

S. 61 Indirekt diskriminering och demokratisk positivism

Detta exempel är skapat för att belysa två olika saker. Det första är vilket starkt ingrepp i riksdagens lagstiftningsmakt som konceptet indirekt diskriminering skulle kunna vara. Det andra är att ingreppet i realiteten kan komma såväl från EU-domstolen som från nationella domstolar när förbudet mot indirekt diskriminering tillämpas.

1. Om domstolarna tvingar staten att låta fler personer omfattas av arbetslöshetsförsäkring innebär det kostnader för staten som måste tas in antingen genom höjda skatter eller besparingar. Domstolen har en rätt att säga att staten måste vara beredd att bära denna kostnad. Det är upp till domstolen att avgöra hur höga kostnader som staten måste ta för att undvika diskriminering i just detta fall.

- 2-3. En student förväntas klara sig på sina studiemedel. Därför anses en student som blir ofrivilligt arbetslös inte behöva a-kasseersättning. Den som är över 65 år förväntas ha så hög pension att rätten till a-kassa försvinner oavsett om arbete utförts mer än 80-timmar per månad. På samma sätt kan en person som får del av sin partners inkomster och av det skälet arbetar deltid sägas kunna klara sig utan arbetslöshetsersättning. Staten har alltså ett legitimt skäl att ställa upp denna regel om att 80 timmars arbete per månad krävs för rätten till arbetslöshetsersättning. Men det räcker inte att staten har ett legitimt skäl. De medel som används måste också vara lämpliga och nödvändiga för att nå målet. Diskrimineringsgrunden kön kan här aktualiseras. Hur många är de kvinnor som vill jobba mer men bara kunnat få arbete t.ex. 75 timmar per månad och verkligen behöver sin arbetslöshetsersättning? Här kan vi ta hänsyn till såväl ensamstående kvinnor som kvinnor vars partner inte har någon hög lön som möjliggör att en arbetar deltid.

Arbetslöshetsförsäkringens kvalificeringsregel är idag utformad som en timgräns. Men den kunde ha varit utformad som en

beloppsgräns. Den kunde ha tagit hänsyn till andra inkomster som t.ex. studiemedel. Den kunde ha tagit hänsyn till individens eventuella förmögenhet, till partners inkomster eller förmögenhet m.m.

När domstolen prövar om staten kan nå sitt mål med hjälp av en mindre ingripande åtgärd så är frågan alltså om arbetslöshetsförsäkringen hade kunnat utformas på ett annat sätt som skyddar de som behöver skydd bättre.

Vid en prövning i EU-domstolen är flera utgångar möjliga:

EU-domstolen skulle kunna säga att i alla länder där kvinnor jobbar så mycket mer deltid än män som i Sverige så måste staten se till att de kvinnor som inte har andra ekonomiska resurser får 80 % (nationens ersättningssats) av sin förlorade inkomst även om de jobbar mindre än 80 timmar/månad.

Ibland tvingar EU-domstolen den nationella domstolen att låta proportionalitetsprövningarna utfalla på ett visst sätt (då brukar det bli stor debatt men EU-domen ska följas och följs också i regel).

Ibland sätter EU-domstolen bara upp allmänna principer över vad den nationella domstolen ska ta hänsyn till i proportionalitetsprövningen. Eftersom Sverige är präglad av demokratisk positivism så vinner regeringen/riksdagen typiskt sett målet om den nationella domstolen är fri att väga fördelar och nackdelar med den reglering som riksdagen skapat.

- Bör EU-domstolen ta sig friheten att ingående granska skälen för och mot 80-timmarsgränsen i detta fall?
- Bör svenska förvaltningsdomstolar ta sig friheten att ingående granska skälen för och mot 80-timmarsgränsen i detta fall?

Vi kan alla tycka olika i frågan om det majoriteten faktiskt beslutat i Riksdagen ska respekteras eller om besluten ska granskas ingående och kunna prövas i domstol. Det nya med MR-perspektivet är att

domstolarna numera kan bestämma och att politikerna kan tvingas att acceptera att ändringar måste göras.