
LYNN M. ROSEBERRY, THE LIMITS OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION IN THE UNITED STATES AND EUROPEAN COMMUNITY, COPENHAGEN 1999

Ronnie Eklund*

Författarens syfte är att beskriva, analysera och jämföra begränsningarna i diskrimineringskyddet i arbetslivet i USA och EG. Man kan tycka att det vore konstigt om de två systemen avvek alltför mycket från varandra; länderområdena omfattas av den västerländska liberala traditionen. Likheterna är påtagliga, men det finns också betydande skiljaktigheter. Presentationen av antidiskrimineringsmaterialet görs utifrån följande disposition. I del I ges en grundlig genomgång av regelsystemen. I del II redovisas begränsningarna i antidiskrimineringslagstiftningen. I del III granskas materialet utifrån den kritik som anförts från CLS (Critical Legal Studies), feminismen och CRT (Critical Race Theory), särskilt med avseende på USA. Författaren är även konsekvent då hon redovisar materialet. Som exempel kan anges att hon behandlar likalönefrågorna och likabehandlingsfrågorna var och en för sig varefter följer en diskussion om de påföljder som finns. Presentationen av gällande rätt i USA och EG bygger på material som fanns tillgängligt senast juli 1997 då forskningsinsatsen avslutades. I del IV sammanfattar Roseberry sina resultat.

Det är en ambitiös ansats som Roseberry haft, men upplägget innehåller även väsentliga begränsningar. Det visas ganska entydigt i avhandlingen att i USA blir anslaget med nödvändighet väsentligt bredare än det är i Europa, eftersom antidiskrimineringsfrågorna i USA går så långt tillbaka i tiden som till tillkomsten av det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen (1868) med bakgrund i slaveriets tragiska historia, och sedan över Equal Pay Act (1963) till Title VII i Civil Rights Act (1964, med ändringar 1972, 1978 och 1991). På

* professor i civilrätt, särskilt arbetsrätt

papperet sägs 60-talslagarna i USA ha betingats av ekonomiska skäl, men de tillkom mot en helt annan bakgrund. 1960-talet var upprorets decennium i USA. Det moraliska upproret mot den utbredande segregationen och diskrimineringen av de svarta bidrog till att rörelsen kring Martin Luther King fick tillstånd en bred lagstiftning där "social justice" var målet. Och det var bara en sinkadus att diskriminering på grund av kön kom att slutligt omfattas av 1964 års lag; i själva verket var en av ärkefienderna till det brett upplagda lagstiftningsprojektet övertygad om att om det lilla ordet "sex" sattes in i lagen så skulle han jämte oppositionen välta hela lagstiftningsprojektet, men det misslyckades.¹

Regleringen i Civil Rights Act omfattar således ras, hudfärg, religion, kön och nationell härkomst. I EG är det ju än så länge endast diskriminering på grund av kön och nationalitet som sätter gränser för det fria skönet, även om man inte skall lämna därefter i detta sammanhang att det för närvarande pågår ett intensivt arbete inom EG:s institutioner i syfte att ge ett konkret innehåll åt den nya antidiskrimineringsportalartikeln i Amsterdamfördraget (Artikel 13).

Roseberrys analys av diskrimineringsfrågorna utifrån amerikanskt perspektiv blir tyvärr stundtals så bred att den bara nödtorftigt tar mark om jämförelsen är EG-rätten.² Förvisso kan det finnas i enskilda EG-stater en mer omfattande lagstiftning, t.ex. i Förenade konungariket som har en generell rasdiskrimineringslagstiftning, men den berörs inte av Roseberry. Detta är också svagheten i denna avhandling. Den nationella lagstiftningen i de enskilda EG-länderna har lämnats därefter. Detta gör att hennes analys haltar. Då EG-rätten, såsom den formuleras av EG-domstolen i form av förhandsbesked vad avser EG:s rättsakter, underkastas en analys beaktas inte det nationella perspektivet. Det är de nationella domstolarna som avgör målen i sak. I USA är det ytterst högsta domstolen som i sak avgör de olika diskrimineringsfrågor som underställs den. Visserligen är Roseberry medveten om att de konstitutionella förutsättningarna i USA och EG är olika, men hon analyserar inte den absoluta svagheten i det kvasifederala EG-rättsliga systemet. Det är kanske ofrånkomligt att hon inte kommer in på dessa frågor eftersom hennes anslag är annorlunda; hon vill fånga in allt som luktar antidiskrimineringslagar med förankring i arbetslivet. Intentionsdjupet vad gäller genomslaget för EG-rätten blir därigenom grunt.

Det är min uppfattning att värdet av Roseberrys avhandling ligger i den detaljrikedom med vilken hon energiskt redovisar amerikansk rätt inför en europeisk publik. Om man läser hennes bok på detta sätt så är den ett värdefullt, för att inte säga omistligt tillskott till floran av böcker och kommentarer

¹ Se om detta, för övrigt, mer ingående i Charles & Barbara Whalen, *The Longest Debate. A Legislative History of the 1964 Civil Rights Act* (1985).

² Nyligen har utgivits en volym av svenska statsvetare, *Positiv särbehandling i Sverige och USA*. Red. Erik Åsard & Harald Ronblom, 2000. Även denna volym visar på svårigheterna att jämföra USA med Europa med tanke på framväxten av de olika regelsystemen.

vad gäller USA:s diskrimineringslagstiftning, sedd i ljuset av en europeisk kontext.

Jag tillåter mig här att även lyfta fram några detaljer från amerikansk rätt som från europeiskt perspektiv kan ha sitt intresse.

Vi får t.ex. veta att Equal Pay Act är tillämplig så fort en arbetsgivare har två arbetstagare anställda hos sig, medan Civil Rights Act fordrar att minst 15 anställda finns för att lagen skall bli tillämplig. Vi får också veta att diskrimineringsförbudet i Civil Rights Act i såväl löne- som likabehandlingsfrågor förutsätter att arbetsgivaren även kan beslås med en avsikt att vilja diskriminera; vad gäller å andra sidan likalöneregeln i Equal Pay Act så krävs inte att en arbetsgivare haft en diskriminerande avsikt efter det att den diskriminerade visat sannolika skäl (*prima facie case*) för att diskriminering förevarit.

I USA finns även sedan 1967 en Age Discrimination in Employment Act. Sedan 1978 finns också en Pregnancy Discrimination Act, men den innehåller luckor i rättsskyddet. Något längre går dock 1993 års Family and Medical Leave Act som ger kvinnor rätt till ledighet för att föda barn och för att återhämta sig under 12 obetalda veckor, men lagen täcker enbart arbetsgivare med fler än 50 anställda, vilket innebär att mer än halva den amerikanska arbetsstyrkan ställs utanför lagens skydd. "It is doomed to fail" (s. 301), säger Roseberry.

De undantag som en arbetsgivare kan åberopa för att undgå en fällande dom för diskriminering enligt Title VII benämns i USA för BFOQ ("bona fide occupational qualifications"). På samma grunder vilar Age Discrimination and Employment Act. De amerikanska undantagen tar sikte på fall av "authenticity, privacy and safety". Detta tar bl.a. sikte på aktörer, modeller, "escorts", sjukhems- och fängelsepersonal, poliser, busschaufförer men även gravida flygvärldinnor omfattas av undantagen (s. 104 f.). I USA har högsta domstolen uttalat att undantagen skall tolkas strikt; mönstret känns igen. Även EG-domstolen har sagt att motsvarande undantag i likabehandlingsdirektivet 76/207 skall tillämpas restriktivt.

Sexuella trakasserier aktualiserades för första gången i amerikansk domstol 1976. Det första fallet i USA:s högsta domstol avgjordes 1986. Påpekandet på s. 325 om att EG-länderna inte ännu, eller alltför sent i förhållande till USA aktualiserat dessa frågor är dock knappast riktigt.

Jag tillåter mig att även ta upp några oklarheter.

På s. 149 introducerar Roseberry termer som "prejudgment interest on back pay" och "front pay" inom Equal Pay Act utan att förklara vad det är fråga om; termerna återkommer på flera ställen i boken. Detta är termer som gäckar en europeisk läsare och som krävt en förklaring. På s. 179 diskuterar Roseberry frågan om arbetsvärdering av olika jobb genom att bl.a. säga: "There must be a system of job grading or classification by which the value of male and female work can be compared." Ja, vore saken så enkel så skulle en arbetsvärderingsskala ha

upprättats för länge sedan. Frågan är då varför så inte skett. Roseberry har tyvärr inte svaret på de frågor som anmäler sig här.

På s. 304 hade det kanske varit lämpligt om Roseberry aktualiserat även regelverket i t.ex. Sverige då hon diskuterar skyddet för graviditet i olika EG-länder, eller kanhända också omnämnt U.N.D.P., *Human Development Report* (1995) av vilken framgår att de nordiska länderna är "outstanding" vad gäller jämställdhetsarbetet om jämförelsen är det globala planet. På s. 431 antyder Roseberry att rättsläget vid graviditet skulle vara lika uselt i andra EG-länder som i Förenade konungariket; det är demeriterande att påstå något sådant. Detta är bara ett av flera exempel på nödvändigheten av att vid studiet av EG-rätten även göra länderstudier.

Jag skall summera helt kort.

Roseberry har presterat ett mycket gott hantverk. Det amerikanska materialet är överväldigande och på ett lätt sätt redovisat. Det är bokens verkliga styrka. Även hennes handledare, professor Ruth Nielsen är att gratulera. Roseberry har dock gripit över för mycket då det breda amerikanska anslaget på diskriminerings frågorna jämförs med det betydligt snävare som gäller för Europa. Intensionsdjupet blir lidande på detta. Länderstudier i Europa är att föredra, allt i syfte att undersöka hur det egentligen förhåller sig med EG-rättens genomslag på länderplanet.³ Jag har en tilltagande känsla av att de nationella domstolarna inte alls är så lojala som EG-fördraget (Artikel 234, jfr Artikel 10) uppmanar dem till att vara.

Till slut: tyvärr verkar något ha hänt i slutskedet av avhandlingsarbetet vad gäller rättsfallssammanställningen och de sidhänvisningar som där görs. De stämmer inte alls. Detta är beklagligt eftersom ett korrekt rättsfallsregister är en ovärderlig källa till kunskap om en läsare därifrån önskar ta sig in i texten.

³ Redan Tamara Hervey kunde i sin bok *Justifications for Sex Discrimination in Employment* (1993) visa att tyska och brittiska domstolar tillämpade EG-rätten olika.