nämnas att svaranden till stöd för sin talan i målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria hade hänvisat till att romers olaga eluttag var allmänt kända. Detta ger uttryck för det bulgariska samhällets fördomar mot personer av romsk härkomst.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 92.

<sup>175</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, främst punkt 83; se även avsnitt 3.2.2. om målet Belov och den nationella domstolens slutsatser kring om den aktuella åtgärden utgjorde diskriminering.

## **5. Tillämpningsområdet gällande direktiv 2000/43/EG som en begränsning av diskrimineringskyddet**

I detta avsnitt utreds först rättsligt hur direktivets tillämpningsområde ser ut, för att sedan ställas mot CRT:s definition av rasism. En generell kommentar om direktivets genomslagskraft i realiteten kommer också att göras i slutet av detta kapitel.

För att omfattas av diskrimineringslagstiftningen gällande ras och etnicitet måste den diskriminerande situationen falla inom direktivets tillämpningsområde. Vad som utgör diskriminering på grund av ras och etnicitet enligt direktiv 2000/43/EG blir därför beroende av direktivets tillämpningsområde.

### **5.1 Tillämpningsområdet enligt artikel 3**

Direktiv 2000/43/EG ger det bredaste diskrimineringskyddet av samtliga diskrimineringsdirektiv inom EU, då det inte är begränsat till arbetsplats eller liknande. Enligt artikel 3 är direktivet tillämpligt inom ramen för gemenskapens befogenheter. Det ska tillämpas på alla personer, både inom offentlig och privat sektor, samt offentliga organ inom vissa kategorier. Att direktivet tillämpas både inom privat och inom offentlig sektor innebär att det både har horisontell och vertikal effekt.

Tillämpliga kategorier enligt 3.1 i direktivet utgörs av:

- Villkor för tillträde till anställning, verksamhet som egenföretagare, yrkesutövning, urvalskriterier och krav för anställning för alla verksamhetsgrenar på alla nivåer inom arbetslivet, samt befordran.
- Tillträde till yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning, omskolning och yrkespraktik.
- Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.
- Medlemskap och medverkande i arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer eller liknande, samt förmåner dessa organisationer tillhandahåller.
- Socialt skydd, social trygghet och hälso- och sjukvård.

- Sociala förmåner.
- Utbildning.
- Tillgång och tillhandahållande av varor och tjänster som hålls tillgängliga för allmänheten, där inkluderat bostäder.

På många av dessa områden, exempelvis gällande socialt skydd, sociala förmåner och hälso- och sjukvård, har EU begränsade kompetenser vilket påverkar direktivets tillämplighet.<sup>176</sup> Kategorierna förtydligas inte närmare och exemplifieras inte heller. Gällande bestämmelsen i 3.1 i direktivet har EU-domstolen uttalat att bestämmelsen inte ska tolkas som att direktivet endast ska vara tillämpligt på situationer som faller inom EU:s kompetensområden.<sup>177</sup> Vad detta får för betydelse är oklart.

I målet CHEZ Razpredelenie Bulgaria som rörde elmätare angav man att även om unionsrättsliga bestämmelser saknades gällande elmätarens placering ansågs situationen omfattas av direktivet grundat på att tillämpningsområdet inte kunde tillämpas restriktivt och att elförsörjning omfattades av direktivet.<sup>178</sup>

Domstolen har också angett att direktivet är tillämpligt gällande urvalskriterier och krav för anställning.<sup>179</sup> I en annan dom menade EU-domstolen att direktiv 2000/43/EG inte kunde tillämpas på transkribering av för- och efternamn i folkbokföringshandlingar, då detta inte föll inom direktivets tillämpningsområde avseende tillgång och tillhandahållande av varor och tjänster.<sup>180</sup>

Här finns alltså vissa oklarheter även gällande direktivets tillämpningsområde. Är direktivet inte direkt tillämpligt tycks det ändå vara möjligt att tillämpa direktivet med hänvisning till att direktivet tillämpningsområde inte ska tolkas restriktivt.<sup>181</sup> Detta måste förstås som att situationer som gränsar till EU:s

---

<sup>176</sup> Ellis, m.fl., *EU anti discrimination law*, s. 363.

<sup>177</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 39, 43-44.

<sup>178</sup> Ibid, punkt 39-40, 42-43.

<sup>179</sup> C-415/10 Meister, punkt 33.

<sup>180</sup> C-391/09 Runevič-Vardyn och Wardyn, punkt 43-48.

<sup>181</sup> Jfr. C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 42.

kompetensområden, men som inte uttryckligen är reglerade *kan* anses falla inom direktivets tillämpningsområde, vilket innebär vissa gränsdragningsproblem. Beroende på vilket utfall man vill uppnå kan de nationella domstolarna besluta om de vill tillämpa direktivet eller inte förutsatt att den diskriminerande situationen ligger i gränslandet till EU-rättslig lagstiftning.

Domstolen har vidare uttalat att direktivet syftar till att säkerställa utvecklingen av toleranta och demokratiska samhällen där alla kan vara delaktiga och därför bör "all" diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung omfattas inom direktivets tillämpningsområde, uttalar domstolen. Detta bekräftas av artikel 2.1 i direktivet där det anges att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung.<sup>182</sup> Den mindre förmånliga behandlingen behövde inte heller inkräkta på "rättigheter" eller "berättigade intressen" för att anses vara diskriminering i direktivets mening.<sup>183</sup> De nationella bestämmelser som i det aktuella målet uppställde dessa krav ansågs därför inskränka på direktivets räckvidd.<sup>184</sup> Slutsatsen måste bli att all diskriminering inom direktivets tillämpningsområde är förbjuden, samt att det är oklart vad som gäller i de fall en situation befinner sig i gränslandet till direktivets tillämpningsområde.

## **5.2 Undantag för tredjelandsmedborgare**

Som ovan angivits är diskriminering på grund av nationalitet undantaget från direktivet. Förutom detta undantag finns dessutom ett undantag gällande tredjelandsmedborgare, enligt artikel 3.2 i direktivet. Tredjelandsmedborgare kan omfattas av direktivet enligt artikel 3.2, förutsatt att särbehandlingen inte gäller villkor för inresa och bosättning på medlemsstaternas territorium. Undantaget innebär att tredjelandsmedborgare lagligen kan behandlas sämre än EU-medborgare när det gäller rätt att bosätta sig i en EU-medlemsstat, oavsett

---

<sup>182</sup> C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, punkt 65.

<sup>183</sup> Ibid, punkt 69.

<sup>184</sup> Ibid, punkt 67-69.

om tredjelandsmedborgaren lagligen har rätt att uppehålla sig och arbeta i den aktuella medlemsstaten.<sup>185</sup>

Problematiken kring detta undantag blir tydligt i målet Kamberaj, där den albanska tredjelandsmedborgaren med uppehållstillstånd i Italien, nekades bostadsstöd endast på grund av att den begränsade potten socialstöd avsatt för tredjelandsmedborgare redan hade förbrukats.<sup>186</sup> Kamberaj var fast anställd i Italien och inget i målet tydde på att Kamberaj inte betalat skatt till den italienska staten.<sup>187</sup> EU-domstolen ansåg att beslutet att inte ge Kamberaj bostadsstöd var hänförligt till villkor för inresa och bosättning för tredjelandsmedborgare och därför kunde inte beslutet överprövas med hjälp av direktivsbestämmelserna.<sup>188</sup>

EU-domstolen gjorde i målet ett generellt uttalande om att direktivet inte påverkar bestämmelser och villkor för inresa och bosättning på medlemsstaternas territorium gällande statslösa personer och tredjelandsmedborgare. Man sa dessutom att direktivet inte påverkar dessa personers rättsliga ställning.<sup>189</sup> Detta måste tolkas som att bostadsstöd, som normalt bör falla in under kategorin sociala förmåner i artikel 3.1.f i direktivet, hänger samman med rätten till inresa och bosättning när det gäller tredjelandsmedborgare. Det kan därför tänkas att sociala förmåner generellt är undantagna när det gäller tredjelandsmedborgare.

### **5.3 Diskussion ur ett CRT-perspektiv**

Som ovan angivits ska enligt EU-domstolen "all" direkt och indirekt diskriminering grundat på ras och etnicitet vara förbjuden i EU. Direktivets tillämpningsområde blir dock också avgörande för vilka fall av diskriminering och rasism som omfattas av direktivets diskrimineringsskydd. Vid en närmare

---

<sup>185</sup> Jfr. C-571/10 Kamberaj, punkt 31-33.

<sup>186</sup> Ibid, punkt 37.

<sup>187</sup> Jfr. Ibid, punkt 31-33.

<sup>188</sup> Ibid, punkt 48-50.

<sup>189</sup> Ibid, punkt 49.



granskning inskränker direktivets tillämpningsområde räckvidden och skyddsverkan för direktivet på ett grundläggande sätt som vi ska se nedan.

CRT kritiserar som ovan angetts den snäva definitionen av rasism och även mindre allvarliga fall av diskriminering och rasism anses omfattas av begreppet. Rasism är ett mycket komplicerat fenomen som innehåller både avsiktlig rasism, oavsiktlig rasism, institutionell rasism, rasism i kombination med exempelvis sexism, osv.<sup>190</sup> Frågan blir hur direktivets tillämpningsområde korrelerar med innebörden av rasism.

Det tycks finnas vissa skillnader mellan definitionen av rasism och de situationer direktivet är tillämpligt på, baserat på de begränsningar av direktivets skyddsverkan som följer av direktivets tillämpningsområde, samt undantagen för statslösa och tredjelandsmedborgare. Att det är på detta sätt innebär att alla handlingar som rättsligt utgör direkt och indirekt diskriminering inte omfattas av diskrimineringsförbudet.

När det gäller exempelvis tredjelandsmedborgare begränsas deras skydd enligt direktivet på ett grundläggande sätt. Personer som arbetar och betalar skatt i ett EU-land och därmed bidrar till finansieringen av sociala förmåner borde ha samma rätt att få dessa utbetalade som de som är EU-medborgare. Detta förutsätter att deras ställning som tredjelandsmedborgare inte medför några skattelättnader eller annan kompensation som motsvarar avsaknaden av det sociala skyddet som EU-medborgare har rätt till.

Undantaget för tredjelandsmedborgare medför att personer som lagligen uppehåller sig och arbetar i EU-medlemsländer inte kan åberopa direktivet till stöd för sin olikbehandling när det gäller villkor för inresa och bosättning. Detta blir förmodligen mest markant när det gäller de sociala förmånerna. Det tycks stå medlemsstaterna fritt att på sitt territorium diskriminera personer gällande denna typ av förmåner, oavsett om dessa personer faktiskt är med och bidrar till socialförsäkringsskyddet genom att betala skatt eller inte. Hade personen inte

---

<sup>190</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 25.

varit tredjelandsmedborgare hade behandlingen utgjort diskriminering enligt direktivet. Ur ett CRT-perspektiv kan olikbehandling av EU-medborgare och tredjelandsmedborgare anses utgöra rasism. Att negativt särbehandla tredjelandsmedborgare på detta sätt kan dessutom främja ytterligare rasism, genom att man på myndighetsnivå i medlemsländerna visar att man lagligen kan behandla dessa personer sämre än EU-medborgare.<sup>191</sup>

Då EU dessutom har begränsade kompetenser gällande många av de områden som kategorierna i artikel 3 anger, är risken stor att många händelser som annars hade utgjort direkt eller indirekt diskriminering faller utanför direktivets tillämpningsområde. Läger man dessutom till den gränsdragningsproblematik som uppstår när direktivet inte är direkt tillämpligt,<sup>192</sup> ger man återigen de nationella domstolarna stort navigeringsutrymme.

Att som EU-domstolen ange att "all" direkt och indirekt diskriminering grundat på ras och etnicitet ska vara förbjuden i EU är baserat på ovanstående resonemang både missvisande och missledande. Domstolens ordval ger intrycket av att mycket brett skydd, men innebörden "all diskriminering", begränsas av direktivets tillämpningsområde. Det som inte omfattas av direktivet kan inte heller bedömas utgöra diskriminering grundat på ras eller etnicitet, vilket innebär att många fall av olikbehandling och rasism sällas bort.

Många diskriminerande situationer faller utanför direktivets tillämpningsområde och konsekvensen blir att rasismen i EU svårligen kan hindras på ett effektivt sätt. Det blir dessutom svårt att uppnå de mål direktivet uppställer, däribland social integrering, socialt skydd, sammanhållning och solidaritet. Direktivets skyddsverkan begränsas av direktivets tillämpningsområde, vilket innebär att det finns en lucka mellan direktivets diskrimineringskydd och CRT:s definition av vad som utgör rasism.

---

<sup>191</sup> Möschel, Rutgers Race and Law Review 2007, s. 124.

<sup>192</sup> Se kapitel 5.3.1 ovan.

En mer generell kritik som kan riktas mot direktivet är dessutom att direktivet inte ger stöd för sociala omfördelningsmekanismer. Förståelsen av skillnaden mellan de engelska orden *equality* och *equity* är mycket talande i detta sammanhang. Equality kan översättas till jämlikhet och equity till rättvisa. Vill vi uppnå formell jämlikhet, eller vill vi uppnå social rättvisa där alla personer oavsett etniskt ursprung och ras ges samma möjligheter redan från början?

I detta sammanhang blir de liberalistiska utgångspunkterna vid utformningen av direktivet extra tydliga. Alla personer som blir diskriminerade har visserligen sin diskriminering gemensam, men i andra hänseenden kan deras sociala behov variera från grupp till grupp.<sup>193</sup> Alla personer har enligt direktivet samma formella rätt att inte bli diskriminerade på grund av sin ras och sin etnicitet, men samtidigt skapar denna rätt ingen möjlighet till omfördelning av resurser. De som har en sämre utgångspunkt redan från början kommer därför även i fortsättningen att ha ett sämre utgångsläge.<sup>194</sup> Direktivet uttrycker därför den formella rätten till jämlikhet, men eftersom det samtidigt saknas omfördelningsmekanismer blir denna rättighet verkningslös eftersom rättvisa inte kan uppnås.<sup>195</sup> Direktivets reella skyddsverkan blir därför mycket begränsad.

---

<sup>193</sup> Jfr. Delgado, m.fl., *Critical race theory: an introduction*, s. 56.

<sup>194</sup> Jfr. *Ibid*, s. 57 f.

<sup>195</sup> *Ibid*, s. 23.

## 6. Gemensamma slutsatser

EU-medborgare har alltså en formell rätt att inte bli diskriminerade och denna rätt är en del av EU:s kärnvärden. Det finns både primärrättskällor och sekundärlagstiftning som stöder rätten att inte bli diskriminerad på grund av ras och etnicitet. Det centrala direktivet, direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, möter dock många svårigheter.

I denna uppsats har direktivet granskats genom att titta på hur direktivet behandlar vissa kärnfrågor, nämligen hur direktivet behandlar etnicitet och ras, samt vad som utgör den rättsliga innebörden av direkt och indirekt diskriminering. Direktivets tillämpningsområde har också granskats. Dessa problemområden har analyserats och kritiserats i ett CRT-perspektiv. Den rättsliga innebörden av direkt och indirekt diskriminering, samt direktivets tillämpningsområde har dessutom ställts mot innebörden av rasism enligt CRT.

När det gäller etnicitet och ras är det svårt att ge ett klart svar på hur dessa begrepp ska definieras rättsligt. När det gäller ras finns överhuvudtaget ingen definition att förhålla sig till, vilket tyder på att EU, trots att man använder sig av begreppet ras som en diskrimineringsgrund i direktivet, till viss del uppvisar en rasblindhet.

Gällande etnicitet har vi en definition som grundar sig på objektiva kriterier som språk, nationalitet, traditioner, kultur, religion, mm. Förmodligen kan även hudfärg läggas till denna definition. EU-domstolen har även accepterat klagandens självdefinition av sin etnicitet. Det är dock inte en självklarhet att självdefinierade rasgrupper och etniska grupper kommer att accepteras som rättsliga ras- och etnicitetsgrupper enligt direktivet.

EU-domstolens definition av etnicitet för dock med sig vissa positiva aspekter också. Det är bra att religion lagts till definitionen av etnicitet, då det många gånger är svårt att separera diskriminering på grund av religion och diskriminering på grund av etnicitet. Ett stort problem med definitionen av

etnicitet är dock att nationalitet är innefattad, trots att nationalitet uttryckligen undantas som diskrimineringsgrund enligt direktivet. Rättskällorna säger alltså emot varandra. Alla oklarheter i dessa sammanhang kan innebära att skyddet för utsatta grupper blir mer begränsat då det ger medlemsstaterna ökat navigeringsutrymme.

Det är också problematiskt att det dröjde 15 år från direktivets tillkomst innan ett försök till definition av etnicitet gjordes. Det tycks som att framsteg gällande etnicitet och rasdiskrimineringsfrågor görs först när det finns incitament för allmänheten att bry sig om dessa frågor. Ett sådant incitament har i EU-samarbetet handlat om ekonomiskt tillväxt. Dessutom finns en ovilja att använda begreppet rasism i förhållande till diskriminerande handlingar, vilket förringar personernas upplevelser.

När det gäller diskrimineringsbegreppen är centrala rekvisit för direkt diskriminering *mindre förmånligt* och *jämförbar situation*. När det gäller indirekt diskriminering är centrala rekvisit *skenbart neutral bestämmelse/kriterium*, samt *särskilt missgynnas jämfört med andra personer*. Indirekt diskriminering kan sedan objektivt motiveras i vissa fall.

EU-domstolen har uttalat att det inte finns någon allvarlighetsgrad gällande direkt och indirekt diskriminering, vilket kan ifrågasättas, då alla situationer som kan uppfattas som diskriminerande eller rasistiska inte tycks omfattas av rekvisiten *särskilt missgynnas* och *mindre förmånligt*. Lagstiftningen fångar inte upp de fall av rasism som i mångt och mycket endast bygger offrets subjektiva känsla av att vara utsatt för rasism, då den rättsliga bedömningen görs på objektiva kriterier. Detta är ett svårlöst problem.

Direktivets skyddsverkan blir också beroende av direktivets tillämpningsområde. Det finns flera undantag från direktivets tillämpningsområde. Direktivet är inte tillämpligt på situationer som faller utanför kategorierna i artikel 3. EU har dessutom begränsade kompetenser och befogenheter gällande flertalet av

dessa kategorier. I de situationer som gränsar mot någon av kategorierna *kan* direktivet i vissa fall vara tillämpligt.

Direktivet är inte heller tillämpligt när det gäller olikbehandling av tredjelandsmedborgare gällande exempelvis bostadsbidrag, oavsett om personen genom att betala inkomstskatt bidragit till socialförsäkringssystemet eller inte. Kontentan är att den rättsliga innebörden av diskriminering därför blir mycket snävare än innebörden av begreppet rasism ur ett CRT-perspektiv. Rätten att inte bli diskriminerad på grund av ras och etnicitet blir därför till stor del en formell rättighet som i många fall saknar reell skyddsverkan.

Granskningen av de kärnfrågor uppsatsen avsett att utreda har därför lett fram till slutsatsen att det finns många oklarheter gällande de rättsliga definitionerna av begreppen ras och etnicitet. Det finns dessutom en lucka mellan innebörden av direkt och indirekt diskriminering, samt direktivets tillämpningsområde när de sätts i förhållande till definitionen av rasism. Det är därför troligt att man med direktiv 2000/43/EG endast kan komma till rätta med de mest allvarliga fallen av diskriminering. Baserat på detta är det inte sannolikt att direktivet lyckas uppnå målen som anges i skälen till direktivet om säkerställandet av ett högt skydd mot diskriminering.

## 7. Källförteckning

### Offentliga tryck

Direktiv 2000/43/EG. *Europeiska unionens officiella tidning* L 180, 19.7.2000, s. 22.

### Litteratur

Delgado, Richard och Stefancic, Jean. *Critical race theory: an introduction*. 2:a upplagan. New York: University Press, 2012.

Ellis, Evelyn och Watson, Phillippa. *EU Anti Discrimination Law*. 2:a upplagan. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Faber, Daniel A. och Sherry, Suzanna. *Beyond all reason: The radical assault on truth in American law*. New York: Oxford University Press, 1997.

Fredman, Sandra (red.). *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*. New York: Oxford University Press, 2001.

Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro, (red.). *Juridisk metodlära*. Upplaga 1:4. Lund: Studentlitteratur AB, 2014.

Mathiesen, Thomas. *Rätten i samhället – en introduktion till rättssociologin*. Lund: Studentlitteratur AB, 2005.

Möschel, Mathias och Hermanin, Costanza m.fl (red.). *Fighting discrimination in Europe, The case for a race-conscious approach*. New York: Taylor & Francis, 2013.

Rosas, Allan och Armati, Lorna. *EU Constitutional Law*. 2:a upplagan. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2012.

Tridimas, Takis. *The General Principles of EC Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Yang, Philip Q. *Ethnic Studies: Issues and Approaches*. New York: State University of New York Press, 2000.

### Artiklar

Bell, Derrick A. Jr. *Brown v. Board of education and the interest-convergence dilemma*. *Harvard Law Review* Vol 93:518 (1980): s. 518-533.

Möschel, Mathias. *Color blindness or total blindness? The absence of critical race theory in Europe*. *Rutgers Race & Law Review* Vol 9:1 (2007): s. 57-127.

Möschel, Mathias. Race in mainland European legal analysis: towards a European critical race theory, *Ethnic and Racial Studies* Vol. 34 No 10 (2011): s. 1648-1664.

Möschel, Mathias och Grigolo, Michele m.fl. Introduction: How does race 'count' in fighting discrimination in Europe? *Ethnic and Racial Studies* Vol. 34 No 1010 (2011): s. 1635-1547.

Rubin, Edward L. Book Review – Jews, Truth, and Critical Race Theory, *Northwestern University Law Review* Vol. 93 No 2 (1999): s. 525-545.

Skoglund, Karolina. Därför blåser de bruna vindarna över Europa. *Metro*, 2014-05-26.

[http://www.metro.se/nyheter/bruna-vindar-over-europa-men-svenska-motstandet-kan-vara-en-forebild/EVHnez!zRSVdT\]xV5j5k/](http://www.metro.se/nyheter/bruna-vindar-over-europa-men-svenska-motstandet-kan-vara-en-forebild/EVHnez!zRSVdT]xV5j5k/) (Hämtad 2016-11-26)

### **EU-domstolen**

Mål C-101/08 Audiolux [2009] ECLI:EU:C:2009:626.

Mål C-394/11 Belov [2013] ECLI:EU:C:2013:48.

Mål C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria [2015] ECLI:EU:C:2015:480.

Mål C-201/13 Deckmyn och Vrijheidsfonds [2014] ECLI:EU:C:2014:2132.

Mål C-260/89 ERT [1991] ECLI:EU:C:1991:254.

Mål C-54/07 Feryn [2008] ECLI:EU:C:2008:397.

Mål C-402/05 P och C-415/05 P Kadi [2008] ECLI:EU:C:2008:461.

Mål C-571/10 Kamberaj [2012] ECLI:EU:C:2012:233.

Mål C-415/10 Meister [2012] ECLI:EU:C:2012:2.

Mål C-8/78 Milac [1978] ECLI:EU:C:1978:157.

Mål C-391/09 Runevič-Vardyn och Wardyn [2011] ECLI:EU:C:2011:291.

Yttrande C-2/94 [1996] ECLI:EU:C:1996:140.

Yttrande C-2/13 [2014] ECLI:EU:C:2014:2454.

### **Övriga källor**

Dinamarca, Rossana. Makt hos mig. (TV-program). Avsnitt 3. UR 2015.



<http://urplay.se/program/190215-makt-hos-mig-jessica-och-rossana-dinamarca>

European Commission. EU and Roma. 2016.

[http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/index_en.htm) (2016-11-23)

European Commission. Legislation. 2016.

[http://ec.europa.eu/justice/discrimination/law/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/law/index_en.htm) (2016-10-12)

European Union Agency for Fundamental Rights. 80 % of Roma are at risk of poverty, new survey finds.

<http://fra.europa.eu/en/press-release/2016/80-roma-are-risk-poverty-new-survey-finds> (hämtad 2016-11-30)

European Union Agency for Fundamental Rights. Kampen mot rasdiskriminering.

[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1915-FRA\\_Factsheet\\_RED\\_SV.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1915-FRA_Factsheet_RED_SV.pdf) (2016-11-30)

**Carolina Nilsson**

Första registrering: HT 2016

Omregistrering: -

Examinationstillfälle: 23 december 2016