

Örebro

För jämlikhet – Mot diskriminering

Rättighetscenter

Diskrimineringstester

Rapport på uppdrag av Örebro Rättighetscenter

Författare: Bettina Harling

Innehållsförteckning

1 Inledning	1
1.1 Bakgrund	1
1.2. Syfte	1
1.3. Frågeställning	1
1.4. Metod	1
1.5. Avgränsning	2
2 Teori	3
2.1 Diskrimineringsstester	3
2.2 Presumtionsregel	4
2.3 Brott- och bevisprovokation	5
2.4 Ersättning vid diskriminering.....	4
2.5 Praxis	6
3. Analys	9
4 Slutsats	12
Källförteckning.....	13

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Diskriminering är ett utbrett problem i samhället och mer vanligt än många vågar tro. Att bevisa att diskriminering förekommit är därmed en stor utmaning.¹ Ofta saknas vittnen och det finns sällan klara bevis på att diskriminering skett. Trots att den kränkta parten genom lag tillgetts en viss bevislättning, är det svårt att visa att diskriminering *sannolikt* skett. Diskrimineringstester har således börjat användas för att säkra bevisningen i mål och uppmärksamma allmänheten om den diskriminering som förekommer.

I Sverige är användandet av diskrimineringstester rätt så nytt jämfört med i övriga Europa. I flera europeiska domstolar har diskrimineringstester framgångsrikt använts för att bevisa att diskriminering förekommit². De mest lyckade exemplen är när jämförbara par, med olik etnicitet, används för att pröva inträde till nattklubbar³. I Sverige finns det få avgörande där diskrimineringstester överhuvudtaget använts som bevismedel i domstol.

Diskrimineringstester framställs även av kritiker, som provocerande till att begå brott. Detta har i sin tur lett till frågor om praktikprövning skall ses som brotts- eller bevisprovokation⁴. Det är därmed intressant att undersöka hur de svenska domstolarna förhåller sig till praktikprövning. I denna rapport görs ett försök att reda ut en del av de oklarheter som finns angående diskrimineringstester som bevismedel i domstol.

1.2. Syfte

Syftet med denna rapport är först och främst att utreda diskrimineringstesters bevisvärde i domstol, men även vilka följder som diskrimineringstesterna kan få för ersättningsbeloppet. Vidare så kommer även aspekten om diskrimineringstester bör uppfattas som brotts- eller bevisprovokation att undersökas.

1.3. Frågeställning

- Vilket bevisvärde har diskrimineringstester i domstol?
- Hur påverkas ersättningsbeloppet av användandet av diskrimineringstester som bevis?
- Är diskrimineringstester brotts- eller bevisprovokation?

1.4. Metod

I denna rapport har den rättsdogmatiska metoden användas. Därmed har lag, förarbeten, praxis och doktrin undersökts.

¹ Rorive Isabelle, Att bevisa diskrimineringsfall s.80

² Ibid s.80.

³ Ibid s. 7.

⁴ Ibid s.47.

1.5. Avgränsning

I arbetet behandlas syftet och frågeställningarna endast ur ett nationellt perspektiv. I Sverige är praxis rätt så begränsat när det gäller avgörande som kan kopplas till diskrimineringstester. Därmed kommer denna rapport endast att behandla diskriminering vid besök av nattklubb (senare även benämnd krog), som har samband med etnicitet.

2 Teori

2.1 Diskrimineringstester

Diskrimineringstester, praktikprovning eller ”situation testing” har utvecklats i syfte att påvisa alla sorters diskriminering, men har mest använts för att bevisa etnisk diskriminering. Testerna används både för att utreda i vilken omfattning diskriminering förekommer i samhället samt för att säkra bevis i enskilda ärenden. Metoden ger en möjlighet att visa att personer i samma situation behandlas olika och detta har ett samband med t.ex. etnicitet.⁵

När ett diskrimineringstest skall utföras är det viktigt att metoden för hur det skall gå till är väl specificerad. Gruppen som skall genomföra diskrimineringstesterna bör ha hög likhet, vilket innebär att personerna endast bör skilja sig genom det karaktäristiska som skall testas t.ex. etnicitet. Grupperna skall således vara lika vad gäller klädsel, ålder och ofta även kön. De bör inte vara påverkade av något slag av berusningsmedel och de bör vara artiga och förnuftiga. Idealiskt vore om gruppen som utför testet är mer än två. Om gruppen delar på sig skall diskrimineringstestet ändå ske på samma dag och under samma tidsperiod. Det bör inte finnas några som helst emotionella band mellan testutförarna och personen som skall testas. Viktigt är att inte provocera fram ett beteende hos personen som testas. För att kunna säkra bevisningen så gott det går bör bild eller ljudupptagning ske.⁶

Generellt sett borde praktikprovning användas *efter* att individen anmält diskrimineringen och då en kort tid efter att diskrimineringen skett. Användningen av diskrimineringstester då anmälan inte gjorts, skall emellertid noga övervägas, för att inte ytterligare provocera de som är kritiska mot diskrimineringstester.⁷ Trots att diskrimineringstester förslagsvis borde genomföras efter en anmälan, är det enligt diskrimineringsombudsmannens (DO) oklart hur domstolen värdesätter dessa tester på fall som inträffat tidigare.⁸

Många av DO:s ärenden avslutas p.g.a. av bevissvårigheter. Ofta står ord mot ord och utifrån det är det svårt för DO att ta ställning till om diskriminering överhuvudtaget har inträffat. Diskrimineringstester kan därmed vara en effektiv metod för DO att säkra bevisning för en eventuell rättegång. Det kan dock inte garanteras att ärenden som avslutas p.g.a. bevissvårigheter skulle ha lett till framgång med hjälp av diskrimineringstester.⁹ DO tror även att det finns en risk, om diskrimineringstesterna visas vara framgångsrika som bevis, att det bedöms vara negativt att inte använda sig av denna form av bevisning. DO anser därmed att diskrimineringstester bör användas med försiktighet. En alldeles för frekvent användning av dessa tester kan leda till en tendens att hellre tillämpa praktikprovning än att utreda enligt

⁵ DO-rapport, Diskrimineringstester som bevismedel, s. 3.

⁶ Rorive Isabelle, Att bevisa diskrimineringsfall, s. 51.

⁷ Ibid s. 51 f.

⁸ DO-rapport, Diskrimineringstester som bevismedel, s. 9 f.

⁹ Ibid, s. 8f

traditionella sätt.¹⁰ Diskrimineringstester bör således vara endast en av flera metoder som kan användas, då någon utsatts för diskriminering. Statistik är t.ex. användbart för att visa på indirekt eller strukturell diskriminering. Testerna bör således begränsas till fall där det inte finns klara yttranden och vittnen till händelsen.¹¹

I dagsläget står det inte klart i vilken omfattning som DO får använda sig av diskrimineringstester.¹² Däremot kan det i branscher där ett stort antal klagomål upptäckts, vara motiverat att förslagsvis frivilligorganisationer utför en kartläggning av förekomsten av diskriminering. Detta kunde vara ett sätt att öka allmänhetens kännedom om diskriminering i samhället, samt en möjlighet att påbörja utredning i uppenbara fall av diskriminering.¹³ I oktober 2009 fick DO i uppdrag av Integrations- och jämställdhetsdepartementet att i form av praktikprovning undersöka omfattningen av diskriminering inom bostadsmarknaden.¹⁴

2.2 Presumtionsregel

Ett diskrimineringstest kan inte bevisa hur en person som utsatts för diskriminering känner sig. Däremot kan de visa att en person p.g.a. sin etnicitet blev sämre behandlad än annan person under samma omständigheter. Alla dessa omständigheter kan tillsammans visa på att anmälaren blivit diskriminerad enligt diskrimineringslagen eller utsatt för olaga diskriminering enligt brottsbalken.¹⁵

Har en person enligt egen mening utsatts för diskriminering och omständigheter visat att så är fallet är det upp till den svarande att visa att diskriminering inte förekommit.¹⁶ Enligt NJA 2006 s.170 är det frågan om en s.k. presumtionsregel. Kärande skall först visa att svarande har behandlat kärande på ett annat sätt än denne behandlar andra och detta har ett samband med t.ex. etnicitet. Lyckas kärande styrka dessa omständigheter skapas en presumtion för att orsakssamband mellan behandlingen och etniciteten finns. Svarande skall i sin tur visa på omständigheter som styrker att behandlingen inte hade något med kärandes etnicitet att göra.¹⁷

2.3 Ersättning vid diskriminering

Bryter någon mot förbuden i diskrimineringslagen blir denne skyldig att betala ersättning för den kränkning som överträdelsen innebär. Ersättningen skall räknas utifrån allvaret i den lagöverträdelse som skett. Förseelsens art och vidd är utgångspunkten vid fastställande av ersättningens storlek, men även viljan hos den som diskriminerat skall beaktas. Att ha haft

¹⁰ DO-rapport, Diskrimineringstester som bevismedel, s. 9 f.

¹¹ Rorive Isabellea, Att bevisa diskrimineringsfall, s. 54.

¹² DO-rapport, Diskrimineringstester som bevismedel, s. 8 f.

¹³ Rorive Isabella, Att bevisa diskrimineringsfall, s. 51.

¹⁴ <http://www.regeringen.se/sb/d/11290/a/133678>

¹⁵ Rorive Isabelle, Att bevisa diskrimineringsfall, s. 9.

¹⁶ 6:3 DL

¹⁷ NJA 2006 s. 170

avsikt att förödmjuka någon på grund av t.ex. etnisk tillhörighet, beaktas därmed som försvårande omständigheter.

Vid fastställande av ersättningen skall speciellt hänsyn tas till syftet att motverka framtida förseelser. Det vill säga det preventiva syftet och det allmänna intresset att motverka diskriminering i samhället väger tungt. Därmed skall även den drabbades intresse av reglernas upprätthållande och den personliga upplevelsen vägas in.¹⁸

Ersättningen skall fastställas till ett så högt belopp att den fungerar avskräckande mot att begå lagöverträdelsen.¹⁹ När det gäller näringsverksamheten, bör i vissa fall även omsättningen beaktas för att det ska få effekten avskräckande. Vidare borde förekomsten av tidigare överträdelser av lagen i verksamheten beaktas.²⁰ Bestämmande av ersättningens storlek görs utifrån det enskilda fallet och skall på ett skäligt sätt kompensera den diskriminerade.

Om det finns särskilda skäl kan ersättningen dock sättas ned helt eller delvis, d.v.s. jämkas.²¹ Detta skall dock användas restriktivt och bör inte förekomma annat än i rena undantagsfall. Den diskriminerades intresse bör särskilt beaktas vid övervägande om jämkning. Brist på avsikt att diskriminera utgör inte i sig en jämkningsgrund, däremot kan det vid tillfällen då en person varken insett eller borde insett att t.ex. en bestämmelse skulle leda till diskriminering, medföra jämkning.²²

2.4 Brott- och bevisprovokation

Diskrimineringstester har orsakat en del kritik, eftersom dessa tester kan ses som en form av brottprovokation. Det står således inte i överstämelse med en s.k. rättvis bevisning och kan därmed ses som ett hot mot privatlivet. Europadomstolen (ERD) har dock fastställt att övervakning av personers handlingar på offentliga platser, genom att använda bildupptagning i sig inte är en kränkning av privatlivet, däremot kan en permanent övervakning vara det. Så länge som förfarings sättet är lagligt och används för att uppnå ett legitimt mål och nödvändigt i ett demokratiskt samhälle är det inte ett brott mot en persons privatliv.²³

Det är oklart vad som skall betecknas som bevis- respektive brottprovokation, eftersom samma handling kan leda till att en person blir provocerad och denna handling kan sedan användas som ett bevis. I SOU:n²⁴ användes exempel om då polisen provocerar till ett brott, t.ex. vid narkotikahandel. Detta kan då ses som tillåtet, så länge som polisen inte provocerar fram ett brott som personen annars inte skulle begå.²⁵ Slutsatsen har därmed tagits att det är otillåtet att genomföra en provocerande åtgärd mot en person som inte förväntas genomföra

¹⁸ Prop. 2007/08:9, s. 554.

¹⁹ Prop. 2007/08:95, s. 556.

²⁰ Ibid

²¹ 5:1DL

²² Prop. 2007/08:95, s. 556.

²³ Rorive Isabelle, Att bevisa diskrimineringsfall, s. 47f.

²⁴ SOU 2003:74, s.15

²⁵ Ibid

ett brott, medan provokation som har till syfte att ta fram bevisning om planerad, pågående eller utfört brott torde vara tillåtet. Brottsprovokation är således en handling som har som syfte att framkalla ett brott och är otillåtet. Bevisprovokation har som syfte att ta fram bevis för ett pågående eller begånget brott och är tillåtet.²⁶

Något direkt lagstadgande om brotts- respektive bevisprovokation finns inte och det är framförallt polisens rätt att använda brottsprovokation som diskuterats. Troligen kunde dock praxisen på området även tillämpas vid annan myndighetsutövning. I en rapport gjord av dåvarande ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) utreddes DO:s möjlighet att använda sig av diskrimineringstester. Det undersöktes om personalen på DO kunde göra sig skyldiga till tjänstebrott genom att delta eller genomföra diskrimineringstester. DO lade även fram att trots att bara en viss del av verksamheten, det vill säga rätten att ta beslut om stämning, ses som myndighetsutövning, skulle eventuella diskrimineringstester som leder till stämning även kunna ses som myndighetsutövning. DO tog även upp frågan om tjänstemännen på DO kan bli skyldiga till anstiftan till olaga diskriminering enligt BrB 16 kapitel 9 §, genom användande av dessa tester. Vidare utredningar måste dock göras för att få svar på dessa frågor.²⁷

2.5 Praxis

De mest välkända exemplen av diskrimineringstester i Sverige, har gjorts av en grupp juridikstudenter, som filmat sitt inträde på nattklubbar i Stockholm, Göteborg och Malmö. I följande avsnitt kommer en redogörelse av de fall där diskrimineringstester varit en del av bevisningen i domstol att göras.

NJA 2008: 915 handlar om fyra män som flertal gånger nekats inträde till nattklubben Escape och som upplevt att det haft samband med deras etnicitet. Till följd därav bestämde de sig för att besöka olika nattklubbar för att samtidigt kartlägga den diskriminering som de ansåg föregick på krogar och nattklubbar i Malmö. Kvällen i fråga hade männen samlats tillsammans med femton andra vänner, varav åtta personer hade ”svenskt” utseende och resten hade ”utländskt” utseende. Tre olika nattklubbar besöktes. Kamraterna med ”svenskt” utseende kom in på samtliga nattklubbar, medan personerna med ”utländskt” utseende nekades tillträde till två av dessa, p.g.a. att de saknade VIP-kort, inte fanns med på listan eller var stamgäster. Alla var vårdat klädda, de uppträdde städat och var inte påverkade av något berusningsmedel. Alla saknade VIP-kort och ingen fanns med på gästlistan eller var stamgäster. Händelseförloppet videofilmades.

HD bedömde att det var bevisat att diskriminering hade förekommit. Frågan var om nattklubbens ersättningsskyldighet skulle jämkas till följd av det undersökningssyfte som låg bakom besöket. En möjlighet till jämkning kommer t.ex. i fråga om diskrimineringen provocerats fram eller p.g.a. eget risktagande. Undersökningssyfte påverkar dock inte behovet av avskräckande ersättningsbelopp och gör inte heller den diskriminerande handlingen mindre

²⁶ DO-rapport, Diskrimineringstester som bevismedel, s. 5 f.

²⁷ Ibid, s.6 ff.

förkastlig. Det får ändå inte ses som en möjlighet att genom planmässig och systematisk prövning berika sig på test som dessa. HD framhöll att det enligt princip är olämpligt att någon planerar och avsiktligt kan göra förtjänst på annans av samhället oönskade handlingar. Således måste rättsordningen visa återhållsamhet beträffande storleken på ersättningsbeloppet och om det är framlagt att frågan är ett led i en undersökning bör rätten till ersättning kunna bli föremål för jämkning. Vid bedömning måste dock samtliga omständigheter kring undersökningen och den diskriminerande handlingen beaktas. HD bedömde därmed att, eftersom fallet handlade om att personerna vill testa om de skulle utsättas för en diskriminerande handling, var det inte skäligen att ge full ersättning för den diskriminering de hade utsatts för. Trots att diskrimineringstestet ingick i en omfattande undersökningsaktion vars syfte varit samhällsförbättrande och inte för den ekonomiska vinningen. HD dömde att nattklubben skulle betala 60 000 kr. var till de personer som nekats inträde. Skiljaktiga ansåg dock att personerna de facto varit medvetna om att eventuellt diskrimineras, men att detta inte minskar graden av kränkning och därmed borde ersättningen ej heller ha sänkts.²⁸

Ett annat diskrimineringsfall handlade om 12 stycken män som hade delat upp sig i fyra grupper, två "svenska" och två "utländska" grupper, i samma syfte som i ovannämnda fall. Alla de sex män med "utländskt" utseende nekades inträde till nattklubben, medan deras vänner med "svenskt" utseende fick gå in. De män som nekades inträde, informerades av vakten att det var fullt och att endast medlemmar släpptes in. Till de som blev insläppta sades inget om medlemskapet eller att det var fullt. Händelseförloppet videofilmades. TR fastställde att diskriminering ägt rum. Ingen affärsmässig avsikt hade påvisats och även om det skulle ha förekommit sådan avsikt skulle det inte påverka bedömningen om diskriminering förekommit eller ej. Skadestånd utdömdes totalt till 240 000 kr.²⁹

I Mål nr. T 25365-05 och T 256-08 användes diskrimineringstester för att bevisa att diskriminering även skett *efter* att en anmälan gjorts. L och hans vänner som alla hade iranskt ursprung nekades inträde till en nattklubb. DO gjorde gällande att klubben vid flera andra tillfällen nekat personer med annat etniskt ursprung inträde till klubben. Detta visades med en filminspelning som gjorts 10 månader efter att L nekades inträde till restaurangen. TR ansåg dock att det inte gjorts gällande att diskriminering p.g.a. etnicitet förekommit. Inspelningen 10 månader senare styrker inte att diskriminering skett, eftersom det inte närmare belysts om det var en klubbkväll och om det t.ex. var orsaken till att personerna inte kom in.³⁰ Domen överklagades till hovrätten som ansåg att svarande inte bevisat att diskriminering p.g.a. etnicitet *inte* förekommit. Även inspelningen visade på att diskriminering p.g.a. etnicitet tidigare skett på restaurangen. HovR kom i sitt domslut fram till att diskriminering på grund av etnicitet förekommit.³¹

I NJA 1996 s. 768 väcktes åtal mot C om olaga diskriminering såsom anställd som entrévärd på en restaurang. A och Y hade stämt träff med ett reportageteam från Rapport för att se om

²⁸ NJA 2008 s. 915

²⁹ Rorive Isabelle, Att bevisa diskrimineringsfall s. 82.

³⁰ Mål nr. T 25365-05

³¹ Mål nr. T 256-08

personer med annan etnisk bakgrund diskrimineras på Stockholms krogar. A och Y gick fram till dörrvakten, men nekades inträde till restaurangen på villkor som näringsidkaren inte tillämpat på andra. TR fann dock att någon särbehandling inte skett och att det endast är C som kan avgöra om det var fullt på restaurangen och att det således inte visats att det fanns någon annan orsak till att målsägande vägrades inträde. TR anser att den bevisning som visats i målet inte ger stöd för att diskriminering systematiskt skulle äga rum på restaurangen. HovR och HD fastställer TR domslut och menar att det inte går att styrka att personerna nekats inträde p.g.a. deras etniska tillhörighet.

3. Analys

Att bevisa att diskriminering har förekommit är som oftast svårt. Ord står mot ord och trots den så kallade bevislättningen som lagstiftaren ”givit” kärande där svarande skall bevisa att diskriminering *inte* skett, måste kärande först göra det *sannolikt* att diskriminering *har skett*³². Finns det inga vittnen till händelsen, blir det svårt att få till stånd en anmälan och framgång i domstol. Diskrimineringstester är då ett sätt att genom t.ex. ljud- och bildupptagning påvisa att diskriminering som har samband med t.ex. etnicitet förekommit.

Det framställs emellertid inte som helt klart hur domstolarna förhåller sig till diskrimineringstester som bevismedel. Rättsfallen som studerats visar att domstolarna godkänner diskrimineringstester som en ”bevisform”. Däremot är det svårt att dra klara slutsatser om vilken vikt domstolen lägger på testerna vid bedömningen av om diskriminering förekommit. Speciellt svårt är det att klargöra bevisvärdet på diskrimineringstester som gjorts i efterhand för att påvisa en strukturell diskriminering inom en viss bransch, och därmed bevisa att det inte är osannolikt att diskriminering p.g.a. etnicitet förekommit även i det anmälda fallet. Det gör inte saken lättare att användandet av diskrimineringstester är rätt så nytt i Sverige och få ärenden som rör detta har kommit upp i domstol. Således innehåller denna rapport endast ett ärende³³ där diskrimineringstester gjorts i syfte att bevisa en tidigare händelse av diskriminering. I det fallet använde sig kärande av bildinspelning som gjordes 10 månader senare än händelsen i fråga, för att visa på att nöjeskrogens avvisande av personer hade med deras etnicitet att göra. HovR. tog vid bedömningen i beaktande de vittnesutsagor, den bildbevisning och övrigt material som framlagts och visat på att diskriminering sannolikt skett. Min tolkning med hänsyn till det nyssnämnda avgörandet är att praktikprovning som gjorts i efterhand får en betydelse, men är självklart inte det övervägande beviset för att fälla någon för diskriminering. Praktikprovning i efterhand som visar på strukturell diskriminering bevisar enligt min mening inte ensam att diskriminering inträffat i ett tidigare sammanhang. Ytterligare bevis i form av t.ex. vittnen från den händelse som är uppe för bedömning bör finnas.

Ärenden döms från fall till fall och för att nå framgång med att använda sig av praktikprovning i efterhand bör testet vara genomfört efter en noggrann planering. Jag tror ändå att bevisvärdet för diskrimineringstester som genomförts efter en anmäld händelse, i syfte att bevisa strukturell diskriminering är rätt så låg i domstolen. Visserligen kan det påvisa att t.ex. krogen tidigare missgynnat personer med annan etnisk bakgrund och således göra det mer sannolikt att diskriminering förekom även i det anmälda fallet, men p.g.a. få avgörande kan det bara spekuleras i vilket värde som läggs på diskrimineringstester som görs i efterhand och framtida avgöranden bör kunna ge en klarare bild.

³² 6:3 DL

³³ T 25365-05 och T 256-08

När det gäller diskrimineringstester som görs för att bevisa en strukturell diskriminering och som sedan leder till en anmälan når det utifrån min tolkning ett högre bevisvärde i domstol. Den diskriminerande handlingen och den kränkta personen har i de fallen en direkt koppling till diskrimineringstestet och då blir det även en viktig del av bevisningen.

Domstolarna verkar som tidigare nämnts inte förbjuda användningen av diskrimineringstester som bevis i en rättegång. Däremot kan frågan om jämkning av ersättningen uppkomma då diskrimineringstester har använts för att bevisa diskriminering. I ”Escape”³⁴ fallet redogör HD för tillfällen där jämkning kunde vara möjligt t.ex. vid provokation eller eget risktagande. Utgår man ifrån att undersökningssyftet är en form av provokation kunde jämkning därmed bli möjlig enligt HD. Förarbeten lägger dock tyngden på den preventiva effekten i samhället som ersättningen har som syfte³⁵. Detta borde innebära att själva undersökningssyftet inte heller påverkar ersättningen, eftersom det görs för att uppmärksamma allmänheten om problematiken som finns i samhället. HD verkar vara på samma linje och anser inte att själva undersökningssyftet bör påverka ersättningsbeloppet, så länge som det inte är kopplat till en affärsmässig vinning³⁶. Förarbetena fastställer även att den diskriminerades intresse av reglernas upprätthållande och personliga upplevelser bör vägas in³⁷, vilket är ett ytterligare tecken på att själva diskrimineringstestet i sig inte bör sänka ersättningen.

HD fastslår även att det är olämpligt att någon avsiktligt gör förtjänst på ett oönskat beteende och det får inte under några omständigheter ses som en chans att berikas på³⁸. Jag kan hålla med om att det är fördelaktigt att hålla ersättningen på lägre nivå för att inte främja användandet p.g.a. ekonomisk vinning. Användningen av tester bör aldrig vara ett sätt att berika sig. Personligen tror och hoppas jag att allmännyttan och ett förändrat beteende är en tillräckligt ”morot” för att undersökningsgruppen skall genomföra diskrimineringstester på ett riktigt sätt.

När det väl kommer till undersökningstillfället kan personer bli kränkta. Det egna risktagandet borde därmed inte påverka ersättningsbeloppet i negativ riktning. Själva kränkningen är högst personlig och förarbeten fastställer att det är den diskriminerade personens egen uppfattning som bestämmer kränkningen³⁹. Således är det omöjligt för domstolarna att avgöra om en kränkning som uppkommit i anslutning till ett diskrimineringstest är mindre kränkande än om personen annars skulle ha besökt t.ex. nöjeskrogen. HD fastställer även att diskriminering som visats genom tester inte gör den diskriminerande handlingen något mindre klandervärd. Ersättningen skall även verka avskräckande till att begå lagöverträdelsen på nytt och vid fastställande av ersättningen skall speciell vikt läggas på att motverka framtida

³⁴ NJA 2008:915

³⁵ Prop 2007/08 s. 556

³⁶ NJA 2008:915

³⁷ Prop. 2007/08:9, s. 556

³⁸ NJA 2008:915

³⁹ Prop. 2007/08:9, s. 556

lagöverträdelse⁴⁰. Svarandes yrkanden om nedsättning av ersättningsbeloppet p.g.a. att kränkningen skulle vara mindre vid tester verkar därmed inte få gehör i domstol.

Vad gäller bevis- och brottsprovokation verkar det vara svårt löst om vad som gäller. Lagstöd saknas, men det verkar ändå finnas en allmän tanke om att brottsprovokation är den otillåtna metoden medan bevisprovokation ses som tillåtet⁴¹. Egentligen torde det vara självklart att tolka dessa ord så att det utgås från att brottsprovokation uppkommer då en person som normalt sett inte skulle begå brottet provoceras till det. Brottsprovokation kunde därmed vara fallet då dessa tester utförs för att undersöka hur en viss bransch beter sig. Det vill säga i förebyggande syfte. Personligen anser jag dock att det känns ganska så långsökt. I detta skede är det angeläget att betona hur viktigt det är att personerna inte uppträder provocerande då de utför diskrimineringstestet. Är det då frågan om personer som inte på något sätt betett sig annorlunda än någon annan besökare till en restaurang torde det nästintill vara omöjligt att säga att det skulle vara tal om brottsprovokation.

Bevisprovokation uppkommer däremot då personen har begått eller planerar att begå ett brott⁴². Diskrimineringstester och ordet bevisprovokation har däremot enligt mig en närmare koppling. Personer som har upplevt att de särbehandlas inom en viss bransch och anmält fallet ger sig ut för att testa om detta är allmänt förekommande för en speciell personkrets i samhället. Praktikprovningen videofilmas sedan för att säkra bevis. Genom praktikprovningen kan bevis därmed inhämtas om att personer missgynnas och samtidigt även testa personer eller branscher som tidigare diskriminerat, d.v.s. personer som gjort sig skyldiga till en lagöverträdelse.

Den osäkerhet som råder i om praktikprovning skall uppfattas som tillåten bevisprovokation eller otillåten brottsprovokation, gör det svårt för DO att våga tillämpa diskrimineringstester. Bevis- och brottsprovokation har tidigare förknippas till polisens verksamhet, således verkar detta mer vara ett problem för myndigheter som t.ex. DO att företa diskrimineringstester. Frivilligorganisationer och privatpersoner berörs inte. DO fick dock nyligen i uppdrag att genom praktikprovning undersöka diskriminering inom bostadsbranschen⁴³. Det verkar därmed som att nyttan av praktikprovning väger tyngre än den kritik som framförts. Enligt min mening är det bara en tidsfråga innan DO börjar använda diskrimineringstester även i andra branscher t.ex. inom krogbranschen oavsett hur det definieras.

⁴⁰ NJA 2008:915

⁴¹ SOU 2003:74, s. 15.

⁴² Ibid

⁴³ <http://www.regeringen.se/sb/d/11290/a/133678>

4 Slutsats

Det kan inte förnekas att personer med annat etniskt ursprung än svenskt ofta utsätts för diskriminering genom att t.ex. nekats inträde till en nöjeskrog . Det kan vi se genom de fall som tagits upp i denna rapport, men trots att det är rätt så vanligt förekommande är det svårbevisat att nekandet hade ett samband med t.ex. personens etnicitet. Ofta finns inga vittnen och då kan diskrimineringstester vara ett sätt att bevisa att diskriminering förekommit.

Utifrån de studerade fallen kan konstateras att diskrimineringstester godkänns som bevis i domstol. Däremot är det oklart hur domstolen värdesätter diskrimineringstester som bevis, eftersom forskning och praxis är så knapphändig. Min tolkning är att diskrimineringstester som lett till en anmälan har ett högt bevisvärde i rättegången, eftersom kopplingen mellan händelsen och testet är större. Diskrimineringstester som genomförs i efterhand reflekterar inte de tidigare händelserna tillräckligt och kan således inte ensam ligga till grund för bedömningen utan endast förstärka den övriga bevisningen.

När det gäller fastställande av ersättningsbeloppet som utbetalas efter en diskriminerande handling, skall dess syfte att motverka framtida förseelser och verka avskräckande beaktas. I det vägledande fallet från HD konstateras att själva undersökningssyftet inte bör påverka ersättningsbeloppet. Däremot är det olämpligt att någon berikas på att utsättas för diskriminering i samband med ett diskrimineringstest. Vid affärsmissighet kan ersättningen därmed jämkas. Själva risktagandet vid diskrimineringstesterna bör ej heller påverka ersättningen negativt, eftersom kränkningen är högst personlig.

Fastställande om diskrimineringstesterna är en form av brotts- eller bevisprovokation är inte enkel. Konstateras kan dock att praktikprovning har en närmare koppling till bevisprovokation genom dess syfte att antingen bevisa ett tidigare begånget brott eller för att uppmärksamma den diskriminering som tidigare förekommit inom en viss bransch. Diskrimineringstesterna har inte som syfte att provocera fram ett brott. Däremot är avsikten att uppmärksamma och förebygga diskriminering i samhället, således torde det inte falla under begreppet brottsprovokation

Praktikprovning bör dock användas försiktigt och de bör föregås av en noggrann och välgenomtänkt planering.

Källförteckning

Lagtext

Diskrimineringslagen (2008:567)

Brottsbalken, 16 kapitlet.

Offentligt tryck

Proposition 2007/08:95 , ”Ett starkare skydd mot diskriminering”

SOU 2003:74, ”Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen”

Litteratur

Rorive Isabelle, ”Att bevisa diskrimineringsfall - betydelsen av diskrimineringstester”, Byrån för lika rättigheter, Stockholm, 2009

Praxis

NJA 1996 s. 768

NJA 2008 s. 915

T 25365-05 och T 256-08

Övrigt

Rapport :

DNR 419-2005 ab. 13, ”Diskrimineringstester som bevismedel, en utredning om DO: s möjlighet att använda sig av diskrimineringstester för att säkra bevisning i diskrimineringsärenden.”

Internet:

<http://www.regeringen.se/sb/d/11290/a/133678>