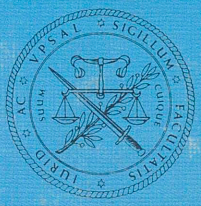


LOTTA LERWALL

KÖNSDISKRIMINERING

EN ANALYS AV NATIONELL OCH INTERNATIONELL RÄTT

87

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA
FAKULTETEN
I UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

Skriftserier

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f440f

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

87

Redaktör: Nils Jareborg

IUSTUS FÖRLAG
Östra Ågatan 9
753 22 Uppsala

KÖNSDISKRIMINERING

EN ANALYS AV NATIONELL OCH INTERNATIONELL RÄTT

Lotta Lerwall

JURIDISKA INST.BIBL.
UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Lerwall, L. 2001. Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt (Discrimination on grounds of sex – an Analysis of (Swedish) National Law and International Law). Iustus Förlag 471 pp. Uppsala 2001. ISSN 0282-2040, ISBN 91-7678-480-0

This thesis examines the concept of sex discrimination in Swedish law compared with EU-law and international (human rights) law. Focus lies on labour law and educational law. The first part of the study gives a general background to the legislation on sex discrimination and the aim of gender equality. The second part of the study analyses the concepts of "sex" and "discrimination". The different components of sex discrimination are identified. There are differences between the systems regarding what is included in the concept of sex. The approach to the concept of discrimination also differs. Swedish law and EU-law consider all adverse differential treatment as discrimination but are open to exceptions to the prohibition. There can be exceptions in cases of direct discrimination but not in cases of indirect discrimination. International law only considers unreasonable differential treatment as discrimination. Consequently exceptions are not needed.

There are differences between the three legal systems regarding what differential treatment is allowed. This is discussed in the third part. This part also encompasses an analysis of the terminology regarding actions promoting gender equality. In the fourth part there is a concluding discussion on the concept of discrimination on grounds of sex in relation to the goal of gender equality. I argue that reasons for differential treatment must be thoroughly examined before being accepted as gender neutral and that differential treatment on grounds of sex should not be allowed if it is in contradiction with the aim of gender equality. I also propose a change in the Swedish law to only consider unreasonable differential treatment on grounds of sex as gender discrimination.

Lotta Lerwall, Department of Law, University of Uppsala,
Box 512, S-751 20 Uppsala

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2001
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-480-0
Skyddsomslag: Batik och bildväv av Christina Lerwall
Sättning: Cuneifont, Uppsala
Tryck: Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 2001
Förlagets adress: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala, tel: 018-69 30 91
Hemsida: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Äntligen har jag kommit till den tidpunkt då det är dags att få tacka alla som hjälpt, stöttat eller bara funnits till för mig under min tid som doktorand. Eftersom jag är innebandyentusiast ligger det nära till hands för mig att dra paralleller till denna sport.

Först och främst vill jag tacka min tränare och coach, professor Lena Marcusson, för sin handfasta och trygga ledning. Utan Dig hade matchen fortfarande pågått, så att säga... Din betydelse kan inte överskattas! Andre-coachen, professor Maja Eriksson, har varit till mycket stor hjälp i de folkrättsliga delarna. Jag vill också rikta ett stort tack till Dig för all uppmuntran genom åren. Mina medspelare, dvs. doktorander och övriga kollegor vid juridiska fakulteten, framförallt vid de högre seminarierna i offentlig rätt, har bidragit med många goda och värdefulla (ibland smärtsamma) synpunkter. Några som särskilt skall nämnas är Thomas Bull, Ingrid Helmius, Johan Höök, Anders Lidman, Olle Lundin och Caroline Taube. Tack för Era fina passningar!

Ett särskilt tack riktar jag till professor emeritus Tore Sigeman som kritiskt granskat manuskriptet och bidragit med värdefulla synpunkter. Likaså tackar jag jurister och handläggare vid JämO för intressant diskussion och värdefulla kommentarer. Ytterligare medspelare har varit mina f.d. studiekamrater Karin Hernvall och Marie Almgren som noggrant läst och kommenterat texten. Hjärtligt tack!

En viktig person i ett innebandylag är "materialaren" som i detta fall är flera personer, personalen vid det juridiska biblioteket och Dag Hammarskölds bibliotek. Av Er vill jag särskilt tacka Birgitta Köhler, Gunnel Thorén och Margareta Ärlebrandt. Tack för all tålmodig hjälp!

Viktiga påhejare från läktaren har varit min familj och mina vänner, i synnerhet mamma Christina som språkgranskat texten. Tack allesammans! Jag vill också tacka mina sponsorer: Elsa Eschelsssons stiftelse,

juridiska fakulteten där jag de senaste två åren haft doktorandtjänst samt Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning för tryckningsbidrag.

Material har beaktats fram till april år 2001. Därefter har tillgängligt material beaktats endast undantagsvis.

Uppsala, juni 2001

Lotta Lerwall

Innehållsöversikt

Förord 5
Innehållsöversikt 7
Innehållsförteckning 9
Förkortningar 21

DEL I Introduktion och allmän bakgrund

Kapitel 1 Inledning 25
Kapitel 2 Allmänt om de tre rättssystemen 37
Kapitel 3 Begreppen "equality", "jämlikhet" och "jämställdhet" 68

DEL II Diskriminering på grund av kön

Kapitel 4 Begreppet "kön" 91
Kapitel 5 Begreppet "könsdiskriminering" 116
Kapitel 6 Könsdiskrimineringsförbudets tillämpningsområde 177

DEL III Tillåten särbehandling

Kapitel 7 Särbehandling som är motiverad av andra skäl än kön 267
Kapitel 8 Särbehandling som är berättigad med hänsyn till "särskilt intresse" 294
Kapitel 9 Åtgärder som främjar jämställdhet 334

DEL IV Diskussion

Kapitel 10 Avslutande synpunkter 407
Summary 427
Källförteckning 438
Sakregister 469

Innehållsförteckning

FÖRORD 5

INNEHÅLLSÖVERSIKT 7

INNEHÅLLSFÖRTECKNING 9

FÖRKORTNINGAR 21

DEL I INTRODUKTION OCH ALLMÄN BAKGRUND

KAPITEL 1 INLEDNING 25
- 1.1 Om ämnet 25
- 1.2 Syfte 26
- 1.3 Utgångspunkter 27
- 1.4 Avgränsningar 30
  - 1.4.1 Enbart *köns*diskriminering... 30
  - 1.4.2 ... inom arbete och utbildning 31
  - 1.4.3 Komparationer 31
- 1.5 Disposition, metod och material 32
- 1.6 Terminologi 35
  - 1.6.1 Könsdiskriminering 35
  - 1.6.2 Jämställdhetsfrämjande åtgärder 36

KAPITEL 2 ALLMÄNT OM DE TRE RÄTTSSYSTEMEN 37
- 2.1 Inledning 37
- 2.2 Folkrättens inverkan på svensk rätt 37
  - 2.2.1 Sveriges plikt att efterleva konventionsåtaganden 37
  - 2.2.2 Sveriges förhållningssätt till internationella konventioner 39
    - *2.2.2.1 Internationella regler blir inte automatiskt svensk rätt* 39
    - *2.2.2.2 Normprövning av svensk lag i förhållande till internationell konvention* 40

2.2.2.3 Normkonflikt mellan svensk lag och EKMR 41
2.2.2.4 Sedvanerätt och rekommendationer 42
2.3 EG-rättens förhållande till svensk rätt och folkrätt 43
2.3.1 EG-rättens företräde och Sveriges lojalitetsplikt 43
2.3.2 Förhållandet mellan EG-rätt och folkrätt 44
2.4 Utvecklingen inom folkrätten 46
2.4.1 FN-systemet 46
2.4.1.1 Stadganden som rör jämställdhet 46
2.4.1.2 Kvinnokonventionen 49
2.4.1.3 ILO och UNESCO 50
2.4.2 Europarådet 52
2.4.2.1 EKMR 52
2.4.2.2 Den sociala stadgan 53
2.4.3 Förbud mot diskriminering (p.g.a. kön) 54
2.4.3.1 Generella diskrimineringsförbud 54
2.4.3.2 Särskilda förbud mot könsdiskriminering av barn 55
2.5 Utvecklingen inom EG-rätten 56
2.5.1 Icke-diskrimineringsprincipen 56
2.5.2 Direktiv på jämställdhetsområdet 58
2.5.2.1 Likalönedirektivet 58
2.5.2.2 Likabehandlingsdirektivet 59
2.5.2.3 Andra direktiv som rör jämställdhet 61
2.5.3 Soft law 62
2.6 Utvecklingen i Sverige 63
2.6.1 Regeringsformen 63
2.6.2 Jämställdhetslagen 64
2.7 Sammanfattning 66
KAPITEL 3 BEGREPPEN "EQUALITY", "JÄMLIKHET" OCH "JÄMSTÄLLDHET" 68
3.1 Inledning 68
3.2 "Equality – a condition of being equal" 68
3.3 Jämlikhet och jämställdhet 70
3.4 Formell och materiell jämställdhet 72
3.4.1 Olika former av "equality" 72
3.4.2 Formell, *de jure*, jämställdhet 74
3.4.3 Materiell, *de facto*, jämställdhet 74

3.5 Förhållandet mellan jämställdhet och icke-diskriminering 76
3.5.1 Är jämställdhet motsatsen till könsdiskriminering? 76
3.5.2 Indirekt könsdiskriminering och materiell jämställdhet 77
3.6 Målet är materiell jämställdhet 77
3.6.1 Jämställdhetsmålet i folkrätten 77
3.6.2 Jämställdhetsmålet i EU 80
3.6.3 Jämställdhetsmålet i Sverige 82
3.6.4 Representation som jämställdhetsmål 84
3.7 Sammanfattning 86

DEL II DISKRIMINERING PÅ GRUND AV KÖN

KAPITEL 4 BEGREPPET "KÖN" 91
4.1 Inledning 91
4.2 De båda könen... – vad är "kön"? 92
4.2.1 Kvinnor och män 92
4.2.2 Intersexuella 93
4.2.2.1 Transsexualitet och hermafroditism 93
4.2.2.2 Intersexuellas rättsliga könstillhörighet 94
4.2.3 Intersexualitet – en egen diskrimineringsgrund? 98
4.3 Sexuell läggning 100
4.3.1 Skydd mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning 100
4.3.2 Diskriminering p.g.a. sexuell läggning – en form av könsdiskriminering? 102
4.4 Biologiskt och socialt kön/genus 106
4.4.1 Något om begreppsbildningen 106
4.4.2 Socialt kön och "könsdiskriminering" 108
4.4.2.1 Relationen mellan "socialt kön" och könstillhörighet 108
4.4.2.2 Det sociala könets betydelse för könsdiskriminering i samhället i stort 109
4.4.2.3 Socialt kön och förbudet mot könsdiskriminering 110
4.5 Avslutande synpunkter 113

KAPITEL 5 BEGREPPET "KÖNSDISKRIMINERING" 116
5.1 Inledning 116
5.2 Definitioner av könsdiskriminering 117
5.2.1 Folkrätt 117
5.2.2 EG-rätt och svensk rätt 118
5.2.2.1 Direkt könsdiskriminering 118
5.2.2.2 Indirekt könsdiskriminering 119
5.2.3 Jämförelse av definitionerna 120
5.3 Den diskriminerande handlingen 122
5.3.1 Olika uttryckssätt 122
5.3.2 Negativ särbehandling 124
5.3.3 Saklig och osaklig särbehandling 127
5.3.3.1 Saklig särbehandling är tillåten 127
5.3.3.2 Folkrätt och osaklig särbehandling 128
5.3.3.3 EG-rätt, svensk rätt och osaklig särbehandling 132
5.3.3.4 Skillnaden mellan synsätten i de tre rättssystemen 132
5.4 Orsakssamband 134
5.4.1 Direkt könsdiskriminering 134
5.4.1.1 Ett "rakt" samband mellan missgynnande och könstillhörighet 134
5.4.1.2 Ålder och civilstånd som grund för särbehandling 135
5.4.1.3 Graviditet och moderskap som grund för särbehandling 137
5.4.2 Indirekt diskriminering 140
5.4.2.1 Indirekt diskriminering förbjuds i alla tre rättssystemen 140
5.4.2.2 Innebörden av indirekt könsdiskriminering 142
5.4.2.3 Väsentligt större andel 144
5.4.2.4 Kraven på de skäl som anförs för att bryta orsakssambandet 146
5.4.2.5 Könsdiskriminering av deltids- respektive heltidsanställda 149
5.4.2.6 Är diskriminering av gravida direkt eller indirekt könsdiskriminering? 153

5.5 Avsiktlig och oavsiktlig diskriminering 157
5.5.1 Könsdiskrimineringens objektiva och subjektiva sida 157
5.5.2 Folkrätt 158
5.5.3 EG-rätt 159
5.5.4 Svensk rätt 161
5.6 Jämförelsen 162
5.6.1 Krav på jämförelseperson av motsatt kön? 162
5.6.2 Jämförelseperson vid lönediskriminering 164
5.6.3 Krav på "likartad situation" 166
5.6.4 Diskussion om jämförelsen 169
5.7 Sammanfattning och diskussion 174

KAPITEL 6 KÖNSDISKRIMINERINGSFÖRBUDETS TILLÄMPNINGSOMRÅDE 177
6.1 Inledning 177
6.2 Förbud mot könsdiskriminering i arbetslivet 178
6.2.1 Lika rätt till anställning, befordran m.m. 178
6.2.1.1 Förbud mot könsdiskriminering enligt folkrätten 178
6.2.1.2 Förbud mot könsdiskriminering enligt EG-rätten 180
6.2.1.3 Förbud mot könsdiskriminering enligt svensk rätt 182
6.2.1.4 "Anställning" och "arbetstagare" 186
6.2.1.5 Sammanfattning 188
6.2.2 Rätt till lika lönevillkor 189
6.2.2.1 Likalöneprincipen i folkrätten 189
6.2.2.2 Likalöneprincipen enligt EG-rätten 191
6.2.2.3 Likalöneprincipen enligt jämställdhetslagen 192
6.2.2.4 Vad menas med lön? 192
6.2.2.5 Olika former av ersättning och förmåner som ingår i lönebegreppet 194
6.2.2.6 Lika och likvärdigt arbete 200
6.2.2.7 Likvärdigt arbete och indirekt könsdiskriminering 210
6.2.2.8 Sammanfattning 212

6.2.3 Rätt till lika arbets- och anställningsvillkor 213
6.2.3.1 "Anställnings-" och "arbetsvillkor" 213
6.2.3.2 Rätt till lika villkor i arbetslivet 214
6.2.3.3 Arbetsledning och arbetsfördelning 217
6.2.3.4 Uppsägning, avskedande m.m. 220
6.2.3.5 Sammanfattning 228
6.3 Förbud mot könsdiskriminering vid utbildning 229
6.3.1 Rätten till grundläggande utbildning 229
6.3.1.1 Alla har rätt till utbildning 229
6.3.1.2 Grundläggande utbildning skall vara kostnadsfri 233
6.3.1.3 Påbyggnadsutbildning 234
6.3.1.4 Föräldrars rätt att välja utbildning 235
6.3.1.5 Yrkesutbildning 237
6.3.2 Högre utbildning 239
6.3.3 Krav på utbildningen 240
6.3.4 Sammanfattning 243
6.4 Sexuella trakasserier 243
6.4.1 Definitioner av sexuella trakasserier 243
6.4.1.1 Folkrätt 243
6.4.1.2 EG-rätt och svensk rätt 245
6.4.1.3 Jämförelse av definitionerna 246
6.4.2 Vilka beteenden utgör sexuella trakasserier? 247
6.4.3 Regler om sexuella trakasserier 248
6.4.3.1 ILO, FN, Europarådet och EU 248
6.4.3.2 Arbetsmiljölagen 249
6.4.3.3 Jämställdhetslagen 251
6.4.3.4 Skollagen och högskolelagen 255
6.4.4 Ansvar för sexuella trakasserier 256
6.4.4.1 Ansvar inom arbetsrätten 256
6.4.4.2 Disciplinära åtgärder vid utbildning 257
6.4.5 Sammanfattning och diskussion 259
6.5 Sammanfattning 262

DEL III TILLÅTEN SÄRBEHANDLING

KAPITEL 7 SÄRBEHANDLING SOM ÄR MOTIVERAD AV ANDRA SKÄL ÄN KÖN 267
7.1 Inledning 267

7.2 Bevisbördans placering 268
7.3 Folkrätt 271
7.4 EG-rätt och svensk rätt 273
7.4.1 Allmänt 273
7.4.2 Individuell lönesättning 274
7.4.3 Kollektivavtal 276
7.4.4 Ekonomiska skäl 276
7.4.5 Arbetsmarknadsskäl 278
7.4.6 Kompensation 279
7.4.7 Socialpolitiska skäl 280
7.4.8 Anställningstid/ålder 282
7.4.9 Generella invändningar 284
7.4.10 Andra invändningar 285
7.4.10.1 EG-rätt 285
7.4.10.2 Svensk rätt 286
7.5 Betydelsen av "justification" 286
7.6 Sammanfattning 291

KAPITEL 8 SÄRBEHANDLING SOM ÄR BERÄTTIGAD MED HÄNSYN TILL "SÄRSKILT INTRESSE" 294
8.1 Inledning 294
8.2 Förbud mot könsdiskriminerande normgivning 294
8.2.1 EU:s kompetens att meddela föreskrifter angående jämställdhet... 294
8.2.1.1 ...inom arbetsrättens område 294
8.2.1.2 ... inom utbildningsområdet 296
8.2.2 Förutsättningar för svenska regler om jämställdhet 299
8.3 Lagstiftning som förbehåller visst arbete för det ena könet 302
8.3.1 Folkrätt 302
8.3.1.1 FN och ILO 302
8.3.1.2 Europarådet 303
8.3.2 EG-rätt 304
8.3.3 Svensk rätt 306
8.4 Särskilt skydd för kvinnor 307
8.4.1 Skydd för kvinnors hälsa 307

8.4.2 Skydd för kvinnor i egenskap av mödrar 310
8.4.2.1 Folkrätt 310
8.4.2.2 EG-rätt 312
8.4.2.3 Svensk rätt 315
8.4.2.4 Havandeskapsersättning 317
8.5 Förbehåll p.g.a. "verksamhetens natur" (etc.) 319
8.5.1 Folkrätt 319
8.5.2 EG-rätt 320
8.5.3 Svensk rätt 323
8.6 Särbehandling i enskilda fall 324
8.6.1 Inledning 324
8.6.2 Likhetsprincipen, normbundenhet m.m. 324
8.6.3 Objektivitetsprincipen 326
8.6.4 Förbud mot att tillämpa könsdiskriminerande normgivning 327
8.6.5 Jämställdhetslagens undantag för "särskilt intresse" 328
8.6.6 Grundlagsstöd för undantaget för "särskilt intresse" saknas 330
8.7 Sammanfattning och diskussion 331
KAPITEL 9 ÅTGÄRDER SOM FRÄMJAR JÄMSTÄLLDHET 334
9.1 Inledning 334
9.2 Olika former av jämställdhetsfrämjande åtgärder 335
9.2.1 Terminologin 335
9.2.1.1 Aktiva åtgärder, affirmative action och positive action 335
9.2.1.2 Positiv särbehandling, preferential treatment, kvotering 336
9.2.2 Aktiva åtgärder 337
9.2.3 Positiv särbehandling 338
9.2.4 Kvotering 340
9.2.5 Ett par terminologiska frågor 342
9.3 Jämställdhetsfrämjande åtgärder inom folkrätten 344
9.3.1 Jämställdhetsfrämjande åtgärder är tillåtna 344
9.3.1.1 FN-konventioner och uttalanden från olika FN-organ 344

9.3.1.2 ILO och jämställdhetsfrämjande åtgärder 347
9.3.1.3 Europarådet och jämställdhetsfrämjande åtgärder 348
9.3.2 Vilka jämställdhetsfrämjande åtgärder är tillåtna? 349
9.3.3 Slutkommentar 351
9.4 Jämställdhetsfrämjande åtgärder inom EG-rätten 351
9.4.1 Jämställdhetsfrämjande föreskrifter 351
9.4.2 EG-domstolens avgöranden avseende positiv särbehandling 355
9.4.3 Inrättande av tjänster för personer av visst kön 358
9.5 Jämställdhetsfrämjande åtgärder enligt jämställdhetslagen 359
9.5.1 Undantag från förbudet mot diskriminering p.g.a. kön 359
9.5.2 Förutsättningar för positiv särbehandling 360
9.5.3 Positiv särbehandling i andra situationer än anställning 361
9.6 Särskilt om positiv särbehandling vid offentlig anställning 364
9.6.1 Objektivitetsprincipen 364
9.6.2 Utrymmet för positiv särbehandling 367
9.6.2.1 Jämställdhetsaspekten 367
9.6.2.2 Positiv särbehandling utöver jämställdhetsaspekten 371
9.6.2.3 Offentlig anställning och positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen 373
9.7 Positiv särbehandling i föreskrifter och tillämpning 375
9.7.1 Möjligheter att meddela föreskrifter om positiv särbehandling 375
9.7.2 Den rättsliga formen för föreskrifter om positiv särbehandling 375
9.7.2.1 Civil anställning 375
9.7.2.2 Offentlig anställning 376
9.7.2.3 Utbildning 379

9.7.3 Möjligheter att besluta om positiv särbehandling 380
9.7.3.1 Arbetsgivarens rekryteringspolitik 380
9.7.3.2 Enstaka anställningsbeslut 381
9.8 Jämförelse mellan svensk rätt och EG-rätt 382
9.8.1 Abrahamssonmålet 382
9.8.1.1 EG-domstolens bedömning av Thamförordningen 382
9.8.1.2 EG-domstolens bedömning av högskoleförordningen 4:16 och jämställdhetsaspekten 384
9.8.2 Kommentar till Abrahamssonmålet 385
9.8.2.1 Förhållandet till tidigare mål 385
9.8.2.2 Domstolens resonemang 385
9.8.2.3 Förslaget att ändra meritvärderingen så att den (delvis) gynnar kvinnor 387
9.8.2.4 EG-domstolens behandling av artikel 141 (4) 388
9.8.2.5 Slutsats 389
9.8.3 Positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen 391
9.9 Positiv särbehandling vid antagning till utbildning 393
9.9.1 Positiv särbehandling vid grundläggande utbildning 393
9.9.1.1 Folkrätt 393
9.9.1.2 EG-rätt 394
9.9.1.3 Svensk rätt 395
9.9.2 Högre utbildning 397
9.9.2.1 Folkrätt 397
9.9.2.2 EG-rätt 400
9.9.2.3 Svensk rätt 400
9.10 Sammanfattning 402

DEL IV DISKUSSION

KAPITEL 10 AVSLUTANDE SYNPUNKTER 407
10.1 Inledning 407
10.2 Könsdiskriminering 408
10.3 Konstruktioner av könsdiskrimineringsförbud 409

10.4 Tillämpningsområdet 413
10.4.1 Arbetsrätt – utbildning 413
10.4.2 Situationerna 414
10.5 Sakliga skäl för särbehandling 415
10.5.1 Brist på samband med kön 415
10.5.2 Undantag 417
10.6 Könstillhörighet 420
10.7 Likabehandlingsprincipen och jämställdhetsmålet 421
10.8 Ändring av könsdiskrimineringsbegreppet 424

SUMMARY 427

KÄLLFÖRTECKNING 438

SAKREGISTER 469

Förkortningar

AD	arbetsdomstolen
AFS	arbetsmiljöverkets författningssamling
AJIL	American Journal of International Law
BrB	brottsbalken (1962:700)
CML Rev	Common Market Law Review
CRC	Committee on the Rights of the Child
DG V	generaldirektorat V
ECR	European Court reports
EGT	europeiska gemenskapernas officiella tidning
EKMR	Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EU	europeiska unionen
GA	generaladvokat
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	International Labour Organisation
HD	högsta domstolen
HF	högskoleförordning (1993:100)
HL	högskolelag (1992:1434)
HRQ	Human Rights Quarterly
HSV	högskoleverket
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILO	International Labour Organisation
JML	jämställdhetslag (1991:433)
JO	justitieombudsmannen
JämO	jämställdhetsombudsmannen
KESKR	konventionen om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna
KMPR	konventionen om de medborgerliga och politiska rättigheterna
KU	konstitutionsutskottet

LAS	lag om anställningsskydd (1982:80)
LOA	lag om offentlig anställning (1994:260)
NJA	nytt juridiskt arkiv
NE	nationalencyklopedin
NUTEK	närings- och teknikutvecklingsverket
OJ	Official Journal of the European Communities
RCE	Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations
RF	regeringsformen (1974:152)
RÅ	regeringsrättens årsbok
SFS	svensk författningssamling
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNICEF	United Nations Childrens Fund
ÖNH	överklagandenämnden för högskolan

DEL I

Introduktion och allmän bakgrund

Kapitel 1 Inledning

1.1 Om ämnet

Vad är den rättsliga innebörden av "diskriminering p.g.a. kön"? Det är den centrala frågan i denna avhandling. Uppfattningar om vad begreppet "könsdiskriminering" betyder varierar förmodligen i lika stor utsträckning som det finns människor. Ett handlande som en enskild individ uppfattar som könsdiskriminerande är enligt någon annan helt legitimt. Den rättsliga innebörden av begreppet är däremot avgränsad till enbart visst handlande och vissa situationer.

Jämställdhet, könsdiskriminering och positiv särbehandling är ämnen som är flitigt debatterade i dagspress och övriga medier. Svensk rätt förbjuder könsdiskriminering och Sverige anses vara ett föregångsland när det gäller jämställdhet mellan kvinnor och män. Utredningar visar emellertid att åtskilligt kvarstår innan uppsatta jämställdhetsmål är uppnådda.[1] Ämnet har alltmer hamnat i fokus, både före och efter FN:s konferens om kvinnor i Peking 1995. Ett av de viktigaste resultaten från denna konferens är att deltagande stater har åtagit sig att anlägga ett jämställdhetsperspektiv på alla frågor på alla nivåer inom samhället (s.k. *mainstreaming*). Både Sverige och EU har anammat detta och arbetar för att jämställdhetsperspektivet inarbetas på alla områden.[2] Eftersom ämnet ingalunda är nytt i vårt land, kan man ställa sig frågan om det verkligen behövs en utredning om begreppet könsdiskriminering? Det är ju redan så omdiskuterat. Det finns emellertid ingen vetenskaplig analys av vad begreppet innebär rättsligt sett. Dessutom innehåller avhandlingen en analys av gällande rätt där de senaste ändringarna av jämställdhetslagen samt förslaget till nytt likabehandlingsdirektiv finns med.

Avhandlingen behandlar könsdiskrimineringsbegreppet inom folkrätten, EG-rätten och svensk rätt, vilket inte gjorts tidigare. Det är en poäng i sig att jämföra de olika systemens regler för att hitta gemensamma nämnare samt lyfta fram eventuella skillnader. Inom detta område råder det även

[1] Se t.ex. SOU 1998:6 (Kvinnomaktutredningen).

[2] Se artikel 3 EU-fördraget, Europaparlamentets resolution om "mainstreaming" OJ C 304 1997, s. 50 och Skr 1999/2000:24 (om jämställdhetspolitiken inför 2000-talet).

en viss begreppsförvirring, framförallt beträffande de begrepp som innefattar jämställdhetsfrämjande åtgärder av olika slag (positiv särbehandling, kvotering m.m.). Avhandlingen fyller därför en särskild funktion genom att förklara dessa termer och ställa dem i förhållande till varandra och deras engelska motsvarigheter.

1.2 Syfte

Som ovan redan antytts syftar denna avhandling till att analysera vad som rättsligt sett menas med könsdiskriminering och när ett handlande är i strid med ett förbud mot könsdiskriminering. Vilka faktorer har betydelse för om ett handlande räknas som könsdiskriminering eller inte, och vilka faktorer har betydelse för att ett sådant handlande ändå skall vara tillåtet? Ett syfte med avhandlingen är också att jämföra svenska regler om könsdiskriminering med EG-rättsliga och folkrättsliga regler.

Inom folkrätten behandlas regler om könsdiskriminering som rör utbildning och arbete. Reglerna finns inom FN, ILO[3] (som ingår i FN-familjen) och Europarådet. När jag gör allmänna hänvisningar till "folkrätten" är det regler under dessa organisationer som avses. När jag talar om "de tre rättssystemen" avses svensk rätt, EG-rätt och folkrätt.

Ämnet kan sägas vara tvärdisciplinärt i och med att de ämnesområden som undersöks är statsrätt, förvaltningsrätt, arbetsrätt, EG-rätt och folkrätt. Frågor som uppkommer är i vilken mån synen på vad som utgör könsdiskriminering är lika inom folkrätten, EG-rätten och i svensk rätt, vilka eventuella skillnader som finns och i vilken mån Sverige lever upp till sina internationella åtaganden. Ett ytterligare syfte med avhandlingen är att redogöra för de begrepp som förekommer på området, analysera dessa och rekommendera hur begreppen bör användas för att undvika den nu rådande begreppsförvirringen.

Syftet med avhandlingen är inte att undersöka könsdiskrimineringsbegreppet i ett kvinno- eller genusperspektiv.[4] Frågan hur konstruktioner av kön påverkar synen på vad som utgör könsdiskriminering är självklart mycket intressant och viktig. I kapitel 4 redogör jag kortfattat för hur sådana konstruktioner kan påverka synen på vad som utgör könsdiskriminering. Syftet med undersökningen är emellertid *inte* att undersöka hur socialt och kulturellt skapade könsroller påverkar synen på begreppet könsdiskriminering och inte heller analysera bakomliggande maktstrukturer i det rådande systemet. Det finns säkerligen de som anser att alla undersökningar som rör frågor om könsdiskriminering bör ha ett genus-

[3] International Labour Organisation.

[4] Genus beskrivs i kapitel 4.

perspektiv. Huvudsyftet med detta arbete är emellertid att redogöra för hur själva könsdiskrimineringsbegreppet och förbudet mot könsdiskriminering är konstruerade i gällande rätt samt att klargöra begreppsbildningen. Det finns ett behov av en grundläggande undersökning som huvudsakligen syftar till att klargöra det gällande rättsläget. Avhandlingen analyserar förutsättningarna för att något skall räknas som könsdiskriminering rättsligt sett. Det är först när dessa förutsättningar är klarlagda som det kan bli aktuellt att anlägga ett genusperspektiv på dem. I både kapitel 4 och 10 förs en diskussion om huruvida könsdiskrimineringsbegreppet bör utvidgas till att omfatta könsdiskriminering som har sin grund i synen på könsroller.

1.3 Utgångspunkter

Jag är kvinna. Gör detta att jag diskvalificeras som författare till en avhandling om könsdiskriminering? Borde den ha skrivits av en man? Vem som än skriver om könsdiskriminering tillhör ett kön och kan inte frigöra sig från detta. Liksom all annan juridisk forskning speglas författarens värderingar i problemställning och slutsatser. Jämställdhet är ett värdebegrepp och liksom förbud mot könsdiskriminering och olika former av aktiva åtgärder inrymmer det politiska värderingar. Min utgångspunkt är att jämställdhet innebär något mer än enbart ett förbud mot könsdiskriminering. Förbudet mot könsdiskriminering garanterar endast en rätt till likabehandling. Enligt min uppfattning innebär jämställdhet ett tillstånd då alla kvinnor och män verkligen har samma, och följaktligen inte skenbart lika, möjligheter till utveckling oavsett könstillhörighet.

En annan utgångspunkt är att det är vanligare att kvinnor blir diskriminerade p.g.a. kön än att män blir det. Detta är också något som erkänns i preambeln till kvinnokonventionen, i förklaringen till artikel 141 vid antagandet av Amsterdamfördraget[5] och som även bekräftas i 1 § 2 st. jämställdhetslagen. Den sistnämnda stadgar att lagen "siktar till att förbättra främst kvinnornas villkor i arbetslivet".[6]

En viktig utgångspunkt är att skyddet mot könsdiskriminering är en grundläggande mänsklig rättighet som inte skall tolkas snävt och som har företräde framför andra fri- och rättigheter. Till att börja med kan konstateras att skyddet mot könsdiskriminering är universellt accepterat och prioriterat som en grundläggande mänsklig rättighet.[7] Det ingår i princip

[5] OJ 97/C 340/01, s. 136.

[6] Kvinnokonventionen, EU-fördraget artikel 141 och jämställdhetslagen presenteras närmare i kapitel 2.

[7] I exempelvis princip 4 i handlingsplanen från befolkningskonferensen i Kairo (1994) sägs att "[...] the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex are priority objectives of the international community".

i alla dokument som rör mänskliga rättigheter, t.ex. FN-stadgan, universella förklaringen om mänskliga rättigheter, KMPR (konvention om medborgerliga och politiska rättigheter), KESKR (konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter), ILO-konventioner, EKMR (Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna),[8] andra regionala konventioner och dessutom i staters egna konstitutioner.[9] Kvinnokonventionen[10] är en av de konventioner som flest stater tillträtt eller ratificerat. I KMPR och KESKR, som tillsammans med den universella förklaringen utgör den internationella *Bill of Rights,* finns förutom förbuden mot könsdiskriminering, särskilda artiklar som framhåller kvinnors och mäns lika rättigheter. Även i preambeln till den universella förklaringen framhålls mäns och kvinnors lika rättigheter. KMPR tillåter avvikelser under allmänt nödläge från de fri- och rättigheter som anges i konventionen (artikel 4). Sådana undantag får dock *inte* innebära könsdiskriminering. Dessutom har kommittén för de mänskliga rättigheterna uttalat att reservationer mot skyddet mot diskriminering inte är tillåtna.[11] Det faktum att skyddet mot könsdiskriminering finns med i alla centrala rättighetsdokument, att det framhålls som en grundläggande rättighet och att reservationer eller undantag från förbudet mot könsdiskriminering inte tillåts, gör att skyddet mot könsdiskriminering kan sägas vara starkare än skydd för/rätt till andra fri- och rättigheter.

De flesta fri- och rättigheter i olika konventioner uttrycks genom att "varje människa" eller "envar" har en rättighet av något slag, eller att "ingen" må utsättas för en viss behandling. I detta uttryckssätt ligger ett förbud mot diskriminering eftersom *alla* skall åtnjuta rättigheten eller skyddet. För att ytterligare understryka detta finns i varje dokument ett förbud mot (köns-)diskriminering. Skyddet mot könsdiskriminering skiljer sig från andra mänskliga rättigheter på så sätt att detta skydd omfattar övriga fri- och rättigheter. Om endast ena könet åtnjuter en viss rättighet eller skydd mot en viss behandling föreligger ett brott mot både den aktuella rättigheten och mot förbudet mot könsdiskriminering. Detta innebär att skyddet mot könsdiskriminering har en vidare omfattning än varje fri- och rättighet för sig. På så sätt kan man säga att skyddet mot könsdiskriminering är mer grundläggande än andra fri- och rättigheter. De senare

[8] ETS No. 5 (1950).

[9] De flesta av dessa konventioner presenteras närmare i kapitel 2.

[10] Denna presenteras i avsnitt 2.4.1.2

[11] HRC General Comment 24 (1994) punkt 9.

får inte full effekt om inte förbudet mot könsdiskriminering beaktas vid tillämpningen av de olika rättigheterna. Dessutom framhålls just könsdiskriminering samt kvinnors och mäns lika rättigheter, som redan antytts ovan, som särskilt viktiga.

Det inbyggda krav på skydd mot könsdiskriminering som det innebär när fri- och rättigheter skall åtnjutas av *alla*, innebär att skyddet mot könsdiskriminering äger företräde i konkurrens med andra fri- och rättigheter. Således kan exempelvis inte religionsfriheten användas som argument för en negativ särbehandling av kvinnor.[12]

Mänskliga rättigheter har sitt ursprung i människans inneboende värde och värdighet. De är oförytterliga och universella.[13] Detta upprepas i nästan alla dokument som rör mänskliga rättigheter. I nästan lika stor utsträckning framhålls vikten av kvinnors och mäns lika rättigheter och förbud mot könsdiskriminering. I FN-stadgans artikel 55 och 56 sägs att FN och medlemsstaterna skall främja aktning för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter, utan åtskillnad p.g.a. kön, i syfte att skapa stadgade förhållanden och välstånd som är nödvändigt för fredliga och vänskapliga förbindelser mellan medlemsstaterna. I preambeln till den universella förklaringen sägs att "erkännandet av det inneboende värdet hos all medlemmar av människosläktet och av deras lika och oförytterliga rättigheter är grundvalen för frihet, rättvisa och fred i världen". Detta är ett återkommande tema i FN-sammanhang; skydd för mänskliga rättigheter och skydd mot könsdiskriminering ökar möjligheterna till fred och en hållbar utveckling.[14]

Eftersom mänskliga rättigheter är inneboende och oförytterliga delar av människans värde och värdighet och bidrar till fred och utveckling, skall de, enligt min uppfattning, inte tolkas snävt. Det finns ingen anledning att vara restriktiv beträffande åtnjutandet av dessa. Av detta följer att inte heller skyddet mot könsdiskriminering bör tolkas snävt, särskilt som detta skydd lyfts fram som något extra viktigt och något som det inte är möjligt att begränsa eller göra undantag ifrån. Även om det inte är en vedertagen uppfattning, finns det dessutom författare inom doktrinen

[12] Se även Kirilova Eriksson, Reproductive Freedom In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, 2000, s. 148.

[13] Detta sägs bl.a. i preambeln till Wiendeklarationen om mänskliga rättigheter (1993) punkt 18.

[14] Se t.ex. princip 20 i Riodeklarationen om miljö och utveckling (1992), princip 4 i handlingsplanen från befolkningskonferensen i Kairo (1994), punkt 13–18 i Pekingdeklarationen (1995), punkt 5 i preambeln till Köpenhamndeklarationen från toppmötet om social utveckling (1995), princip 25–26 i Habitat II-deklarationen från Istanbul (1996). Dessa dokument presenteras kort i kapitel 2.

som menar att skyddet mot könsdiskriminering uppnått status som *ius cogens*.[15]

1.4 Avgränsningar

1.4.1 Enbart *könsdiskriminering...*

Diskriminering förekommer av många orsaker. Föremålet för denna avhandling är enbart diskriminering p.g.a. kön. Syftet är, som sagts, att utröna vad som rättsligt sett kännetecknar detta i svensk rätt, EG-rätt och folkrätt.

Svårigheterna med en skyddslagstiftning mot diskriminering är vilka egenskaper som skall anses vara skyddsvärda och om, eller hur, en klassificering bör ske.[16] Skyddet mot diskriminering är en grundläggande mänsklig rättighet som nämns i alla centrala rättighetsdokument, och hela samhället har ett intresse av att diskriminering inte förekommer. Ibland framställs olika gruppers behov av att inte bli diskriminerade som "intressefrågor". Detta uttryckssätt kan överhuvudtaget ifrågasättas. En avgörande skillnad som bör framhållas mellan diskriminering på olika grunder (t.ex. handikapp eller etnicitet) och könsdiskriminering är att könsdiskriminering är en fråga för hela världens befolkning, eftersom alla tillhör "gruppen". *Alla* har intresse av att inte bli diskriminerade p.g.a. kön. Det är alltså inte enbart en kvinnofråga. Eftersom könsdiskriminering skiljer sig från annan diskriminering på detta sätt, är det inte möjligt att automatiskt dra paralleller mellan mina slutsatser angående könsdiskrimineringsbegreppet och diskriminering som förekommer på andra grunder.

En viktig fråga är s.k. dubbel diskriminering. Sådan sker exempelvis när invandrarkvinnor diskrimineras p.g.a. både härkomst och kön eller när handikappade kvinnor diskrimineras p.g.a. både handikapp och kön. Detta är ett problem som förtjänar all uppmärksamhet.[17] Det finns dock

[15] *Ius cogens* innebär att det är fråga om en tvingande allmän folkrättsnorm som hela det internationella statssamfundet godtagit och erkänt som norm, och från vilken ingen avvikelse är tillåten (se artikel 53 Wienkonventionen om traktaträtten). En sådan norm är överordnad andra och kan inte ändras annat än genom en ny tvingande allmän folkrättsnorm. Det är en omdebatterad fråga vad som exakt krävs för att en norm skall anses ha uppnått status som *ius cogens* och vilka normer som har denna status. Se vidare Kirilova Eriksson (2000, s. 130 ff.) som utförligt redogör för debatten och argumenterar för att skyddet mot könsdiskriminering utgör *ius cogens*.

[16] För vidare läsning om detta se exempelvis Åsard/Runblom (red.) *Positiv särbehandling i Sverige och USA*, 2000.

[17] Vid kvinnokommitténs behandling av Sveriges rapporter har bl.a. frågan om diskriminering av kvinnor med funktionshinder tagits upp (A/48/38) (1994). Rasdiskriminerings-

inte utrymme i denna avhandling att närmare diskutera detta, eftersom syftet är att undersöka vad som överhuvudtaget utgör könsdiskriminering.

1.4.2 ... inom arbete och utbildning

Den rättsliga reglering som är föremål för undersökningen begränsar sig till att avse regler inom områdena arbete och utbildning. Förutom utrymmesskäl, beror denna avgränsning på att det är endast i arbetsrätten (i svensk rätt) som könsdiskrimineringsbegreppet har definierats. Vid jämställdhetslagens tillkomst diskuterades om denna inte borde omfatta även utbildning men så blev inte fallet. Det är därför naturligt att fokusera på denna reglering. Även inom EG-rätten finns förbud mot könsdiskriminering inom arbetsrätten (inklusive yrkesutbildning) och inom socialrätten. Folkrätten har en vid syn på könsdiskrimineringsbegreppet, vilket omfattar en rad olika områden.

Det inte finns något uttryckligt förbud mot könsdiskriminering inom utbildning i svensk rätt. Det finns dock ett förslag till lag om likabehandling i högskolan som innehåller förbud mot både direkt och indirekt könsdiskriminering.[18] I folkrätten och EG-rätten föreligger en starkare koppling mellan utbildning och arbete än vad reglerna i svensk rätt uttrycker. Det finns ett naturligt samband mellan de två områdena, eftersom utbildning ofta är en förutsättning för anställning, som i sin tur kan leda till vidareutbildning osv. Av den anledningen ingår även regler beträffande utbildning i undersökningen. Dessutom går det att dra flera paralleller mellan situationer som uppkommer vid utbildning och som uppkommer vid arbete. Exempelvis påminner antagning till utbildning om den situation en arbetssökande befinner sig i vid ansökan om anställning. Frågor om positiv särbehandling och sexuella trakasserier är också gemensamma för de båda områdena. Huvudföremålet för undersökningen är alltså vad som faller inom och utanför könsdiskrimineringsbegreppet och vad som är tillåten respektive otillåten särbehandling p.g.a. kön inom dessa områden.

1.4.3 Komparationer

Avhandlingen innehåller inte något komparativt avsnitt. De jämförelser som görs mellan EG-rätt och folkrätt är inte komparationer i traditionell

---

kommittén har avgivit en rekommendation om "Gender-related dimensions of racial discrimination" Recommendation XXV (56) (2000). Spiliopoulou Åkermark behandlar frågan i Minority Women: International Protection and the Problem of Multiple Discrimination (1999).

[18] Ds 2000:71.

bemärkelse, eftersom dessa regler är en del av den svenska rättsordningen. Jag har avstått från en nordisk utblick av utrymmesskäl samt p.g.a. inriktningen på undersökningen. Jag gör inte heller några komparationer med annan utländsk rätt. Därför finns det exempelvis inte några jämförelser med den amerikanska antidiskrimineringslagstiftningen, som i och för sig är intressant i sammanhanget genom att mycket av den europeiska regleringen har sitt ursprung där. Av utrymmesskäl behandlas den dock inte, vare sig som information, eller i "tjänande syfte".[19] Det är, enligt min mening, en tillräckligt omfattande uppgift att undersöka reglerna om könsdiskriminering i folkrätt, EG-rätt och svensk rätt.

1.5 Disposition, metod och material

Avhandlingen är indelad i fyra delar. Den första delen, kapitel 1–3, är en introducerande del som framförallt avser att ge en bild av de regler om könsdiskriminering som finns inom de olika systemen, förhållandet mellan systemen och vad målet med regleringen är. I kapitel 2 redogörs för förhållandet mellan de tre olika rättssystemen samt utvecklingen beträffande regler om könsdiskriminering och jämställdhet. Det tredje kapitlet handlar om begreppen jämlikhet, jämställdhet och "equality" samt vad som sägs vara jämställdhetsmålet i de tre rättssystemen. I den andra delen, kapitel 4–6, diskuteras vad begreppet "könsdiskriminering" rättsligt sett innebär och hur reglerna tillämpats. Kapitel 4 behandlar frågan om vad som egentligen ryms i begreppet "kön". Kapitel 5 behandlar begreppet "könsdiskriminering". Där analyseras vilka förutsättningarna är för att ett handlande skall anses utgöra könsdiskriminering. Det sjätte kapitlet behandlar det materiella tillämpningsområdet för könsdiskrimineringsförbudet vid utbildning och arbete. Den tredje delen, kapitel 7–9, behandlar de situationer som utgör tillåten särbehandling, även när särbehandlingen har samband med kön. I kapitel 7 diskuteras vilka skäl för särbehandling som anses könsneutrala och som leder till att en särbehandling faller utanför könsdiskrimineringsbegreppet. I 8:e och 9:e kapitlen diskuteras förutsättningar för att särbehandling som har samband med kön skall vara tillåten. Kapitel 8 behandlar "särskilda intressen" som kan ges företräde framför jämställdhetsintresset. Kapitel 9 behandlar frågan om jämställdhetsfrämjande åtgärder. Den fjärde och sista delen (kapitel 10) innehåller en mer allmän diskussion om den rättsliga regleringen av begreppet könsdiskriminering och dess tillämpningsområde.

[19] Angående komparationer i "tjänande syfte", se Strömholm SvJT 1972 s. 456–465.

Svensk rätt utgör utgångspunkten för undersökningen. Avhandlingen syftar till att utgöra ett inlägg i den svenska debatten om gällande rätt. Eftersom syftet med undersökningen är att jämföra könsdiskrimineringsbegreppet i svensk rätt med EG-rätt och folkrätt, har jag valt att skriva på svenska.

Det är enbart i jämställdhetslagen som det funnits en uttrycklig definition av könsdiskriminering i svensk rätt. Därför faller det sig naturligt att utgå från jämställdhetslagen vid valet av folkrättsliga och EG-rättsliga regler som jämförelseobjekt. Således har valet av folkrättsligt och EG-rättsligt material styrts av vilka områden som de svenska reglerna omfattar. Jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering gäller vid anställning, befordran, löne- och andra anställningsvillkor, arbetsledning och vid uppsägning (och liknande åtgärder). Därför har först och främst motsvarande eller liknande regler i de två andra rättsordningarna undersökts. Mot denna bakgrund har sedan regler på utbildningens område undersökts.

Själva framställningen sker på så sätt att folkrättens och EG-rättens regler presenteras före de svenska reglerna vid behandlingen av de olika frågeställningarna. Upplägget är således att vid varje problemställning behandlas de folkrättsliga reglerna först. Av de folkrättsliga reglerna redovisas Europarådets reglering sist. Genom att EKMR är införlivad i svensk rätt utgör den både en del av folkrätten och en del av svensk rätt. Konventionen skulle därför kunna behandlas i samband med de svenska reglerna. Eftersom frågor om utbildning och arbete inte ryms i EKMR utan i Europarådets sociala stadga,[20] vilken inte är införlivad i svensk rätt, har jag valt att behandla hela Europarådets reglering i samband med folkrätten. En övergång till regler på regional nivå sker genom att Europarådets reglering redovisas sist av de folkrättsliga reglerna och EG-rätten behandlas därefter. EG-rätten är skapad enligt folkrätten och är numera en del av svensk rätt. EG-rätten utgör dock en egen rättsordning, som har självständig betydelse.[21] Den behandlas således för sig, även om den är en del av både folkrätt och svensk rätt. Anledningen till detta är att det underlättar en tydligare redogörelse för eventuella skillnader mellan reglerna. Slutligen behandlas svensk rätt.

Folkrättsligt material består framförallt av internationella konventioner, men även av icke bindande dokument. FN-materialet består i huvudsak av den universella förklaringen, KMPR, KESKR, kvinnokonventionen samt tolkningsuttalanden och rekommendationer från de olika övervakningsorganen. Dessa uttalanden avser att tolka bindande konventioner, vilket gör att de inte bör eller kan ignoreras. Medlemsstaterna har också accepterat organens auktoritet genom att de med jämna mellanrum lämnar

[20] ETS No. 35 (1961), ETS No. 163 (1996).

[21] Droege, Lysén, Introduktion till EU och EG-rätten, 1997, s. 28 f.

rapporter till dem. På samma sätt består ILO-materialet av framförallt konventioner, rekommendationer och uttalanden från expertkommittén.[22] Materialet från Europarådet är i första hand den sociala stadgan, eftersom detta dokument innehåller rätten till arbete (etc.). Annat material är naturligtvis EKMR med tilläggsprotokoll samt Europadomstolens praxis. Visst icke bindande material såsom ministerkommitténs rekommendationer och parlamentets resolutioner och rekommendationer finns med, men inte kommissionens praxis eftersom denna är för omfattande.

Denna undersökning behandlar material från tre olika internationella organisationer; FN, ILO (som ingår i FN-familjen) och Europarådet. Generellt sett bör inte folkrätten automatiskt behandlas som en homogen rättsordning. Med mitt syfte i denna undersökning är det dock möjligt att behandla reglerna i folkrätten som en enhet. De regler som jag behandlar i de folkrättsliga dokumenten rör mänskliga rättigheter. Sådana anses vara universella. Detta sägs uttryckligen i deklarationen från Wienkonferensen om mänskliga rättigheter (1993). Därför kan inte mänskliga rättigheter ges olika innehåll eller begränsas till att gälla på regional nivå. Skillnaderna mellan reglerna i de olika dokumenten består i deras olika omfattning och detaljreglering. Reglerna skyddar i sak samma områden men vissa överenskommelser ger ett starkare skydd än andra. Inom FN pågår dessutom ett arbete sedan några år där olika organ har samarbetat för att göra begreppsbildningen och tolkningen av folkrätt så enhetlig som möjligt.[23]

Det EG-rättsliga materialet består av EU-fördraget, direktiv, rättsfall och doktrin. Den icke bindande stadgan om de grundläggande rättigheterna finns också med samt vissa resolutioner och rekommendationer. Rättsfall och övrigt material har företrädesvis studerats på engelska men även svenska (i den mån det finns). I vissa fall har även de tyska och franska versionerna studerats. I källförteckningen hänvisas dock mestadels till det engelska materialet. EG-direktiven om likabehandlingsprincipen i fråga om social trygghet lämnas utanför studien, eftersom syftet är att studera könsdiskrimineringsbegreppet inom utbildning och arbete.[24]

Vad gäller den svenska regleringen har jag använt mig av vad som brukar hänföras till en traditionell rättsdogmatisk metod. Mina huvudsakliga källor har varit lagtext, förordningar, praxis, förarbeten och doktrin.

[22] ILO:s expertkommitté består av 20 oberoende experter som granskar staternas rapporter.
[23] Kirilova Eriksson, 2000, s. 127.
[24] Council directive (79/7) on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (OJ L 6 1979 s. 24–25) och council directive (86/613) on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood (OJ L 225 1986 s. 40–42).

1.6 Terminologi

1.6.1 Könsdiskriminering

Termerna kön, könsdiskriminering, jämställdhet, positiv särbehandling (m.fl.) kommer att diskuteras och analyseras ingående. Det är dock lämpligt att redan här ge en kort introduktion till vad jag menar med "könsdiskriminering" och termer som rör jämställdhetsfrämjande åtgärder, och hur jag använder dem.

En första förutsättning för könsdiskriminering är inom de tre rättssystemen att individen utstår någon form av oförmånlig behandling, ett missgynnande, och att denna behandling har samband med könstillhörigheten. Även om resultatet av bedömningarna egentligen blir detsamma, är utgångspunkterna olika i folkrätten jämfört med den svenska rätten och EG-rätten. I den förstnämnda betraktas endast *osaklig* negativ särbehandling som diskriminering. Detta innebär att en bedömning av om särbehandlingen är saklig sker för att avgöra om handlandet överhuvudtaget utgör diskriminering. Om särbehandlingen anses vara saklig faller den utanför könsdiskrimineringsbegreppet. I svensk rätt och EG-rätt är synsättet i stället att *all* negativ särbehandling är otillåten, om den har samband med kön. Utifrån denna utgångspunkt görs sedan en bedömning av huruvida särbehandlingen är saklig och således leder till ett tillåtet *undantag* från diskrimineringsförbudet. Detta ger dessa två formler för att beskriva könsdiskriminering:

Folkrätt:
Osaklig (negativ) särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering
(Saklighetsbedömning)

EG-rätt och svensk rätt:
Negativ särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering – om inte tillåtet undantag
(Saklighetsbedömning)

Jag använder (huvudsakligen) det svenska-/EG-rättsliga synsättet som utgångspunkt.

Enligt definitionerna i EG-rätten och svensk rätt föreligger *indirekt* könsdiskriminering när en *neutral* bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt i praktiken missgynnar personer av det ena könet om inte bestämmelsen (etc.) kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön. Kopplingen mellan negativ särbehandling och könstillhörighet är inte så tydlig vid indirekt diskriminering. Den negativa *särbehandlingen* består i att ett neutralt kriterium (etc.) har

en missgynnande effekt. Sambandet med *könstillhörighet* föreligger när de drabbade till största delen tillhör ena könet. Arbetsgivaren kan emellertid undgå ansvar om hon kan visa att förfarandet berodde på något annat än könstillhörigheten, vilket då medför att orsakssambandet saknas, dvs. att könsdiskriminering *inte* föreligger. Det innebär att det inte är möjligt att medge undantag från förbudet mot indirekt könsdiskriminering. När väl indirekt könsdiskriminering konstaterats, blir förbudet tillämpligt. Detta ger denna formel:

Särbehandling	+ *könstillhörighet*	+ *avsaknad av könsneutrala skäl*	= *könsdiskriminering*
(en neutral regel som missgynnar)	(sambandet med kön presumeras när tillräckligt stor andel missgynnas)	(det presumerade sambandet upphör om svaranden kan styrka att särbehandlingen motiverats av andra skäl än kön)	

1.6.2 Jämställdhetsfrämjande åtgärder

Målet med förbud mot könsdiskriminering sägs vara jämställdhet. En skillnad mellan synsättet i folkrätten jämfört med svensk rätt och EG-rätt är att folkrätten inte betraktar (sakliga) jämställdhetsfrämjande åtgärder som könsdiskriminering medan svensk rätt och EG-rätt betraktar dem som undantag. (Det är därför positiv särbehandling ibland kallas "positiv diskriminering" eller "omvänd diskriminering").

Kapitel 9 behandlar terminologi och begreppsbildning beträffande olika jämställdhetsfrämjande åtgärder. Denna begreppsbildning är inte enhetlig, varför det finns anledning att redan här lyfta fram mitt synsätt på begreppens innebörd. *Affirmative action* och aktiva åtgärder motsvarar varandra. I dessa begrepp inryms alla åtgärder som vidtas för att främja jämställdheten (t.ex. utformningen av platsannonser, verksamhet för att påverka val av utbildning etc.). Begreppet har alltså en vidare betydelse än enbart den i jämställdhetslagen.[25] Positiv särbehandling (som motsvaras av engelskans *preferential treatment*) är en specialform av aktiva åtgärder och innebär att förtur eller andra fördelar ges en arbetssökande eller arbetstagare beroende på att denne är av underrepresenterat kön. Kvotering är i sin tur en specialform av positiv särbehandling som innebär att en *viss kvot* uppställs för det kön som skall ges förtur till anställning (etc.).

[25] Enligt 3–13 §§ jämställdhetslagen är det enbart där nämnda åtgärder som utgör aktiva åtgärder i lagens bemärkelse.

Kapitel 2 Allmänt om de tre rättssystemen

2.1 Inledning

I detta kapitel redogörs för de olika rättssystemens ställning i förhållande till varandra. Kapitlet syftar även till att ge en bakgrund till tillkomsten av förbud mot könsdiskriminering. Arbetet för jämställdhet i de olika rättssystemen samt förbud mot könsdiskriminering, som inte behandlas något utförligare i resten av framställningen, presenteras.

Förbud mot könsdiskriminering kan vara utformade på olika sätt. Ett diskrimineringsförbud kan vara *generellt* på så sätt att det gäller olika typer av diskrimineringsgrunder (kön, etnicitet, socialt ursprung etc.) samt avser alla fri- och rättigheter som den aktuella överenskommelsen innehåller. Ett förbud mot diskriminering kan också vara utformat *specifikt* angående en viss rättighet (t.ex. likhet inför lagen) eller för en viss målgrupp (t.ex. barn eller en minoritet). Även om ett diskrimineringsförbud har en generell utformning är det i allmänhet begränsat till att enbart gälla i kombination med någon av de materiella regler som finns i det aktuella instrumentet. Det hindrar dock inte att förbudet är *självständigt* i så måtto att det inte krävs att det föreligger brott mot både den materiella regeln och diskrimineringsförbudet för att det sistnämnda skall kunna tillämpas. Ett helt självständigt eller *autonomt* diskrimineringsförbud kräver däremot inte en anknytning till en materiell rättighet för att vara tillämpligt utan gäller i alla tänkbara situationer.

2.2 Folkrättens inverkan på svensk rätt

2.2.1 Sveriges plikt att efterleva konventionsåtaganden

Av artikel 26 i Wienkonventionen om traktaträtten följer att staterna skall "ärligt efterleva" konventionsförpliktelser. Denna regel ger uttryck för en allmän folkrättslig princip om *pacta sunt servanda*; avtal skall hållas och staterna skall i god tro sträva efter att förverkliga deras syfte. Konventionerna ställer krav på staterna att efterleva de förpliktelser de åtagit sig,

dock vanligtvis på valfritt sätt. Folkrätten ställer vanligtvis inga krav på formen för förpliktelsernas uppfyllande.

Åtaganden om förbud mot könsdiskriminering finns bl.a. i EKMR, som antogs 1950, och de två centrala FN-konventionerna KMPR och KESKR, vilka båda tillkom på 1960-talet. Enligt artikel 2 (1) KMPR förpliktar sig staterna att (utan könsdiskriminering) respektera och tillförsäkra dem som befinner sig inom statens område, och är underkastade dess jurisdiktion, de i konventionen inskrivna rättigheterna. På samma sätt föreskriver artikel 1 i EKMR att staterna garanterar rättigheterna till alla inom deras jurisdiktion. Dessa rättigheter skall alltså garanteras genast. När det gäller sociala rättigheter uppställs istället krav på att staterna vidtar åtgärder för att uppnå de mål som eftersträvas utan att staterna måste garantera rättigheterna omedelbart. Enligt artikel 2 (1) KESKR åtar sig staterna istället att i full utsträckning utnyttja sina resurser för att säkerställa att aktuella rättigheter *gradvis* förverkligas, i synnerhet genom åtgärder på lagstiftningens område. Artikel 19 (5) (d) i ILO-konstitutionen[25] innebär att staterna är förpliktade att vidta nödvändiga åtgärder för att fullgöra sina förpliktelser enligt aktuell konvention. I Europarådets sociala stadga[26] (del I) erkänner parterna att målet för deras politik skall vara att uppnå sådana förhållanden att de angivna rättsgrundsatserna och principerna kan förverkligas. Detta skall ske med "alla lämpliga nationella och internationella medel". Del II inleds med ett stadgande om att staterna är bundna av följande förpliktelser. Det faktum att rättigheternas uppfyllande inte krävs på en gång hindrar inte att förbudet mot könsdiskriminering genast skall följas, åtminstone för att uppnå formell jämställdhet.[27]

Utgångspunkten är att staterna själva väljer *sättet* för uppfyllande av sina internationella förpliktelser. ILO-konventionen nr 100[28] och 158[29] anger uttryckligen att staterna kan välja mellan lagstiftning, administrativa föreskrifter, kollektivavtal osv. Enligt artikel 2 i kvinnokonventionen[30] skall staterna på "ett lämpligt sätt och utan dröjsmål inrikta sin politik på att avskaffa diskriminering av kvinnor". Staterna åtar sig att,

[25] ILO formulerar internationella standarder om arbete i form av konventioner och rekommendationer som stipulerar minimistandarder för grundläggande arbetsrättigheter, se avsnitt 2.4.1.3.

[26] Angående Europarådets sociala stadga, se avsnitt 2.4.2.2.

[27] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development, 1998, s. 181 f., CESCR General Comment 11 (1999) punkt 10. Formell respektive materiell jämställdhet presenteras i avsnitt 3.4.

[28] Konvention angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde, artikel 2 (2).

[29] Konvention om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ, artikel 1.

[30] Kvinnokonventionen beskrivs i avsnitt 2.4.1.2.

dels införa principen om jämställdhet mellan kvinnor och män i sina grundlagar samt att säkerställa principens genomförande i praktiken genom författningar och andra lämpliga medel, dels att vidta lagstiftnings- och andra åtgärder som förbjuder all diskriminering av kvinnor.

Enligt Lysén innebär skyldigheten att *aktivt* efterleva internationella åtaganden att det inte räcker med att först efter konstaterade konventionsbrott ändra lagstiftningen.[31] Inför inkorporeringen av EKMR framhöll även fri- och rättighetskommittén att lagstiftaren har en skyldighet att löpande se till att svensk rätt överensstämmer med konventionen.[32] Detta får, enligt min mening, anses gälla alla konventioner. Sverige lämnar regelbundet rapporter till de granskningskommittéer som ingår i övervakningssystemen. Det innebär att svensk lagstiftning fortlöpande granskas och att Sverige fortlöpande måste se till att svensk lagstiftning överensstämmer med konventionsåtagandena.

Det är en allmän princip att staterna inte kan skylla på interna förhållanden för att undgå ansvar. Det är således inte möjligt att skylla på brister i den egna rättsordningen när det föreligger ett internationellt bindande åtagande.[33] Detta framgår bl.a. av Wienkonventionen om traktaträtten artikel 27.

2.2.2 Sveriges förhållningssätt till internationella konventioner

2.2.2.1 Internationella regler blir inte automatiskt svensk rätt

Det är en sak att internationella konventioner binder parterna, dvs. staterna. En annan fråga är vilken ställning exempelvis fri- och rättigheter enligt dessa överenskommelser får i den nationella rättsordningen. Enligt RF 10:2 krävs riksdagens godkännande av internationella överenskommelser som omfattar områden som faller under lagområdet. Folkrätten binder endast staterna, vilket innebär att domstolar och myndigheter endast kan tillämpa intern rätt.[34] "Någon automatisk eller omedelbar tillämplighet kan inte förekomma".[35] Det innebär att enskilda medborgare inte kan åberopa internationella överenskommelser direkt vid svensk domstol utan dessa måste på något sätt vara införlivade i nationell rätt. RF anger dock inte hur internationella överenskommelser skall införlivas i svensk rätt eller vilken ställning de har. Införandet av internationella regler sker

[31] Lysén, Europas grundlag, Europakonventionen om mänskliga rättigheter, 1994, s. 146 f.
[32] SOU 1993:40 Del B, s. 126.
[33] Malanczuk, Akehurst's, Modern Introduction to International Law, 1997, s. 64.
[34] Se bl.a. *AD 1972 nr 5* (s. 91), *NJA 1973 s. 423* (s. 438), *RÅ 1974 ref. 61* (s. 122) och Holmberg, Stjernquist, Grundlagarna med tillhörande författningar, 1980, s. 342.
[35] Bring, Mahmoudi, Sverige och folkrätten, 1998, s. 42.

antingen genom s.k. inkorporering eller transformation.[36] Av de internationella konventioner som behandlas i detta arbete är EKMR den enda som Sverige har inkorporerat.

2.2.2.2 *Normprövning av svensk lag i förhållande till internationell konvention*

Svensk domstol eller myndighet kan inte pröva svenska föreskrifters förenlighet med internationella konventionsåtaganden och därigenom underkänna svenska regler.[37] De kan således inte avstå från att tillämpa svenska regler med hänvisning till att de strider mot internationella överenskommelser. Svenska domstolar och myndigheter kan och bör dock beakta internationella åtaganden vid tolkningen av svensk rätt för att undvika konflikt mellan systemen, s.k. *fördragskonform tolkning*.[38] Konventioner har inte företräde framför ren lagtext men får betydelse vid tillämpningen av de svenska reglerna.[39] Det sades i propositionen vid inkorporeringen av EKMR att "[e]n allmän tolkningsprincip är [...] att våra författningar är förenliga med våra internationella åtaganden och att de därför skall tolkas i fördragsvänlig anda".[40] I praxis finns uttalanden om att svenska domstolar skall tillämpa fördragskonform tolkning så långt det är möjligt.[41] Även doktrinen förefaller enig om att det föreligger en skyldighet för domstolar och myndigheter att i möjligaste mån undvika konflikter mellan rättssystemen genom att tillämpa fördragskonform tolkning.[42] På så sätt kan internationella åtaganden sägas få ett högre värde än svenska förarbeten vid tillämpning av lag.

Doktrinen förefaller även mer eller mindre enad om att principen om fördragskonform tolkning hittills inte fått så stor betydelse vid rättstillämpningen. Före inkorporeringen av EKMR framhöll Lysén att principen om fördragskonform tolkning fått begränsad betydelse i Sverige, eftersom domstolarna inte tillämpat principen såvida det inte redan före-

[36] Prop. 1993/94:117 s. 32, SOU 1974:100 s. 48 ff.

[37] Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights, 1998, s. 137 ff., Lysén, 1994, s. 126 f.

[38] Cameron, 1998, s. 137 ff., Lysén, 1994, s. 128 och 134 f., Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, 1999, s. 78.

[39] Cameron, 1998 s. 137 ff., Lysén, 1994, s. 128.

[40] Prop. 1993/94:117 s. 37.

[41] Se *NJA 1992 s. 532* (s. 538) Andra exempel på avgöranden där HD tillämpat *fördragskonform tolkning* är: *NJA 1988 s. 572, NJA 1991 s. 188, NJA 1993 s. 109* och *NJA 1993 s. 111.*

[42] Se Cameron, 1998, s. 143 f., och ICLQ 1999, s. 44 f., Bring, Mahmoudi, 1998, s. 126 f., Lysén, 1994, s. 134 ff., Nergelius förespråkar dock att konventionstexten bör ges företräde men medger att principen om fördragskonform tolkning kan bli nödvändig, eftersom lagförarbetena inte uttryckligen anger konventionens företräde, se Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt, 2000, s. 52.

legat fällande domar mot Sverige för konventionsbrott.[43] Inte heller enligt Cameron har fördragskonform tolkning haft en särskilt stark ställning.[44] Danelius menar däremot att HD visat allt större följsamhet vid tolkning av den nationella rätten i ljuset av EKMR.[45] Det framhålls även i propositionen inför inkorporeringen att "den allmängiltiga principen om fördragskonform lagtolkning för Europakonventionens del kommit att spela en allt större roll".[46]

2.2.2.3 Normkonflikt mellan svensk lag och EKMR

Som redan nämnts har EKMR inkorporerats i svensk rätt, vilket medför att en enskild kan åberopa rättigheterna i konventionen vid svensk domstol. Detta innebär dock ingen garanti för att konventionens regler och övrig svensk rätt står helt i överensstämmelse. Sättet för inkorporeringen är att konventionen fått formen av vanlig lag samtidigt som den skyddas i RF 2:23 som stadgar att lag och andra föreskrifter måste stå i överensstämmelse med EKMR. Detta ger konventionen en speciell status. Grundlagsbestämmelsen styr de normgivande organens handlingsfrihet i fråga om föreskriftsmakt avseende regler som faller under konventionens tillämpningsområde. När domstolar och andra organ tillämpar regler skall de precis i vanlig ordning undersöka om dessa är förenliga med föreskrifter av högre valör (RF 11:14).

EKMR har företräde framför äldre föreskrifter som strider mot konventionen. Det följer av *lex posterior*-principen.[47] Om nya regler tillkommit i strid med EKMR, strider de även mot RF 2:23. Precis som för normgivning som strider mot RF 2:16 blir i sådana fall lagprövning enligt RF 11:14 aktuell. Om det är fråga om en förordning eller lag krävs emellertid att föreskriften "uppenbart" strider mot RF 2:23.[48] I övriga fall räcker det med mindre uttalade konflikter med RF 2:23.[49] Det krävs att avvikelsen är av viss betydelse för att lagprövning skall tillämpas. Vid tillkomsten av RF 2:23 fanns motstånd mot att domstolarna prövar förenligheten mellan föreskrifter och EKMR. Därför uppmuntrades rättstillämpare att så långt det är möjligt tillämpa fördragskonform tolkning för att undvika konfliktsituationer (alltså även vid en inkorporerad

[43] Detta påpekande gjordes innan EKMR införlivats i svensk rätt. Lysén, 1994, s. 141.
[44] Cameron, ICLQ 1999, s. 44 f.
[45] Danelius, Mänskliga rättigheter, 1993, s. 83.
[46] Prop. 1993/94:117 s. 12.
[47] SOU 1993:40 B, s. 127, prop. 1993/94:117 s. 37 f. För en beskrivning av tolkningsprinciper för lösning av konflikter mellan nationell rätt och inkorporerad konventionstext se Lysén, 1994, s. 129 f.
[48] Prop. 1993/94:117 s. 36 ff., Cameron, 1998, s. 143 f., Bring, Mahmoudi, 1998, s. 125.
[49] Se prop. 1978/79:195 s. 40.

konvention).[50] Enligt Nergelius är det förvisso möjligt att fördragskonform tolkning samt *lex specialis* respektive *lex posterior*-principerna är nödvändiga, men han betonar att det i motiven antydda företrädet för konventionen skall "hållas i åtanke".[51] Bernitz och Kjellgren påpekar att i de fall EKMR "kan åberopas såsom uttryck för en gemenskapsrättslig rättsprincip, har emellertid Europakonventionens bestämmelser samma anspråk på företrädesrätt i förhållande till nationell rätt som annan EG-rätt".[52]

2.2.2.4 Sedvanerätt och rekommendationer

I likhet med konventioner tillämpas inte heller internationell sedvänja direkt i svensk rätt. Internationell sedvänja är normer som uppkommer genom staternas beteende (*usus*) i kombination med deras subjektiva inställning att beteendet är styrt av en internationell norm (*opinio iuris sive necessitatis* – "*opinio iuris*").[53] Artikel 38 (1) (b) i stadgan för den internationella domstolen (1945) anger sedvänja som ett hjälpmedel som den internationella domstolen skall tillämpa för att fastställa gällande rätt. Eftersom internationell sedvänja inte kan tillämpas direkt i svensk rätt, fingerar domstolar att den svenska sedvanerätten har samma innehåll som den internationella. Vid en konflikt med lag gäller lagen före den svenska sedvanerätten (som eventuellt är given samma innehåll som den internationella sedvanerätten).[54]

Enligt svenska förarbetsuttalanden föreligger ingen skyldighet för staterna att följa de rekommendationer som olika mellanstatliga organ meddelar.[55] Det stämmer i och för sig att det inte finns något avtal om att granskningskommittéernas uttalanden är bindande. Trots detta finns det anledning att hävda att sådana uttalanden är bindande för Sverige, eftersom kommentarer och rekommendationer utgör tolkningar av bindande konventionstexter och avser att förtydliga och precisera dessa. Sverige har accepterat att kommittén för de mänskliga rättigheterna, KESKR-kommittén, kvinnokommittén, ILO:s expertkommitté m.fl. granskar våra rapporter avseende texter som är bindande. En parallell kan dras till den universella förklaringen om de mänskliga rättigheterna (1948) som anses

[50] Prop. 1993/94:117 s. 37, se även Cameron, 1998, s. 143 ff. och Bring, Mahmoudi, 1998, s. 126 f.
[51] Nergelius, 2000, s. 52.
[52] Bernitz, Kjellgren, 1999, s. 119. Se även det s.k. Lassagårdsfallet *RÅ 1997 ref. 65.*
[53] Malanczuk, 1997, s. 39.
[54] Lysén, 1994, s. 133.
[55] SOU 1974:100 s. 59.

utgöra en tolkning av FN-stadgan och som till vissa delar tillhör sedvanerätten och därigenom blivit bindande.

2.3 EG-rättens förhållande till svensk rätt och folkrätt

2.3.1 EG-rättens företräde och Sveriges lojalitetsplikt

EG-domstolen har, med olika argument, alltid hävdat att EG-rätten har företräde framför nationell rätt. Principen om EG-rättens företräde innebär att vid en eventuell konflikt mellan de EG-regler med direkt effekt och svensk lagstiftning skall EG-reglerna ges företräde.[56] Detta beror på att en medlemsstat kan sägas handla utanför sitt lagliga kompetensområde om den väljer att tillämpa nationell rätt istället för EG-rätt på områden där den överlämnat beslutsbefogenheter till EU.[57]

Till stöd för åsikten att EG-rätten äger företräde framför de nationella rättsordningarna har EG-domstolen bl.a. hänvisat till artikel 249 EU-fördraget[58], där det sägs att en förordning skall vara "bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat".[59] Stöd kan även hämtas i EG-rättens motsvarighet till artikel 26 i Wienkonventionen om traktaträtten dvs. artikel 10 i EU-fördraget.[60] Denna artikel innebär att medlemsstaterna har en skyldighet att agera på ett sådant sätt att gemenskapens mål uppnås.[61] Detta medför en skyldighet att inte bara införa lagstiftning som är förenlig med EG-rätten utan även att upphöra med alla befintliga åtgärder som strider mot EG-rätten, oavsett i vilken form de förekommer.[62] Denna lojalitetsplikt gäller inte enbart riksdag och regering utan även domstolar och myndigheter.[63] KU kommenterade att EG-rättens företräde är helt logiskt p.g.a. integrationssträvandena.[64] Enligt Mathijsen är principen om EG-rättens företräde numera allmänt accepterad i alla medlemsstaterna.[65]

[56] Mathijsen, A Guide to European Union Law, 1999, s. 49, Hartley, The Foundations of European Community Law, 1998, s. 218.
[57] Droege och Lysén, Introduktion till EU och EG-rätten, 1997, s. 110.
[58] Den konsoliderade versionen av Romfördraget är vad jag kallar för EU-fördraget.
[59] Droege och Lysén, 1997, s. 108 f., Bernitz och Kjellgren, 1999, s. 80.
[60] Mathijsen, 1999, s. 48.
[61] Se vidare Droege och Lysén, 1997, s. 92.
[62] Mathijsen, 1999, s. 49.
[63] Droege och Lysén, 1997, s. 92.
[64] KU 1993/94:21 s. 17.
[65] Mathijsen, 1999, s. 48, se även prop. 1993/94:114 s. 13.

Av principen om EG-rättens företräde följer att Sverige har en skyldighet att anpassa lagstiftningen så att den överensstämmer med artikel 141 EU-fördraget och direktiven angående jämställdhet. RF 10:5 innehåller dock ett förbehåll mot att riksdagen överlämnar beslutanderätt till EG om gemenskapens rättighetsskydd inte motsvarar det i RF och EKMR. Regeringen framhöll vid regelns tillkomst att det är av avgörande betydelse för EG-rättens genomslag här i landet att det fri- och rättighetsskydd som finns inom EU verkligen upprätthålls, eftersom en EG-rättsakt inte kan angripas i den nationella rättstillämpningen med hänvisning till det svenska fri och rättighetsskyddet.[66] Bernitz och Kjellgren påpekar att motivuttalanden tyder på att det inte är tänkt att RF 10:5 skall innebära att domstolar skall pröva EG-reglers förenlighet med det svenska rättighetsskyddet, vilket de anser vara diskutabelt.[67] Enligt Droege och Lysén är det dock mindre troligt att en sådan konflikt skulle uppkomma.[68] Även Bernitz och Kjellgren framhåller att frågan om EG-rättens företräde är mindre laddad sedan principen om att EU skall respektera EKMR har fördragsfästs.[69] Inte heller KU ansåg att risken för kollisioner bör överdrivas och påpekade att risken för sådana minskar om bestämmelserna i inledningen till Maastrichtfördraget följs.[70]

För de fall det föreligger en diskrepans mellan svensk rätt och EG-regler utan direkt effekt har svenska domstolar och myndigheter en skyldighet att tolka nationell rätt i ljuset av EG-rätten, dvs. fördragskonformt. Det har ingen betydelse huruvida den nationella lagstiftningen tillkommit i syfte att implementera ett direktiv eller inte. Skyldigheten till fördragskonform tolkning föreligger ändå. EG-domstolen kräver emellertid inte, precis som är fallet vid fördragskonform tolkning av folkrätten, en tolkning av nationell lagstiftning som är direkt i strid med lagtexten (*contra legem*).[71]

2.3.2 Förhållandet mellan EG-rätt och folkrätt

Skyddet mot könsdiskriminering samt rätten till arbete och utbildning är mänskliga rättigheter. Sådana är universella och gäller överallt. Detta innebär att de stater som accepterar mänskliga rättigheter i olika internationella instrument inte kan införa regler på regionalt eller nationellt plan som står i strid med de universella rättigheterna. Regionala eller nationella

[66] Prop. 1993/94:114 s. 23 f.
[67] Bernitz och Kjellgren, 1999, s. 83.
[68] Droege och Lysén, 1997, s. 112.
[69] Bernitz och Kjellgren, 1999, s. 83.
[70] KU 1993/94:21, s. 17.
[71] Droege och Lysén, 1997, s. 113 f., Cameron, ICLQ 1999 s. 43 f.

regler kan utvidga och/eller precisera innehållet i mänskliga rättigheter men får inte inskränka det. Det innebär att utgångspunkten för tolkningen av regionala regler alltid måste vara folkrätten. Ytterligare stöd för detta kan hämtas i artikel 6 (1) Maastrichtfördraget där det anges att unionen bygger på (bl.a.) respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. I den andra punkten i samma artikel anges särskilt att de rättigheter som garanteras i EKMR skall respekteras som allmänna principer.

EG-domstolen har hänvisat till att rättigheter även skyddas i folkrätten. Innehållet i vissa ILO-konventioner omfattas redan av gällande EG-rätt.[72] I *Defrenne II*-målet hänvisade EG-domstolen till ILO-konvention nr 100 när den utvidgade principen om lika lön till att även omfatta likvärdigt arbete.[73] I *Defrenne III*-målet konstaterade EG-domstolen att ILO-konvention nr 111 erkänner förbudet mot könsdiskriminering som en grundläggande rättighet, vilket var samma resultat som domstolen själv nått.[74] Nielsen och Rehof menar att framväxten av den sociala dimensionen bidrar till att EG-domstolen är villig att tolka ILO-konventioner för att klargöra innehållet i EG-rätten.[75] De hävdar även att konflikter mellan EG-rätten och ILO-rätten kan undvikas genom att EG-rätten tolkas ILO-konformt.[76]

Det är inte enbart ILO-rätten som uppmärksammats av EU-organen. I *Defrenne III*-målet hänvisade EG-domstolen bl.a. till Europarådets sociala stadga.[77] I preambeln till rådets direktiv (2000/78)[78] om inrättande av en allmän ram för likabehandling framhålls att rätten till likställdhet inför lagen och skydd mot diskriminering är grundläggande rättigheter som erkänns i folkrätten och anger den universella förklaringen, KMPR, KESKR, kvinnokonventionen och ILO-konvention nr 111.

Det förhåller sig så, enligt mitt förmenande, att även EG-rätten måste tolkas fördragskonformt med folkrätten (inte enbart ILO-rätten). Detta beror på att mänskliga rättigheter är universella, att EG-domstolen och rådet hänvisat till internationella överenskommelser samt inte minst p.g.a. att Maastrichtfördraget framhåller mänskliga rättigheter som en av grundbultarna för unionen. Det kan emellertid uppkomma konflikter mellan EG-rätt och folkrätt som inte kan undvikas genom fördragskonform tolkning.

[72] Nielsen, Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 104.
[73] *Defrenne II* (C-43/75) punkt 20.
[74] *Defrenne III* (C-149/77) punkt 28.
[75] Nielsen, Rehof, 1998, s. 107.
[76] A. a. s. 106.
[77] *Defrenne III* (C-149/77) punkt 28.
[78] EGT L 303 2000 s. 16.

I EG-domstolens praxis finns exempel där det förelegat konflikt mellan EG-rätt och ILO-konventionen nr 89 om förbud mot kvinnligt nattarbete (*Stoeckel* C-345/89). ILO-konventionen befanns strida mot EG-rätten. Av artikel 307 EU-fördraget och *Levyfallet* (C-158/91) följer att i den mån en internationell förpliktelse kommit till före EG-fördraget får den tillämpas. Det innebär att en internationell förpliktelse kan få företräde framför EG-rätten. Artikel 307 st. 2 ålägger emellertid medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Medlemsstaten måste således, förr eller senare, omförhandla eller säga upp äldre internationella avtal. Oförenligheter med fördraget tillåts således inte existera för alltid.[79]

En skillnad mellan EG-rättens arbetsrätt och ILO-rätten är att den förra är individuellt inriktad och syftar framförallt till att tillförsäkra arbetskraftens fria rörlighet, medan ILO-reglerna i större utsträckning skyddar de fackliga organisationernas kollektiva rättigheter. ILO har emellertid ännu inte kommenterat den ökande EG-rättsliga regleringen på arbetslivsområdet som ett problem för ILO-regleringen.[80]

2.4 Utvecklingen inom folkrätten

2.4.1 FN-systemet

2.4.1.1 Stadganden som rör jämställdhet

Regler om skydd mot diskriminering och beaktande av kvinnors och mäns lika rättigheter finns i nästan alla internationella överenskommelser beträffande mänskliga rättigheter. I FN-stadgans preambel (som skrevs 1945) uttalades för första gången att medlemsstaterna intygar sin tro på lika rättigheter för män och kvinnor. I första artikeln sägs att ett av organisationens mål är att öka internationell samverkan vid befordrande, och främjande av aktningen för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla, utan åtskillnad med avseende på bl.a. kön. Detta är anmärkningsvärt med tanke på kvinnors verklighet på 1940-talet då många stater exempelvis ännu inte infört kvinnlig rösträtt.[81] FN-stadgan följdes upp av den universella förklaringen om de mänskliga rättigheterna som antogs 1948. Denna deklaration innehåller ett förbud mot köns-

[79] Droege och Lysén, 1997, s. 129.
[80] Nielsen, Rehof, 1998, s. 6.
[81] Bolin, Pennegård, Kvinnans rättigheter, 1999, s. 5.

diskriminering (artikel 2). Vissa delar av (om inte hela) deklarationen anses i dag tillhöra sedvanerätten.[82]

KMPR och KESKR kan tillsammans med den universella förklaringen sägas utgöra den internationella rättighetskatalogen (*Bill of Rights*). Både KMPR och KESKR innehåller generella diskrimineringsförbud. De innehåller dessutom ett speciellt stadgande (artikel 3 i respektive konvention) om att staterna särskilt åtar sig att försäkra att rättigheterna i respektive konvention åtnjuts lika av kvinnor och män.

Stadganden som rör könsdiskriminering och krav på jämställdhet finns även i en rad andra internationella instrument. I proklamationen från den första världskonferensen om de mänskliga rättigheterna i Teheran 1968 sägs i den första punkten att det är absolut nödvändigt att världssamfundets stater verkar för och uppmuntrar respekten för allas rätt till mänskliga rättigheter och friheter, utan åtskillnad exempelvis p.g.a. kön. I punkt 15 uttalade staterna att diskriminering mot kvinnor måste elimineras och att kvinnors lägre status strider både mot FN-stadgan och den universella förklaringen om de mänskliga rättigheterna.[83]

År 1967 antogs deklarationen om eliminering av all diskriminering av kvinnor,[84] men inte förrän 1979 undertecknade staterna en juridiskt bindande traktat, kvinnokonventionen.[85] Konventionen förbjuder alla former av diskriminering av kvinnor och är det mest betydelsefulla internationella dokumentet på jämställdhetens område. Efter kvinnokonventionen har inget bindande dokument antagits men däremot flera deklarationer och handlingsprogram som på olika sätt berör kvinnors rättigheter.

En viktigare sådan deklaration antogs vid världskonferensen om mänskliga rättigheter i Wien 1993. Det är i denna deklaration (artikel 18) som det för första gången uttrycks att kvinnors och flickebarns mänskliga rättigheter är: "an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights" och att "[...] the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex are priority objectives of the international community".[86] I samma artikel framförs även vikten av "mainstreaming" för första gången samt att våld mot kvinnor måste elimineras.[87]

[82] Eide och Alfredsson, The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary, 1992 s. 7, Bolin, Pennegård, 1999, s. 9. Angående internationell sedvanerätt se avsnitt 2.2.2.4.

[83] Res IX A/CONF, 32/41, 1968.

[84] A/RES/2263 (XXII), 1967.

[85] UN Treaty Series, vol 1249, No 20378, s. 13 (United Nations Blue Book Series Vol. VI, s. 234 ff.).

[86] Det finns ingen svensk översättning av denna deklaration (se dokumentsamlingen "Dokument i mänskliga rättigheter" utgiven av NGO-fonden och som gör anspråk på att vara fullständig beträffande svenska översättningar).

[87] Det finns naturligtvis andra mycket viktiga dokument som rör kvinnors rättigheter, t.ex. konventionen om slavhandel (*Convention for the suppression of the traffic in Persons and*

Året efter Wiendeklarationen undertecknades deklarationen om eliminering av våld mot kvinnor. Deklarationen innehåller bl.a. en definition av vad som menas med "våld mot kvinnor", en förklaring att kvinnor skall åtnjuta mänskliga rättigheter samt att stater *bör* förbjuda våld mot kvinnor och *bör* inte tillämpa vanor, traditioner och religiösa hänsynstaganden som medför att åtaganden om eliminering av kvinnovåld inte uppfylls.[88] Deklarationen har kritiserats för att den inte helt klargör i vilken grad staterna är förpliktade att eliminera könsrelaterat våld och vad som ryms inom begreppet "våld mot kvinnor".[89] I samband med att deklarationen antogs inrättade kommissionen för mänskliga rättigheter en särskild rapportör om kvinnovåld.[90]

Kvinnokonferenserna har haft stor betydelse för utvecklingen av kvinnofrågor och jämställdhetssträvanden. Temat för konferenserna är "jämställdhet, utveckling och fred". 1972 föreslog kvinnokommissionen FN:s generalförsamling att utropa 1975 till internationellt kvinnoår och att samma år anordna en internationell kvinnokonferens. På konferensen i Mexiko antogs en principdeklaration och därefter beslöt generalförsamlingen att utropa tiden 1976–85 till FN:s kvinnoårtionde. Nästa kvinnokonferens hölls i Köpenhamn 1980, vilken resulterade i ett handlingsprogram som inte alla stater undertecknade, däribland inte Sverige.[91] Detta innehöll bl.a. rekommendationer till FN och andra internationella organisationer om hur jämställdhetsfrågor borde uppmärksammas. Kvinnokonferensen i Nairobi 1985 syftade till att utvärdera kvinnoårtiondet. Denna konferens resulterade i ett enhälligt antaget handlingsprogram för framtiden, de s.k. Nairobistrategierna.[92] Den senaste kvinnokonferensen hölls 1995 i Peking. Vid denna konferens antogs enhälligt en deklaration och en handlingsplan. Viktiga nyheter i dessa är att man beslöt att betrakta våldtäkt som en medveten krigshandling och ett verktyg för etnisk rensning samt att våldtäkt under väpnad konflikt skall anses utgöra krigsför-

---

of the Exploitation of the Prostitution of Others) 1949, konventionen om gifta kvinnors nationalitet från 1957, konventionen om samtycke till äktenskap, minimiålder för äktenskap och registrering av äktenskap från 1962, konventionen om kvinnans politiska rättigheter (1952).

[88] Artikel 4 i kvinnovåldsdeklarationen lyder på engelska: "States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration [...]".

[89] Sullivan, The Public/Private Distinction in International Human Rights Law, 1995, s. 131.

[90] E/CN.4/RES/1994/45.

[91] Anledningen till att Sverige inte undertecknade handlingsprogrammet var att det innehöll formuleringar som jämställde sionism med rasism.

[92] Bolin, Pennegård, 1999, s. 21 ff.

brytelse. Handlingsprogrammet lyfter även fram "mainstreaming" som ett nödvändigt verktyg för att åstadkomma jämställdhet.[93] "Mainstreaming" innebär att ett jämställdhetsperspektiv anläggs på alla frågor i all verksamhet i syfte att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män. I juni 2000 höll FN ett högnivåmöte om uppföljning av Pekingkonferensen. Förhandlingarna resulterade i en politisk deklaration och en ny handlingsplan.[94]

Andra (åtminstone ibland återkommande) internationella konferenser som resulterar i handlingsprogram och deklarationer vars innehåll även handlar om jämställdhet och kvinnors rättigheter har varit Riokonferensen om miljö och utveckling[95], konferensen om befolknings- och utvecklingsfrågor (ICPD)[96], toppmötet om social utveckling[97] och konferensen om boende, bebyggelse och stadsutveckling (Habitat II)[98].

1999 beslutade kommissionen för de mänskliga rättigheterna att utse en särskild rapportör om rätten till utbildning.[99] Rapportören har hittills avlämnat ett par rapporter i vilka jämställdhetsfrågor behandlas.[100]

2.4.1.2 Kvinnokonventionen

Kvinnokonventionen går längre än övriga överenskommelser vad gäller kvinnors rättigheter genom att den förbjuder *all* form av kvinnodiskriminering. I första artikeln definieras diskriminering. I de femton följande artiklarna anges vad staterna åtagit sig att genomföra. Det är exempelvis att tillförsäkra kvinnor rätten att delta i det politiska och offentliga livet (artikel 7), lika rättigheter som män inom utbildningssystemet (artikel 10) och lika rättigheter som män inom arbetslivet (artikel 11). Resterande artiklar handlar om inrättandet av övervakningsorganet kvinnokommittén samt regler om ratificering, reservationer och konventionens ikraftträdande.

Även om konventionen har kritiserats, bl.a. för att den sätter upp mannen som norm för när jämställdhet skall anses vara uppnådd, råder det ingen tvekan om att konventionen är den viktigaste internationella överenskommelsen för kvinnors del beträffande jämställdhet. Det är 166 stater som har ratificerat kvinnokonventionen, men reservationer har tillåtits

[93] Bolin, Pennegård, 1999, s. 21 ff.
[94] A/S-23/10/Rev.1 (June 2000).
[95] International Earth Summit 1992.
[96] International Conference on Population and Development, senast i Kario 1994.
[97] World Summit for Social Development, Köpenhamn 1995.
[98] UN Conference on Human Settlements, Istanbul 1996.
[99] E/CN.4/RES/1999/25.
[100] E/CN.4/2000/6 och E/CN.4/2001/52.

i stor utsträckning (större än på något annat område inom folkrätten), något som konventionen även har kritiserats för.[101]

Konventionen har också kritiserats för att implementeringen är svag. Uppföljningen sker genom att kvinnokommittén granskar de årliga rapporter som staterna skall lämna in ett år efter ikraftträdandet av konventionen för vederbörande stat och därefter minst vart fjärde år.[102] Kommittén ger förslag och generella rekommendationer som baseras på de årliga rapporterna.[103] Kommitténs möjligheter har dock utvidgats genom tilläggsprotokollet till konventionen som öppnades för undertecknig i december 1999.[104] Enligt detta protokoll ges enskilda rätt att framföra klagomål hos kommittén. Detta gäller endast de stater som har ratificerat protokollet, vilket för närvarande är ca 12 stater, däribland ännu inte Sverige.[105]

2.4.1.3 ILO och UNESCO

Den internationella arbetsorganisationen bildades 1919 och var den första specialinstansen inom FN.[106] Organisationen har sedan dess antagit en rad konventioner och rekommendationer som rör jämställdhet inom arbetslivet.[107] Organisationens syfte är både humanitärt, politiskt, ekonomiskt och fredsbevarande. Organisationen har som huvudmål att genomföra principen om lika lön för arbete av samma värde.[108] ILO är unik inom FN-systemet på så sätt att den innehåller representanter från både arbetsgivare och arbetstagare som likvärdiga medlemmar samt regeringarna. Organisationen har ett flertal organ som särskilt sysslar med skydd mot diskriminering och kvinnors rättigheter. År 1962 inrättades *the Committee on Discrimination.*[109] ILO har även en särskild *Special adviser on*

[101] Antal ratifikationer den 2 februari 2001, CEDAW/C/2001/I/L.1. Angående kritiken se t.ex. Charlesworth, Chinkin, Wright, AJIL 1991, s. 632 f., Mahoney, Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts, 1994, s. 439.

[102] Artikel 18.

[103] Artikel 21.

[104] A/Res/54/4 (15 October 1999).

[105] Sverige undertecknade protokollet samtidigt som det gjordes tillgängligt för undertecknande den 10 december 1999. 62 stater har undertecknat protokollet men endast 12 har ratificerat det. Enligt artikel 16 träder protokollet i kraft 3 månader efter den tionde ratifikationen Den tionde ratifikationen ägde rum den 22 september 2000 och gjordes av Italien. Sålunda trädde protokollet i kraft den 22 december 2000.

[106] ILO ingick från början i Nationernas förbund och tillhör nu FN-familjen.

[107] För en historisk exposé av ILO och dess förhållningssätt till kvinnors rättigheter hänvisas till: Whitworth, Feminism and International Relations. Towards a Polical Economy of Gender in Interstate and Non-Governmental Institutions, 1994.

[108] Se preambeln till ILO-konsitutionen (SÖ 1947:16).

[109] Ghebali, The International Labour Organsation. A Case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies, 1989 s. 83.

Women Workers' Questions, som ansvarar för att föra fram strategier, program m.m. för kvinnor i arbete och en avdelning för jämställdhetsfrågor som kallas FEMMES.[110]

De viktigaste konventionerna beträffande könsdiskriminering är konvention nr 100 och 111 om lika lön för respektive lika behandling av kvinnor och män i arbetslivet. Bland övriga konventioner kan nämnas konvention nr 156 om jämställdhet mellan manliga och kvinnliga arbetstagare med familjeansvar och nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ.[111] Därutöver finns en rad konventioner som Sverige inte har ratificerat om bl.a. nattarbete, arbetsvillkor och deltidsarbete.[112] I samband med kvinnoårtiondet antog den internationella arbetskonferensen en deklaration om "Equality of Opportunity and Treatment for Women Workers" som utgör en slags modern lag i ämnet.[113] Deklarationen innehåller en rad skyldigheter för staterna att vidta åtgärder för att främja kvinnors rätt till likabehandling i arbetslivet.

UNESCO[114] bildades 1946. Huvudsyftet med UNESCO är att arbeta för fred och säkerhet genom mellanstatligt samarbete beträffande utbildning, vetenskap, kultur och kommunikation för främjandet av universell respekt för rättvisa, *the rule of law,* och för mänskliga rättigheter och friheter som bekräftas skall åtnjutas av alla utan åtskillnad p.g.a. exempelvis kön, i FN-stadgan.[115] 1960 antog UNESCO en konvention mot diskriminering inom undervisningen (utbildningskonventionen).[116] Konventionen förbjuder bl.a. diskriminering p.g.a. kön. Enligt artikel 6 i nämnda konvention skall staterna följa de rekommendationer som generalkonferensen antar angående utbildning.[117] Staterna skall även rapportera till generalkonferensen om de åtgärder de vidtagit för att tillämpa konventionen

[110] En omorganisation är att vänta se http://www.ilo.org/public/english/bureau/gender/polset/ind-set.htm (2001-05-24).

[111] SÖ 1982:48 och SÖ 1983:38.

[112] Konvention nr 103 om *Maternity Protection* från 1952, konvention nr 171 om nattarbete från 1990, konvention nr 175 om deltidsarbete från 1994 och konvention nr 177 om hemarbete från 1996.

[113] International Labour Conference 60th Session 1975, rapport VIII. Se även Rossillion, ILO Standards and Action for the Elimination of Discrimination and the Promotion of Equality of Opportunity in Employment, 1985, s. 22.

[114] UN Educational, Scientific and Cultural Organization.

[115] Artikel 1 i UNESCO:s konstitution.

[116] SÖ 1969:64.

[117] Samtidigt som generalkonferensen antog konventionen antogs även en rekommendation mot diskriminering inom undervisningen.

(artikel 7). Någon ny konvention har inte antagits därefter, men däremot flera deklarationer rörande utbildningsfrågor.[118]

2.4.2 Europarådet

2.4.2.1 EKMR

Sverige ratificerade EKMR år 1952 men den inkorporerades i svensk rätt först 1994. EKMR brukar betecknas vara det mest effektiva rättighetsinstrumentet i världen.[119] EKMR innehåller ett generellt förbud mot diskriminering (bl.a. på grund av kön) vid åtnjutandet av de fri- och rättigheter som konventionen skyddar (artikel 14). För att ett brott mot diskrimineringsförbudet skall föreligga krävs att detta har skett inom något område som de materiella reglerna (i konventionen eller i något av tilläggsprotokollen) skyddar. Det krävs dock inte att det föreligger ett brott mot den materiella rättigheten för att ett brott mot diskrimineringsförbudet skall anses föreligga.[120] På så sätt kan diskrimineringsförbudet sägas vara självständigt. Konventionen innehåller inte något stadgande om att en viss grupp särskilt skall skyddas.

Den 26 juni 2000 antog ministerkommittén ett tolfte tilläggsprotokoll till EKMR.[121] Protokollet innehåller ett generellt diskrimineringsförbud, bland annat p.g.a. kön, som skall gälla för alla offentliga organ. Protokollet öppnades för undertecknande den 4 november 2000. Sverige var inte med och antog protokollet och är ännu tveksam till att göra det.[122]

[118] Se t.ex. World Declaration on Education for All (1990) och World Declaration on Higher Education (1998).

[119] Se SOU 1993:40 Del B, s. 7 och 14, Kirilova Eriksson, Skydd av mänskliga rättigheter. Det interamerikanska systemet, 1994, s. 13 f.

[120] I det *belgiska språkmålet* (23 juli 1968) uttalade Europadomstolen att en åtgärd som i och för sig är förenlig med en viss fri- eller rättighet enligt konventionen samtidigt kan utgöra ett brott mot denna i kombination med artikel 14. Detta upprepar Europadomstolen exempelvis i målet *Abdulaziz,* (28 maj 1985) punkt 71, *Karlheinz Schmidt* (18 juli 1994) punkt 22. Cameron, 1998 s. 117. Craven diskuterar huruvida diskrimineringsförbudet i KESKR kan sägas ha någon grad av självständighet liknande artikel 14 i EKMR, (se Craven, 1998, s. 179 f.).

[121] Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 177, (2000).

[122] Protokollet kan få viss indirekt horisontell effekt. Av Sveriges förklaring i samband med staternas undertecknande framgår bl.a. att ett skäl till varför protokollet inte undertecknades var att det inte innehåller något stadgande om att aktiva åtgärder (positive measures) skall vara tillåtna. Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (No. 177) (2000).

2.4.2.2 Den sociala stadgan

Europarådets sociala stadga tillkom 1961 och reviderades 1996.[123] I preambeln till den första sociala stadgan sades att sociala rättigheter skall tillförsäkras utan diskriminering (exempelvis p.g.a. kön). I den nya versionen har detta stadgande flyttats till artikel E i den femte delen av stadgan där det sägs att de rättigheter som fastslås i stadgan skall åtnjutas utan någon åtskillnad[124] (exempelvis p.g.a. kön). De materiella rättigheter som antogs i tilläggsprotokollet till den sociala stadgan (1988),[125] om bl.a. könsdiskriminering, ingår nu i den reviderade sociala stadgan.[126]

Den första delen i stadgan är en deklaration av de mål som skall eftersträvas och där anges de rättigheter och principer som staterna skall förverkliga. Den andra delen innehåller de regler som parterna anses vara bundna av. Stadgan innehåller inte rättsregler som kan åberopas av enskilda inför rättsliga instanser utan utgör snarare "standarder" som skall uppfyllas av staterna.[127] Övervakningsorgan över stadgan är expertkommittén[128], regeringskommittén[129] och ministerkommittén. Europarådets direktorat för mänskliga rättigheter understödjer organ som etablerats under den sociala stadgan. Direktoratet bistår även vid implementeringen av Europarådets handlingsprogram och hjälper ministerkommittén att utföra sina funktioner enligt EKMR. Under direktoratet finns tre s.k. styrkommittéer som består både av regeringsrepresentanter och oberoende experter. En av dessa styrkommittéer handhar frågor om jämställdhet mellan kvinnor och män (*the Steering Committee for Equality between Women and Men,* CDEG).[130]

Europarådets parlament har föreslagit att en särskild domstol för sociala rättigheter inrättas, alternativt att vissa rättigheter förs in under Europadomstolens jurisdiktion, men än har detta inte skett.[131] Beträffande frågan om jämställdhet har den parlamentariska församlingen bl.a. antagit

[123] European Social Charter (ETS No. 35) (1961) och European Social Charter (revised) (ETS No. 163) (1996).

[124] Den engelska versionen använder "without discrimination", den tyska "ohne Unterscheidung" och den franska "sans distinction".

[125] Additional Protocol to the European Social Charter (ETS No. 128) (1988).

[126] Den nya stadgan ersätter inte automatiskt den äldre utan måste ratificeras av staterna. Evju ger en introduktion till Europarådets sociala stadga i The Council of Europe and The Social Challenges of the XXIst Century, 2001, s. 19–32.

[127] Ellis, EC Sex Equality Law, 1998, s. 173.

[128] The European Committe of Social Rights/ Committee of Experts, se Evju, 2001, s. 22.

[129] The Governmental Committee.

[130] Human Rights Information Bulletin No 46, 1999 s. 46.

[131] Parliamentary Assembly Recommendation 1354 (1998) och Parliamentary Assembly Recommendation 1415 (1999).

en rekommendation om lika rättigheter mellan kvinnor och män (1994).[132] I denna konstateras att lika rättigheter för kvinnor och män förutsätter att båda könen har samma möjligheter att utnyttja sina färdigheter inom alla sektorer av bl.a. arbetslivet (punkt 2) samt att det fortfarande förekommer diskriminering av kvinnor i Europa inom bl.a. utbildning och arbete (punkt 3). Parlamentet har också utsett en kommitté för "equal opportunities" för kvinnor och män. Därutöver har två underkommittéer etablerats, en som behandlar våld och en som behandlar "institutional arrangements for implementing equal opportunities policies" i medlemsstaterna.

2.4.3 Förbud mot diskriminering (p.g.a. kön)

2.4.3.1 Generella diskrimineringsförbud

Förutom det tolfte tilläggsprotokollet till EKMR existerar inte något generellt och autonomt diskrimineringsförbud i folkrätten.[133] Varje internationell överenskommelse som rör mänskliga rättigheter, vare sig den är bindande eller inte, brukar dock innehålla ett generellt förbud mot diskriminering avseende de rättigheter som överenskommelsen omfattar.

I den universella förklaringen om de mänskliga rättigheterna, artikel 2, och KMPR, artikel 2 (1), sägs att de aktuella fri- och rättigheterna skall åtnjutas av alla "utan åtskillnad"[134] av något slag. På samma sätt uttrycks i KESKR, artikel 2 (2), barnkonventionen, artikel 2, EKMR, artikel 14, och Europarådets sociala stadga, artikel E[135], att rättigheterna skall åtnjutas av alla "utan diskriminering"[136]. Dessa diskrimineringsförbud innehåller dock inga definitioner av vad som faktiskt avses med "diskriminering" eller "åtskillnad".[137]

Artikel 2 (1) i KMPR och 2 (2) i KESKR är negativt formulerade rättighetsskydd medan artikel 3 i respektive konvention istället är positivt formulerad där staterna åtar sig att garantera jämställdhet mellan kvinnor och män.[138] Artikel 3 stadgar att kvinnor och män skall ha lika rätt att åtnjuta alla de rättigheter som framgår av konventionen. På samma sätt

[132] Parliamentary Assembly Recommendation 1229 (1994).

[133] Det enda stadgande som faktiskt sträcker sig utöver konventionsgränsen är artikel 26 i KMPR och som stadgar allas likhet inför lagen.

[134] "without distinction".

[135] Den tyska versionen använder "ohne Unterscheidung" och den franska "sans distinction".

[136] "without discrimination".

[137] Se vidare kapitel 5 om definitioner av könsdiskriminering.

[138] Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, 1993, s. 69.

som artikel 14 i EKMR är artikel 3 självständig genom att det inte krävs att det föreligger ett brott mot någon annan artikel i konventionen för att det skall kunna föreligga ett brott mot artikel 3. Det som krävs för att artikeln skall kunna tillämpas är att könsdiskrimineringen sker inom ett område som någon rättighet i konventionen skyddar.[139] Kommittén för de mänskliga rättigheterna och KESKR-kommittén övervakar efterlevnaden av konventionerna. Det sker genom att de granskar staternas rapporter samt avger allmänna kommentarer till hur konventionerna bör tolkas. Kommittén för de mänskliga rättigheterna har även rätt att granska klagomål från enskilda, under förutsättning att berörd stat tillträtt det fakultativa protokollet till KMPR. Sverige har tillträtt detta protokoll.

2.4.3.2 Särskilda förbud mot könsdiskriminering av barn

Ett specifikt diskrimineringsförbud finns i artikel 24 KMPR som avser att särskilt skydda barns rättigheter, vilket skall ske utan någon diskriminering p.g.a. kön. KESKR innehåller också ett stadgande om särskilda åtgärder för att skydda barn och ungdomar, vilket skall ske utan diskriminering p.g.a. härkomst eller andra förhållanden (artikel 10.3). Dessa artiklar innehåller förbud mot diskriminering även om det redan framgår av de generella diskrimineringsförbuden i respektive konvention att diskriminering inte är tillåten. "Andra förhållanden" i artikel 10 (3) KESKR har hittills inte ansetts inkludera kön. Enligt min mening bör artikeln tolkas så att den inbegriper ett specifikt förbud även mot könsdiskriminering. Artikeln avser att skydda barn och kräver att staterna vidtar åtgärder för att tillse att så sker. Den rätt till skydd och bistånd som barn skall garanteras enligt artikeln kan inte göras beroende av kön. Skyddet måste tillkomma alla barn, oavsett kön, även om denna diskrimineringsgrund inte anges explicit.

Enligt artikel 2 (1) i barnkonventionen skall flickor och pojkar ha precis samma rättigheter. I denna sägs att konventionsstaterna skall respektera och tillförsäkra varje barn de rättigheter som anges i konventionen utan åtskillnad av något slag, exempelvis på grund av kön. Konventionsstaterna åtar sig i artikel 2 (2) att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barnet skyddas mot alla former av diskriminering.[140] Barnkommittén (CRC) övervakar implementeringen av barnkonventionen. Den granskar de rapporter som staterna lämnar in enligt artikel 44 i barnkonventionen, kommenterar dessa och ger sedan nyligen rekommendationer. Det finns ingen möjlighet för enskilda att framföra klagomål hos

[139] Nowak, 1993, s. 69.

[140] 191 stater, däribland Sverige, har ratificerat barnkonventionen, vilket är fler än någon annan konvention. Barnkommittén fungerar som övervakningsorgan för konventionen.

barnkommittén. Även UNICEF[141] har som mål att skydda barns rättigheter och att hjälpa för att tillgodose deras grundläggande behov och för att främja deras fulla utveckling. Bland annat har UNICEF som mål att genom nationella program främja kvinnor och flickors rättigheter och att stödja deras fulla deltagande i det politiska, sociala och ekonomiska utvecklingen i deras samhällen.

På det regionala planet kan konstateras att EKMR inte innehåller några särskilda regler om skydd för barn. I den sociala stadgan skyddas dock barn beträffande arbete enligt artikel 7. Artikel 17 stadgar om barn och ungdomars rätt till socialt, rättsligt och ekonomiskt skydd.[142]

2.5 Utvecklingen inom EG-rätten

2.5.1 Icke-diskrimineringsprincipen

En av EG:s grundläggande rättsprinciper är den s.k. icke-diskrimineringsprincipen i EU-fördraget artikel 12. Denna förbjuder diskriminering p.g.a. nationalitet och innebär att alla inom EU-fördragets tillämpningsområde skall behandlas på samma sätt. Denna princip är direkt tillämplig och kan åberopas vid svenska domstolar. Förbudet gäller även indirekt diskriminering.[143] Artikeln preciserar de delar av EU-fördraget som reglerar de fyra friheterna och infördes främst som en konkurrensåtgärd.[144]

Avskaffandet av könsdiskriminering har blivit en av de viktigaste frågorna inom EU. EG-domstolen har uttalat att principen om likabehandling och avskaffandet av könsdiskriminering ingår i de grundläggande personliga mänskliga rättigheter och är en del av EG-rättens allmänna rättsprinciper.[145] Anställda vid EU:s institutioner kan, till skillnad mot andra arbetstagare, grunda rättigheter direkt på principen om det inte finns någon uttrycklig EG-rättslig regel. För andra arbetstagare krävs att det finns uttryckliga bestämmelser inom EG-rätten.[146]

[141] United Nations Childrens Fund bildades 1946 och blev 1953 en permanent del av FN-systemet.

[142] Europarådet antog 1996 en konvention om "the Exercise of Children's Rights. Konventionen innehåller inte något särskilt förbud mot diskriminering. Bestämmelserna i konventionen innehåller dock både maskulina och feminina pronomen (t.ex. "him or her" i artikel 3).

[143] Nielsen, R., Szyszczak, E., The Social Dimension of the European Union, 1997, s. 79.

[144] Beträffande artikel 12 se t.ex. Droege och Lysén, 1997, Hartley, 1998 och Weatherill, EC law, the essential guide to the legal workings of the European Community, 1995.

[145] *Sabbatini* (C-20/71) punkt 3, *Defrenne III* (C-149/77) punkt 26–27, *Razzouk och Beydon* (C-75 och 117/82) punkt 16. Se även *Defrenne II* (C-43/75) punkt 12.

[146] SOU 1996:43 s. 32.

EU-fördragets artikel 141 (f.d. artikel 119) har varit den rättsliga utgångspunkten för EU:s arbete med jämställdhet mellan kvinnor och män. Artikeln kom till på framförallt franskt initiativ. Frankrike, som hade ratificerat ILO-konventionen om lika lön redan 1957, befarade att de indirekta produktionskostnaderna för varor i Frankrike skulle medföra konkurrensproblem på den gemensamma marknaden. Frankrike hade nämligen en lagstiftning som var dyr för arbetsgivarna. Artikel 119 infördes i Romfördraget efter att en kompromiss nåtts med Tyskland, som ville ha så lite regeringsingripanden som möjligt beträffande löner.[147] Numera uppfattas artikeln som ett uttryck för en mer allmän princip om likabehandling i arbetslivet.[148]

Artikel 141 har två syften, dels ett socialt, dels ett ekonomiskt. Det sociala syftet går ut på att införa principen om likabehandling. Det ekonomiska syftet innebär att förhindra låglönekonkurrens.[149] Domstolen uttalade i målet *Defrenne II* (C-43/75) att "av detta dubbla ekonomiska och sociala mål framgår att principen om lika lön utgör en av gemenskapens grundvalar".[150] EG-domstolen har sagt att det ekonomiska målet är sekundärt till det sociala målet i artikeln, vilket utgör ett uttryck för en grundläggande mänsklig rättighet.[151] Det sociala målet beskrev domstolen vara "att säkerställa sociala framsteg genom gemensamma åtgärder och att fortgående förbättra levnads- och arbetsvillkoren för de europeiska folken".[152] Artikel 141 får inte tolkas restriktivt utan måste ses i ljuset av dess ändamål.[153]

I artikel 6 i Maastrichtfördraget sägs bl.a. att "[u]nionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna". Amsterdamfördraget trädde i kraft 1 maj 1999 och innebär att jämställdhetsfrågorna fått en starkare roll inom EG-rätten. Genom fördraget ändrades artikel 2 som numera anger jämställdhet mellan kvinnor och män som ett centralt mål för gemenskapen. I ett tillägg till artikel 3 infördes den s.k. *mainstreaming*-principen nämligen att gemenskapen skall lyfta fram och undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och främja jämställdhet mellan dem i *all verksamhet* som artikeln omfattar.

[147] Ds 1993:77 s. 27, SOU 1996:43 s. 43.

[148] SOU 1993:117 s. 141.

[149] *Defrenne-II målet* (C-43/75) punkt 8–12. Blanpain, Nyström, EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad, 1995, s. 138. Se även Blanpain, European Labour Law, 2000, s. 292 f.

[150] *Defrenne II* (C-43/75) punkt 12.

[151] *Schröder* (C-50/96) punkt 53–57, *Sievers och Schrage* (C-270/97) punkt 57.

[152] *Schröder* (C-50/96) punkt 55.

[153] Ellis, EC Sex Equality Law, 1998, s. 63.

2.5.2 Direktiv på jämställdhetsområdet

2.5.2.1 Likalönedirektivet

Likalönedirektivet (75/117)[154] kom till 1975 för att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning beträffande likalöneprincipen. Direktivet preciserar innebörden av artikel 141 i EU-fördraget och innehåller fler detaljer än artikeln samt kräver att lagstiftningsåtgärder vidtas. Anledningen till direktivets tillkomst var att kommissionen ansåg att genomförandet av dåvarande artikel 119 gick för långsamt.[155] Redan ett år efter tillkomsten minskade dock behovet av direktivet då EG-domstolen fann i *Defrenne II-målet* (C-43/75) att artikel 141 (f.d. 119) har direkt effekt. Sålunda kan den åberopas av enskild direkt i nationell domstol. Artikeln har både *horisontell* och *vertikal* direkt effekt.[156] Horisontell direkt effekt innebär att den även gäller privata arbetsgivare.[157] Direktivet har däremot inte direkt horisontell effekt. Efter *Defrenne II*-målet har rättsutvecklingen skett med utgångspunkt i artikel 141 (f.d. 119) och likalönedirektivet har begränsad betydelse. Dess största betydelse är att belysa mer dunkla aspekter av artikel 141, att förklara medlemsstaternas skyldigheter enligt likalöneprincipen och att underlätta den direkta effekten av artikel 141.[158]

Första artikeln föreskriver den s.k. likalöneprincipen och enligt artikel 2 har medlemsstaterna en skyldighet att tillse att den enskilde kan göra sina rättigheter gällande vid domstol. Medlemsstaterna skall avskaffa lönediskriminering p.g.a. kön (artikel 3) och måste därför vidta de åtgärder som behövs för att se till att inga könsdiskriminerande bestämmelser förekommer (artikel 4). Medlemsstaterna skall, enligt artikel 6, vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att likalöneprincipen tillämpas och översända texterna till de lagar som antagits till kommissionen (artikel 8). De måste även se till att de anställda får kännedom om de regler som antagits i enlighet med direktivet (artikel 7). Likalönedirektivet kräver att medlemsstaterna vidtar de åtgärder som behövs för att skydda anställda mot avskedande, som sker till följd av klagomål från de anställda inom företaget eller av rättsliga åtgärder, i syfte att

[154] EGT L 45 1975 s. 19–20.

[155] SOU 1996:43 s. 57.

[156] Se rättsfallen *Defrenne II* (C-43/75) punkt 4–40, *Macarthys* (C-129/79) punkt 10, *Worringham* (C-69/80) punkt 23 och *Jenkins* (C-96/80) punkt 17–18. Domstolen uttalade att i de fall diskriminering går att identifiera endast med kriterierna lika lön och lika arbete behövs ingen nationell lagstiftning för att regeln skall kunna tillämpas. Se även Nyström, EU och arbetsrätten, 1995 s. 130.

[157] Ellis, 1998, s. 141.

[158] A. a. s. 149.

säkerställa att likalöneprincipen iakttas (artikel 5). Direktivet innehåller inga sanktionsregler.

2.5.2.2 Likabehandlingsdirektivet

EU:s direktiv (76/207) om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (här: likabehandlingsdirektivet) tillkom 1976.[159] Direktivet är generellt tillämpligt. Detta innebär att medlemsstaterna inte kan undgå direktivets krav genom att utesluta vissa grupper från diskrimineringslagstiftningen.[160] Direktivet täcker även alla kollektiva avtal, även om de inte är juridiskt bindande. Detta beror på att de kan ha *de facto* konsekvenser för de anställningsförhållanden som de hänför sig till. I *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) accepterade inte domstolen Storbritanniens argument att kollektivavtal som inte är juridiskt bindande faller utanför direktivets tillämpningsområde. Domstolen erinrade om att artikel 4(b) kräver att medlemsstaterna vidtar nödvändiga åtgärder för att tillförsäkra att kollektiva eller individuella regler i anställningsavtal som strider mot principen om lika behandling ogiltigförklaras eller ändras.[161]

Direktivet är inte avsett att gälla sociala trygghetsfrågor, men de är inte heller helt uteslutna från direktivets tillämplighet.[162] I direktivets preambel sägs att definition och successivt genomförande av principen om likabehandling när det gäller sociala trygghetsfrågor bör säkerställas genom framtida rättsakter. Enligt artikel 1 (2) skall rådet anta bestämmelser som klart anger innehållet, räckvidden och åtgärderna för likabehandlingsprincipens tillämpning beträffande sociala trygghetsfrågor.[163] Artikel 2 förklarar vad likabehandlingsprincipen innebär enligt direktivet. Likabehandlingsprincipen förklaras gälla villkoren för arbete t.ex. tillgång till arbetsuppgifter och befattningar (artikel 3), tillgång till alla typer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning (artikel 4) och arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra (artikel 5). Artikel 5 föreskriver i andra punkten

[159] EGT L 39 1976 s. 40–42.

[160] *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) (punkt 16). Västtyskland hävdade att direktivet inte ägde tillämplighet på offentliga tjänster (public service).

[161] *Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland* (C-165/82) punkt 9–11.

[162] *Newstead* (C-192/85) punkt 24.

[163] Hittills finns två direktiv om social trygghet: direktiv 79/7 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet och direktiv 86/378 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet. (Det sistnämnda direktivet har ändrats genom direktiv 96/97).

vilka åtgärder som medlemsstaterna måste vidta och artikel 6 föreskriver att det måste finnas möjligheter till rättslig prövning av frågor som faller under direktivet. Artikel 7 anger att medlemsstaterna måste vidta åtgärder för att förhindra att arbetstagare avskedas p.g.a. att den klagat om brott mot likabehandlingsprincipen. Vissa artiklar i direktivet kan ges vertikal direkt effekt nämligen artiklarna 2(1), 3(1), 4 och 5.[164] Artikel 6 har däremot inte direkt effekt i alla avseenden då den inte är tillräckligt klar, entydig och ovillkorlig. Artikeln kan inte ges direkt effekt i de fall den nationella lagstiftningen helt saknar bestämmelser om sanktioner eller rätt till ersättning vid brott mot könsdiskrimineringsförbudet.[165] Artikeln har dock direkt effekt när det gäller att få en nationell regel, som är oförenlig med rätten för enskild till effektiv rättslig prövning, upphävd.[166]

Tillämpningsområdet för artikel 141 i EU-fördraget och likabehandlingsdirektivet är inte överlappande. Så snart en ersättning av något slag faller under begreppet "lön" och därmed artikel 141, är en tillämpning av likabehandlingsdirektivet helt utesluten. Det framgår av fallet *Gillespie* (C-342/93) där EG-domstolen framhöll att den ersättning det var fråga om i målet utgjorde lön och kunde "således inte falla även under direktiv 76/207".[167] Detta medför att för det fall en situation inte skyddas av artikel 141, kan den inte heller prövas enligt likabehandlingsdirektivet. *Grantfallet* (C-249/96) ger ett exempel på detta problem. Fallet handlade om homosexuellas rätt till reseförmåner för sina anhöriga på samma villkor som heterosexuella. Domstolen konstaterade att anhörigas reseförmåner omfattas av begreppet "lön". Domstolen menade emellertid att ingen diskriminering förelegat, eftersom motsatt kön inte behandlades mer privilegierat. Den sämre behandlingen drabbade båda könen lika för dem som hade fasta förhållanden med personer av samma kön. Någon prövning enligt likabehandlingsdirektivet gjordes inte, eftersom förmånen utgjorde lön och prövning enligt direktivet därför var utesluten. Det är, enligt min uppfattning, inte uteslutet att resultatet hade blivit annorlunda om målet hade prövats enligt likabehandlingsdirektivet, eftersom detta direktiv inte alltid kräver en jämförelseperson av motsatt kön.[168]

[164] Se t.ex. *Marshall I* (C-154/82) punkt 46 och 55, *Johnston* (C-222/84) punkt 53–55 och *Stoeckel* (C-345/89) punkt 12.

[165] *von Colson* (C-14/83) punkt 18–19, *Harz,* (C-79/83) punkt 18–19.

[166] *Johnston* (C-222/84) punkt 58. Se även *Marshall II*-fallet (C-271/91).

[167] *Gillespie* (C-342/93) punkt 24.

[168] Frågan om diskriminering p.g.a. sexuell läggning och jämförelseperson i dessa fall diskuteras i avsnitt 4.3.2 och 5.6.4.

Åtskillnaden mellan artikel 141 och likabehandlingsdirektivet har inneburit att vissa mål om pensionsrättigheter bedömts enligt artikel 141 medan andra bedömts enligt likabehandlingsdirektivet. Gränsdragningen för vad som hör till respektive område är dock inte helt klar.[169] I *Seymour–Smith* (C-167/97) förklarade EG-domstolen att artikel 141 skulle tillämpas då det var fråga om rätten till ersättning som sådan som utgjorde det rättsliga problemet. Hade det istället varit fråga om "de eventuella verkningarna av ett anställningsvillkor, det vill säga rätten att inte bli uppsagd utan grund" hade likabehandlingsdirektivet varit tillämpligt.[170] Domstolen angav yrkanden om återanställning som exempel på villkor som skulle ha inneburit en tillämpning av likabehandlingsdirektivet.[171]

2.5.2.3 Andra direktiv som rör jämställdhet

Förutom likalönedirektivet och likabehandlingsdirektivet, som är centrala för detta arbete och som kommer att behandlas mer utförligt senare, finns andra direktiv som rör jämställdhet.[172] Jämlikhet mellan könen i lagreglerade socialförsäkringar regleras av direktiv 79/7 (som undantar företags- och yrkesbaserade system från dess tillämpningsområde).[173] Dessutom finns direktivet om likabehandling mellan män och kvinnor i företags- och yrkesbaserade system för social trygghet (86/378).[174] Arbetstagares sociala förmåner från företags- och yrkesbaserade system omfattas av begreppet lön i artikel 141 i EU-fördraget. Direktivet kom till innan det stod klart i vilken utsträckning olika typer av pensionssystem omfattas av artikel 141.[175] Eftersom artikel 141 utgör primärrätt och direktivet sekundärrätt, har direktivet ändrats för att stå i överensstämmelse med artikel 141 såsom den tolkats i praxis.[176] Ändringen syftar till att det tydligare skall framgå att den grundläggande rätten till jämlikhet på detta

[169] Se Ellis, 1998, s. 207 ff.

[170] *Seymour–Smith* (C-167/97) punkt 36.

[171] *Seymour–Smith* (C-167/97) punkt 35–41.

[172] Direktiv 86/613 om likabehandling av egna företagare, direktiv 92/85 om gravida, nyförlösta och ammande arbetstagare, direktiv 96/34 om föräldraledighet, direktiv 96/97 om ändringar av direktiv 86/378, direktiv 97/80 om bevisbörda och direktiv 97/81 om deltidsarbete.

[173] OJ L 6 1979 s. 24–25.

[174] OJ L 225 1986 s. 40–42.

[175] Ellis, 1998, s. 87.

[176] Direktivet ändrades genom direktiv 96/97. Med "primärrätt" brukar avses reglerna i fördragen medan "sekundärrätt" avser de rättsakter som rådet och övriga institutioner utfärdar med stöd av bemyndiganden i fördragen, Melin, Schäder, EU:s konstitution. Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna, 1999, s. 66.

område härrör ur artikel 141 och inte direktivet samt att minska antalet undantag.[177] Direktivet hamnar något i skuggan av artikel 141, eftersom artikel 141 även har horisontell direkt effekt och inte innehåller några inskränkningar.[178] 1997 antogs ett nytt direktiv om bevisbördan vid mål om könsdiskriminering (97/80).[179] Enligt artikel 3 skall direktivet omfatta de förhållanden som avses i artikel 141, likalönedirektivet, likabehandlingsdirektivet samt direktiven om mödra- och föräldraledighet (92/85 och 96/34). Dess syfte är att "säkerställa större effektivitet i de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i enlighet med principen om likabehandling [...]" (artikel 1).

2.5.3 Soft law

Utöver de bindande rättsakterna har många icke-bindande beslut som rör jämställdhet mellan kvinnor och män fattats inom EU i form av rekommendationer, resolutioner, handlingsprogram, m.m. Även om de inte är bindande kan sådana rättsakter ha betydelse vid nationell rättstillämpning t.ex. när de avser att komplettera bindande bestämmelser. Exempel på icke-bindande rättsakter är de fem handlingsprogrammen om likabehandling av män och kvinnor.[180] Det senaste handlingsprogrammet avser tiden mellan år 2001 och 2005 och kallas "Towards a Community Framework Strategy on Gender Equality".[181] Bland övriga dokument kan t.ex. nämnas rådets resolution om handlingsprogram för flickors och pojkars lika möjligheter i utbildning,[182] rådets rekommendation "on the balanced participation of women and men in the decision-making process[183] och kommissionens rekommendation angående yrkesutbildning för kvinnor.[184] Dessutom har rådet, europaparlamentet och kommissionen proklamerat en stadga om de grundläggande rättigheterna.[185] Stadgan är inte bindande men är utformad på ett sådant sätt att den senare kan tas in i gemenskapsfördragen med rättsligt bindande verkan.[186] Stadgan innehåller medborgerliga, politiska, ekonomiska, sociala och samhälleliga rättigheter

[177] OJ L 46 1997 s. 20–24. Ellis, 1998, s. 88.
[178] Ellis, 1998, s. 88.
[179] OJ L 14 1998 s. 6–8.
[180] COM (81) 758 final, COM (85) 801 final, COM (90) 449 final 1, COM (95) 381 final och COM 2000 335 final.
[181] COM (2000) 335 final.
[182] OJ C 166 1985 s. 1–4.
[183] OJ L 319 1996 s. 11–15.
[184] OJ L 342 1987 s. 35–37.
[185] Ordförandeskapets slutsatser, Europeiska rådet i Nice den 7, 8 och 9 december 2000 s. 1. EGT C 364 2000 s. 1–22.
[186] KOM (2000) 559 slutlig, s. 2.

som redan finns i olika internationella, europeiska och nationella källor.[187] Bland annat innehåller den rätten till utbildning (artikel 14), fritt yrkesval och rätt att arbeta (artikel 15), likhet inför lagen (artikel 20), icke-diskriminering (artikel 21) och jämställdhet mellan kvinnor och män (artikel 23).

2.6 Utvecklingen i Sverige

2.6.1 Regeringsformen

Skydd mot könsdiskriminering infördes i regeringsformen (RF) 1976. Det finns emellertid inget generellt förbud mot könsdiskriminering i svensk rätt. RF 2:16 skyddar enbart mot könsdiskriminerande normgivning. Inte heller finns något generellt stadgande om skydd för barn mot könsdiskriminering. Likhetsprincipen finns uttryckt i RF 1:2 enligt vilken "den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet." 1973 års fri- och rättighetsutredning ansåg att grundlagen måste uttrycka likhetsprincipen även om den inte kunde utformas som en rättsregel riktad mot normgivaren.[188] Paragrafen är ett målsättningsstadgande som anger målet för den samhälleliga verksamheten.[189] Den ålägger det allmänna att positivt verka för att målsättningarna skall förverkligas men innebär inte att det allmänna kan bli föremål för någon rättslig kontroll. Kontrollen är enbart politisk.[190] Stadgandet kan dock få rättslig betydelse som tolkningsdatum vid rättstillämpning.[191]

Stadgandet är avsett att vara en materiell motsvarighet till RF 1:1 där de statsrättsliga grundvalarna för vår politiska demokrati fastslås. De mål som anges i RF 1:2 skall "ligga till grund för de politiska beslutens *innehåll*".[192] Den sociala välfärden anges inte explicit men är det övergripande målet för den politiska verksamheten, och det allmänna skall trygga sociala rättigheter såsom rätten till utbildning och arbete.[193] I tredje stycket framhålls att det allmänna skall tillförsäkra kvinnor och män lika rättigheter,

[187] Ordförandeskapets slutsatser, Europeiska rådet i Nice den 7,8 och 9 december 2000, s. 1.
[188] SOU 1975:75 s. 183.
[189] Holmberg, Stjernquist, Grundlagarna med tillhörande författningar, 1980, s. 45.
[190] SOU 1975:75 s. 184.
[191] Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 1980, s. 20.
[192] SOU 1975:75 s. 184.
[193] Prop. 1975/76:209 s. 128.

vilket enligt fri- och rättighetsutredningen är ett viktigt element i likhetsgrundsatsen.[194] Enligt min mening hindrar inte detta stadgande att jämställdhetsfrämjande åtgärder i form av positiv särbehandling vidtas, även om stadgandet uttrycker *lika* rättigheter för kvinnor och män.[195] För det första är det fråga om ett målsättningsstadgande som inte är avsett att vara rättsligt bindande. Stadgandet avser inte att definiera jämställdhet utan uppställer målsättningar för det allmänna där jämställdheten är en grundläggande statsrättslig norm.[196] För det andra bör det tolkas mot bakgrund av hur långt jämställdhetsarbetet kommit vid tiden för dess tillkomst (vid den tiden hade inte ens den första jämställdhetslagen införts). För det tredje framgår det redan av förarbetena att respekten för alla människors lika värde inte hindrar särbehandlande lagstiftning, tvärtom.[197] För det fjärde tillåter ett annat grundlagsstadgande (RF 2:16), som dessutom är rättsligt bindande, positiv särbehandling. Man bör därför inte dra långtgående slutsatser av vilket innehåll "*lika* rättigheter för kvinnor och män" i RF 1:2 st. 3 skall ges.

När det gäller det allmännas verksamhet innebär reglerna i RF att könsdiskriminering inte får förekomma vare sig vid normgivning (RF 2:16) eller rättstillämpning (RF 1:9), se vidare kapitel 8.

2.6.2 Jämställdhetslagen

Så sent som i början på 1960-talet fanns fortfarande särskilda kvinnolöner i Sverige. Den första jämställdhetslagen infördes 1980.[198] "Könsdiskriminering" har som rättsligt begrepp enbart existerat inom arbetsrätten. En ny jämställdhetslag (1991:433) trädde i kraft 1992. Denna innehöll en definition av "könsdiskriminering" i dåvarande 15 §. Senaste ändringen av jämställdhetslagen trädde i kraft den 1 januari 2001. Genom denna togs definitionen av könsdiskriminering bort, men förbudet mot könsdiskriminering finns kvar.

[194] SOU 1975:75 s. 183.

[195] Jfr Lundström M. som menar att grundlagsstadgandet hindrar positiv särbehandling, Jämställdhet eller sexistisk rättvisa?, 1996, s. 52. Se även Westerhäll, SvJT 1987 s. 201. Positiv särbehandling behandlas i kapitel 9.

[196] Rättsutvecklingen har gått från målsättningar om *formell* jämställdhet till mål om *materiell* jämställdhet, som *kan* inbegripa positiv särbehandling. Man kan även tala om formell respektive materiell likabehandling. Som visas i kapitel 3 motsvaras formell jämställdhet av "frånvaro av könsdiskriminering". Jämställdhetsmålet i de tre rättssystemen sägs dock vara materiell jämställdhet som innebär mer än enbart ett förbud mot könsdiskriminering.

[197] Prop. 1975/76:209 s. 98 f.

[198] SFS 1979:1118.

Jämställdhetslagen är uppdelad i tre delar. Den första delen behandlar "aktiva åtgärder" som arbetsgivaren måste företa och som avser arbetsgivarens framtida handlande.[199] Den andra delen behandlar förbudet mot könsdiskriminering i enskilda fall och den tredje tillsyn av lagens efterlevnad. Lagens ändamål sägs i första paragrafen vara "jämställdhet i arbetslivet" med vilket menas att kvinnor och män har lika rättigheter i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetet. Vid införandet av jämställdhetslagen angav departementschefen som skäl för ett införande av ett förbud mot könsdiskriminering att ett sådant förbud med möjlighet för den enskilda att vinna rättelse hos domstol är ett grundläggande skydd som bör stå till varje arbetstagares och arbetssökandes förfogande. Departementschefen hänvisade till de svårigheter som såväl kvinnor som män möter när de söker sig till yrken som av tradition varit mer eller mindre förbehållna det motsatta könet. Jämställdhetsavtalen ansågs inte vara tillräckliga då de inte ger samma skydd som ett förbud i lag. Dessutom gällde avtalen inte hela arbetsmarknaden och kunde sägas upp av skäl som var ovidkommande ur diskrimineringssynpunkt.[200]

Könsdiskriminering anses inte föreligga när arbetsgivarens handlande är riktat mot en större grupp eller mot kvinnor eller män i allmänhet, t.ex. vid könsdiskriminerande platsannonsering.[201] Könsdiskriminering enligt jämställdhetslagen tar sikte på det enskilda fallet i förfluten tid och kan endast föreligga i de situationer som anges i 17 §.[202] Annan särbehandling, som inte faller in under någon av dessa regler, är tillåten. Anledningen till denna begränsning sägs vara att man eftersträvat att i så stor utsträckning som möjligt uppfylla kraven på förutsebarhet och rättssäkerhet, eftersom reglerna är skadeståndssanktionerade.[203]

Jämställdhetslagen gäller inte inom utbildningsområdet utan avser endast jämställdhet inom arbetslivet. Utbildningsväsendet lämnades utanför med hänvisning till att detta område är statligt reglerat och att jämställdhet därmed skulle främjas genom aktiva åtgärder inom studie- och yrkesvägledning, lärarutbildning m.m.[204] Även vid tillkomsten av den nya jämställdhetslagen (1991:433) diskuterades frågan men man ansåg att jämställdhetslagen borde behålla sin arbetsrättsliga karaktär.[205] JämO

[199] Prop. 1978/79:175 s. 41 och 116.

[200] A. prop. s. 28.

[201] A. prop. s. 28 ff., prop. 1999/2000:143 s. 47.

[202] Dessa situationer rör anställning, befordran, anställnings- och lönevillkor, arbetsledning och arbetsfördelning samt uppsägning, avskedande och liknande åtgärder.

[203] Laurén, Lavén, Nya jämställdhetslagen, 1992, s. 129.

[204] Prop. 1978/79:175 s. 21.

[205] Prop. 1990/91:113 s. 65 f.

skall emellertid verka för jämställdhet även inom utbildningsområdet genom rådgivning och information enligt 1 § 2 st. JämO-instruktionen (1991:1438). Jämställdhet som målsättning inom undervisningen finns dock stadgat i skollagen 1:2 och 1:9. Där sägs det att de som verkar inom skolan skall främja jämställdhet mellan könen. I HL 1:5 och HF 1:8 stadgas att jämställdhet mellan kvinnor och män alltid skall iakttas och främjas. Det har även införts krav på könsperspektiv i utbildningen för vissa examina t.ex. läkare och jurister.[206] En departementsutredning med förslag att införa en lag om likabehandling i högskolan kom hösten 2000.[207]

Frågan om "mainstreaming" finns även på den svenska jämställdhetsagendan. I regeringens senaste skrivelse om jämställdhetspolitiken sägs att "arbetet med att utveckla metoder för att införliva ett jämställdhetsperspektiv i alla politikområden kommer att intensifieras".[208]

2.7 Sammanfattning

För att undvika normkonflikter skall både folkrätt och EG-rätt, i möjligaste mån, tolkas fördragskonformt av de svenska rättstillämpningsorganen. När en konflikt är oundviklig är det en vedertagen princip att EG-rätten äger företräde framför den svenska rätten, medan folkrätten däremot får stå tillbaka för svensk rätt, eftersom den inte är omedelbart tillämpbar i intern rätt. Även EG-rätt skall tolkas i ljuset av folkrätten. Folkrätten får dock stå tillbaka även för EG-rätten i den mån fördragskonform tolkning inte är en lösning på problemet. Det enda undantaget är när en internationell överenskommelse ingåtts före Romfördraget, men även i dessa fall ålägger artikel 307 i EU-fördraget staterna att ändra sin lagstiftning så att den överensstämmer med EG-rätten.

Inom folkrätten har den rättsliga utvecklingen i form av bindande överenskommelser om könsdiskriminering och jämställdhet avstannat, men arbetet för jämställdhet har dock fortsatt. Icke bindande dokument i form av deklarationer, resolutioner och handlingsplaner har antagits fortlöpande där jämställdhetsfrågor tagits upp inom skilda områden. EG-rätten har utvidgats på jämställdhetsområdet genom Amsterdamfördraget. Inom sekundärrätten har nya direktiv tillkommit om bl.a. bevisbördan vid mål om jämställdhet och om deltidsarbete. Svenska regler ändras kontinuerligt för att överensstämma med EG-rätten. Senaste ändringen

[206] Punkt 19 och 25 examensordningen i HF, prop. 1997/98:55 s. 67 f.
[207] Ds 2000:71.
[208] Skr 1999/2000 nr 24, s. 7.

av jämställdhetslagen trädde i kraft 1 januari 2001 och syftar bl.a. till att effektivisera reglerna om förbud mot könsdiskriminering.

Överlag kan man säga att utvecklingen innebär att jämställdhetsfrågor blivit alltmer uppmärksammade. En förändring har även skett avseende synen på jämställdhetsfrågor. Tidigare betraktades dessa framförallt som kvinnofrågor men nu ses de mer som frågor både för kvinnor och män. Jämställdhet ses även som en viktig samhällsfråga. I både internationella och nationella sammanhang erkänns könsdiskriminering som ett viktigt problem för bl.a. utveckling, ekonomi och miljö. I alla tre rättssystemen lyfts "mainstreaming" fram som ett sätt att på sikt öka jämställdheten.

Kapitel 3 Begreppen "equality", "jämlikhet" och "jämställdhet"

3.1 Inledning

Målet med en reglering som förbjuder könsdiskriminering sägs på engelska vara *equality* och på svenska *jämlikhet* eller *jämställdhet*. I ordböcker tenderar dessa termer att användas synonymt.[209] I detta kapitel undersöks vilken innebörd dessa termer har som rättsliga begrepp. I kapitlet presenteras olika former av *equality*. Jag har inte för avsikt att filosofiskt diskutera vad jämlikhet egentligen innebär och inte heller att försöka definiera jämställdhet. Syftet med detta kapitel är att visa att begreppen förekommer i olika former, beskriva dessa och eventuella skillnader mellan dem. Jag diskuterar även huruvida icke-diskriminering och jämställdhet kan sägas vara varandras motsvarigheter. Slutligen diskuteras vad som framhålls vara målsättningen med regleringen i de tre rättssystemen.

3.2 "Equality – a condition of being equal"[210]

"The principle of equality" är grundbulten för mänskliga rättigheter.[211] Det kan dock inte hävdas att det finns en generell rättighet till likabehandling. I så fall vore det omöjligt för stater att göra skillnad mellan kriminella och icke kriminella, mellan pensionärer och övrig befolkning etc. På internationell nivå framträdde inte "the principle of equality" som en allmän princip förrän antagandet av FN-stadgan 1945.[212] I preambeln till stadgan uttalas särskilt att kvinnor och män skall ha lika rättigheter. Därefter har principen blivit en av de mest grundläggande rättigheterna

[209] Se t.ex. Webster's Synonyms Antonyms and Homonyms (1994), Norstedts stora svenska ordbok (1986), Bonniers synonym ordbok (1991), Strömberg, Nya stora synonymordboken (1998).

[210] The Concise Oxford Dictionary of Current English, 1976.

[211] I kapitel 1 diskuteras jämlikhet mellan kvinnor och män och skyddet mot könsdiskriminering som en grundläggande mänsklig rättighet, vilken, enligt vissa författare, uppnått status som *ius cogens*.

[212] Skogly, Article 2, 1999, s. 76.

inom folkrätten. Som exempel kan nämnas att Wiendeklarationen (artikel 18) stadgar att kvinnors fullständiga och jämlika deltagande inom alla samhällsområden utgör ett av de viktigaste målen för det internationella samfundet. Jämställdhet och kvinnors deltagande i samhällslivet erkänns vara viktiga förutsättningar för fred, utveckling och demokrati. I exempelvis preambeln till kvinnokonventionen sägs att staterna "är övertygade om att en fullständig och allsidig utveckling av ett land, välfärden i världen samt fredens sak kräver att kvinnorna deltar i största möjliga utsträckning på alla områden och på samma villkor som männen". I artikel 13 i Pekingdeklarationen sägs att ett förstärkande av kvinnors ställning (*women empowerment*) är av grundläggande betydelse för att uppnå jämlikhet, utveckling och fred. UNESCO har framhållit jämställdhet som nyckeln till utveckling:

> "Gender equality means giving women and men, girls and boys, the same opportunities to participate fully in the development of their societies and to achieve self-fulfilment. Gender equality, as an essential component of human rights, is a key to development".[213]

EKMR innehåller inte någon generell princip om jämställdhet mellan kvinnor och män (jfr artikel 3 KMPR). Europarådets parlamentariska församling har emellertid krävt en förändring så att rätten till jämställdhet införs direkt i konventionen.[214] Detta har dock inte skett. Ministerkommittén angav i en deklaration (1988) att jämställdhet och eliminering av könsdiskriminering är en nödvändighet för demokrati och social rättvisa.[215] Sambandet mellan jämställdhet och demokrati upprepades av Europarådet inför FN:s kvinnokonferens 1995 och vid den fjärde ministerkonferensen om jämställdhet mellan kvinnor och män i Turkiet 1997.[216] Ministerkommittén har även framhållit sambandet mellan "gender mainstreaming", ökad jämställdhet och förbättrad demokrati.[217] *Gender equality* innebär att man accepterar och värdesätter skillnaderna mellan kvinnor och män och deras roller i samhället.[218]

[213] http://www.unesco.org/women/pol/index.htm

[214] Parliamentary Assembly Recommendation 1229 on equality of rights between men and women (1994), artikel 8 (i).

[215] Council of Europe, Declaration on Equality of Women and Men (1988) punkt 6 (I).

[216] Council of Europe, Equality and democracy: Utopia or challenge? (1997), artikel 6 (I).

[217] Recommendation No. R (98) 14 of the Committee of Ministers to member States on gender mainstreaming. (1998)

[218] Council of Europe, Gender mainstreaming Conceptual framework, methodology and presentation of good practice (1998), s. 12. Rapporten framhåller kön som en social konstruktion och att det finns en maktrelation mellan könen. Trots detta ger uttalandet om vad "gender equality" innebär intryck av att könsrollerna accepteras.

Inom EG-rätten framhålls "the principle of equal treatment of the sexes" som en grundläggande mänsklig rättighet, vilken utgör en del av gemenskapsrättens allmänna principer.[219] Jämställdhet mellan kvinnor och män anges i artikel 2 EU-fördraget vara ett av gemenskapens mål. Artikel 3 (2) stadgar att i all verksamhet som omfattas av artikeln skall bristande jämställdhet mellan kvinnor och män undanröjas och jämställdhet främjas. Syftet med likabehandlingsdirektivet är att ge principen om likabehandling mellan kvinnor och män effekt inom medlemsstaterna. I preambeln sägs att likabehandling av kvinnliga och manliga arbetstagare utgör ett av gemenskapens mål (artikel 1).

Principen om likabehandling definieras i artikel 2 (1) i likabehandlingsdirektivet som frånvaro av könsdiskriminering och i artikel 2 (2) bevisbördedirektivet (97/80) som att "ingen som helst diskriminering får ske på grundval av kön". Likalönedirektivet definierar "the principle of equal pay" (likalöneprincipen) med eliminering av könsdiskriminering i fråga om lika arbete och lika lön (artikel 1). Frågan om "the principle of equality" enbart innebär frånvaro av diskriminering diskuteras vidare under avsnitt 3.5.

3.3 Jämlikhet och jämställdhet

Jämlikhet anges i Nationalencyklopedin betyda "alla individers lika värde". Det sägs också att termen ibland, i politiska sammanhang, avser även "individernas lika inflytande och lika sociala förhållanden".[220] Enligt samma källa begränsar sig begreppet *jämställdhet* sedan 1970-talet till relationen mellan könen och avser "ett tillstånd som kan anses råda antingen när män och kvinnor har samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter eller först när män och kvinnor har samma ställning och inflytande".[221]

Jämställdhetskommittén konstaterade vid tillkomsten av första jämställdhetslagen att det rådde en politisk enighet beträffande principen om jämställdhet mellan kvinnor och män.[222] Samtidigt påpekade kommittén att enigheten förmodligen berodde på olika tolkningar av uttrycket jämställdhet.[223] I propositionen *Jämställdhet mellan kvinnor och män inom utbildningsområdet* konstateras att jämställdhet som begrepp inte är

[219] Detta framgår bl.a. av *Defrenne III* (C-149/77) punkt 26–27 och *Razzouk och Beydon* (C-75/82 och C-117/82) punkt 16.
[220] Nationalencyklopedin Band 10, 1993 s. 275.
[221] A. st.
[222] SOU 1978:38 s. 59.
[223] A. bet. s. 66 ff.

entydigt.[224] Jämställdhetslagens första paragraf anger att lagens ändamål är "jämställdhet i arbetslivet". Lagen skall "främja kvinnors och mäns lika rätt i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetet". Westerhäll påpekar mycket riktigt att detta inte är en egentlig definition av jämställdhet i arbetslivet utan är en allmänt hållen ändamålsbestämning.[225]

M. Lundström framhåller jämställdhetsbegreppet som ett normativt begrepp i det att begreppet uttrycker en rättviseprincip.[226] Schömer menar att jämställdhet innebär att kvinnor och män har samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter, medan jämlikhet är ett värdebegrepp som innebär att alla människor har lika värde. Enligt Schömer omsluts jämställdhetsbegreppet av jämlikhetsbegreppet.[227] Nousiainen hävdar däremot att jämställdhetsbegreppet är vidare än jämlikhetsbegreppet, eftersom det förstnämnda inbegriper olikheter till skillnad mot det sistnämnda som enbart avser likhet.[228] Fransson lyfter istället fram jämställdhetsbegreppet som ett uttryck för målet jämlikhet mellan könen.[229] Det är också så begreppet beskrivs i olika förarbeten. "Jämställdhet handlar om rättvisa och fördelning av ekonomisk och politisk makt. Det handlar om demokrati, om att värdera kvinnor och män lika".[230] Tidigare användes begreppen jämlik och jämställd parallellt. Nu för tiden används jämställdhet som ett särskilt begrepp som avser relationen mellan könen. Maktutredningen påpekar att jämlik handlar om likar, medan jämställd kan handla om "att ställa två (olika) sorter jämt bredvid varandra".[231] Enligt EU-kommissionens femte generaldirektorat (DG V) innebär jämställdhet "att alla människor är fria att utveckla sin personliga förmåga och att fatta beslut utan att begränsas av strikta genusroller, samt att kvinnors och mäns olika beteende, ambitioner och behov beaktas, värdesätts och främjas i lika mån".[232]

I de förarbeten och utredningar m.m. där jämställdhetsbegreppet kommenteras tas den formella jämställdheten som utgångspunkt varvid jämställdhet sägs innebära att kvinnor och män skall ha samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter inom alla väsentliga samhällsområden.[233] I andra förarbeten beskrivs jämställdhet föreligga vid "lika fördelning av

[224] Prop. 1994/95:164 s. 12.
[225] Westerhäll SvJT 1987 s. 202.
[226] Lundström, M., Jämställdhet eller sexistisk rättvisa?, 1996, s. 43.
[227] Schömer, Konstruktion av genus i rätten och samhället, 1999, s. 24.
[228] Nousiainen, Rättens system och kvinnans vardag, 1995, s. 309 f.
[229] Fransson, Lönediskriminering, 2000, s. 57.
[230] Skr 1999/2000:24, s. 5.
[231] SOU 1990:44 s. 106.
[232] DG V, Vägledning för konsekvensanalys ur jämställdhetsperspektiv, 1999 s. 3.
[233] Se SOU 1978:38 s. 59, prop. 1987/88:105 s. 3, Ds 1997:56 s. 33.

rättigheter och ansvar för bägge könen" eller "likvärdiga villkor och förutsättningar att upptäcka, pröva och utveckla sin fulla potential".[234] Förutom kravet på likabehandling sägs bl.a. att jämställdhet föreligger när varje människa har "möjlighet att utvecklas efter sina egna förutsättningar, oavsett kön".[235] Jämställd används synonymt med jämlik beträffande målet på en representation av minst 40 % av vardera könet. Det är fråga om *lika* representation för män och kvinnor.[236]

3.4 Formell och materiell jämställdhet

3.4.1 Olika former av "equality"

Frågan om vad "equality" skall ges för innehåll är inte helt okontroversiell. *Equality* är ett mångfasetterat begrepp. I diskussionen förekommer begreppet i olika former. En sådan form är *equality of consideration* som endast innebär att alla har rätt att kräva att deras önskan till likabehandling beaktas ("taken into account").[237] Denna forms extrema motsats är *equality of result*, vilken innebär att det skall vara en numeriskt jämlik distribution av varor, tjänster och förmåner.[238] "Equality of result" siktar mot (social) jämlikhet i resultatet oavsett utgångsläget och (naturlig) förmåga.[239] Detta anses dock vara varken önskvärt eller möjligt.[240] Enligt Dworkin innebär "jämlikhet i resultat" att alla medborgare måste ha samma tillgångar i varje ögonblick av sina liv.[241] Dessa former av equality kommer inte att behandlas i någon större utsträckning i detta arbete.

Mer intressant är frågan om innebörden av *equality of opportunity*, som kan sägas befinna sig mellan ovanstående två ytterligheter. "Equality of opportunity" betyder i princip att alla skall ha tillgång till sociala inrättningar (*social institutions*) enligt allmänna grunder, särskilt baserat på prestation och förmåga.[242] Denna form av *equality* finns i en starkare

[234] Se prop. 178/79:175 s. 14 och prop. 1994/95:164 s. 12.

[235] Prop. 1978/79:175 s. 11.

[236] SOU 1990:44 s. 108.

[237] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1998, s. 156. Polivou, The Equal Protection of the Laws, 1980, s. 11 f.

[238] Denna form kallas även "numerical equality".

[239] Turner, Equality, 1986, s. 36.

[240] Se Craven, 1998, s. 156. Denna form kallas även "absolute equality", "material equality" och "equality of satisfaction".

[241] Dworkin, En fråga om jämlikhet, 2000, s. 48.

[242] Turner, 1986 s. 35. Turner talar om fyra former av *equality*: "ontological equality" (som är nära förbunden med moraliska och religiösa system), "equality of opportunity", "equality of condition" och " equality of result".

och en svagare variant. Den svagare varianten innebär att alla tillåts utveckla sina möjligheter och fullfölja sina intressen utan orättfärdiga begränsningar. Den medför ett krav på förbud mot särbehandling mellan individer. Denna kallas ibland för "formal equal opportunity".[243] Den starkare varianten kräver att "opportunity" skall ges ett meningsfullt innehåll och vara effektiv, särskilt genom att undanröja barriärer som påverkar åtnjutandet av förmåner och distribution av sociala tillgångar, och genom att aktivt främja "fullständiga" möjligheter.[244] Den kallas ibland "substantive equal opportunity".[245] Denna variant kräver särbehandling p.g.a. *de facto* ojämlikhet i utgångsläget.[246] I denna starkare variant av *equality of opportunity* ligger ett krav på aktiva åtgärder av olika slag. Dworkin kallar "jämlika chanser" för ett bedrägligt ideal, eftersom de människor i en marknadsekonomi som inte har samma förmåga att producera vad andra vill ha, inte har samma chanser.[247]

Den starkare varianten av "equality of opportunity" förefaller motsvara vad Turner kallar för "equality of condition". Turner hävdar att "equality of opportunity" och "equality of condition" är nära sammanlänkade, eftersom "equality of opportunity" belönar dem som i konkurrenssituationer använder sin förmåga för personliga prestationer. Det krävs därför att utgångsläget är likartat för konkurrenterna för att "equality of opportunity" skall kunna ha ett meningsfullt innehåll. "Equality of condition" innebär just, enligt Turner, att "all competitors [...] should start at the same point with appropriate handicaps". Turner säger dock inget om att positiv särbehandling skulle vara tillåten i detta fall.[248] Den "mest radikala" formen – "equality of result" – inbegriper dock, enligt Turner "social programs of positive discrimination", vilka är "meant to compensate for significant inequalities of condition in order to bring about a meaningful equality of opportunity to secure an equality of result".[249]

Fortsättningsvis skall formell, *de jure*, jämställdhet och materiell, *de facto*, jämställdhet behandlas. I avsnitt 3.6 diskuteras vilken form av *equality* som är målsättningen i de tre rättssystemen.

[243] Pojman, Westmoreland, Equality Selected Readings, 1997, s. 7.
[244] Craven, 1998, s. 156. Se även Polyviou, 1980, s. 12 f. och Peters, ELJ 1996, s. 181 ff.
[245] Pojman, Westmoreland, 1997, s. 7.
[246] Craven, 1998, s. 156 f., Kirilova Eriksson, Reproductive Freedom In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, 2000, s. 50.
[247] Dworkin, 2000, s. 50.
[248] Positiv särbehandling behandlas i kapitel 9.
[249] Turner, 1986, s. 34 ff.

3.4.2 Formell, *de jure*, jämställdhet

Både *equality*, jämlikhet och jämställdhet brukar delas in i två typer; formell och materiell. Ibland används uttrycken *de jure* och *de facto*. I den fortsatta redogörelsen som behandlar skillnaden mellan dessa två typer kommer jag enbart att använda ordet jämställdhet, eftersom undersökningen handlar om jämställdhet mellan könen.

I Nationalencyklopedin nämns två former av jämställdhet varav den första innebär att alla har *lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter*, vilket ger uttryck för en formell form av jämställdhet. Konceptet formell eller *de jure* jämställdhet har som utgångspunkt att alla har lika medborgerliga fri- och rättigheter. Dessa fri- och rättigheter följer individen, inte en grupp av individer. Alla har rätt till självbestämmande vars enda begränsning består i skyldigheten att respektera och inte blanda sig i andra självständiga jämlikars rätt till skydd för person och egendom.[250] Den formella jämställdheten har sitt ursprung i Aristoteles sats att "lika skall behandlas lika och olika behandlas olika".[251] Formell jämställdhet har likhet i behandling som målsättning men har inget materiellt innehåll.[252] Enligt Wentholt är det fortfarande fråga om formell jämställdhet när positiv särbehandling är tillåten men inte krävs, eftersom utgångspunkten fortfarande är att alla är lika.[253]

Den tidigare nämnda "equality of consideration" är en formell form av jämställdhet, eftersom den endast uppställer ett krav på likabehandling oavsett vilka förutsättningar individerna som jämförs har. Även den svagare formen av "equality of opportunity" får sägas vara en formell form av jämställdhet, eftersom inte heller den lämnar något utrymme för särbehandling.

3.4.3 Materiell, *de facto*, jämställdhet

Den andra formen av jämställdhet innebär, enligt Nationalencyklopedin, att alla har *samma ställning och inflytande*, vilket kan sägas vara en materiell form av jämställdhet. Till skillnad mot formell jämställdhet har materiell jämställdhet som utgångspunkt de materiella villkor som leder till individuella val, och som kanaliserar resultatet av dessa val och inte en abstrakt bild av människors jämlikhet.[254] Den materiella jämställdheten uppställer kriterier eller mått med vilka distributionen kan mätas.[255]

[250] McIntyre, McGill Law Journal, 1993, s. 26 f.
[251] Polyviou, 1980, s. 7. På engelska används uttrycken "formal" eller "symmetrical".
[252] Pojman, Westmoreland, 1997, s. 2.
[253] Wentholt, Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality, 1999, s. 55.
[254] McIntyre, McGill Law Journal, 1993, s. 29.
[255] Pojman, Westmoreland, 1997, s. 2.

Materiell eller *de facto* jämställdhet inriktar sig inte framförallt på likhet i behandling utan på likhet i resultat.[256] *De facto* jämställdhet kan sägas innebära "behandling som en jämlike" utan att behandlingen måste vara exakt densamma.[257] Andra termer för samma sak är "verklig" jämställdhet eller "reell" jämställdhet. På engelska används termen "substantial" eller "asymmetrical equality". K. Lundström beskriver "reell jämlikhet" som "verklig könsjämlikhet med ett reellt innehåll avseende såväl maktfördelning som fördelning av samhällets goda".[258]

Den tidigare nämnda "equality of result" är en materiell form av jämställdhet, eftersom det är verkligheten, resultatet som åsyftas. Detsamma kan sägas om den starkare formen av "equality of opportunity" och "equality of condition". Dessa former av "equality" inte bara tillåter, utan kan kräva, särbehandling.[259] Den materiella jämställdheten tillåter att aktiva åtgärder i form av positiv särbehandling och kvotering vidtas.[260] Det är en förutsättning för att den materiella jämställdheten skall uppfyllas. EU-organen använder sig av uttryck såsom "real equality", "substantive equality" och "genuine equality". Dessa åsyftar faktisk jämställdhet, vilket Peters beskriver som "living conditions of equal worth". Terminologin innebär enligt Peters att formell, legal, jämställdhet inte är en "äkta" jämställdhet.[261]

Det är en väsentlig skillnad mellan formell och materiell jämställdhet. Denna skillnad beror bl.a. på att formell jämställdhet uttrycks genom förbud etc. och genom "negativa" åtgärder, medan materiell jämställdhet istället kräver positiva åtgärder. Därmed tenderar formell jämställdhet till att bevara gällande ordning, medan materiell jämställdhet vill förändra den. En ytterligare skillnad är att formell jämställdhet eftersträvar likhet "i starten", medan materiell jämställdhet siktar mot likhet i resultatet. Formell jämställdhet beskrivs utgöra de första stegen mot materiell jämställdhet.[262] Materiell jämställdhet kräver inte nödvändigtvis identisk behandling av alla, utan särskilda, förbättrande åtgärder är tillåtna och utgör inte diskriminering så länge de inte vidmaktshålls efter att behovet har försvunnit.[263]

[256] Kirilova Eriksson, 2000, s. 27 f.

[257] A. a. s. 37.

[258] Lundström, K., Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys, 1999 s. 29.

[259] Craven, 1998, s. 156 f. och s. 184.

[260] Kirilova Eriksson, 2000, s. 28.

[261] Peters, ELJ 1996, s. 184.

[262] Se t.ex. ECOSOC:s resolution E/RES/1990/15 och DG V, Vägledning för konsekvensanalys ur jämställdhetsperspektiv, 1999 s. 3.

[263] McKean, Equality and Discrimination under International Law, 1985, s. 187.

3.5 Förhållandet mellan jämställdhet och icke-diskriminering

3.5.1 Är jämställdhet motsatsen till könsdiskriminering?

Det finns de som anser att jämställdhet och icke-diskriminering är två uttryck för samma princip. Exempelvis hävdar M. Lundström att jämställdhet enbart innebär "frånvaro av diskriminering".[264] Blanpain påstår att *equality* och *discrimination* är varandras motsatser. "De utgör två sidor på samma mynt och förnekande av likabehandling innebär alltså diskriminering" (min översättning).[265] Även Ramcharan verkar vara inne på den linjen. Han talar om *equality* som ett positivt uttalande om alla människors rätt till mänskliga rättigheter, medan *non-discrimination* utgör ett negativt uttalande för samma princip.[266]

Ett annat synsätt är att jämställdhet är en målsättning och att ett av verktygen för att uppnå detta mål är icke-diskriminering. Olika former av positiv särbehandling kan vara ytterligare verktyg för att uppnå verklig jämställdhet.[267] Enligt Kirilova Eriksson är principen om icke-diskriminering mer begränsad i sitt tillämpningsområde och underordnad principen om "equality".[268] Nowak framhåller att "equality" betyder inte bara "utan åtskillnad" utan även *de facto*-åtnjutande av samma rättigheter.[269]

Avgörande för riktigheten i påståendet att jämställdhet och könsdiskriminering är varandras motsatser är vilken typ av jämställdhet man talar om. *Formell jämställdhet* kan sägas motsvara icke-diskriminering eller förbud mot diskriminering. Enligt den formella jämställdheten finns inte utrymme för särbehandling utan endast lika behandling. Det medför att åtskillnad i behandling vid lika fall inte är tillåten. Av detta följer att det är logiskt att påstå att förbud mot diskriminering eller icke-diskrimineringsprincipen är motsvarigheten till formell jämställdhet.

Materiell jämställdhet motsvarar inte ett förbud mot könsdiskriminering. Eftersom denna form åsyftar likhet i resultat, kräver den inte nödvändigtvis en likabehandling i alla situationer. Materiell jämställdhet lämnar möjligheter till särbehandling. Denna form av jämställdhet är alltså inte motsatsen till könsdiskriminering.

[264] Lundström, M. 1996, s. 32.
[265] Blanpain, Equality of Treatment in Employment, 1990, s. 11.
[266] Ramcharan, Equality and Nondiscrimination, 1981, s. 252.
[267] Kirilova Eriksson, 2000, s. 22 och 28.
[268] A. a. s. 28.
[269] Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, s. 69.

3.5.2 Indirekt könsdiskriminering och materiell jämställdhet

Formell jämställdhet kopplas (ibland) samman med direkt diskriminering och materiell jämställdhet med indirekt diskriminering.[270] Den formella jämställdheten kritiseras för att vara otillräcklig för att åstadkomma materiell jämställdhet. Däremot anses indirekt diskriminering syfta till att realisera materiell jämställdhet. Skälet till att denna koppling görs, är förmodligen att indirekt diskriminering föreligger när effekten av vissa regler, förfaringssätt eller dylikt missgynnar kvinnor eller män som grupp. Eftersom detta handlar om *resultatet* av en viss företeelse, kan man se regler om förbud mot indirekt diskriminering som ett verktyg för materiell jämställdhet. Indirekt diskriminering avser att skydda mot formellt könsneutrala regler som är diskriminerande och har på så sätt materiell jämställdhet i sikte. Wentholt är av en annan uppfattning och hävdar att indirekt diskriminering inte passar in i den "vanliga" uppdelningen mellan formell och materiell jämställdhet dock utan att förklara varför.[271]

Även om förbudet mot indirekt könsdiskriminering i och för sig siktar mot materiell jämställdhet, befinner sig, enligt min uppfattning, både förbudet mot direkt och indirekt könsdiskriminering inom ramen för den formella likabehandlingsprincipen och således även inom det formella jämställdhetsbegreppet. Målsättningen är i båda fallen att lika fall skall behandlas lika och olika fall olika. I båda fallen handlar det om likabehandling, vilket är en begränsning jämfört med materiell jämställdhet som inbegriper särbehandling. Eftersom materiell jämställdhet siktar mot resultatet, krävs inte en "total" likabehandling utan åtgärder som kan framstå som diskriminerande är tillåtna, om de bidrar till att realisera målet materiell jämställdhet.

3.6 Målet är materiell jämställdhet

3.6.1 Jämställdhetsmålet i folkrätten

Målsättningen inom folkrätten är *de facto equality*. (Folkrätten innehåller dock både *de jure* och *de facto equality*,[272] den ena utesluter inte den andra.) Vid skrivandet av KMPR och KESKR var det allmänt erkänt att principen om equality avsåg både *de jure* och *de facto equality*.[273] Bland

[270] Se t.ex. Lundström, K., 1999 s. 31, Kirilova Eriksson, 2000, s. 27 f. och GA Themaat i *Burton* (C-19/81) GA:s yttrande punkt 2.6.
[271] Se vidare Wentholt, 1999, s. 55 ff.
[272] Kirilova Eriksson, 2000, s. 26.
[273] Se Ramcharan, 1981, s. 254 f.

annat påpekade den ukrainska delegaten att "equality of rights" innebär mer än bara icke-diskriminering. Det antyder även existensen av positiva rättigheter.[274] Kommittén för de mänskliga rättigheterna har sagt att artikel 3 och 26 i KMPR innebär ett krav på aktiva åtgärder och inte enbart skyddsåtgärder för att trygga åtnjutandet av rättigheterna.[275] Av den allmänna kommentaren nr 28 framgår att kommittén anser att även så långtgående åtgärder som positiv särbehandling är nödvändiga för att uppnå "equality". Detta är f.ö. ytterligare ett bevis för att jämställdhet och icke-diskriminering inte helt motsvarar varandra enligt folkrätten samt att det är materiell jämställdhet som är målsättningen.

Vad gäller KESKR drar Craven slutsatsen att konventionens ändamål faktiskt är den starkare formen av *equal opportunity*. Han konstaterar att konventionen inte syftar till att uppnå "equality in result" i betydelsen "of achieving an equal distribution of material benefits to all members of society", men att den bekräftar "a process of equalization in which social resources are redistributed to provide for the satisfaction of the basic rights of every member of society".[276] En ojämn fördelning av materiella förmåner (*material benefits*) kan accepteras först när varje individ i samhället åtnjuter de grundläggande ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna, vilket innebär att det är den starkare formen av "equal opportunity" i konventionen som är aktuell.[277] KEKSR-kommittén har bekräftat att det är *de facto equality* som är målet beträffande utbildning och att tillfälliga åtgärder får vidtas inom detta område för att åstadkomma materiell jämställdhet.[278]

Den vida definitionen av vad som utgör kvinnodiskriminering i kvinnokonventionens första artikel inbegriper både *de jure* och *de facto* jämställdhet.[279] I fjärde artikeln i konventionen nämns dessutom uttryckligen *de facto equality*. Vid kvinnodeklarationens tillkomst kommenterade en filippinsk representant att: "Care should be taken to give the word "equality" not a purely academic and intellectual substance, but its true and practical meaning".[280] Liksom kommittén för de mänskliga rättigheterna har kvinnokommittén understrukit behovet av positiv särbehandling för att främja *de facto* jämställdhet.[281] Av handlingsplanerna till kvinno-

[274] Ukrainian SSR, A/C.3/SR.1183 punkt 10 (1962).
[275] HRC General Comment 4 (1981) punkt 2.
[276] Craven, 1998, s. 158.
[277] A. a. s. 158.
[278] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 32.
[279] Charlesworth, What are "Women's International Human Rights"?, 1994, s. 64.
[280] A/C3/S.R.1444 (1966) s. 401.
[281] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988).

konferenserna följer att det är *materiell* jämställdhet som är målet, eftersom handlingsplanerna innehåller uppräkningar av åtgärder som måste vidtas för att förverkliga jämställdhet. Det är inte enbart fråga om ett "negativt" skydd mot diskriminering utan även ett "positivt" krav på åtgärder. I exempelvis punkt 51 i Nairobistrategierna sägs att en maktfördelning mellan kvinnor och män på jämställda villkor måste komma till stånd för att *verklig* jämställdhet skall bli en realitet.[282] I punkt 84 sägs dessutom att särskilda åtgärder måste främjas för att påskynda den faktiska jämställdheten mellan män och kvinnor.[283] Av handlingsplanen till Pekingdeklarationen och i uppföljningen av denna framgår att målet är "fullständig jämställdhet".[284]

I artikel 2 (2) i ILO-deklarationen om "Opportunity and Treatment for Women Workers" stadgas att "positive special treatment during a transitional period aimed at effective equality between the sexes shall not be regarded as discriminatory". Detta stadgande talar om *effective equality*. Artikeln ger intryck av att verklig jämställdhet anses vara något mer än bara icke-diskriminering. Dessutom har ILO:s expertkommitté uttalat att enbart lagstiftning som förbjuder könsdiskriminering inte är tillräckligt utan staterna måste vidta åtgärder. "There must also be a genuine policy to *promote* equality of opportunity and treatment in employment".[285] Enligt Europarådet är det allmänt erkänt att formell jämställdhet inte automatiskt leder till materiell jämställdhet.[286] Enligt Europarådet innebär "*gender equality*":

> "[a]n equal visibility, empowerment and participation of both sexes in all spheres of public and private life. Gender equality is the opposite of gender inequality, not of gender difference, and aims to promote the full participation of women and men in society" [...] Gender equality is not synonymous with sameness."[287]

Det finns således många stadganden och uttalanden som visar att folkrätten inte enbart har formell jämställdhet i sikte utan materiell jämställdhet. Av

[282] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985, UD II:42.
[283] A. st.
[284] Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens, Peking den 4–15 september 1995, UD II:51, se t.ex. punkt 46. Att *representation* kan utgöra ett mått på jämställdhet framgår av punkt 190 (a) i handlingsplanen där det sägs att staterna skall söka uppnå "the goal of gender balance" i olika beslutande organ, A/S-23/10/Rev.1 (2000) punkt I (6).
[285] ILO, RCE, 1998, s. 345.
[286] Council of Europe, Gender mainstreaming Conceptual framework, methodology and presentation of good practice (1998), s. 11.
[287] A. st.

de former av *equality* som presenterats ovan förefaller den starkare formen av *equality of opportunity* och *equality of condition* vara de som eftersträvas inom folkrätten, eftersom det inte är fråga om numerisk rättvisa i resultatet (*equality of result*).

3.6.2 Jämställdhetsmålet i EU

I både likabehandlingsdirektivet, likalönedirektivet och bevisbördedirektivet definieras "likabehandling" som frånvaro av diskriminering.[288] Det ger intryck av att EG-rätten endast har den formella jämställdheten som målsättning. När det gäller likalöneprincipen kan dock konstateras att det är likhet i resultat som eftersträvas, eftersom målet är lika lön för lika (eller likvärdigt) arbete. Vid lönediskriminering krävs att kvinnor och män med lika eller likvärdiga arbeten erhåller *samma* ersättning för arbetet. På så sätt är det resultatet som eftersträvas. Likabehandlingsdirektivet åsyftar emellertid likhet vad gäller möjligheter (equality of opportunity), åtminstone beträffande tillgång till arbete och yrkesutbildning. Beträffande villkor och uppsägning gäller dock jämställdhet vad gäller resultatet.[289]

Vad menas då med "likabehandling avseende möjligheter"? Både likabehandlingsdirektivet (artikel 2.4) och artikel 141 (4) i EU-fördraget tillåter aktiva åtgärder. Den sistnämnda regeln stadgar att utan hinder av förbudet mot könsdiskriminering skall medlemsstaterna få vidta åtgärder för att underlätta för underrepresenterat kön "att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären". Europaparlamentet, kommissionen och rådet har uttryckt i olika dokument att den EG-rättsliga likabehandlingsprincipen inte enbart eftersträvar formell jämställdhet utan materiell jämställdhet.[290] Det femte generaldirektoratet har dessutom hävdat att positiv särbehandling kan behövas för att kompensera tidigare och nuvarande diskriminering.[291] I direktoratets ordlista om jämställdhetsord beskrivs "gender equality" som:

> "The concept that all human beings are free to develop their personal abilities and make choices without the limitations set by strict gender roles; that

[288] Artikel 2 (1) likabehandlingsdirektivet, artikel 1 likalönedirektivet och artikel 2 (2) bevisbördedirektivet.

[289] Blanpain, Nyström, EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad, 1995, s. 139.

[290] Se t.ex. exempelvis rådets resolution "on the promotion of equal opportunities for women" OJ C 203 1986, s. 2–4, parlamentets resolution om "the situation of women in Europe" OJ C 46 1984 s. 43 och kommissionens handlingsprogram 1990 COM (90) 449 final 1, COM (95) 381 final, COM (2000) 335 final.

[291] DG V, Vägledning för konsekvensanalys ur jämställdhetsperspektiv, 1999 s. 5.

the different behaviour, aspirations and needs of women and men are considered, valued and favoured equally".[292]

EG-domstolen har tolkat "equality of opportunity" relativt snävt även om den inte enbart uppställer formell jämställdhet som målsättning. Detta framgår av *von Colsonfallet* (C-14/83) där domstolen uttalade att "equal opportunity" innebär en faktisk (*real*) jämlikhet beträffande möjligheterna att få tillgång till anställning.[293]

I det första målet om möjligheten till positiv särbehandling i form av kvoteringsregler avfärdade domstolen att åtgärder som åsyftar ett visst resultat eller tillåter företräde p.g.a. kön skulle kunna vara tillåtna enligt gemenskapsrätten.[294] EG-rättens diskrimineringsförbud sades lägga hinder i vägen för alla åtgärder som innebär att enskilda individer inte behandlas lika i lika fall. Domstolen anammade alltså den svagare formen av "equality of opportunity". I nästföljande mål ändrade domstolen dock sin inställning. I denna dom bekräftade domstolen att strukturella hinder måste kunna avlägsnas och tillät särbehandling. Domstolen uppställde dock vissa krav på de åtgärder som medlemsstaterna väljer att vidta. Genom att särbehandling tilläts har domstolen accepterat den starkare formen av "equality of opportunity".[295] Också i de två senaste målen som rört positiv särbehandling har domstolen godkänt sådan, men endast under vissa förutsättningar.[296]

Oavsett det faktum att EG-domstolen har en restriktiv syn på vilka aktiva åtgärder som är tillåtna för att främja jämställdheten, framgår det av dessa domar att även domstolen anser att målsättningen är *materiell* jämställdhet. EG-domstolen framhöll exempelvis i *Marschallfallet* (C-409/95) att manliga kandidater tenderar att få förtur till anställningar p.g.a. fördomar och stereotypa föreställningar om kvinnor och män, vilket föranledde domstolen att godkänna den aktuella kvoteringslagstiftningen.[297] Domstolen ansåg således att målsättningen är *materiell* jämställdhet.[298] I *Thibaultfallet* (C-136/95) sade domstolen uttryckligen att likabehandlingsdirektivet eftersträvar *materiell* och inte enbart *formell* jämställdhet.[299]

[292] One hundred words for equality, 1998 s. 28.
[293] *von Colson* (C-14/83) punkt 17. Samma uttryck användes i *Hartz* (C-79/83) punkt 17.
[294] *Kalanke* (C-450/93), se vidare kapitel 9.
[295] *Marschall* (C-409/95) behandlas vidare kapitel 9.
[296] *Badeck* (C-158/97) och *Abrahamsson* (C-407/98), se vidare kapitel 9.
[297] *Marschall* (C-409/95) punkt 29.
[298] Se vidare exempelvis Mancini och O'Leary, ELR 1999 s. 336.
[299] *Thibault* (C-136/95) punkt 26.

Domstolens restriktiva syn på tillåtna jämställdhetsåtgärder kan emellertid även tolkas som att det är den *formella* jämställdheten som eftersträvas. Wentholt är av den uppfattningen att EG-domstolen fastnat i den formella jämställdheten framförallt p.g.a. att positiv särbehandling behandlats som ett undantag. Positiv särbehandling ses som ett intrång i likabehandlingsprincipen och kan endast tillåtas restriktivt. Målsättningen med positiv särbehandling kommer med detta synsätt i konflikt med en individuell rättighet. Wentholt framhåller att den materiella jämställdheten inte ser positiv särbehandling som ett undantag från diskrimineringsbegreppet, utan som en del av likhetsprincipen som kräver jämlikhet i resultat.[300]

Enligt min mening är det möjligt att ha materiell jämställdhet som målsättning även om utgångsläget är regler om formell likabehandling. Om man ser positiv särbehandling som ett undantag från en formell likabehandlingsprincip kan ett godkännande av (och kanske t.o.m. krav på) positiv särbehandling medföra att målet är materiell jämställdhet. Avgörande är i så fall i vilken utsträckning positiv särbehandling är tillåten. Detta verkar även vara Mulders inställning. Hon hävdar att diskussioner om huruvida formell eller materiell jämställdhet äger företräde kan undvikas genom att se positiv särbehandling som undantag från likabehandlingsnormen. Hon påpekar att felet är att domstolar visat en tendens att tolka det möjliga undantaget så snävt som möjligt.[301]

Genom att varken lagstiftning eller rättstillämpning uteslutit särbehandling kan det inte vara den svagare formen av *equality of opportunity* som är EU:s jämställdhetsmål. Mot bakgrund av att det uttalade jämställdhetsmålet är materiell jämställdhet, är det istället fråga om den starkare formen av *equality of opportunity* eller *equality of condition* som eftersträvas.

3.6.3 Jämställdhetsmålet i Sverige

Målsättningen med jämställdhetslagen sägs i första paragrafen vara "jämställdhet i arbetslivet" men det framgår inte vad som avses med detta. Enligt 9 § skall arbetsgivare verka för en jämn könsfördelning på arbetsplatsen. Enligt 15 § 2 st. 1 p. tillåts särbehandling som främjar könsbalansen på arbetsplatsen, även om den enligt huvudregeln utgör könsdiskriminering. Ett mål med jämställdhetslagstiftningen och jämställdhetsåtgärder av olika slag är således att uppnå en jämn representation mellan könen inom alla yrkeskategorier i arbetslivet. Detta gäller

[300] Wentholt, 1999, s. 60 f.

[301] Mulder, How Positive Can Equality Measures Be?, 1999, s. 69.

dock även andra områden inom samhällslivet.[302] Jämställdhet anses vara uppnådd när minst 40 % av ena könet inom varje typ av arbete och inom varje kategori av arbetstagare uppnåtts.[303] Det uppställs därmed en kvot som skall vara fylld av respektive kön för att jämställdhet skall anses råda.

Det talas också om en jämn fördelning av rättigheter och ansvar mellan könen.[304] En jämn fördelning av makt och inflytande mellan kvinnor och män anses vara ett viktigt jämställdhetspolitiskt mål.[305] I utvärderingen av den äldre jämställdhetslagen sades att det finns flera viktiga jämställdhetsmål. Jämställdhetsmålet är inte uppfyllt i och med att personer söker sig till ett yrke som traditionellt innehas av det motsatta könet och "lika representation" uppnås. Det krävs även att anställningsvillkor och arbetsmiljö inte domineras av ena könets normer. Ett jämställdhetsmål är att dessa personer inte möts av oförstående attityder och svårigheter av olika slag. Utredningen underströk att jämställdhet inte bara innebär att kvinnor och män har lika rättigheter i formell mening, utan inbegriper att båda könen skall ha lika faktiska möjligheter att påverka utbildning och arbetsliv samt samhället i stort. Kvinnors inflytande inom olika områden av samhällslivet måste därför öka.[306] I propositionen till den nya jämställdhetslagen sägs att "[j]ämställdhet handlar om sociala och samhälleliga relationer mellan kvinnor och män och om arbets- och maktfördelningen mellan könen".[307] På senare år har framhållits att "[f]rånvaro av diskriminering är en del av jämställdheten, men denna går väsentligt längre än så."[308]

Även inom utbildningsområdet har konstaterats att formell likhet i behandling inte är tillräckligt för att uppnå jämställdhet. I en utredning, som hade till uppgift att förbättra jämställdheten på högskoleområdet, lyfts fram att jämställdhet är något mer än bara icke-diskriminering. Formella rättigheter och formella möjligheter fylls inte automatiskt med ett innehåll. Jämställdhet sägs avse "representation mellan kvinnor och män och att både kvinnors och mäns kunskaper, erfarenheter och perspektiv på ett likvärdigt sätt får prägla utbildning och forskning".[309] I propositionen "Jämställdhet mellan kvinnor och män inom utbildningsområdet" framgår det att formell likabehandling inte anses räcka för att uppnå

[302] SOU 1978:38 s. 66 ff., prop. 1987/88:105 s. 3.
[303] Prop. 1978/79:175 s. 168, SOU 1989:30 s. 158 f.
[304] Prop. 1978/79:175 s. 11.
[305] Skr 1996/97:41, s. 7 och Skr 11999/2000:24, s. 5.
[306] SOU 1990:41 s. 203.
[307] Prop. 1990/91:113 s. 7.
[308] Ds 1997:56 s. 33.
[309] A. bet. s. 35.

jämställdhet. Där sägs att "jämställdhet i skolan" kräver att de verksamma i skolan inte intar "ett könsneutralt förhållningssätt utan måste bemötas utifrån en kunskap om likheter och olikheter mellan könen och om vad fördomar om vad som är kvinnligt och manligt betyder i olika sammanhang".[310]

Av dessa uttalanden i olika förarbeten framgår att jämställdhetsmålet i Sverige är materiell jämställdhet. I avsnitt 3.4.3 framhåller jag att den starkare formen av *equality of opportunity, equality of condition* och *equality in result* är olika former av materiell jämställdhet. I och med att svensk lagstiftning inte åsyftar *equality of result*, kan man säga att det är den starkare formen av *equality of opportunity* eller *equality of condition* som bäst motsvarar det svenska materiella jämställdhetsmålet.

3.6.4 Representation som jämställdhetsmål

Representation anses vara ett mått på jämställdhet. Många dokument talar om kvinnors "fullständiga" deltagande inom alla samhällsområden, exempelvis artikel 18 i Wiendeklarationen. KESKR-kommittén har uttalat att en högre proportion arbetslösa kvinnor och färre flickor än pojkar i utbildningssystem i en stat tyder på en viss ojämlikhet i utbildning och yrkespraktik.[311] Även i Nairobistrategierna framhålls att obalans i representationen måste justeras genom främjande åtgärder och skall inte betraktas utgöra könsdiskriminering.[312] Av ILO:s expertkommittés granskning av staternas rapporter framgår att kommittén använder representation som ett mått på jämställdhet.[313]

Europarådets ministerkommitté angav i en deklaration (1988) att det inte är en "sann demokrati" om kvinnor är underrepresenterade vid beslutsfattande inom politiska, ekonomiska och sociala områden.[314] Även i deklarationen som antogs vid den fjärde ministerkonferensen om jämställdhet mellan kvinnor och män sägs att en könsbalanserad representation är nödvändig för en "berikad" demokrati.[315]

I flera EU-dokument framgår att representation anses vara ett instrument för att bedöma jämställdhet. Det framgår t.ex. av kommissionens

[310] Prop. 1994/95:164 s. 12.

[311] Se t.ex. Muterahejeru, E/C.12/1987/SR.5, s. 10 punkt 4, Neneman, E/C.12/1988/SR.3, s. 7 punkt 29, Jiminez Butragueno E/C.12/1991/SR.3, s. 11 punkt 51.

[312] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985, UD II:42, punkt 84.

[313] Se ILO, RCE, årligen.

[314] Council of Europe, Declaration on Equality of Women and Men adopted by the Committee of Ministers (1988).

[315] Declaration on Equality between Women and Men as a Fundamental Criterion of Democracy, Istanbul (1997).

handlingsprogram för jämställdhet.[316] Rådets rekommendation från 1984 anger att aktiva åtgärder skall vidtas för att främja en bättre *könsbalans* inom arbetslivet.[317] I kommissionens "framework strategy on gender equality" framhålls kvinnors representation i beslutande organ som en viktig fråga för gemenskapen.[318]

I svensk rätt anses jämställdhet råda när minst 40 % av ena könet inom varje typ av arbete och inom varje kategori av arbetstagare uppnåtts.[319] Är verkligen graden av representation ett mått på jämställdhet? Enligt M. Lundström kan representation vara ett medel för jämställdhet, en indikation på jämställdhet, men inte målet i sig.[320] NUTEK har utfört en undersökning där graden av jämställdhet ställdes i förhållande till företags lönsamhet.[321] I studien identifierades först vissa mätbara tecken på jämställdhet som stämmer överens med kriterierna uppställda i jämställdhetslagen.[322] Förebilden var Kommunförbundets s.k. "3R-metoden" vilket står för "Representation, Resurser och Realia". Denna metod avser att underlätta arbetet med att synliggöra hur maktfördelningen ser ut mellan könen. Enligt denna metod undersöks statistiskt hur kvinnor och män är fördelade i grupper som på ett eller annat sätt bidrar till att kommunala beslut fattas (representationen). Angående Resurser studeras fördelningen av pengar, tid och utrymme mellan flickor/kvinnor och pojkar/män. Med Realia menas vilka värderingar, normer och kvalitetsmått det är som styr i en verksamhet och vem eller vilka utgör normen i verksamheten?[323] För att försöka kvantifiera jämställdhetsbegreppet valde NUTEK-undersökningen att utgå från representation, befattningsstruktur och resursfördelning i företaget samt föräldraskap och förvärvsarbete som mätbara indikatorer på graden av jämställdhet i företagen.[324] Denna undersökning använde således representation som en av flera parametrar vid mätningen av jämställdhet. Den var inte ensam avgörande för resultatet.

[316] COM (90) 449 final, COM (95) 381 final, COM (2000) 335 final.
[317] OJ L 331 1984, punkt 1.
[318] COM (2000) 335 final s. 7 ff. Se även rådets rekommendation från 1996 OJ L 319 1996, s. 11–15.
[319] Prop. 1978/79:175 s. 168, SOU 1989:30 s. 158 f.
[320] Lundström, M., 1996, s. 36.
[321] NUTEK, R 1999:19, Jämställdhet och lönsamhet.
[322] A. a. s. 18 ff. Mätbara förhållanden ansågs vara: arbetsförhållanden/arbetsmiljö, föräldraskap och arbete, utbildning/kompetensutveckling, rekrytering och befordran, sexuella trakasserier samt kartläggning av löneskillnader.
[323] NUTEK, R 1999:19 s. 21.
[324] A. a. s. 22.

Hellner delar in målsättningen med en lagstiftning i primärmål och ultimärmål. Primärmålen utgör medel för att uppnå ultimärmålen. En reglering måste kunna rättfärdigas av ett ultimärmål som anses värdefullt och eftersträvansvärt.[325] Med en sådan indelning kan man säga att regleringen om att ha en jämn representation, som anses uppnådd när minst 40 % av båda könen är representerade, kan rättfärdigas av jämställdhetsmålet. Kravet på en jämn representation utgör, dels ett primärmål som skall uppfyllas, dels ett medel för att uppnå ultimärmålet. Materiell jämställdhet är i detta fall ultimärmålet.

3.7 Sammanfattning

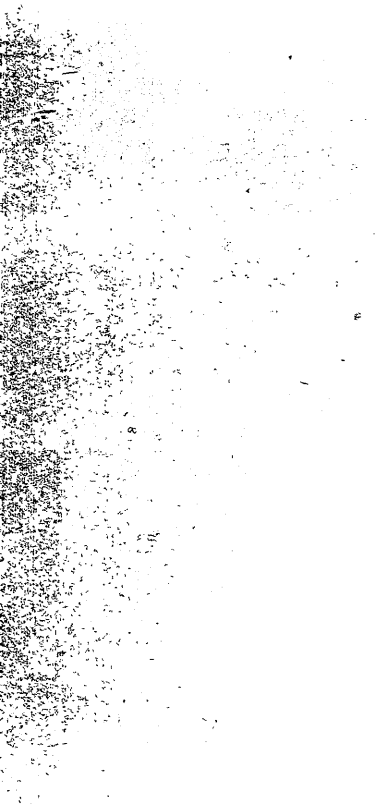
Engelska språket gör ingen skillnad mellan jämställdhet och jämlikhet som i det svenska utan använder enbart ordet "equality". På svenska översätts ordet till både "jämlikhet" och "jämställdhet". Det kan diskuteras huruvida dessa två begrepp har samma innebörd. Jag har dock nöjt mig med att konstatera att man i förarbeten framhållit att jämställdhet används för att uttrycka jämlikhet mellan könen och istället fokuserat på frågan om skillnaderna mellan formell respektive materiell jämställdhet.

Formell jämställdhet motsvarar förbudet mot könsdiskriminering och tillåter inte någon särbehandling. Materiell jämställdhet innebär däremot att särbehandling kan vara tillåten genom att det är inte är själva likabehandlingen som är målsättningen utan istället jämställdhet i resultatet som är det. Uttalanden om att jämställdhet enbart innebär frånvaro av diskriminering innehåller således inte hela sanningen. *Equality* beskrivs på olika sätt, vilka kan sorteras in under dessa två huvudtyper. Bland annat talas om *equality of opportunity* vilken sägs förekomma i en svagare och starkare form. Den svagare formen av *equality of opportunity* är en form av formell jämställdhet medan den starkare formen av *equality of opportunity* utgör en form av materiell jämställdhet.

I alla tre rättssystemen sägs materiell jämställdhet vara målsättningen. Det är helt klart att detta innebär något mer än förbud mot könsdiskriminering, men det är ändå inte helt klart exakt vad som menas med denna målsättning i de olika systemen. I alla tre systemen tillåts aktiva åtgärder för att uppnå detta mål.[326] Sådana åtgärder är tillåtna så länge de är nödvändiga. Problemet är att bedöma när åtgärderna inte längre behövs, dvs. när jämställdhet har uppnåtts. Inom både folkrätt, EG-rätt och svensk rätt används *representation* som ett mått på jämställdhet. Enligt

[325] Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrättens område, 1990, s. 174 ff.
[326] Se vidare kapitel 9.

min mening är detta inte ett avgörande mått på om jämställdhet föreligger, eftersom erhållande av makt och inflytande inte sker automatiskt till följd av jämn representation. Däremot är det en indikation på graden av jämställdhet. Representation kan även sägas utgöra en strategi för att uppnå materiell jämställdhet. Det utgör ett medel för att uppnå ultimärmålet materiell jämställdhet och utgör på det sättet ett primärmål. NUTEK-rapporten visar att det är möjligt att mäta jämställdhet i större omfattning än enbart representation men frågan om *när* jämställdhetsfrämjande åtgärder inte längre behövs är fortfarande olöst.



DEL II

Diskriminering på grund av kön

Kapitel 4 Begreppet "kön"

4.1 Inledning

Begreppet "kön" ses på olika sätt beroende på i vilket sammanhang det diskuteras. I detta kapitel redogörs för i vilka avseenden synen på kön har betydelse för det rättsliga könsdiskrimineringsbegreppets tillämpningsområde.

Så här i inledningen är det lämpligt att kort presentera distinktionen "biologiskt kön" och "socialt kön". Med *biologiskt kön* menas kromosomuppsättningen (dvs. det *genetiska* könet), könsorgan, interna reproduktionsorgan och hormoner.[327] Biologiskt sett talas även om *somatiskt* kön, som avser det slag av könskörtlar som föreligger samt inre och yttre genitaliers utseende.[328] *Psykosocialt* kön avser könsrollen.[329] Numera används begreppen *socialt kön* eller *genus* istället för "könsroller".[330] Kön betraktas såsom en historisk, social och kulturell konstruktion av vad som anses vara kvinnligt och manligt. Socialt kön eller *genus* är således föränderligt över tiden. En mer utförlig beskrivning av *biologiskt* respektive *socialt* kön samt *genus* ges i avsnitt 4.4.

I kapitlet analyseras vilken innebörd "kön" har i de olika rättssystemen. För att könsdiskriminering skall föreligga krävs att en person blivit utsatt för en negativ särbehandling som har samband med personens könstillhörighet.[331] Jag behandlar frågan ur två aspekter. Inledningsvis undersöker jag vad som räknas som "könstillhörighet". Avses endast kvinna/man i biologisk (genetisk) betydelse eller finns ytterligare faktorer som inräknas i detta? I detta sammanhang behandlas transsexualitet, hermafroditism och homosexualitet. Följden av att dessa faktorer skulle räknas in i "kön" är att likabehandlingsdirektivet och jämställdhetslagen

[327] Prop. 1972:6 s. 44, SOU 1997:83 s. 307 f., Skidmore, ILJ 1997 s. 52.

[328] Prop. 1972:6 s. 44.

[329] A. st.

[330] Ds 1997:56 s. 35. Se även exempelvis Alvesson, Sköldberg, Tolkning och reflektion, 1994, s. 68 och Alvesson, Due Billing, Kön och organisation, 1999, s. 30 ff.

[331] Definitioner av begreppet könsdiskriminering behandlas i nästa kapitel. Det som diskuteras i detta kapitel är vad som ingår i begreppet "könstillhörighet".

blir tillämpliga. En särbehandling som grundar sig på någon av dessa faktorer utgör i sådant fall könsdiskriminering. Avslutningsvis ges en introduktion till vad som avses med "socialt kön" och att synen på vad som är manligt och kvinnligt påverkar vad som anses utgöra könsdiskriminering.

4.2 De båda könen... – vad är "kön"?

4.2.1 Kvinnor och män

Utifrån en genetisk utgångspunkt kan konstateras att av människans 46 kromosomer har kvinnan två morfologiskt lika könskromosomer, benämnda X-kromosomer, medan mannen har en X-kromosom och en Y-kromosom, som morfologiskt avviker från alla andra kromosomer.[332] Då det inte finns några andra varianter på könskromosomskombinationer finns alltså, genetiskt sett, endast två kön: det kvinnliga och det manliga.

Inom folkrätten ges inte några förklaringar av vad som avses med *sex* eller med *women* eller *men*. I artikel 16 i den universella förklaringen sägs t.ex. att "män och kvinnor" har rätt att ingå äktenskap och förklarar inte närmare vad som avses med detta.[333] Vid tolkning av artikel 12 i EKMR (som också handlar om rätten att gifta sig) har Europadomstolen uttalat att med "män och kvinnor" avses endast det biologiska könet.[334] I övrigt finns inga uttalanden från Europarådets organ om vad som avses med "kvinna" respektive "man". ILO-konvention nr 103 (om skydd för moderskap) innehåller emellertid ett stadgande som skulle kunna vara en definition av vad som avses med "kvinna". I artikel 2 sägs nämligen att med termen *woman* avses

> "any female person, irrespective of age or nationality, race or creed, whether married or unmarried [...]".[335]

Som synes är detta ingen definition. Det som sägs är att varje person av honkön är en kvinna. Artikeln förklarar vilka kvinnor som omfattas av konventionen snarare än definierar vad som faktiskt menas med "kvinna". Den bakomliggande anledningen till artikeln var förmodligen

[332] Prop. 1972:6 s. 10 f.

[333] Även i artikel 23 i KMPR sägs att rätten för kvinnor och män att gifta sig skall erkännas.

[334] Se *Rees* (17 oktober 1986) punkt 49, *Cossey* (27 september 1990) punkt 46 och *Sheffield och Horsham* (30 juli 1998) punkt 66–67.

[335] Konventionen reviderades 1953. Tidigare hette den nr 3 och kom till år 1919. Artikel 2 hade i princip samma innehåll i den ursprungliga konventionen. Tillägg i artikel 2 i 1953 års konvention var "race or creed".

att man ville förhindra att stater skulle utesluta vissa kvinnor från skyddet, t.ex. om de var ogifta.

Likabehandlingsprincipen inom EG-rätten har odiskutabelt avsett endast den "traditionella" kvinnan och mannen.[336] Detta synsätt har dock, sedan 1994, vidgats något (se vidare under avsnitt 4.2.2.2). Likaså förefaller det svenska synsättet vara att frågan om innebörden av "könstillhörighet" är oproblematisk, eftersom den inte har behandlats i svenska lagstiftningssammanhang. Jämställdhetskommittén förklarade i samband med jämställdhetslagens tillkomst att ett gynnande av män till följd av deras könstillhörighet (automatiskt) innebär ett missgynnande av kvinnor och vice versa.[337] För att könsdiskriminering skall föreligga krävs att kvinnor och män ställs mot varandra, vilket tydligt framgår i jämställdhetslagen, eftersom den kräver en konkret eller hypotetisk jämförelseperson av motsatt kön för att könsdiskriminering skall föreligga.[338] Vad som menas med "kön", "könstillhörighet", "kvinna" eller "man" diskuteras emellertid inte i förarbetena till någon lagstiftning som rör jämställdhetsfrågor. Däremot diskuteras ibland i sådana sammanhang "socialt kön".[339]

4.2.2 Intersexuella

4.2.2.1 Transsexualitet och hermafroditism

En persons könstillhörighet är inte alltid självklar. Medfödda missbildningar av könsorganen kan medföra tveksamheter om en persons könstillhörighet. Likaså förekommer att en person upplever att den biologiska könstillhörigheten inte överensstämmer med den upplevda könstillhörigheten. När att en individ företer drag hänförliga till båda könen brukar man tala om *intersexualitet*.[340]

En *icke-somatisk* intersexualitet kännetecknas av "en motsättning mellan individens biologiska kön och den av individen upplevda könsidentiteten".[341] "When a postpubertal individual suffers from a deep and persistent dissatisfaction with his or her anatomical sex and from more than two years wishes to undergo a sex change, this person, according to the

[336] Se *P mot S* (C-13/94) GA:s yttrande punkt 16.

[337] SOU 1978:38 s. 87 f.

[338] Se kapitel 5.

[339] Se exempelvis SOU 1997:83, Ds 1996:26 och Ds 1997:56. Socialt kön behandlas i avsnitt 4.4.

[340] SoU 1972:2 s. 7, prop. 1972:6 s. 10 f.

[341] NE band 18 1995 och SoU 1972:2 s. 7. "Vid icke-somatiska avvikelser är individen biologiskt sett enkönad men har en önskan att leva i en könsroll motsatt den biologiskt betingade och också ofta en föreställning om att tillhöra det motsatta könet" (prop. 1972:6 s. 12).

widely used psychiatric classification system [...] is called a transsexual".[342] Detta är fråga om vad som brukar kallas transsexualitet.[343]

Så kallad *somatisk intersexualitet* innebär att könsorganen är missbildade och inte kan hänföras till rent manliga eller kvinnliga. "En person med somatiska kännetecken från båda könen kallas hermafrodit eller pseudohermafrodit beroende på om intersexualiteten omfattar könskörtlarna eller om den endast avser övriga könskaraktärer".[344] En s.k. äkta hermafrodit har såväl äggstocks- som testikelvävnad.[345] Pseudohermafroditism är ett tillstånd där könskörtlarna är av ena könet och de yttre könsdelarna av det andra könet.[346] I det följande skall undersökas vilken rättslig könstillhörighet som intersexuella har och om diskriminering p.g.a. intersexualitet kan sägas utgöra könsdiskriminering.

4.2.2.2 Intersexuellas rättsliga könstillhörighet

1989 gav Europarådets parlament en rekommendation (nr 1117) om transsexuellas villkor. I denna uppmanas staterna att ändra sin lagstiftning så att det är möjligt att omregistrera kön, namn etc. vid transsexualitet samt att skydda transsexuellas privatliv. Rekommendationen avslutas med en påminnelse om att all diskriminering av åtnjutandet av fri- och rättigheter är förbjuden enligt artikel 14 i EKMR.

I de mål som rört transsexuella och som Europadomstolen prövat har artiklarna 8 (rätten till privat- och familjeliv) och 12 (rätten att gifta sig) varit aktuella. Av Europadomstolens praxis följer att det inte är tillåtet för en stat att *helt förneka* den nya könsidentiteten hos en person som genomgått könsbyte. Det framgår t.ex. av fallet *B mot Frankrike*.[347] Staten hade nekat B att uppgift om kön och förnamn i personregistret och identitetshandlingar ändrades. Domstolen konstaterade att Frankrike inte kunde hävda att det skulle innebära avsevärda problem som var kopplade till systemet för registrering av personuppgifter. Systemet var avsett för att uppdateras livet igenom och Europadomstolen ansåg att de svårigheter

[342] Dr Reid, Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism, Council of Europe (1995) s. 25. Reid anser att "gender identity disorder" är en bättre term då "transsexualism" ofta misstas för att vara ett sexuellt problem.

[343] Transsexualitet är inte detsamma som transvestism. En *transvestit* är en person som känner behov av att klä sig i det motsatta könets kläder (NE band 18 1995). Detta innebär inte (nödvändigtvis) att personen är transsexuell.

[344] Prop. 1972:6 s. 11. En androgyn är en tvekönad person med en kombination av manliga och kvinnliga könskaraktärer, Nationalencyklopedin band 1 1989.

[345] Nationalencyklopedin band 1 (1989) och 8 (1992). Har dock *en* kromosomuppsättning, vanligen kvinnlig.

[346] Nationalencyklopedin band 15 1994.

[347] *B mot Frankrike* (25 mars 1992) punkt 52 ff.

som uppkom för B inte rymdes inom statens tolkningsmarginal utan utgjorde ett brott mot artikel 8.

I Storbritannien är däremot registreringen av personuppgifter i födelsebeviset inte något som kontinuerligt uppdateras utan registrerade historiska fakta. Därför har Europadomstolen i flera mål kommit fram till att det inte förelegat en skyldighet för staten att retroaktivt ändra uppgifter i födelsebevis etc. Skyldigheten att beakta könstillhörigheten gäller endast för framtiden.[348] Storbritanniens lagstiftning tillåter transsexuella att byta kön och tillåter att de därefter byter namn och identitetshandlingar etc. Däremot innebär lagstiftningen att registrering av personuppgifter i födelsebeviset inte uppdateras utan dessa förblir oförändrade, även efter ett könsbyte (jfr Sverige där förändringar införs fortlöpande i folkbokföringen). Detta får till följd att en transsexuell person exempelvis inte kan gifta sig, eftersom det biologiska könet framgår i födelsebeviset och äktenskapsreglerna kräver personer av olika kön för äktenskap.[349] Det innebär att Europadomstolen hittills har godkänt definitioner av "kön" som utesluter transsexuella i staternas lagstiftning.

Inte heller behöver staten erkänna den post-operativa transsexuelles nya könsidentitet i en *annan persons* födelsebevis. Det framgår av fallet *X, Y och Z mot Storbritannien*.[350] Fallet handlade om X som föddes som kvinna men därefter genomgick en operation till man. Genom insemination fick X:s sambo Y en dotter, Z. X ville registreras som fader till Z men Storbritannien avslog ansökan. Anledningen till detta var att X:s biologiska kön kvarstod i aktuella register. X kunde inte stå som fader till barnet eftersom X:s biologiska kön var kvinnligt. Europadomstolen ansåg att staterna har en vid tolkningsmarginal i sådana här fall, eftersom det råder så stor skillnad mellan medlemsstaterna beträffande frågan om att ge transsexuella rätt till föräldrarättigheter. Dessutom är praxis olika i olika stater beträffande fastställande av faderskap och vad som utgör barnets bästa.[351] Vid avvägningen mellan statens ingrepp och partens lidande konstaterade domstolen att det inte finns något bevis för vad som är barnets bästa och att de olägenheter som X led inte var oresonligt svåra.[352] Domarna innebär att Europadomstolen godkänner lagstiftning

[348] Detta framgår av *Rees* (17 oktober 1986), *Cossey* (27 september 1990), *Sheffield och Horsham* (30 juli 1998).

[349] Se *Rees* (17 oktober 1986), *Cossey* (27 september 1990) och *Sheffield och Horsham* (30 juli 1998).

[350] *X, Y och Z mot Storbritannien* (22 april 1997).

[351] *X, Y och Z mot Storbritannien* (22 april 1997) punkt 38–44.

[352] *X, Y och Z mot Storbritannien* (22 april 1997) punkt 45–52.

som innebär att en stat använder biologiskt kön som enda kriterium för fastställande av könstillhörighet.[353]

EG-domstolen betraktar transsexualitet som en fråga om könsidentitet. Det framgår av fallet *P mot S* (C-13/94) där P blev uppsagd efter att ha genomgått några mindre operationer några månader efter att hon meddelat sin chef om sitt planerade könsbyte. I fallet reste GA Tesauro frågan huruvida könsdiskriminering endast skall relatera till diskriminering mellan kvinnor och män eller om uttrycket skall omfatta allt missgynnande som har samband med könstillhörighet.[354] Han ansåg att begreppet "kön" måste omdefinieras och att det är förlegat att inte betrakta missgynnande som har samband med kön som könsdiskriminering bara för att personen faller utanför den vedertagna klassificeringen av kvinnor och män.[355] Han underströk att förbudet mot könsdiskriminering utgör en aspekt av likabehandlingsprincipen, vilken i sin tur kräver att inga diskriminerande faktorer tas i beaktande. Det som har betydelse är att individer skall behandlas lika i lika situationer.[356] Domstolen, som hänvisade till likabehandlingsdirektivets syfte och den sorts rättigheter som direktivet avser att skydda, fann att diskrimineringsskyddet även omfattar könsbyte och erkände således det nya könet. Den sade att förbudet mot diskriminering i direktivet inte kunde begränsas till att endast gälla när en person tillhör det ena eller det andra könet.[357]

Vid tillkomsten av *lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning* (1999:133) konstaterades att transsexualitet är en fråga om könstillhörighet och inte sexuell läggning.[358] I svensk rätt finns *lagen om fastställande av könstillhörighet i vissa fall* (1972:119). Enligt denna kan transsexuella, under vissa förutsättningar, få könstillhörigheten fastställd. Enligt 1 § kan den som sedan ungdomen upplever att han eller hon tillhör annat kön än det som framgår av folkbokföringen få fastställt att han eller hon tillhör det andra könet. Det krävs då att personen i fråga uppträtt i enlighet härmed under avsevärd tid och att det kan antas att vederbörande även i framtiden kommer att leva i en sådan könsroll. Vidare krävs att sökanden är ogift svensk medborgare, fyllt arton år

[353] van Beuren kommenterar att Europadomstolen är mer konservativ beträffande frågor som rör transsexuella än kommissionen, se Annual review of international family law, 1996, s. 7.

[354] *P mot S* (C-13/94) GA:s yttrande punkt 16.

[355] *P mot S* (C-13/94) GA:s yttrande punkt 17. Tesauro underströk att han inte betraktar transsexuella som ett "tredje" kön utan att det var en principiell fråga att de skulle falla inom direktivets tillämpningsområde (punkt 22).

[356] *P mot S* (C-13/94) GA:s yttrande punkt 19.

[357] *P mot S* (C-13/94) punkt 20–21.

[358] SOU 1997:175 s. 117, prop. 1997/98:180 s. 22. Se vidare avsnitt 4.3.

samt låtit sterilisera sig (eller ändå saknar fortplantningsförmåga). Om personen erhåller tillstånd *får*, enligt 4 §, ingrepp i könsorganen göras i syfte att göra dem mer lika det motsatta könets. Det är emellertid ingen förutsättning att personen söker tillstånd till könsbyte för att fastställelse av könstillhörigheten skall kunna göras.

Enligt 2 § samma lag kan personer med missbildade könsorgan, som leder till tvekan om personens kön (dvs. hermafroditer), efter ansökan få fastställelse av könstillhörigheten. Detta kan meddelas om det är förenligt med utvecklingen av könsrollen. Det krävs även att rättelse av missbildningen kan ske, så att organen bättre överensstämmer med önskad könstillhörighet, eller där sådan könstillhörighet är mest förenlig med den sökandens kroppsliga tillstånd. Frågan om fastställande av könstillhörighet vid denna typ av intersexualitet sägs i propositionen förväntas framförallt gälla små barn och det poängteras att fastställelse av könstillhörigheten aldrig får strida mot en utvecklad könsroll.[359] Socialstyrelsen skall underrätta skattemyndigheten om fastställelsen för ändring av könsanteckning i folkbokföringen.[360] Socialstyrelsens beslut får överklagas hos länsrätten (6 §).

Rättsverkningarna av en ändring av könstillhörigheten är att personen i fråga till fullo räknas tillhöra sitt nya kön. Rättsverkningarna är bindande för framtiden i alla materiellrättsliga sammanhang, där det har betydelse om individen är man eller kvinna, och kan återställas först efter resning.[361] Detta innebär att en transsexuell person exempelvis får gifta sig (jfr Storbritannien, se ovan). Detta innebär även att en person som fått sin könstillhörighet ändrad och sedan missgynnas i arbetslivet p.g.a. sin könstillhörighet skall betraktas tillhöra sin nya könstillhörighet vid tillämpning av jämställdhetslagen. Detta gäller oavsett om personen har genomgått ett könsbyte eller inte. Det avgörande är om fastställelse skett. Om en person är transsexuell men däremot inte tagit steget till att ändra könstillhörigheten, tillhör han eller hon rättsligt sett det biologiska könet. För personer med missbildade könsorgan (hermafroditer) gäller den könstillhörighet som fastställdes vid födelsen, om inte personen väljer att ändra könstillhörigheten i enlighet med 2 § lagen om fastställande av könstillhörighet. Om en person med missbildade könsorgan väljer att inte vidta åtgärder för att få könsorganen att överensstämma med enbart ena könet, utan väljer att leva med båda könsegenskaperna, tillhör personen rättsligt

[359] Prop. 1972:6 s. 50.

[360] A. prop. s. 26 Vid lagens tillkomst var det *pastorsämbetet* som skulle underrättas.

[361] A. prop. s. 26, 46 och 52 f. (Exempel på fall från regeringsrätten beträffande fråga om resning i ärende angående fastställande av könstillhörighet ger *RÅ 1991 not 552*, *RÅ 1993 not 379*, *RÅ 1994 not 670* och *RÅ 1996 not 198.*)

sett det kön som fastställdes vid födelsen. En person som har "avvikande" sekundära könskaraktärer kan inte få könstillhörigheten fastställd enligt *lagen om fastställande av könstillhörighet i vissa fall.* Sålunda utesluter regler fall där avvikelsen endast består av sekundära könskaraktärer såsom behåring, bröst och röstläge, eftersom det inte föreligger någon intersexualitet.[362] Detta innebär att det är personens biologiska kön som avgör könstillhörigheten.

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att Europarådet tillåter att stater endast inbegriper biologiskt kön i definitioner av "kön" och således utesluter transsexuella och hermafroditer. Inom EU finns inget uttalat om definitioner av "kön" men vid fråga om könsdiskriminering förelegat har den nya könstillhörigheten erkänts. I Sverige erkänns den nya könstillhörigheten till fullo efter fastställelse.

4.2.3 Intersexualitet – en egen diskrimineringsgrund?

Utgör intersexualitet en egen diskrimineringsgrund eller kan man säga att missgynnande i samband med intersexualitet utgör könsdiskriminering? EKMR skyddar transsexuella i viss mån men Europadomstolen förefaller inte se särbehandling av transsexuella som en form av könsdiskriminering utan betraktar transsexualitet som en separat diskrimineringsgrund i artikel 14. Vid prövning av mål som rört särbehandling av transsexuella har domstolen inte prövat huruvida det rört sig om diskriminering enligt artikel 14 utan avgjort frågan genom proportionalitetstestet i den materiella regeln (artikel 8 eller 12). Staterna har fått vida marginaler för egen tolkning med hänvisning till att synen på transsexuella varierar i Europa. Europadomstolen har uttryckt att "kön" är en extra suspekt grund för särbehandling som kräver särskilt tunga skäl för att vara tillåten.[363] Det förefaller således som om domstolen ser transsexualiteten som en egen diskrimineringsgrund och inte som att den ingår i könsdiskriminering. Om den hade gjort det, skulle en särbehandling av transsexuella prövats mycket mer ingående och med liten tolkningsmarginal för staten.

EG-rättens syn på könsdiskriminering inbegriper missgynnande som sker p.g.a. transsexualitet, åtminstone när det sker i samband med ett könsbyte, vilket framgår av det ovan omtalade fallet *P mot S.* I fallet argumenterade GA Tesauro som om han ansåg att transsexualitet utgör en "egen" diskrimineringsgrund som ryms inom könsdiskrimineringsbegreppet, då han hävdade att transsexuella inte får utsättas för oförmånlig behandling som hör samman med en negativ bild, "moraliska domar",

[362] Prop. 1972:6 s. 24.

[363] Se t.ex. *Abdulaziz* (28 maj 1985) punkt 78.

som inte har något samband med deras förmåga i arbetslivet.[364] Enligt Tesauro utgör alltså transsexualiteten i sig en otillåten diskrimineringsgrund. Som redan sagts ansåg även domstolen att det var fråga om diskriminering i strid med likabehandlingsdirektivet.

Det är inte bara fråga om könsdiskriminering när en person missgynnas *efter* ett könsbyte utan även när så sker om en person *avser* att genomföra ett könsbyte.[365] Det är däremot mindre klart huruvida skyddet mot diskriminering enligt likabehandlingsdirektivet gäller även *innan* den transsexuella personen beslutat att genomgå ett sådant. GA Tesauros uttalande ovan kan tolkas så att även dessa situationer bör omfattas, eftersom han hävdar att "the principle of equality [...] requires no account to be taken of discriminatory factors". Det avgörande är i så fall inte könsbytet utan huruvida personen är transsexuell. I EG-rätten utgör alltså transsexualitet en otillåten grund för särbehandling, det är en egen diskrimineringsgrund samtidigt som den anses falla inom ramen för könsdiskrimineringsbegreppet, eftersom det är en fråga om könstillhörighet.

I svensk rätt betraktas transsexualitet som en könstillhörighetsfråga.[366] Detta innebär att ett missgynnande p.g.a. transsexualitet omfattas av jämställdhetslagen. Detta följer även av att de svenska domstolarna är tvungna att följa EG-domstolens praxis.[367] På samma sätt som inom EG-rätten utgör transsexualitet en egen otillåten grund för diskriminering samtidigt som det ingår i konceptet könsdiskriminering.

Det kan således konstateras att både EG-rätten och svensk rätt inbegriper transsexualitet i "könstillhörighet" och inbegriper missgynnande som relaterar till transsexualitet i könsdiskrimineringsbegreppet. Europadomstolen har däremot hittills behandlat särbehandling p.g.a. transsexualitet som något annat än könsdiskriminering. Jag har inte funnit några uttalanden inom FN-systemet om huruvida särbehandling av transsexuella utgör en del av könsdiskriminering.

Varken inom folkrätten, EG-rätten eller svensk rätt framgår huruvida hermafroditism innebär en otillåten grund för särbehandling. Det saknas både praxis och doktrin i frågan. Det diskuteras inte heller i några svenska förarbeten. I *P mot S*-fallet ansåg EG-domstolen att diskriminering p.g.a. transsexualitet är en form av könsdiskriminering, eftersom diskrimineringen i huvudsak grundar sig på personens könstillhörighet. EG-domstolen ansåg att ett accepterande av sådan diskriminering skulle innebära att personens "värdighet och frihet" inte tillgodoses. Samma

[364] *P mot S* (C-13/94) GA:s yttrande punkt 20.
[365] *P mot S* (C-13/94) punkt 21.
[366] SOU 1997:175 s. 117, prop. 1997/98:180 s. 22.
[367] *Costa mot E.N.E.L* (C-6/64).

resonemang bör kunna föras avseende tvekönade personer, eftersom både transsexualitet och hermafroditism rör frågan om kön. Om en person diskrimineras p.g.a. sin hermafroditism, har diskrimineringen sin grund i könstillhörigheten.

4.3 Sexuell läggning

4.3.1 Skydd mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning

Vid konferensen i Wien om mänskliga rättigheter (1993) föreslog Kanada att "*sexual orientation*" skulle läggas till uppräkningen av otillåtna diskrimineringsgrunder i artikeln om förbud mot diskriminering. I stället ändrades artikeln på så sätt att uppräkningen av diskrimineringsgrunder togs bort. Även andra stater tog upp frågor som rör homosexuella.[368] Inom FN diskuterades diskriminering p.g.a. sexuell läggning för första gången på allvar vid kvinnokonferensen i Peking 1995.[369] Några stater avgav en skriven förklaring att de ansåg att skyddet mot diskriminering även omfattar sexuell läggning och Israel förklarade att "other status" i artikel 2 (1) KMPR omfattar sexuell läggning.[370] I artikel 97 i handlingsplanen från kvinnokonferensen stadgas att alla kvinnor skall ha rätt att bestämma över sin sexualitet. Enligt den svenska delegationens rapport från konferensen täcker denna text även frågan om sexuell orientering.[371]

Artikel 14 i EKMR skyddar mot diskriminerande behandling som har sin grund i "personal characteristic ("status") by which persons or groups of persons are distinguishable from each other".[372] *Sexuell läggning* finns inte med i uppräkningen av diskrimineringsgrunder i artikeln, men uppräkningen är å andra sidan inte uttömmande. I *Rasmussenfallet* påpekade Europadomstolen att "[t]here is no call to determine on what ground this difference was based, the list of grounds appearing in Article 14 [...] not being exhaustive".[373] Det tolfte protokollet till EKMR innehåller en självständig antidiskrimineringsklausul. Vid diskussionerna om utkastet anfördes att det inte finns något behov av att utvidga uppräkningen med

[368] Sanders, HRQ, 1996, s. 89 f.

[369] A. a. s. 90 f., Kirilova Eriksson, Reproductive Freedom In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, 2000, s. 224.

[370] A/CONF.177/20/Rev.1, s. 165.

[371] Sveriges delegation vid FN:s kvinnokonferens i Peking, Rapport från FN:s fjärde kvinnokonferens Peking den 4–15 september 1995, s. 11.

[372] *Kjeldsen Busk Madsen och Pederson* (7 december 1976) punkt 56.

[373] *Rasmussen mot Danmark* (28 november 1984) punkt 34.

"sexuell läggning", eftersom artikel 14 redan skyddar mot sådan diskriminering. Uppräkningen är därför densamma som i artikel 14. Europarådets parlament har även utfärdat en rekommendation där medlemsstaterna uppmanas att bl.a. tillförsäkra homosexuella likabehandling beträffande anställning, lön och anställningstrygghet, särskilt inom den offentliga sektorn.[374] Liksom vid mål som rört transsexuella har prövningen i Europadomstolen framförallt avsett artikel 8 i EKMR (och inte "diskriminering" enligt artikel 14). Staterna har även i dessa fall givits en vid tolkningsmarginal, till följd av att synen på homosexualitet varierar starkt i de olika medlemsstaterna.[375] (Domstolen har dock inte ansett att det finns "social pressing need" för att kriminalisera homosexuella handlingar.[376]) Wintermute påpekar att även om "sexuell läggning" sägs ingå som diskrimineringsgrund i artikel 14, framgår av praxis att det alltid verkar finnas skäl som gör åtskillnaden i behandling godtagbar.[377]

Europaparlamentet har uppmanat medlemsstaterna att upphöra att diskriminera och särbehandla homosexuella och har även uppmanat kommissionen att vid överläggningar med stater som ansöker om medlemskap undersöka att dessa iakttar respekt för mänskliga rättigheter avseende homosexuella.[378] I och med EU-fördraget finns numera en möjlighet för rådet att besluta om åtgärder mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning (artikel 13). Till följd av detta har rådet utfärdat ett direktiv om inrättande av en allmän ram för likabehandling (2000/78) som har till syfte att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet p.g.a. bland annat sexuell läggning. Direktivet förbjuder både direkt och indirekt diskriminering.[379] Även i den icke-bindande stadgan om de grundläggande rättigheterna förbjuds diskriminering p.g.a. sexuell läggning (artikel 21).

I Sverige infördes *lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning* (1999:133) som trädde i kraft 1 maj 1999. Lagen är utformad med jämställdhetslagen som förebild och skyddar mot både direkt och indirekt diskriminering i samma situationer som denna.

[374] Parliamentary Assembly Recommendation 924 (1981) punkt 7 (iii) (b).

[375] *Se Dudgeon* (22 oktober 1981), *Smith och Grady mot Storbritannien* (27 september 1999), *Lustig–Prean och Beckett* (27 september 1999).

[376] *Dudgeon* (22 oktober 1981) punkt 60 och *Norris* (26 oktober 1981) 1988) punkt 46. I målet *Sutherland mot Storbritannien* (27 mars 2001) ansåg kommissionen att brott mot artikel 8 och 14 förelåg men avstod från att avgöra huruvida en skillnad som har sin grund i sexuell läggning utgör diskriminering p.g.a. kön eller p.g.a. *"other status"*. Målet blev dock aldrig avgjort av Europadomstolen som, på parternas begäran, strök det från listan då Storbritannien ändrat lagstiftningen och betalat skadestånd till sökanden.

[377] Wintermute, ILJ, 1995, s. 125.

[378] OJ C 61 1994 s. 40, OJ C 313 1998 s. 186 och OJ C 98 1999 s. 43.

[379] EGT L 303 2000 s. 16–22.

4.3.2 Diskriminering p.g.a. sexuell läggning – en form av könsdiskriminering?

Kommittén för de mänskliga rättigheterna har tolkat begreppet könsdiskriminering så att det inbegriper diskriminering p.g.a. sexuell läggning. Kommitténs tolkning av artiklarna 2 (1) och 26 i KMPR föranleddes av frågan om "sexuell läggning" skall läggas till uppräkningen av diskrimineringsgrunder och räknas som "ställning i övrigt" (*other status*). Kommittén valde emellertid att istället se det som något som ingår i "kön".[380] Europadomstolen har inte gjort något uttalande om förhållandet mellan sexuell läggning och könstillhörighet. Mycket talar dock för att domstolen *inte* betraktar sexuell läggning som en fråga om könstillhörighet, eftersom den har behandlat mål om diskriminering p.g.a. kön och mål om diskriminering p.g.a. sexuell läggning på olika sätt. I det sistnämnda fallet har domstolen givit medlemsstaterna en vid tolkningsmarginal (liksom beträffande transsexualitet), medan den i mål om könsdiskriminering ställt särskilt höga krav på lagstiftningen och givit staterna en liten tolkningsmarginal.

EG-domstolen anser att EG-rättens likabehandlingsprincip inte skyddar mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning. Följaktligen har EG-domstolen inte funnit att otillåten lönediskriminering av homosexuella förelegat i strid med artikel 141 (f.d. 119) EU-fördraget då denna endast avser könsdiskriminering. I *Grant*-målet (C-249/96) fann EG-domstolen att olika möjligheter att erhålla reseförmåner till arbetstagarens partner, beroende på partnerns kön, inte utgjorde könsdiskriminering i strid med artikel 141 och likalönedirektivet. Målet gällde en arbetsgivare som inte beviljade reseförmåner till personer som var sammanboende med homosexuella arbetstagare. Däremot beviljade arbetsgivaren reseförmåner till personer som var sammanboende med heterosexuella arbetstagare. Domstolen menade att eftersom gemenskapsrätten inte likställer fasta förhållanden mellan personer av olika kön med fasta förhållanden mellan personer av samma kön rörde det sig inte om könsdiskriminering. Villkoret tillämpades på samma sätt avseende alla homosexuella, både kvinnor och män.[381]

[380] CCPR/C/50/D/488/1992, *Toonen mot Australien* punkt 8.7. KESKR-kommittén har inte gjort något uttalande om sexuell läggning även om det, som Craven påpekar, vore önskvärt att den gjorde det (se Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 1998, s. 171).

[381] *Grant* (C-249/96) punkt 26–36. Kommissionen ansåg däremot att "sexuell läggning" kan inrymmas under "könsdiskriminering" enligt artikel 141 (f.d. 119) men att den diskriminering som käranden utsatts för inte hade sin grund i hennes sexuella läggning utan på det faktum att hon inte levde "[...] as a 'couple' or with a 'spouse'[...]" (punkt 23).

Likaså fann förstainstansrätten i målet *D mot rådet* (T-264/97) att hushållstillägg som rådets tjänstemän kunde erhålla för sin partner av motsatt kön inte var tillgängligt för tjänstemän som hade partner av samma kön. Förstainstansrätten menade att begreppen äktenskap och make i tjänsteföreskrifterna utgjorde gemenskapsrättsliga begrepp och uteslutande omfattade äktenskap i traditionell bemärkelse. (Därför hade rådet ingen skyldighet att ta hänsyn till medlemsstaternas lagstiftning i detta hänseende). EG-domstolen kom fram till samma resultat efter att förstainstansrättens dom överklagats av både D och svenska staten. Domstolen konstaterade att registrerat partnerskap inte likställs med äktenskap i vare sig medlemsstaterna eller EU och att tjänsteföreskrifterna enbart avser äktenskap. Domstolen hänvisade till att det är lagstiftarens uppgift att ändra detta förhållande. Enligt domstolen var det inte könstillhörigheten som var avgörande för att erhålla hushållstillägget utan förhållandets rättsliga status. Det gick därför inte att tolka tjänsteföreskrifterna så att de gav rätt till personer i registrerade partnerskap att erhålla hushållstillägg.[382] D och Sverige hävdade även att särbehandlingen utgjorde ett brott mot artikel 141. EG-domstolen ansåg dock att till följd av att lagstiftningen är så olika inom unionen kan en person i ett registrerat partnerskap inte anses befinna sig i en jämförbar situation med en gift tjänsteman. D hade därför inte rätt till hushållstillägget.[383]

Även i svensk rätt behandlas diskriminering p.g.a. kön och diskriminering p.g.a. sexuell läggning som två skilda företeelser. Enligt 2 § *lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning* kan begreppet "sexuell läggning" endast förstås såsom: homosexuell, bisexuell eller heterosexuell läggning. Begreppet tar sikte på "en individs känslomässiga relationer, erotiska fantasier och fysiska sexuella aktiviteter. [...] Termerna har alltså inte någon inneboende könsreferens."[384] Svensk lagstiftning skiljer således mellan diskriminering p.g.a. kön och p.g.a. sexuell läggning, men båda faktorerna utgör otillåtna grunder för särbehandling i arbetslivet.

Om *Grantfallet* eller *D mot rådet* hade prövats i Sverige hade lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning varit tillämplig, vilken innebär att en arbetsgivare inte får tillämpa sämre

[382] *D och Sverige mot rådet* (C-122/99 P, C-125/99 P) punkt 29-41.

[383] *D och Sverige mot rådet* (C-122/99 P, C-125/99 P) punkt 45-52.

[384] SOU 1997:175 s. 111 ff., prop. 1997/98:180 s. 22. I utredningen "Homosexuella och samhället" beskrivs sexuell läggning vara en människas sexuella känslor som riktar sig mot personer av samma eller motsatt kön samt en beskrivning av ett handlingsmönster (SOU 1984:63). Detta kan jämföras med lagstiftningen i staten Minnesota i USA där transsexualitet och transvestism ingår i begreppet "sexual orientation" (ILO, RCE, 1996, punkt 275).

anställningsvillkor för en person med homosexuell läggning än för en person av annan sexuell läggning. Fram tills nyligen har svensk rätt således haft ett starkare skydd mot diskriminering än EG-rätten. Sedan tillkomsten av direktivet om inrättande av en allmän ram för likabehandling (2000/78) finns dock numera även ett krav inom EG-rätten på att medlemsstaterna inför skydd mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning i arbetslivet.

Även om lagstiftning till skydd mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning införs i EU:s medlemsstater anser jag att det finns anledning att ifrågasätta om inte särbehandling av denna anledning bör ses som könsdiskriminering, bl.a. av det skälet att det faktiskt *är* en fråga om könstillhörighet. Enligt min uppfattning är det dags att ompröva det idag givna antagandet att könsdiskriminering endast sker i relation till biologiskt kön. Skyddet mot könsdiskriminering är starkare än diskriminering på många andra grunder och eftersom det är en grundläggande mänsklig rättighet, som har en särskilt stark status, finns det inte någon anledning att tolka könsdiskrimineringsbegreppet snävt – även om andra regler också ger skydd.

I det tidigare nämnda fallet *P mot S* (C-13/94) argumenterade GA Tesauro för att begreppet könsdiskriminering skulle omdefinieras och innebära att allt missgynnande som har ett samband med kön faller under konceptet. Domstolen uttalade att förbudet mot diskriminering i direktivet inte kunde begränsas till att endast avse när en person tillhör det ena eller det andra könet.[385] Detta kan tolkas så att EG-domstolen gick på generaladvokatens linje beträffande begreppet könsdiskriminering i likabehandlingsdirektivet och faktiskt gjorde den omdefiniering som Tesauro efterlyste; diskriminering *som har samband med* könstillhörighet utgör könsdiskriminering. I *Grantfallet* konstaterade domstolen dock utan vidare omsvep att den mer extensiva tolkningen av könsdiskrimineringsbegreppet endast avser könsbyte och inte inbegriper sexuell läggning.[386]

Denys ifrågasätter varför domstolen anser att transsexuellas "dignity and freedom" (se *P mot S,* punkt 22) skall skyddas av EG-rätten men inte homosexuellas.[387] Ett argument för att homosexualitet skulle kunna inbegripas i skyddet mot könsdiskriminering är, enligt Ellis, att likabehandlingsdirektivets artikel 2 (1) stadgar "grounds of sex", alltså pluralis.[388]

[385] *P mot S* (C-13/94) punkt 20.

[386] *Grant* (C-249/96) punkt 42.

[387] Denys, ELR 1999 s. 423. Domstolen ansåg i *P mot S* -fallet att det skulle vara: "tantamount, as regards such a person, to a failure to respect the dignity and freedom to which he or she is entitled [...]".

[388] I den svenska versionen står det "någon som helst diskriminering på grund av kön", i den engelska "no discrimination whatsoever on grounds of sex", den franska: "toute discrimination fondée sur le sexe" och tyska: "Diskriminieriung auf Grund des Geschlechts".

Hon konstaterar dock att den nya artikel 13 i EU-fördraget skiljer mellan könsdiskriminering och diskriminering p.g.a. sexuell läggning, vilket talar emot att homosexualitet skulle ingå i "könsdiskriminering".[389] Byre menar att likabehandlingsdirektivet borde vara direkt tillämpligt, eftersom diskrimineringen baseras på stereotyper och könsrollsförväntningar. Byre anför vidare att kränkningar p.g.a. sexuell läggning anges i kommissionens rekommendation och uppförandekod från 1991 (angående sexuella trakasserier)[390] vara sexuella trakasserier, samtidigt som rekommendationen anger att sexuella trakasserier utgör könsdiskriminering i direktivets bemärkelse.[391]

GA Elmer förespråkade i *Grantfallet* en vidare syn på könsdiskrimineringsbegreppet i enlighet med utfallet i *P mot S*. Han menade att den avgörande frågan var att diskrimineringen skett p.g.a. kön.[392] Elmer pekade på att de aktuella reglerna för reseförmåner gjorde att möjligheten att få en förmån var avhängig på den anställdes kön i förhållande till sin sambos kön och tvärtom. Enligt Elmer spelar det ingen roll om kriterierna för erhållande av förmåner explicit anger kön eller är mer abstrakt som i fallet, eftersom kön *de facto* är det avgörande kriteriet för förmånen.[393] *P mot S*- och *Grant* -fallen visar att "kön" i könsdiskrimineringsbegreppet i bemärkelsen biologisk kvinna och man är otillräckligt för att komma åt alla former av diskriminering som har samband med könstillhörighet. Domen i *P mot S* kan ses som en ansats att vidga synen på könsdiskriminering samtidigt som den och domen i *Grant* kritiserats för att upprätthålla ordningen i det dikotoma könssystemet och det heterosexuellas hegemoni.[394]

Enligt min mening bör förbudet mot könsdiskriminering ges en vid tolkning så att alla situationer som faktiskt har ett samband med könstillhörighet omfattas. Jag anser att det är möjligt att i vissa fall inbegripa missgynnande som har samband med sexuell läggning i könsdiskrimineringsbegreppet. De fall som varit uppe i EG-domstolen och förstainstansrätten har rört möjligheterna att åtnjuta en viss förmån för personer som lever i homosexuella förhållanden. Kriteriet för att erhålla den aktuella förmånen var i båda fallen att personen var av visst kön i förhållande till sin partner. Här är alltså könstillhörigheten direkt avgörande för förmåns-

[389] Ellis, EC Sex Equality Law, 1998 s. 196 not 117.

[390] Se vidare kapitel 6.

[391] Byre, Equality and Non-Discrimination, 1993, s. 216 f.

[392] *Grant* (C-249/96) GA Elmers yttrande punkt 15.

[393] *Grant* (C-249/96) GA Elmers yttrande punkt 24–25.

[394] Se exempelvis Lundström K, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, 1999, s. 273 ff. och Fransson, Lönediskriminering, 2000, s. 279.

frågan. Detta kan skiljas från en situation där en person med homosexuell läggning inte får anställning eller diskrimineras på annat sätt i arbetet och orsaken till detta är fördomar eller motvilja mot homosexualitet.[395] I dylika fall har ett missgynnande *enbart* samband med den sexuella läggningen och inte personens könstillhörighet. Detta är vad jag skulle vilja kalla för renodlade fall av diskriminering p.g.a. sexuell läggning, medan det i de ovan omtalade rättsfallen ingick könstillhörighetsaspekter, varför de bör kunna ses som *både* könsdiskriminering och diskriminering p.g.a. sexuell läggning.[396]

Sanders argumenterar på samma sätt men drar längre gående slutsatser som innebär att *all* diskriminering som sker p.g.a. sexuell läggning kan ses som könsdiskriminering. Han pekar på att homosexualitet är ett relationellt koncept där den sexuella läggningen bedöms utifrån personens kön i förhållande till tänkbara partners. Det faktum som ligger bakom motvilligheten att se saken på detta vis är, enligt Sanders, att homosexualitet, för de flesta beslutsfattare, är en känslomässigt laddad fråga. Det blir homosexualiteten som uppmärksammas av beslutsfattaren och inte det mer vardagliga faktumet att diskriminering grundar sig på personernas könstillhörighet. Om homosexualitet kan bedömas utan dessa känslor, kan den bedömas som könsdiskriminering.[397]

4.4 Biologiskt och socialt kön/genus

4.4.1 Något om begreppsbildningen

Från engelska översätts både *sex* och *gender* till "kön" på svenska. För att göra en distinktion mellan en biologisk aspekt på kön och en social aspekt används i den samhällsvetenskapliga diskursen begreppen "biologiskt kön" och "socialt kön".[398] Som redan sagts i inledningen till detta kapitel avser "biologiskt kön" kromosomuppsättningen, könsorgan, interna reproduktionsorgan och hormoner, medan "socialt kön" används

[395] Jfr den svenska lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning som förbjuder att någon nekas anställning p.g.a. att arbetsgivaren hyser fördomar mot homosexuella. I sådana fall är det personens sexuella läggning som står i fokus, oavsett om han eller hon ens har en partner. Personens könstillhörighet sätts inte i relation till någon annan persons könstillhörighet. Den jämförelse som skall ske enligt lagen är med person av *annan* sexuell läggning (se 3 §).

[396] Frågan om jämförelseobjekt vid diskriminering som har samband med sexuell läggning diskuteras även i avsnitt 5.6.4.

[397] Sanders, HRQ 1996, s. 95.

[398] Svensson, Genus och rätt, 1997, s. 12.

för att beteckna synsättet att kön är en historisk, social och kulturell konstruktion som därmed också är föränderlig.[399] Vad som anses kvinnligt respektive manligt varierar i olika kulturer och i olika tidsåldrar.

"Socialt kön" har idag ersatt det tidigare använda termen "könsroller" och kan beskrivas såsom "en klassifikation konstruerad av samhällen, vilka överdriver skillnaderna mellan män och kvinnor i syfte att vidmakthålla könsojämlikhet".[400] En annan term som används i stället för "socialt kön" är *genus*.[401] "Genus" är egentligen en grammatikalisk term som existerar i form av bl.a. maskulinum och femininum.[402] Uttrycket *genussystem* har sitt ursprung i antropologin, men förekommer numera inom flera områden. Socialt kön/genus står för "det tillskapade". Termerna används för att beteckna sammankopplingen mellan biologiskt kön och socialt/kulturellt kön.[403]

I forskningen är genus framförallt en analytisk kategori, ett verktyg, som kan användas för att försöka analysera och förklara relationer och maktförhållanden mellan könen i olika sammanhang.[404] Begreppet används för att tydliggöra "att relationen mellan könen, liksom mäns och kvinnors beteenden, sysslor och vad som anses "manligt" eller "kvinnligt", inte är biologiskt givet, utan socialt och kulturellt konstruerat".[405] Det råder dock ingen konsensus över hur begreppet "genus" skall definieras. Enligt vissa, såsom exempelvis Hirdman[406] och Svensson[407], finns en maktdimension i genusbegreppet och ett antagande om hierarki. Andra forskare menar att en genusordning inte nödvändigtvis kräver hierarki men däremot asymmetri, "dvs. att åtskillnad görs utifrån reproduktion, sexualitet eller kroppstyp" osv.[408] Även sättet att se och använda begreppet "biologiskt kön" har kritiserats för att vara oproblematiserat

[399] SOU 1997:83 s. 307 f., Ds 1996:26 s. 20, Ds 1997:56 s. 35. Se även exempelvis Alvesson, Sköldberg, 1994, s. 68 och Alvesson, Due Billing, 1999, s. 30 ff., Skidmore, 1997 s. 52.

[400] SOU 1997:83 s. 307.

[401] Ds 1997:56 s. 35. Se även exempelvis Alvesson, Sköldberg, 1994, s. 68 och Alvesson, Due Billing, 1999, s. 30 ff.

[402] Hirdman, Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning. 1988, s. 49 f., Lundgren–Gothlin, Kön eller genus?, 1999, s. 3.

[403] Hirdman, 1988, s. 49 f., Beteckningen "genussystem" har f.ö. kritiserats för att det kan tolkas som något oföränderligt när "genus" i själva verket handlar om fortlöpande processer. Lundgren–Gothlin, 1999, s. 6.

[404] Ds 1997:56 s. 35 ff., SOU 1990:44 s. 76. Lundgren–Gothlin, 1999, s. 7. Se även exempelvis Alvesson, Sköldberg, 1994, s. 68 och Alvesson, Due Billing, 1999, s. 30.

[405] Lundgren–Gothlin, 1999, s. 4.

[406] Hirdman, 1988, s. 51 ff.

[407] Svensson, 1997, s. 12.

[408] För vidare läsning se Lundgren–Gothlin, 1999, s. 6.

och taget för givet. Vad som avses avgörande för könsbestämningen varierar både över tid och i olika kulturer.[409]

I detta avsnitt finns inte utrymme för att mer grundligt diskutera konceptet "genus" eller på vilket sätt även begreppet "biologiskt kön" är konstruerat. Således diskuterar jag inte huruvida *gender, genus* och *socialt kön* är uttryck för samma sak eller om det föreligger skillnader i betydelse mellan dem. Mitt syfte är enbart att ge exempel på att synen på vad som är kvinnligt och manligt beteende eller egenskaper har betydelse för vad som anses vara könsdiskriminering och vad som är "tillåten" könsdiskriminering. I detta syfte använder jag termerna synonymt.

4.4.2 Socialt kön och "könsdiskriminering"

4.4.2.1 Relationen mellan "socialt kön" och könstillhörighet

Vid bedömningen av huruvida könsdiskriminering föreligger krävs att individens könstillhörighet är klarlagd. Det krävs eftersom en förutsättning för att könsdiskriminering skall föreligga är att någon blivit negativt särbehandlad och detta har samband med personens könstillhörighet. Av ovan framgår att könstillhörigheten rättsligt sett bestäms antingen av det biologiska könet eller genom fastställelse (i Sverige). I det sistnämnda fallet får alltså personens upplevda könstillhörighet vara avgörande (dvs. genusidentiteten) istället för den biologiska.

Transsexualitet är ett tydligt exempel på att det traditionella antagandet att biologiskt kön bestämmer genus inte är oproblematiskt och att biologiskt kön och genus således inte alltid sammanfaller. Uppdelningen mellan biologiskt kön och genus vilar på den västerländska moderna föreställningen "om två biologiskt klart åtskiljbara kön som i sin tur ses som grund för genus och där kön/genus bestäms av könsorganens utseende".[410] Lundgren–Gothlin pekar på hur denna syn relativiseras om man ser till historien eller andra kulturer. Hon ger exempel på nordamerikanska indianstammar som har tre eller fyra genus.[411] Ett annat exempel är Nya Guinea där könstillhörigheten bestäms av kroppsvätska – blod eller sperma. Där "blir" pojkar män genom insemination av sperma och kvinnor i klimakteriet kan kategoriseras som män när de "tillägnat sig" tillräckligt mycket sperma.[412] Ytterligare kan nämnas att fram till 1700-talets slut var synen på de biologiska könen att de kvinnliga könsorganen

[409] Lundgren–Gothlin, 1999, s. 7 ff.
[410] A. a. s. 8.
[411] A. st.
[412] A. st.

sågs som inverterade manliga organ, kvinnan hade dem inuti kroppen till skillnad mot män som hade dem utanpå.[413]

Vissa forskare hävdar att frågan om vad som egentligen är "biologiskt kön" är omöjlig att besvara, att detta är lika konstruerat som "genus" och att även det biologiska könet egentligen är en fråga om "genus".[414] Utan att närmare gå in på frågan huruvida även "biologiskt kön" är en konstruktion kan konstateras att det biologiska könet *har* betydelse för kategorisering av könstillhörighet rättsligt sett, oavsett hur kategoriseringen av biologiskt kön gått till.

Socialt kön/genus får också betydelse för könstillhörigheten vid fall av könsbyte och fastställelse av könstillhörigheten. Däremot har uppfattningar om vad som är "kvinnligt" respektive "manligt" ingen påverkan på vilken könstillhörighet en person har, rättsligt sett. Inställningar om att kvinnor och män besitter vissa (olika) egenskaper styr inte den rättsliga könstillhörigheten. Vad som anses vara "kvinnligt" eller "manligt" kan dock ha betydelse för vad som utgör könsdiskriminering, vilket skall diskuteras nedan. I det följande kommer först en allmän inledning beträffande hur synen på könsrollerna har format samhället i stort, vilket har lett till en fortsatt frånvaro av *de facto* jämställdhet. Därefter ges exempel på hur synen på vad som är kvinnligt respektive manligt kan styra vad som anses utgöra könsdiskriminering i konkreta fall.

4.4.2.2 Det sociala könets betydelse för könsdiskriminering i samhället i stort

Synen på könsroller och föreställningar om kvinnligt och manligt har lett till en starkt könssegregerad arbetsmarknad med typiska "kvinnliga" och "manliga" yrken där kvinnor regelmässigt erhåller lägre lön än män.[415] "Den manliga rättviseetiken och den "kvinnliga" omsorgsetiken ställs emot varandra som två typer av rationaliteter. [...] Konsekvensen av distinktionen mellan manligt och kvinnligt genom uppdelningen i publikt och privat är att män och kvinnor kommit att förknippas med olika sätt att tänka och känna. Konsekvensen kan också bli att kvinnor och män förstås som essentiellt olika."[416] "Kvinnoyrkena" är framförallt hälso- och sjukvårdsarbete och socialt arbete. Mansyrkena är tillverkningsarbete.[417] Lönerna inom den offentliga sektorn är generellt sett lägre än inom den manligt dominerade privata sektorn. Konkurrensen om lönearbete mellan

[413] Lundgren–Gothlin, 1999, s. 8.
[414] A. a. s. 9 f.
[415] SOU 1998:6 s. 16 ff., Fransson, 2000, Del II (s. 77–163).
[416] Svensson, 1997, s. 303.
[417] SOU 1998:6 s. 82.

kvinnor och män sker framförallt i mansdominerade yrken eller nya yrken. Däremot är det ovanligt att män konkurrerar om vad som betraktas vara kvinnliga yrken, men det förekommer vid hög arbetslöshet.[418] Detta beror, enligt kvinnomaktutredningen, på att "[s]ocialt kön skapas och återskapas av kvinnor och män i en pågående process, och har sin grund i arbetsdelningen mellan kvinnor och män i familjen och på arbetsmarknaden. [...] Kvinnor konstrueras som mödrar, familjeorienterade utan ambition och vilja att bli chefer, medan män konstrueras som yrkesorienterade, med engagemang och karriärambitioner. Föreställningarna styr konstruktionen, fördelningen och värderingen av olika arbetsuppgifter. [...] Till synes könsneutrala processer i rekrytering, internutbildning, befordran och lönesättning får könsspecifika konsekvenser."[419]

Till följd av detta tenderar flickor och pojkar, kvinnor och män att göra traditionellt könsrollsbundna yrkesval, men det får också till följd att kvinnor och män har olika förutsättningar på arbetsmarknaden. Enligt Fransson förekommer antaganden om att kvinnor har bristande förmåga, vilket leder till lägre löner. Den bristande förmågan antas exempelvis ha sin grund i biologiska skillnader, kvinnors lägre ambitioner och sämre utbildning. Enligt Fransson leder dessa antaganden till att männen får konkurrensfördelar på arbetsmarknaden.[420] Könsrollskonstruktionerna hindrar, framförallt kvinnor, att på allvar konkurrera med män inom mansdominerade yrken och på högre positioner i arbetet. "Kvinnors underrepresentation bland chefer kan tolkas som ett resultat av att den sociala konstruktionen av ledarskap sammanfaller med den sociala konstruktionen av manlighet, samt att ledarskap är utformat utifrån ett traditionellt manligt livssammanhang."[421] Det är detta som menas när man talar om strukturella hinder för kvinnor att uppnå reell jämställdhet.

4.4.2.3 Socialt kön och förbudet mot könsdiskriminering

Föreställningar om kvinnor och män ligger till grund för ett samhälle som inte är materiellt jämställt. Det sociala könet har emellertid betydelse på ett annat plan – vid tolkningen av det rättsliga begreppet könsdiskriminering. Föreställningar om kvinnligt och manligt påverkar huruvida ett handlande, i det enskilda fallet, skall anses strida mot könsdiskrimineringsförbudet eller ej.

Om en viss särbehandling p.g.a. kön anses vara saklig (och därmed tillåten) med hänvisning till vissa kvinnliga eller manliga egenskaper,

[418] SOU 1998:6 s. 17 f.
[419] A. bet. s. 131.
[420] Fransson, Lönediskriminering – fenomen och strategi, 1995, s. 58 f.
[421] SOU 1998:6 s. 107.

innebär detta att gränserna för könsdiskrimineringsförbudet påverkas. Om exempelvis manliga vårdbiträden missgynnas vid anställning p.g.a. att de är män, till förmån för kvinnliga vårdbiträden, utgör detta enligt huvudregeln könsdiskriminering, eftersom missgynnandet har samband med könstillhörigheten.[422] Om särbehandlingen däremot accepteras med hänvisning till att kvinnor är bättre lämpade som omvårdare, eftersom det anses vara en kvinnlig egenskap, påverkar detta gränserna för vad som anses utgöra könsdiskriminering. Särbehandling utgör då ett tillåtet undantag från förbudet mot könsdiskriminering.

Regler om klädsel är ett typiskt exempel för frågan om synen på socialt kön. Föreskrifter om anställdas kläder kan exempelvis innebära att kvinnor inte tillåts klä sig i byxor på en arbetsplats, vilket däremot män får. Sådana föreskrifter behandlar kvinnor och män olika utifrån en föreställning om vad som är manligt respektive kvinnligt. Att tillåta sådana särbehandlande regler med hänvisning till att arbetet kräver viss "stil" (dvs. att det skulle vara ett sakligt skäl) innebär att man tillåter det sociala könet påverka vad som utgör könsdiskriminering. Ett längre gående exempel är regler som förbjuder transvestiter att klä sig i kläder som anses "tillhöra" det andra könet, exempelvis att kvinnor får klä sig i kjol och sminka sig men inte män.[423] Detta är en särbehandling mellan könen. Ett ytterligare exempel i linje med detta är regler som förbjuder män att ha långt hår i hästsvans, om kvinnor tillåts ha det.[424]

Exempel på fall där synen på könsrollerna påverkat frågan om könsdiskriminering kan hämtas från EG-domstolen. Domstolen har godtagit särbehandling mellan kvinnor och män inom bl.a. polisväsendet, och försvaret.[425] Det är inte heller uteslutet att kunna särbehandla p.g.a. kön när fråga om skydd för privatliv aktualiseras, exempelvis beträffande hushållsarbete av olika slag och anställning som barnmorska.[426] I dessa fall aktualiseras frågan om hur socialt kön påverkar vad som utgör könsdiskriminering. Frågan diskuteras vidare i kapitel 8 som behandlar frågan om möjligheterna att göra undantag med hänvisning till "särskilt intresse".

[422] För en utförligare beskrivning av konstruktionen av förbudet mot könsdiskriminering, se kapitel 5.

[423] Som påpekats i not 343 finns inget absolut samband mellan transvestism och transsexualitet. En transvestit är en person som känner behov av att klä sig i "det motsatta könets" kläder men behöver inte uppleva att könsidentiteten är en annan än den biologiska.

[424] Skidmore diskuterar detta, se ILJ 1997 s. 54 ff. I kapitel 6 tar jag upp könsbundna klädföreskrifter som exempel på könsdiskriminerande anställningsvillkor eller arbetsledning.

[425] Se *Johnston* (C-222/84), *Sirdar* (C-273/97).

[426] Se *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82).

GA Tesauro var i *P mot S*-fallet inne på att kön är viktigt som social parameter. Kön är inte bara biologiskt utan har även en social dimension. "The discrimination of which women are frequently the victims is not of course due to their physical characteristics, but rather to their role, to the image which society has of women. Hence the *rationale* for less favourable treatment is the social role which women are supposed to play and certainly not their physical characteristics".[427] Tesauro menar att på samma sätt skall inte transsexuella utsättas för oförmånlig behandling som hör samman med en negativ bild, moraliska domar som inte har något samband med deras förmåga i arbetslivet. Det finns flera undersökningar som visar att konstruktioner av kvinnligt och manligt faktiskt påverkar synen på vad som utgör könsdiskriminering. K. Lundström har undersökt EG-domstolens praxis beträffande könsdiskriminering i sin avhandling "Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten". Enligt henne har EG-domstolens praxis inneburit att de dikotoma könsstrukturerna inom arbetsmarknaden bibehållits genom att kvinnor framställs som handikappade och konkurrensnedsatta till följd av deras ansvar och beroende i den privata sfären. Män å andra sidan framstår som icke-handikappade och konkurrensdugliga, fria och autonoma.[428]

> "Medan kvinnor ansågs belastade av ett praktiskt och tidskrävande ansvar i den privata sfären, vilket satte ner deras konkurrensförmåga på arbetsmarknaden och gjorde dem ekonomiskt handikappade i den offentliga sfären, betraktades kategorin män som fria och autonoma subjekt med full konkurrensförmåga i den offentliga sfären. Varifrån kvinnors sociala ansvar i den privata sfären kom och varför kvinnor fullgjorde detta ansvar, förklarade eller utvecklade aldrig generaladvokaterna och domstolen. Det tycktes sakna relevans i den juridiska argumentationen om könsjämlikhet och könsdiskriminering. Utgångspunkten i den juridiska argumentationen var att kvinnor hade ett socialt ansvar i den privata sfären, men denna utgångspunkt fungerade bara som en förklaring till varför kvinnor var ekonomiskt handikappade i den offentliga sfären.
>
> I den privata sfären hade män enbart ett ekonomiskt ansvar. Detta ekonomiska ansvar ansågs dock så viktigt att det kunde rättfärdiga diskriminering av kvinnor i den offentliga sfären."[429]

Domstolens idealiserande bild av kvinnor i första hand som mödrar och vårdgivare är något som kritiserats även av andra forskare t.ex. McGlynn och Ellis.[430]

[427] *P mot S* (C-13/94) GA Tesauros yttrande punkt 20.
[428] Lundström, K, 1999, s. 418 ff.
[429] A. a. s. 419.
[430] Ellis, 1998, s. 242, McGlynn ELJ 2000, s. 29–44.

I Schömers avhandling "Konstruktion av genus i rätten och samhället" finner författaren att de traditionella bilderna av kvinnor och män förstärkts av försöken att åstadkomma jämställdhet i arbetslivet (alltså införandet av jämställdhetslagen) samt att det finns en ovilja att förändra de schabloniserade bilderna av kvinnor och män.[431] Enligt Schömer finns det *"ta-för-givet-antanganden"* om kvinnor och män i samhället som t.o.m. underbyggs av AD i dess dömande.[432] Schömer anser att arbetsdomstolens domar i jämställdhetsmål präglas av traditionella föreställningar om att könen skiljer sig både biologiskt och socialt.[433]

Även Denys kritiserar EG-domstolen för att inte ha utmanat den stereotypa synen på kvinnligt och manligt beteende. Denys menar att anledningen till att domstolen gick med på att utvidga könsdiskrimineringsförbudet till att gälla även transsexuella är att transsexualitet hänförs till "det biologiska könet". Homosexualitet, menar Denys, hänför sig däremot till genus och omfattas inte av skyddet mot könsdiskriminering.[434]

Fransson är i sin avhandling kritisk till att det är mannen som är normen vid lönediskriminering. Hon menar att fokuseringen på jämförelseobjektet har gjort att syftet med diskrimineringen döljs.[435] Hon hävdar också att isärhållningen av könen är tydlig i domstolarnas tolkning och tillämpning av likalöneprincipen. "När domstolarna tolkar och tillämpar likalöneprincipen är argumentationen präglad av diskrimineringens logik och föreställningen om kvinnor och män leder till att de inte anses jämförbara".[436]

4.5 Avslutande synpunkter

"Kön" definieras inte någonstans i folkrätt, EG-rätt eller svensk rätt, utan utgångspunkten är att "kön" i "könsdiskriminering" avser det biologiska könet, dvs. kvinna/man. Jag har inte funnit några uttalanden ifrån något FN- eller ILO-organ angående skydd för transsexuella mot diskriminering. Europadomstolen har dock uppställt visst skydd mot negativ särbehandling av transsexuella men har inte sett transsexualitet som en fråga

[431] Schömer, Konstruktion av genus i rätten och samhället, 1999, s. 164, 185 och 359.

[432] A. a. s. 348 f.

[433] A. a. s. 353 Hon pekar bl.a. på AD:s resonemang i *AD 1996 nr 79* om att en kvinna som får ansvar för ytterligare ett distrikt inte hade fått en ökad arbetsbörda, eftersom kvinnor antas ha simultankapacitet. Beträffande samma rättsfall påpekar hon även att män förväntas vara lagarbetare, eftersom pojkar tränas i lagsporter som fotboll och ishockey, se s. 340 ff.

[434] Denys, ELR 1999, s. 424.

[435] Fransson, 2000, s. 439.

[436] A. a. s. 441.

om könstillhörighet. Således har den inte behandlat särbehandling av transsexuella som könsdiskriminering. EG-domstolen har däremot behandlat frågan som könsdiskriminering när ett missgynnande sker i samband med könsbyte. Det är dock oklart huruvida EG-domstolen skulle bedöma en negativ särbehandling av en transsexuell person som ännu inte genomfört könsbyte som könsdiskriminering. I och med att transsexualitet ses som en fråga om könstillhörighet i svensk rätt och mot bakgrund av att EG-rättens innehåll, är min slutsats att jämställdhetslagen är tillämplig vid negativ särbehandling p.g.a. transsexualitet.

Sexuell läggning ses däremot som en egen diskrimineringsgrund och betraktas inte som könsdiskriminering i vare sig EG-rätt eller svensk rätt, medan kommittén för mänskliga rättigheter menar att det är fråga om könsdiskriminering. EG-domstolens argumentation bygger till stor del på jämförelsen. Domstolen menar att homosexuella inte kan vara utsatta för könsdiskriminering, eftersom homosexuella kvinnor och män missgynnas lika mycket av aktuella föreskrifter. Jag menar att det faktiskt rör sig om missgynnande p.g.a. könstillhörighet när en persons kön i förhållande till sin partners könstillhörighet är avgörande för att få en viss förmån (eller dyl.) och att det därför är fråga om könsdiskriminering.

EG-domstolen har påbörjat en utvidgning av begreppet könsdiskriminering och synen på "kön" genom att inbegripa transsexualitet i skyddet. Jag anser dock att det finns skäl att ytterligare överväga vad som utgör könsdiskriminering. Eftersom jag är av den uppfattningen att könsdiskriminering inte bör tolkas snävt bör, enligt min mening, även "socialt kön" ingå i skyddet mot könsdiskriminering. Det innebär att personer som blir negativt särbehandlade p.g.a. att de ser ut eller beter sig på ett sätt som är kontroversiellt i förhållande till deras könstillhörighet, är könsdiskriminerade. Skyddet bör utvidgas till att omfatta alla situationer där en person missgynnas av skäl som på något sätt är relaterade till personens biologiska eller sociala könstillhörighet. Varför skall inte personer som missgynnas p.g.a. att de inte valt partner av rätt kön eller motsvarar könsrollsförväntningarna beträffande utseende anses vara könsdiskriminerade? Frågan om sexuell läggning ingår i det sociala könet. Homosexualitet utmanar stereotypa uppfattningar om kvinnligt och manligt beteende.[437] Fenomenet hermafroditism sätter frågan om könsdiskriminering i ytterligare ett nytt perspektiv. Kan tvekönade personer, som väljer att leva med både kvinnliga och manliga könsorgan, bli könsdiskriminerade?

Avslutningsvis vill jag påpeka att ordet "gender" förefaller ha börjat ersätta "sex" eller hänvisningar till kvinnor och män, i folkrätt och EG-rätt. Exempel på det ger både handlingsplanen från Pekingkonferensen

[437] Denys, ELR 1999, s. 424.

och dess uppföljning där ordet "gender" används. Rasdiskrimineringskommittén (som övervakar FN:s konvention om eliminering av alla former av rasdiskriminering) gav år 2000 en rekommendation om "gender-related dimensions of racial discrimination".[438] GA Elmers använde ordet "gender" konsekvent i sitt förslag till dom i *Grantmålet* (C-249/96). Dessutom finns webbplatser under både ILO:s och EU:s hemsidor som betitlas med "gender".[439] Detta ger hopp om att frågan om skydd mot könsdiskriminering börjat ses i ett vidare perspektiv som inbegriper det sociala könet.

[438] CERD, Recommendation XXV (56) (2000).

[439] Se ILO *Gender Web Site* (http://www.ilo.org/public/english/bureau/gender/index.htm) och EU *Gender equality* (http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/index_en.htm).

Kapitel 5 Begreppet "könsdiskriminering"

5.1 Inledning

Redan i förra kapitlet förklarades att könsdiskriminering innebär att en person blivit utsatt för en negativ särbehandling som har samband med personens könstillhörighet. Syftet med detta kapitel är att närmare undersöka vilka förutsättningarna är för att könsdiskriminering skall anses föreligga.

Inledningsvis jämförs definitionerna av, och förbuden mot, könsdiskriminering i de olika rättssystemen. Det innebär att nödvändiga förutsättningar för att direkt eller indirekt könsdiskriminering skall föreligga identifieras. Dessa förutsättningar samt likheter och skillnader mellan systemenen analyseras. Även förbudens tillämpningsområde i de olika rättssystemen kommenteras.

I jämförelsen ingår hur den diskriminerande handlingen beskrivs i de olika reglerna och en redogörelse för betydelsen av att en särbehandling betraktas såsom saklig eller osaklig. Detta har betydelse för vad som faller innanför respektive utanför könsdiskrimineringsbegreppet. Vidare undersöks vilka krav som uppställs för att ett samband med kön skall anses etablerat. Skillnaderna mellan ett direkt och indirekt samband med kön förklaras i detta avseende. Dessutom behandlas frågan om huruvida det krävs ett diskriminerande uppsåt för att könsdiskriminering skall föreligga. Kapitlet innehåller även en diskussion om huruvida särbehandling av deltidsanställda eller av gravida skall betraktas som direkt eller indirekt könsdiskriminering. Avslutningsvis diskuteras frågan om hur en jämförelse skall gå till och betydelsen av valet av jämförelseobjekt.

5.2 Definitioner av könsdiskriminering

5.2.1 Folkrätt

Diskrimineringsförbud finns ofta i internationella texter utan att dessa definierar vad "diskriminering" faktiskt innebär.[440] I några fall finns emellertid definitioner. Både i kvinnokonventionen, ILO konventionen nr 111 om avskaffande av diskriminering i arbetslivet och i utbildningskonventionen anges vad som avses med "diskriminering" i respektive konvention.

Enligt artikel 1 i *kvinnokonventionen* avses med diskriminering av kvinnor:

> "[...] any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field".

Denna definition omfattar som synes olika områden i samhället där diskriminering kan förekomma. Definitionerna i ILO konvention nr 111 och utbildningskonventionen är begränsade till att gälla enbart arbetsliv och utbildningssystem. Artikel 1 (a) *ILO-konvention nr 111* lyder:

> "[...] any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation".

Artikel 1 *utbildningskonventionen* föreskriver att:

> "[...] any distinction, exclusion, limitation or preference which, being based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing equality of treatment in education [...]."

Artikeln fortsätter med att särskilt understryka att diskriminering inte får ske beträffande möjligheterna att få utbildning och standarden på utbildningen m.m. Dessa definitioner av diskriminering finns i bindande konventionstexter. Som synes är definitionerna relativt likartade. För andra konventioner har respektive tillsynsorgan givit definitioner av "diskriminering". *Kommittén för de mänskliga rättigheterna* har tolkat begreppet diskriminering, såsom det används i KMPR, och sagt att det innebär:

> "[...] any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other

[440] En uppräkning av förbud mot könsdiskriminering ges i kapitel 2.

opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms".[441]

Enligt *KESKR-kommitténs riktlinjer* för staternas rapportering angående artikel 6 (arbete) KESKR innebär "diskriminering":

"[...] any distinctions, exclusions, restrictions or preferences, be it in law or in administrative practices or in practical relationships, between persons or groups of persons, made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, nationality or social origin, which have the effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of equality of opportunity or treatment in employment or occupation".[442]

Värt att notera är att varken EKMR eller Europarådets sociala stadga innehåller någon definition av diskriminering.

5.2.2 EG-rätt och svensk rätt

5.2.2.1 Direkt könsdiskriminering

Inom EG-rätten finns det inte någon övergripande definition av vad som menas med diskriminering. Enligt EG-domstolens praxis sker diskriminering när olika regler tillämpas på jämförbara situationer eller i tillämpning av samma regel på olika situationer".[443] Artikel 141 i EU-fördraget innehåller inte någon definition av diskriminering. Av artikeln framgår endast att det är förbjudet att betala kvinnor och män olika lön för lika eller likvärdigt arbete. Så snart dessa kriterier är uppfyllda föreligger lönediskriminering.[444] Både direkt och indirekt könsdiskriminering förbjuds i artikel 2 (1) likabehandlingsdirektivet men inte heller denna artikel ger någon definition av vad som avses, artikeln föreskriver endast:

"[i] följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön [...]".

I artikeln hänvisas särskilt till äktenskaplig status eller familjestatus. EG-domstolen har ännu inte dömt över enbart denna del. Det är något oklart vad detta egentligen innebär. Ellis menar att den kanske avser att skydda mot diskriminering som sker p.g.a. en persons position i familjen, t.ex.

[441] HRC General Comment 18 (1989) punkt 7.
[442] E/C.12/1991/1.
[443] *Gillespie* (C-342/93) punkt 16. Se även SOU 1996:43 s. 33.
[444] Se vidare avsnitt 6.2.2.

förälder, barn, far- eller morförälder.[445] Inte heller i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna finns en definition av diskriminering. Artikel 21 stipulerar endast att "all diskriminering på grund av bland annat kön [...]" skall vara förbjuden.

I svensk rätt är det enbart *jämställdhetslagen* som innehållit en definition av begreppet "könsdiskriminering". F.d. 15 § jämställdhetslagen löd:

> "Med könsdiskriminering avses i denna lag att någon missgynnas under sådana omständigheter att missgynnandet har ett direkt eller indirekt samband med den missgynnades könstillhörighet".

Paragrafen är ändrad (2000:773). Den anger inte längre en uttrycklig definition av vad som avses med könsdiskriminering utan anger enbart ett förbud mot *direkt* diskriminering medan ett förbud mot *indirekt* diskriminering stipuleras i 16 §. 15 § jämställdhetslagen lyder numera:

> "En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla henne eller honom mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat en person av motsatt kön i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med könstillhörighet [...]"

5.2.2.2 Indirekt könsdiskriminering

Artikel 2 (2) i bevisbördedirektivet definierar indirekt diskriminering och anses kodifiera EG-domstolens praxis.[446] I förslaget till ändringar i likabehandlingsdirektivet finns också en definition av indirekt könsdiskriminering. Dessa definitioner är desamma sånär som på att den ena använder uttrycket "missgynna" medan den andra använder "nackdel". Bevisbördedirektivet uttrycker "väsentligt" större andel medan förslaget till likabehandlingsdirektivet istället använder "betydligt" större andel.[447] Indirekt könsdiskriminering sker enligt artikel 2 (2) i bevisbördedirektivet:

> "[...] när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet [...]"

Definitionen i 16 § av indirekt diskriminering infördes i jämställdhetslagen för att motsvara artikel 2 (2) i bevisbördedirektivet. Enligt 16 § sker indirekt könsdiskriminering genom att:

[445] Se Ellis, EC Sex Equality Law, 1998, s. 197.
[446] Fransson, Lönediskriminering, 2000, s. 199.
[447] Innebörden av detta krav diskuteras i avsnitt 5.3.2 och 5.4.2.4.

"[...] missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med kön."

Indirekt diskriminering kommer att diskuteras mer utförligt nedan under avsnitt 5.4 om orsakssamband, men det kan redan här framhållas att det som utmärker indirekt diskriminering är den diskriminerande *effekten* av ett visst handlande.

5.2.3 Jämförelse av definitionerna

Gemensamt för definitionerna av könsdiskriminering är att de ställer upp fyra förutsättningar för att diskriminering skall föreligga. Det skall vara fråga om en diskriminerande handling, som har ett samband med den drabbades kön, som har en negativ effekt och som faller inom regelns tillämpningsområde. Reglerna omfattar både direkt och indirekt könsdiskriminering. Det framgår genom att reglerna förbjuder en könsdiskriminerande effekt. Reglerna kan ställas upp på följande sätt. Könsdiskriminering föreligger när: [448]

Folkrätt	EG-rätt	Svensk rätt
1) en skillnad i behandling genom någon form av åtskillnad, uteslutning, begränsning, inskränkning eller företräde[9]	1) någon "diskrimineras"	1) ett missgynnande föreligger
2) som grundas på könstillhörighet	2) grundat på könstillhörighet	2) som grundas på könstillhörighet
3) som har till syfte eller följd [...]	3) direkt eller indirekt	3) direkt eller indirekt
4) inom alla samhällsområden (eller vissa utvalda)	4) faller in under någon av de situationer som nämns i artikel 3–5 likabehandlingsdirektivet, artikel 141, (likalönedirektivet)	4) faller in under någon av de situationer som anges i 17 § jämställdhetslagen

[448] De definitioner som finns i konventionerna innehåller *distinction* som i alla tre fallen översatts till "åtskillnad" på svenska. *Exclusion* finns med i de tre konventionerna men översätts i kvinnokonventionen till "undantag" medan ordet översätts till "uteslutning" i utbildningskonventionen och ILO-konvention nr 111. ILO-konventionen och utbildningskonventionen innehåller även *preference* som i den förstnämnda översätts till "företräde"

Vad som utgör en diskriminerande handling behandlas i avsnitt 5.3. Diskrimineringsgrunden är kön. För att det skall vara fråga om könsdiskriminering krävs att särbehandlingen grundas på könstillhörighet. Samtliga definitioner har med kön som diskrimineringsgrund. Kvinnokonventionen är dock begränsad till att endast avse diskriminering av *kvinnor*. I kapitel 4 har redan diskuterats att frågan om vad som ryms inom begreppet "kön" inte är helt självklart. Alla definitionerna förutsätter att det finns ett samband mellan den diskriminerande handlingen och den drabbades könstillhörighet för att könsdiskriminering skall föreligga. I avsnittet om orsakssamband 5.4 diskuteras när ett direkt eller indirekt samband med könstillhörighet föreligger.

Tillämpningsområdet för de olika könsdiskrimineringsförbuden och deras definitioner skiljer sig åt. Kvinnokonventionens definition avser alla fri- och rättigheter inom alla samhällsområden. De definitioner av diskriminering som givits av kommittén för de mänskliga rättigheterna och KESKR-kommittén begränsar sig till de fri- och rättigheter som anges i respektive konvention. ILO-konventionen avser enbart arbetslivet (och i viss mån yrkesutbildning) medan utbildningskonventionen enbart avser utbildningsområdet. För att könsdiskriminering skall föreligga enligt EG-rätten krävs att den diskriminerande handlingen företas i någon av de situationer som anges i likabehandlingsdirektivet artikel 3–5 eller artikel 141 EU-fördraget (samt likalönedirektivet).[449] Liksom ILO-konventionen omfattar likabehandlingsdirektivet inte enbart arbete utan även yrkesutbildning. I det senaste handlingsprogrammet anser kommissionen att ett nytt direktiv bör framarbetas som syftar till att tillförsäkra likabehandlingsprincipen mellan kvinnor och män på andra områden än anställning och yrkesutövning.[450] More är kritisk till att hemarbete inte räknas som arbete och därmed utesluts från likabehandlingsdirektivets tillämpningsområde. Hon understryker att det endast är kvinnor som trätt in på arbetsmarknaden som kan hävda krav på likabehandling.[451] GA Darmon uttalade dock i målet *Kommissionen mot Belgien* (C-229/89) att "there can be no doubt that the community legal order embraces the general principle of equal treatment for men and women, regardless of

---

medan den sista istället använder "fördel". Kvinnokonventionen och de två kommittéuttalandena anger även *restriction* som i kvinnokonventionen översatts till "inskränkning", (SÖ 1962:54, 1969:64 och 1980:8).

[449] Könsdiskriminering kan också föreliga i strid med direktiven om social trygghet (m.m.), se avsnitt 2.5.2.3.

[450] COM (2000) 335 final, s. 10. Det har även tidigare funnits förslag om att likabehandlingsdirektivet skulle omfatta mer än enbart arbete vilket inte har antagits, se More, Feminist Legal Studies, 1993, s. 56.

[451] More, Feminist Legal Studies, 1993, s. 49.

whether or not they are in work".[452] Även om så är fallet finns det inte möjligheter att i domstol stödja sig på EG-rätten utöver artikel 141 och jämställdhetsdirektiven.

Könsdiskriminering, som begrepp, finns för svensk rätts del enbart inom arbetsrätten, närmare bestämt när den diskriminerande handlingen företas i någon av de situationer som anges i 17 § jämställdhetslagen. Det innebär naturligtvis inte att det endast är inom det arbetsrättsliga området som det föreligger ett förbud mot könsdiskriminering i Sverige. Den offentliga verksamheten styrs av krav på objektivitet som innebär förbud mot osakliga hänsynstaganden p.g.a. kön. Övrigt handlande som i och för sig utgör missgynnande p.g.a. kön faller dock utanför könsdiskrimineringsbegreppets och jämställdhetslagens tillämpningsområde. I förarbeten har emellertid framförts att frånvaron av diskriminering inte skall finnas enbart inom arbetslivet utan skall gälla *alla väsentliga områden i livet*.[453] Här kan påpekas att den finska jämställdhetslagen från 1986 förbjuder könsdiskriminering inom alla samhällsområden utom för trossamfund, inom familjen eller rent privata förhållanden. Den danska motsvarigheten från 1978 gäller både arbetsliv och utbildning. Den norska Likestillingsloven från 1978 förbjuder könsdiskriminering inom alla områden utom trossamfund.[454] Jämställdhetslagen omfattar inte yrkesutbildning. En departementsutredning föreslog under hösten 2000 en lag om likabehandling i högskolan. Förslaget innehåller förbud mot både direkt och indirekt könsdiskriminering. Förslaget är emellertid inte tillräckligt för att svensk lagstiftning skall anses motsvara likabehandlingsdirektivets krav (se vidare s. 238 f.).

Av det föregående kan konstateras att det krävs att någon utsatts för särbehandling p.g.a. könstillhörighet för att könsdiskriminering skall föreligga. I det följande skall studeras om *all* särbehandling eller enbart *viss* särbehandling p.g.a. kön utgör könsdiskriminering.

5.3 Den diskriminerande handlingen

5.3.1 Olika uttryckssätt

Reglerna uttrycker den diskriminerande handlingen på olika sätt. Jämställdhetslagen anger att någon "missgynnas", likabehandlingsdirektivet

[452] *Kommissionen mot Belgien* (C-229/89) GA:s yttrande punkt 25.

[453] Prop. 1987/88:105 s. 3, SOU 1990:41 s. 203.

[454] Finland: Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män 8.8.1986/609, 2 §, Danmark: Lov om ligestilling av kvinder og mænd, lov nr 388 af 30/05/2000, Norge: Lov om likestilling mellom kjønnene. 09-06.1978 nr 45, 2–3 §§.

att någon "diskrimineras" medan definitionerna inom folkrätten är betydligt mer utförliga.[455] Där uttrycks att någon form av "åtskillnad, uteslutning/undantag, begränsning, inskränkning eller företräde/fördel" skall ha förekommit.

Alla definitionerna i folkrätten innehåller "åtskillnad" och "uteslutning/undantag".[456] Kvinnokonventionen är den enda som inte har med fördel/företräde.[457] Kvinnokonventionen och yttrandet från kommittén för de mänskliga rättigheterna inbegriper däremot även "inskränkning" vilket utbildnings- och ILO-konventionen saknar. Utbildningskonventionen är den enda som har med "begränsning". Gemensamt för definitionerna är att den diskriminerande handlingen består av en särbehandling av något slag.[458] "Åtskillnad" är neutral i jämförelse med "uteslutning" och "företräde" som är varandras motsatser. Ett uteslutande av någon kan uppfattas som att någon annan ges företräde.[459] Företräde medför att behandlingen inte behöver vara riktad mot den grupp som anser sig vara diskriminerad utan kan uppkomma genom oskäligt gynnande (*unreasonable promotion*) av en grupp på bekostnad av en annan.[460] Vid kvinnokonventionens tillkomst diskuterades huruvida "företräde" (*preference*) skulle ingå i uppräkningen. Vissa stater var rädda för att detta skulle utesluta möjligheter till att ge kvinnor fördelar, exempelvis vid graviditet och moderskap. Andra stater, däribland Sverige, menade att artikel 4 i konventionen ger möjlighet till sådana fördelar. Slutligen beslutades att ta bort det omdiskuterade ordet.[461] Enligt min mening verkar det lite underligt att, i en definition av kvinnodiskriminering, förbjuda att fördelar ges till kvinnor, när konventionen syftar till att främja kvinnors situation.

Det faktum att övriga konventioner inbegriper "preference" i uppräkningen av diskriminerande handlingar, innebär inte att företräde för ena könet alltid är uteslutet enligt dessa. Liksom vid "åtskillnad, uteslutning

[455] Se definitionerna i avsnitt 5.2.3.

[456] *Any distinction* (i ILO-konventionen) innebär, enligt Rossillion, att det inte bara är lagstiftningen som åsyftas utan även implikationer som uppkommer i praktiken, Rossillion, ILO Standards and Action for the Elimination of Discrimination and the Promotion of Equality of Opportunity in Employment, 1985, s. 25.

[457] Se vidare Kirilova Eriksson, Reproductive Freedom In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, 2000, s. 44 f. *Preference* översätts i utbildningskonventionen till "fördel" på svenska (SÖ 1969:64) medan i ILO-konvention nr 111 används "företräde" (SÖ 1962:54).

[458] Se t.ex. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1998 s. 163 ff.

[459] Nielsen, Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 214.

[460] Craven, 1998, s. 164.

[461] Rehof, Guide to the Travaux Préparatiores of the United Nations Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women, 1993, s. 43 ff.

eller begränsning" (etc.), krävs att det är fråga om *osaklig* särbehandling för att det skall vara fråga om könsdiskriminering (se vidare nedan).

Alla dessa former av åtskillnad i behandling förutsätter att det finns en "standardbehandling" som den aktuella behandlingen avviker ifrån. Vid jämställdhetslagens tillkomst ansåg jämställdhetskommittén att ett gynnande av män, på grund av könstillhörighet, automatiskt innebär ett missgynnande av kvinnor och vice versa.[462]

5.3.2 Negativ särbehandling

Av definitionerna av diskriminering i folkrätten framgår att det inte räcker med enbart en särbehandling p.g.a. kön. Det krävs dessutom en negativ effekt av något slag (*has the purpose or effect of impairing or nullifying*) för att diskriminering skall anses föreligga.[463] En ogynnsam effekt, som har samband med könstillhörighet, är grundläggande för att könsdiskriminering skall föreligga.[464]

Även EG-rätten ställer krav på att det skall vara fråga om en negativ särbehandling av något slag. Bevisbördedirektivet talar om en åtgärd som *missgynnar*.[465] "Missgynna" innebär att den drabbade skall ha utsatts för någon form av nackdel. Inom tillämpningsområdet för likalöneprincipen begränsar sig missgynnandet till fall där vederlaget är lägre för lika eller likvärdigt arbete. I förslaget till ändring i likabehandlingsdirektivet (artikel 2.1) har "missgynna" bytts ut mot "nackdel" i beskrivningen av indirekt diskriminering. Av förklaringen till artikeln sägs dock att definitionen överensstämmer med den i bevisbördedirektivet.[466] Dessutom är de engelska, franska och tyska versionerna oförändrade jämfört med bevisbördedirektivet. Den svenska ändringen saknar således betydelse.

Vid regeringsformens tillkomst diskuterades möjligheten att införa ett generellt diskrimineringsförbud. Man avstod dock från det med hänvisning till att lagstiftaren måste kunna göra vissa åtskillnader mellan människor.[467] I stället valdes att i RF 2:16 införa särskilt förbud mot lagstiftning som gör åtskillnad p.g.a. kön, men med möjligheter till vissa undantag. RF 2:16 förbjuder inte all lagstiftning som särbehandlar p.g.a. kön utan endast den som "missgynnar".[468] Vad konstituerar då ett missgynnande?

[462] SOU 1978:38 s. 87.

[463] Craven, 1998, s. 164 f. och s. 178.

[464] Ellis, ELR 1994, s. 565.

[465] Engelska: disadvantages, franska: affecte, tyska: benachteiligen.

[466] KOM (2000) 334 slutlig, motivering IV punkt 40.

[467] Prop. 1975/76:209 s. 98 f.

[468] Regeln förbjuder inte normgivning som särbehandlar p.g.a. biologiska skillnader mellan kvinnor och män. Se vidare kapitel 7 om särbehandling som är motiverad av andra skäl än kön och kapitel 8 om undantag p.g.a. särskilt intresse.

En grundläggande utgångspunkt är att en regel som gynnar det ena könet automatiskt missgynnar det andra.[469] I förarbetena till RF 2:16 sägs dock att viss särbehandling kan vara könsneutral.[470] Petrén och Ragnemalm anger som exempel på en neutral föreskrift att endast kvinnor får tas emot på en klinik för kvinnosjukdomar.[471] Inte heller skall särbehandling som grundar sig i biologiska skillnader anses utgöra ett missgynnande.[472] I propositionen ges ett annat exempel på en neutral föreskrift nämligen en forumregel som anger att makens personliga forum skall vara avgörande för vilken domstol som är behörig att uppta en äktenskapstvist.[473] En sådan föreskrift är, enligt min mening, inte könsneutral, vilket även är Petrén/ Ragnemalms uppfattning. De påpekar att det regelmässigt är en fördel att få sitt mål prövat vid domstolen på hemorten. Deras slutsats är därför att det skall vara fråga om "en relativt klar och kännbar olägenhet" för att ett missgynnande skall föreligga enligt RF 2:16.[474] En särbehandling p.g.a. kön som innebär mindre olägenheter utgör i sådant fall inte ett missgynnande enligt RF 2:16.

Jag anser att "missgynna" i RF 2:16 bör omfatta *alla* situationer som innebär en negativ särbehandling, oavsett om den innebär en "klart kännbar olägenhet" eller inte. Mot detta kan invändas att det kan vara svårt att förutse om en särbehandling får negativa effekter för ena könet. En lösning på detta problem vore att, som fri- och rättighetsutredningen föreslog, ha som utgångspunkt att *all särbehandling* som grundar sig på kön är otillåten och att ange uttryckliga undantag för särbehandling som anses vara sakligt motiverad.[475]

Inte heller enligt jämställdhetslagen är all särbehandling otillåten. Även där krävs att någon skall ha missgynnats (15 §). Det framgår numera av lagtexten att "missgynna" innebär att någon behandlas "mindre förmånligt". Av förarbetena till äldre jämställdhetslagen framgick att missgynnande innebar en särbehandling som utgjorde *sämre behandling, skada* eller *nackdel*.[476] "Sämre behandling" utgjorde dock inte ett missgynnande om den inte resulterade i en skada eller nackdel.[477] En sär-

[469] Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 1980, s. 81 f. Detta uttalades även vid jämställdhetslagens tillkomst, se SOU 1978:38, s. 87.
[470] Prop. 1975/76:209 s. 102.
[471] Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 81 f.
[472] Prop. 1975/76:209 s. 102.
[473] A. st.
[474] Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 82.
[475] SOU 1975:75 s. 2, 117, 207.
[476] Prop. 1978/79:175 s. 42, 114, SOU 1978:38 s. 87, Laurén, Lavén, Nya jämställdhetslagen, 1992, s. 132.
[477] Prop. 1978/79:175 s. 42.

behandling utan någon konkret följd utgjorde inte något missgynnande.[478] Förarbetena angav som exempel att upprättandet av statistik med åtskiljande av män och kvinnor inte innehåller något inslag av skada eller nackdel som är missgynnande.[479] Inte heller ansågs "förolämpande eller eljest olämpligt yttrande i tal eller skrift " utgöra något missgynnande i lagens mening.[480] Däremot innebär det skada när någon går miste om en anställning, inte blir uttagen till vidareutbildning inom ett företag eller får lägre lön än en annan person av motsatt kön.[481] Ifråga om arbetsledning och arbetsfördelning framgick av lagtexten i äldre jämställdhetslagen (4 § 2 p.) att behandlingen av en arbetstagare skulle vara "uppenbart oförmånlig". I den nya jämställdhetslagen ändrades detta till "påtagligt oförmånlig" (19 §) och efter den senaste ändringen av lagen är detta rekvisit borttaget ur lagtexten (se 17 § 4 p.).[482]

I förarbetena till äldre jämställdhetslagen sägs att ett missgynnande kräver att arbetsgivaren utfört en handling eller underlåtit att göra så. Det är inte något missgynnande i lagens mening om det inte kan betecknas som en handling eller åtgärd.[483] I propositionen till den senaste ändringen av jämställdhetslagen beskrivs missgynnande vara när en "arbetssökande eller arbetstagare försätts i ett sämre läge, dvs. att en diskriminerande effekt inträder".[484] Propositionen anger att kravet på en konkret skada eller nackdel inte är avsett att förändras. Den beskriver dock "nackdel" på ett nytt sätt jämfört med tidigare förarbeten. Det sägs nämligen att "nackdel" innefattar "[d]et som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, *obehag* eller *liknande*" (min kursivering).[485] I "nackdel" ingår även "*personligt lidande* i form av mobbning eller andra trakasserier" (min kursivering).[486] I förarbetena till äldre jämställdhetslagen sägs att sämre behandling som inte resulterar i en konkret nackdel som t.ex. förolämpningar (etc.) inte utgör ett missgynnande. Detta synsätt verkar således ha förändrats, eftersom det i den senaste propositionen sägs att det räcker med att en person känner *obehag eller liknande* för att ett missgynnande

[478] SOU 1978:38 s. 87, prop. 1978/79:175 s. 42, 114, Laurén, Lavén, 1992, s. 132.
[479] Prop. 1978/79:175 s. 42.
[480] A. prop. s. 114.
[481] SOU 1978:38 s. 87, prop. 1978/79:175 s. 42, Laurén, Lavén, 1992, s. 132.
[482] Betydelsen av detta behandlas i avsnitt 6.2.3.3.
[483] Prop. 1978/79:175 s. 114, SOU 1978:38 s. 88, Laurén, Lavén, 1992, s. 133. För en intressant framställning om vad "diskriminering" innebär, se Somek, A Constitution for Antidiscrimination: Exploring the Vanguard Moment of Community Law, ELJ 1999 s. 243–271.
[484] Prop. 1999/2000:143 s. 31.
[485] A. st.
[486] A. st.

skall föreligga. För att någon skall kunna ställas till svars för detta krävs dock fortfarande att missgynnande sker i någon av de situationer som anges i 17 §. Det nya sättet att se missgynnande som även "obehag" (etc.) får betydelse i anställningssituationen (17 § 1 p.). Den nya regleringen innebär att en arbetssökande kan hävda könsdiskriminering om han eller hon bemötts på ett sådant sätt under en anställningsintervju att det vållat obehag för vederbörande. På detta sätt har "missgynna" utvidgats i förhållande till tidigare.

Missgynnande vid indirekt diskriminering "tar sig uttryck i att de personerna jämfört med andra har svårare att uppfylla kriteriet eller bestämmelsen eller att förfaringssättet medför en negativ effekt för dem".[487]

5.3.3 Saklig och osaklig särbehandling

5.3.3.1 Saklig särbehandling är tillåten

Som framgår av ovan är inte all särbehandling könsdiskriminering. Det krävs att det föreligger någon form av särbehandling som grundas på kön. Särbehandling som saknar *samband med könstillhörighet* faller självfallet utanför begreppet könsdiskriminering. Det krävs även att särbehandlingen medför en *negativ effekt* för den eller de drabbade. Särbehandling som inte har någon negativ effekt leder inte till könsdiskriminering. Härnäst skall saklig och osaklig negativ särbehandling diskuteras. *Saklig* särbehandling tillåts i alla tre rättssystemen – även om den har en negativ effekt för det ena könet. Vad som anses vara sakligt varierar över tid och rum. Exempelvis har det ansetts sakligt att förbjuda kvinnor att arbeta under jord eller under nattetid. Sådana förbud är inte längre tillåtna i Sverige. Däremot anses det sakligt att ha särbestämmelser för kvinnor i samband med graviditet. I kapitel 7–9 behandlas närmare vilka faktorer som anses vara sakliga inom de olika rättssystemen och som leder till att särbehandling är tillåten.

Här skall jag nu förklara skillnaden mellan två olika synsätt på vad som ryms inom begreppet könsdiskriminering. De internationella konventioner som jag tar upp har en snävare syn på könsdiskrimineringsbegreppet än svensk rätt och EG-rätt. Dessa konventioner betraktar enbart *osaklig* negativ särbehandling p.g.a. kön som könsdiskriminering medan svensk rätt och EG-rätt inbegriper all negativ särbehandling i könsdiskrimineringsbegreppet, men gör istället undantag för de situationer som anses sakliga.

[487] Prop. 1999/2000:143 s. 42. Se vidare avsnitt 5.4.2.

FN- OCH ILO-KONVENTIONERNA

I folkrätten är det enbart *osaklig* negativ särbehandling som faller inom begreppet könsdiskriminering. Det innebär att särbehandling som har en negativ effekt, men som anses vara saklig, inte utgör diskriminering. Detta framgår bl.a. av diskussionerna som förekom vid tillkomsten av KMPR och KESKR. Vid deras tillkomst diskuterades huruvida det skulle stå *utan åtskillnad*[488] eller *utan diskriminering*[489] i diskrimineringsförbuden i respektive konvention. En anledning till dessa diskussioner var att man ville kunna tillåta vissa skillnader i behandling. Vissa hävdade att "utan åtskillnad" innebar att ingen särbehandling av något slag var tillåten. Detta skulle medföra att aktiva åtgärder av olika slag för att främja eftersatta grupper inte skulle vara möjliga att vidta då sådana åtgärder rent faktiskt kan innebära att en åtskillnad görs mellan personer ur olika grupper. "Utan diskriminering" skulle däremot inte kunna tolkas på detta sätt.[490]

När KESKR kom till året före KMPR enades delegaterna om att använda "utan diskriminering". Då sades att "diskriminering" var en vidare och tydligare term än "åtskillnad".[491] Vid tillkomsten av KMPR valdes emellertid "utan åtskillnad". Denna formulering gavs dock inte den begränsade betydelse som förekommit i diskussionerna. I stället uttrycktes särskilt i tredje kommitténs rapport att särskilda åtgärder som vidtas för att främja eftersatta grupper i befolkningen inte skall anses utgöra en "åtskillnad" enligt artikeln.[492] Resultatet blev att båda formuleringarna förbjuder osaklig särbehandling men tillåter särbehandling som grundar sig på sakliga skäl. Saklig särbehandling omfattas således inte av diskrimineringsförbuden.

Vid prövning av klagomål från enskilda har kommittén för mänskliga rättigheter ansett att mauritansk lagstiftning varit könsdiskriminerande. Enligt lagstiftningen hade inte äkta män av utländsk nationalitet samma rätt till uppehälle som hustrur av utländsk nationalitet hade. De klagande var mauritanska kvinnor som ansåg sig negativt särbehandlade i förhållande till mauritanska män. Kommittén ansåg att ett brott mot artikel 2 (1), 3 och 17 (1) förelåg då det var fråga om en ogynnsam åtskillnad som grundades på könstillhörighet och staten inte hade visat tillräckliga sakliga

[488] *Without distinction.*
[489] *Without discrimination.*
[490] Se t.ex. A/C3/S.R.1203 (1962) och A/C3/S.R.1258 (1963).
[491] A/C3/S.R 1203-5, E/CN.4/Sub.2/335.
[492] A/C3/S.R. 1259 (1963) s. 249.

skäl för skillnaden (*no sufficient justification*).[493] Även denna kommitté har, i sin tolkning av "diskriminering", sagt att diskrimineringsbegreppet inte utesluter skillnad i behandling. Kravet att åtnjutandet av alla fri- och rättigheter skall ske "on an equal footing" medför inte ett krav på identisk behandling i alla lägen. En särbehandling utgör inte diskriminering om den är godtagbar och objektiv (*reasonable and objective*) och dess målsättning är förenlig med konventionen.[494] Exempelvis får statliga åtgärder ske i form av positiv särbehandling utan att detta strider mot diskrimineringsförbudet i KMPR.[495] Kommittén har även påpekat att redan konventionen gör åtskillnad mellan olika *grupper*, t.ex. förbudet att verkställa dödsstraff mot gravida kvinnor (artikel 6 (5)).[496] Kommittén har dessutom bekräftat att staterna skall vidta åtgärder för att korrigera diskriminerande företeelser och att även om sådana åtgärder innebär en åtskillnad i behandling betraktas behandlingen inte som diskriminering.[497] Kvinnokommittén har också uttalat att särbehandling i form av aktiva åtgärder, positiv särbehandling och kvotering är både tillåten och önskvärd.[498]

KMPR och KESKR förbjuder könsdiskriminering men anger inga särskilda situationer som *inte* skall anses utgöra könsdiskriminering. Kvinnokonventionen och ILO-konvention nr 111 anger däremot vad som anses vara *saklig* särbehandling p.g.a. kön. Kvinnokonventionen artikel 4 stadgar att särskilda åtgärder som vidtas för att främja jämställdhet och skyddsåtgärder i samband med graviditet inte anses utgöra diskriminering. ILO-konvention nr 111 anger fyra specifika situationer som inte skall anses utgöra diskriminering. Övriga åtskillnader p.g.a. kön är otillåtna och utgör könsdiskriminering.[499] De situationer som faller utanför könsdiskrimineringsbegreppet är:

1. åtskillnader som grundar sig på "för anställningen enligt dennas natur erforderliga personliga kvalifikationer" (artikel 1 (2)),
2. åtgärder som riktar sig mot någon som är "skäligen misstänkt för eller invecklad i en för rikets säkerhet skadlig verksamhet" (artikel 4),

[493] A/36/40, Annex XIII (1981) Communication No. R.9/35 *Mauritian women.*

[494] HRC General Comment 18 (1989) punkt 8 och 13.

[495] HRC General Comment 18 (1989) punkt 10.

[496] HRC General Comment 18 (1989) punkt 8.

[497] HRC General Comment 18 (1989) punkt 10. (McKean menar att det råder förvirring beträffande terminologin. Om "equal treatment" alltid betyder "samma" eller "identisk" så är positiv särbehandling inte jämlik, men om "equality" används i en normativ mening försvinner denna svårighet.) Se McKean, Equality and Discrimination in International Law, 1985, s. 191.

[498] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988), se vidare kapitel 9.

[499] ILO, RCE, 1988, s. 137 ff.

3. särskilda skydds- eller biståndsåtgärder som angivits i andra ILO-konventioner eller rekommendationer (artikel 5.1),
4. andra särskilda skydds- eller biståndsåtgärder för personer som erkänns behöva sådant stöd, bl.a. på grund av kön (artikel 5.2).

Rossillion framhåller att istället för att tala om "undantag" stadgar konventionen att dessa situationer inte utgör diskriminering. Rossillion menar att detta måste därför ses som en del av definitionen av diskriminering och inte en indikation om undantag.[500]

EUROPARÅDET

Artikel 14 i EKMR gör ingen ansats till att förklara vad som menas med diskriminering. Av Europadomstolens praxis framgår emellertid att inte heller EKMR förbjuder all särbehandling. Åtgärder som kan motiveras med en objektiv och godtagbar grund (*objective and reasonable justification*) är tillåtna om de dessutom eftersträvar ett legitimt mål och står i proportion till detta mål.[501] Konventionen anger inte i vilka speciella situationer särbehandling är tillåten. Domstolen har tillämpat ett fyrastegstest för att utröna om ett brott mot artikel 14 EKMR föreligger:

1) det skall vara fråga om särbehandling
2) mellan lika fall (eller en analog situation)[502]
3) utan att förfarandet kan motiveras med en objektivt godtagbar grund
4) eller om det saknas proportionalitet mellan det åsyftade målet och sättet att uppnå det.[503]

Vid prövningen av om särbehandlingen är godtagbar krävs:
- ett legitimt mål med åtgärden och
- proportionalitet mellan mål och åtgärd

Att EKMR tillåter särbehandling framgår av det s.k. *belgiska språkmålet,* där Europadomstolen jämförde den franska och den engelska skrivningen ("sans distinction aucune" och "without discrimination") och fann att artikel 14 bör läsas "snävare" än den franska versionen gav intryck av. Domstolen påpekade att det skulle kunna leda till absurda

[500] Rossillion, 1985, s. 26.
[501] van Dijk and van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, s. 719, Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights, 1998 s. 118 f.
[502] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 1997, s. 307.
[503] van Dijk, van Hoof, 1998, s. 719 f.

konsekvenser om inte några skillnader någon gång vore tillåtna.[504] Konventionen tillåter således särbehandling. Vid bedömningen av om det saknas objektivt godtagbar grund för åtgärden, skall man ta hänsyn till målet och effekterna av åtgärden med beaktande av de principer som normalt råder i demokratiska samhällen. Om det saknas proportionalitet mellan den vidtagna åtgärden och det åsyftade målet föreligger ett brott mot artikel 14.[505]

Staterna har en viss tolkningsmarginal vid bedömningen av huruvida och i vilken utsträckning en åtgärd berättigar olikbehandling på en i övrigt "liknande" situation. I den förklarande rapporten till artikel 1 i det tolfte tilläggsprotokollet sägs att utrymmet för tolkning varierar beroende på omständigheterna.[506] Det är domstolen som slutligen avgör detta.[507] Europadomstolen har dock understrukit att jämställdhet är ett av Europarådets huvudmål och att det därmed krävs mycket starka skäl för att skillnader i behandling som grundas enbart på könstillhörighet skall anses vara förenliga med konventionen.[508] Enligt Europarådsregleringen utgör enbart osakliga åtskillnader p.g.a. kön könsdiskriminering. Särbehandling som har samband med kön utgör inte diskriminering enligt EKMR om den är objektivt grundad. Till skillnad mot EG-domstolen utgör alltså inte åtskillnad p.g.a. kön *i sig* diskriminering.[509] Det krävs att den dessutom bedöms vara osaklig.

Skillnaden mellan KMPR, KESKR och EKMR å ena sidan, jämfört med kvinnokonventionen och ILO-konvention nr 111 å andra sidan, är att utrymmet för bedömningen av vad som är saklig särbehandling enligt de två sistnämnda är mer begränsat jämfört med de förstnämnda. KMPR, KESKR och EKMR anger inte vilka situationer som anses falla utanför könsdiskrimineringsförbudet, vilket kvinnokonventionen och ILO-konvention nr 111 gör.

[504] *Belgiska språkmålet* (23 juli 1968) punkt 10. I det tolfte protokollet har den franska formuleringen ändrats till "sans discrimination aucune" för att bättre motsvara innebörden av diskrimineringsbegreppet.

[505] *Belgiska språkmålet* (23 juli 1968) punkt 10, *Rasmussen* (28 november 1984) punkt 38 samt *Abdulaziz* (28 maj 1985) punkt 72. Detta upprepas i den förklarande rapporten till artikel 1 i det tolfte tilläggsprotkollet till konventionen.

[506] Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (No. 177) 2000.

[507] *Abdulaziz* (28 maj 1985) punkt 72 och *Karlheinz Schmidt* (18 juli 1994) punkt 24.

[508] *Schuler–Zgraggen* (24 juni 1993) punkt 67, *Burghartz* (22 februari 1994) punkt 27, *Karlheinz Schmidt* (18 juli 1994) punkt 24, *Petrovic mot Österrike* (28 mars 1998) punkt 37. Europadomstolen betraktar kön som en s.k. *suspect classification*.

[509] Se t.ex. Somek, ELJ 1999 s. 246 f.

5.3.3.3 EG-rätt, svensk rätt och osaklig särbehandling

Diskrimineringsbegreppet har i EG-rätt och svensk rätt fått en vidare omfattning än i folkrätten. Likabehandlingsdirektivet förbjuder all negativ särbehandling som har samband med kön såvida det inte faller under något av undantagen i artikel 2 punkt 2–4. Tillåtna undantag är de som beror på "verksamhetens art", biologiska skäl eller jämställdhetsfrämjande åtgärder.

Likaså är förutsättningen enligt både RF 2:16 och jämställdhetslagen att könsdiskriminering föreligger när ena könet missgynnas p.g.a. kön. Utifrån denna utgångspunkt anges sedan de undantag som innebär att den missgynnande särbehandlingen p.g.a. kön ändå är tillåten. RF 2:16 tillåter föreskrifter som missgynnar p.g.a. kön om de rör jämställdhetsfrämjande åtgärder eller värnplikt (o.d.). Jämställdhetslagen tillåter undantag för särskilda intressen som bör ha företräde framför jämställdhetsintresset och för jämställdhetsfrämjande åtgärder. I övrigt är särbehandling som missgynnar p.g.a. kön otillåten. Detta synsätt innebär alltså att *saklig* negativ särbehandling anses vara "tillåten könsdiskriminering" medan *osaklig* negativ särbehandling utgör "otillåten könsdiskriminering".[510]

5.3.3.4 Skillnaden mellan synsätten i de tre rättssystemen

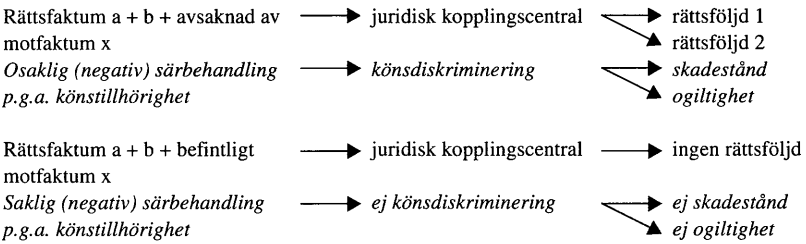
Skillnaden i synsätt beträffande begreppet könsdiskriminering påverkar inte frågan om en rättsföljd inträder eller inte. Avgörande för frågan om rättsföljden är istället alltid *vad* som anses utgöra saklig särbehandling. Mitt syfte med nedanstående demonstration är att visa att man kan se begreppet könsdiskriminering på olika sätt och att det föreligger en skillnad mellan folkrätt i förhållande till EG-rätt respektive svensk rätt.

Inom folkrätten sammanfaller *begreppet* "könsdiskriminering" med *förbudet* mot könsdiskriminering. När osaklig (negativ) särbehandling p.g.a. kön föreligger, är det fråga om könsdiskriminering. Eftersom endast *osaklig* (negativ) särbehandling kan leda till könsdiskriminering, kan det aldrig bli fråga om undantag från förbudet mot könsdiskriminering. *Saklig* (negativ) särbehandling p.g.a. könstillhörighet utgör överhuvudtaget inte könsdiskriminering. Det ger följande formel:

Osaklig (negativ) särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering
(Saklighetsbedömning)

[510] Se vidare kapitel 8 som handlar om särbehandling p.g.a. kön med hänvisning till "särskilt intresse" och kapitel 9 om särbehandling p.g.a. kön med hänvisning till jämställdhetsintresset.

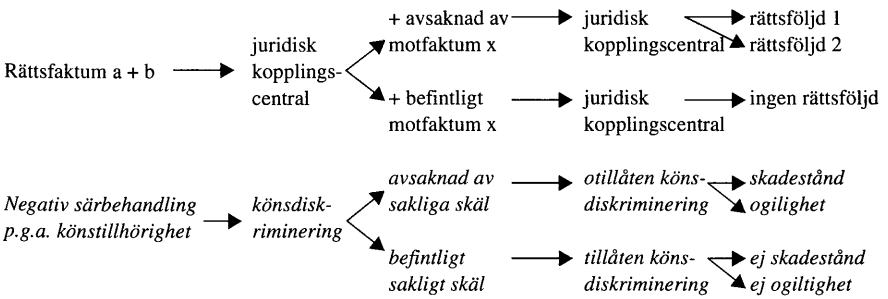
Uttryckt på ett mera traditionellt juridiskt sätt skulle denna formel kunna se ut enligt följande:



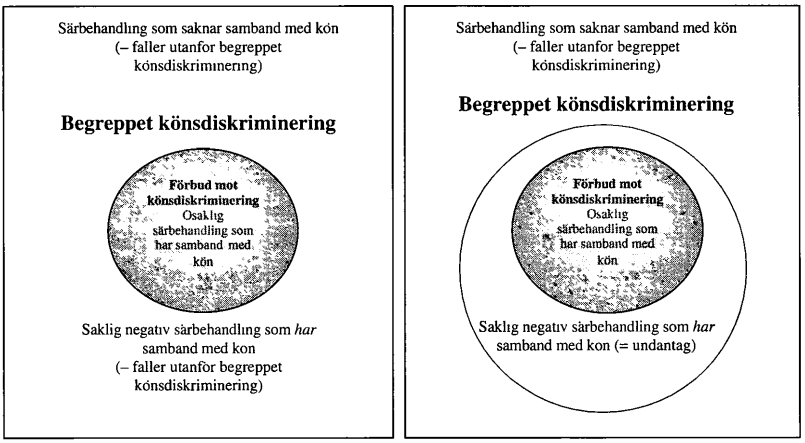
Liksom folkrätten har EG-rätt och svensk rätt som första förutsättning att det skall vara fråga om negativ särbehandling p.g.a. könstillhörighet för att könsdiskriminering skall föreligga. Svensk rätt och EG-rätt skiljer sig dock ifrån folkrätten på så sätt att man betraktar även *saklig* särbehandling som missgynnar någon p.g.a. könstillhörighet som könsdiskriminering. Detta medför att en särbehandling som utgör ett missgynnande p.g.a. kön, men som anses saklig, är ett tillåtet undantag. Till skillnad mot det folkrättsliga synsättet, utgör en saklig särbehandling *undantag* från förbudet mot könsdiskriminering, istället för att falla helt utanför könsdiskrimineringsbegreppet. Det ger följande formel:

Negativ särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering – om inte tillåtet undantag
(Saklighetsbedömning)

Detta kan också uttryckas enligt följande:



Begreppet könsdiskriminering är, enligt detta synsätt, vidare än könsdiskrimineringsförbudet. Det finns särbehandling som faller inom vad som betraktas utgöra könsdiskriminering samtidigt som det inte är förbjudet. Det är då fråga om ett tillåtet undantag. Detta kan illustreras på följande sätt:



Skillnaden i synsätt har ingen betydelse för rättsföljden, utan har enbart betydelse för synen på könsdiskrimineringsbegreppet som sådant. I materiellt hänseende är den avgörande frågan vilken särbehandling som betraktas som *saklig*, och som därmed är tillåten, eller *osaklig* och därmed otillåten, vilket medför att en rättsföljd inträder. Denna bedömning kan vara lika i alla tre rättssystemen.

5.4 Orsakssamband

5.4.1 Direkt könsdiskriminering

5.4.1.1 Ett "rakt" samband mellan missgynnande och könstillhörighet

I avsnitt 5.2.2.1 beskrivs de rättsliga definitionerna av direkt könsdiskriminering. Förbuden mot direkt könsdiskriminering finns i 15 § jämställdhetslagen, i artikel 2 (1) likabehandlingsdirektivet och i artikel 141 EU-fördraget. Utmärkande för sådan diskriminering är att det föreligger ett direkt samband mellan ett missgynnande och den drabbades könstillhörighet. Det föreligger t.ex. direkt könsdiskriminering när en arbetsgivare direkt förklarar sig inte vilja anställa en viss arbetssökande därför att enbart personer av motsatta könet är lämpliga för arbetet. Detsamma gäller om arbetsgivaren vägrar anställa någon av sådana skäl men uppger andra skäl för sin vägran.[511] Man kan även säga att sambandet är "rakt".

[511] Prop. 1978/79:175 s. 42.

När det gäller lönediskriminering kan artikel 141 ge intryck av att inte några skillnader i lön mellan kvinnor och män är tillåtna. Av EG-domstolens praxis framgår emellertid att artikeln tillåter löneskillnader som inte beror på könstillhörighet. Det ställs alltså även här ett krav på kausalsamband. Observera att det inte krävs att könstillhörigheten är den enda eller avgörande orsaken till åtgärden, det räcker med att missgynnandet *har samband* med könstillhörigheten.[512] EG-domstolen har avgjort många mål som rört frågan om direkt könsdiskriminering. Domstolen har t.ex. ansett att anställningsvillkor som inneburit att män, men inte kvinnor, fått ersättning för att erlägga en pensionsavgift utgör direkt könsdiskriminering. Ersättningen innebar att männens bruttolön förhöjdes jämfört med kvinnornas.[513] I *Schnorbusfallet* (C-79/99) sade domstolen att det endast är "bestämmelser som tillämpas på olika sätt beroende på de berörda personernas kön som kan anses utgöra direkt diskriminering på grund av kön".[514] Nedan redogör jag för några typiska villkor som domstolen ansett utgöra direkt könsdiskriminering. För en mer utförlig genomgång av domstolens rättspraxis hänvisas till kapitel 6.

Vad gäller svensk rätt har endast ett mål (*AD 1999 nr 103*) uttryckligen handlat om indirekt diskriminering. I övriga mål har AD hittills inte uttalat sig om den ansett sig avgöra ett mål om direkt eller indirekt könsdiskriminering. Den har dock tillämpat proportionalitetsprincipen i enlighet med EG-domstolens krav vid indirekt diskriminering.[515] Fransson är kritisk till detta och menar att domstolen öppnat upp för intresseavvägningar som annars inte skulle vara tillåtna.[516]

5.4.1.2 Ålder och civilstånd som grund för särbehandling

Det finns ett direkt samband mellan ett missgynnande och könstillhörighet när föreskrifter anger att kvinnor och män skall åtnjuta olika villkor. Det kan exempelvis vara fråga om olika åldersvillkor för åtnjutande av förmåner eller att kvinnor och män sägs upp vid olika ålder.

EG-domstolen har ansett att olika åldersvillkor för kvinnor och män för åtnjutande av olika typer av förmåner utgör direkt könsdiskriminering. Som exempel kan nämnas målet *Kommissionen mot Belgien* (C-173/91) där det var fråga om nationell lagstiftning som, genom att ha olika åldersgränser för kvinnor och män för möjligheterna att få arbetslöshetsersättning, medförde att kvinnor inte kunde få extra arbetslöshetsersättning

[512] Prop. 1999/2000:143 s. 38 f.
[513] *Worringham* (C-69/80) och *Liefting* (C-23/83).
[514] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 33.
[515] Se *AD 1995 nr 158* och *AD 1997 nr 68*.
[516] Fransson, Lönediskriminering, 2000 s. 351 och 380 f. Se vidare avsnitt 6.2.2.7.

enligt kollektivavtalet. Domstolen fann att detta stred mot likalöneprincipen.[517] Olika åldersvillkor för åtkomsten av de pensioner som faller under artikel 141 är otillåtna och utgör *direkt* könsdiskriminering.[518] AD har inte avgjort något mål som rört frågan om könsdiskriminerande åldersvillkor.

På samma sätt kan missgynnande som har samband med en persons *civilstånd* utgöra direkt könsdiskriminering om villkoret uppställs enbart för ena könet. Både KMPR och KESKR förklarar att *all* slags diskriminering är förbjuden och ger exempel på otillåtna grunder för särbehandling. Uppräkningen avslutas med "other status". Eftersom de två konventionerna även innehåller särskilda stadganden om likabehandling mellan kvinnor och män (artikel 3), måste detta innebära att särbehandling mellan kvinnor och män som har sin grund i civilstånd (*civil status*) är otillåten.[519] I artikel 1 i kvinnokonventionen stadgas uttryckligen att mänskliga rättigheter och grundläggande friheter inte får begränsas eller omintetgöras för kvinnor, *oberoende* av civilstånd. Redan av konventionens definition av diskriminering framgår det således att det utgör diskriminering att göra åtskillnad mellan kvinnor och män beroende på civilstånd. Enligt ILO-konvention nr 111 utgör inte civilstånd, som grund för åtskillnad, i sig diskriminering.[520] Artikel 1 nämner inte civilstånd som grund för diskriminering men ILO:s expertkommitté har ansett att åtskillnader som har sin grund i civilstånd utgör diskriminering i den utsträckning de innebär att villkor etc. uppställs för det ena könet men inte för det andra.[521] Krav på visst civilstånd är alltså förenligt med konventionen så länge det uppställs för både kvinnor och män. Kommittén för de mänskliga rättigheterna har bl.a. påpekat att rätten att betraktas som en person inför lagen (artikel 16 i KMPR) inte får begränsas av civilstånd eller någon annan diskriminerande orsak.[522] Rätten till arbete på jämställda villkor, oavsett civilstånd, stadgas i både Nairobistrategierna och i handlingsplanen från Pekingkonferensen.[523]

[517] Domstolen sade inte uttryckligen att det var direkt diskriminering men att det stred mot likalöneprincipen att utesluta kvinnor genom att ha skilda åldervillkor mellan kvinnor och män som friställs, *Kommissionen mot Belgien* (C-173/91) punkt 22.

[518] Se *Defrenne I* (C-80/70), *Barber* (C-262/88), *Moroni* (C-110/91), *Neath* (C-152/91), *Coloroll* (C-200/91), *Smith* (C-408/92), *van den Akker* (C-28/93) Se även *Marshall I* (C-152/84) som gällde likabehandlingsdirektivet.

[519] Enligt artikel 23 i den universella förklaringen är det dock tillåtet att beakta familjeförhållanden beträffande lönesättningen. Högre lön för män med familj än gifta kvinnor är således tillåtet enligt förklaringen.

[520] ILO, RCE, 1988, punkt 42, Nielsen, H.K. ICLQ 1994, s. 834.

[521] Se ILO, RCE, 1977 s. 233, 1981 s. 175 och 1988 punkt 42.

[522] CCPR General Comment 28 (2000) punkt 19.

[523] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985. UD II:42, punkt 54, Fourth World Conference on Women Beijing (1995) punkt 178 (b).

I artikel 2 (1) likabehandlingsdirektivet anges äktenskaplig status eller familjestatus som en otillåten grund för särbehandling. EG-domstolen har ansett att åtskillnad som grundar sig på civilstånd leder till direkt könsdiskriminering. I *Fisscher* (C-128/93) nekades gifta kvinnor anslutning till företagets pensionssystem. Domstolen konstaterade att en uteslutning av gifta kvinnor från medlemskap utgjorde direkt diskriminering p.g.a. kön.[524] I *Kommissionen mot Grekland* (C-187/98) konstaterade EG-domstolen att kollektivavtal och skiljedomsbeslut som innebar att endast gifta manliga arbetstagare beviljades familje- och äktamakebidrag utgjorde direkt könsdiskriminering.[525] EG-domstolen har även sagt att det utgör direkt könsdiskriminering att uppställa olika villkor för änkor respektive änklingar. Ett exempel på det är när efterlevandepension endast beviljats för änkor.[526]

5.4.1.3 Graviditet och moderskap som grund för särbehandling

Graviditet och moderskap anges ibland som skäl för att tillåta särbehandling av kvinnor. När en särbehandling av kvinnor resulterar i att de missgynnas eller att män missgynnas i förhållande till gynnade kvinnor föreligger könsdiskriminering enligt både FN, ILO och EG-rätten.[527] Även jämställdhetslagen betraktar missgynnande av gravida kvinnor som könsdiskriminering.[528] Det är däremot mer osäkert i vilken utsträckning jämställdhetslagen skyddar män mot könsdiskriminering som är relaterad till föräldraskap. Det beror på att gynnande av kvinnor i samband med graviditet inte anses innebära ett missgynnande av män och situationen faller därmed utanför könsdiskrimineringsbegreppet. Jämställdhetslagen innehåller inget undantag för skydd av kvinnor motsvarande artikel 2 (3) i likabehandlingsdirektivet. Denna fråga behandlas mer utförligt i avsnitt 8.4.2.

Av artikel 11 (2) kvinnokonventionen framgår att staterna har en skyldighet att förebygga diskriminering vid arbete som är relaterad till äktenskap eller moderskap. Artikel 4 (2) och 11 (2) (b–d) kvinnokonventionen tillåter och ålägger staterna att vidta åtgärder för att skydda kvinnor i arbetet i samband med graviditet. ILO-konvention nr 111 gäller inte

[524] *Fisscher* (C-128/93) punkt 12–14, se även *Dietz* (C-435/93) och *Vroege* (C-57/93).
[525] *Kommissionen mot Grekland* (C-187/98) punkt 44.
[526] Se *Ten Oever* (C-109/91), *Coloroll* (C-200/91) och *Evrenopoulos* (C-147/95).
[527] Observera att likabehandlingsdirektivet artikel 2 (3) tillåter undantag till *skydd* för kvinnor i samband med graviditet och moderskap, se vidare kapitel 8. Enligt ILO-konvention nr 183 (2000) artikel 9 skall staterna tillförsäkra att graviditet inte utgör grund för diskriminering vid anställning, inklusive tillgång till anställning.
[528] Prop. 1999/2000:143 s. 35.

enbart när kön används direkt som grund för åtskillnad, uteslutande eller företräde. Även graviditet, barnafödande och sjukdom i samband med graviditet utgör otillåtna grunder för särbehandling då dessa enbart omfattar kvinnor.[529] FN:s särskilda rapportör om rätten till utbildning lyfter i sin rapport fram disciplinåtgärder mot gravida elever som exempel på diskriminering avseende rätten till utbildning.[530]

EG-domstolen har ansett att missgynnande som sker i samband med graviditet och moderskap är direkt relaterat till kvinnans könstillhörighet och därför utgjort direkt könsdiskriminering.[531] I målet *Habermann–Beltermann* (C-421/92) uttalade domstolen:

> "It is clear, that the termination of an employment contract on account of the employee's pregnancy, whether by annulment or avoidance, concerns women alone and constitutes, therefore, direct discrimination on grounds of sex".[532]

Det första fallet om diskriminering av gravida, *Dekker* (C-177/88), handlade om en kvinna som inte blev anställd p.g.a. att hon var gravid.

> Arbetsgivaren förklarade sitt handlande med att beslutet motiverats av finansiella skäl. Dekkers försäkringsgivare likställde graviditet med sjukdom och eftersom arbetsgivaren kunnat förutse kostnaden hade han därmed inte rätt till ersättning för Dekkers frånvaro p.g.a. graviditeten. Av den anledningen fick hon inte anställningen, trots att arbetsgivaren ansåg henne som lämplig för den.

EG-domstolen uttalade att man måste se till de grundläggande skälen för diskrimineringen för att avgöra om det rör sig om direkt eller indirekt diskriminering. Tillämpas grunden för skillnaden i behandling utan åtskillnad för arbetare av båda könen eller tillämpas de enbart för ena könet?[533] Domstolen fastställde att skälet till att kvinnan missgynnats var att hon var gravid och redan detta faktum var tillräckligt för att direkt diskriminering skulle anses föreligga. Domstolen underkände invändningar om finansiella skäl p.g.a. frånvaro för graviditeten och menade att en sådan invändning inte kunde rättfärdiga diskrimineringen.[534]

I *Rasmussen* (C-66/96) var det fråga om nationell lagstiftning som innebar att kvinnor inte hade rätt att få ut full lön när de, före barnledighetens

[529] ILO, RCE, 1988, punkt 41 och 1996 punkt 37–38, Nielsen, ICLQ 1994, s. 834.
[530] E/CN.4/2000/6, s. 20 f.
[531] Se *Dekker* (C-177/88), *Habermann–Belterman* (C-421/92), *Webb* (C-32/93) och *Gillispie* (C-342/93).
[532] *Habermann–Beltermann* (C-421/92) punkt 15.
[533] *Dekker* (C-177/88) punkt 10, se även *Habermann–Beltermann* (C-421/92) punkt 14.
[534] *Dekker* (C-177/88) punkt 8–14.

början, var frånvarande från arbetet till följd av sjukdomstillstånd som hade samband med graviditeten. EG-domstolen ansåg att detta utgjorde direkt könsdiskriminering.[535] Däremot är det inte fråga om direkt diskriminering i de fall en kvinna är frånvarande från arbetet av "allmänna graviditetsbesvär" eller mot bakgrund av endast en medicinsk rekommendation utan att det är fråga om ett sjukdomstillstånd som innebär arbetsoförmåga. Inkomstbortfallet grundas i sådana fall, enligt domstolen, på den anställdas val att inte arbeta och inte på själva graviditeten.[536]

Sämre behandling som endast är *indirekt* relaterad till graviditet har däremot inte ansetts utgöra direkt diskriminering.[537] Fallet *Hertz* (C-179/88) gällde en deltidsanställd kassörska som avskedades till följd av hög frånvaro p.g.a. sjukdom som var relaterad till en komplicerad förlossning. Domstolen uttalade att det skulle utgöra direkt diskriminering att avskeda henne p.g.a. graviditet eller havandeskap om hon avskedats under barnledigheten. Däremot utgjorde det inte direkt diskriminering att avskeda henne till följd av för hög sjukdomsfrånvaro (p.g.a. graviditeten/förlossningen) när annan sjukfrånvaro kunde leda till samma resultat. Eftersom kvinnor och män avskedades på samma villkor vid sjukdom, förelåg inte någon diskriminering som stred mot artikel 2 (1) eller 5 (1) i likabehandlingsdirektivet. Den avgörande faktorn för om det förelåg direkt diskriminering var alltså om annan sjukfrånvaro enligt gällande regler kunde leda till samma resultat och om tiden för barnledigheten enligt den nationella lagstiftningen hade löpt ut eller inte.[538]

Moderskap är en faktor som har lett till direkt könsdiskriminering i andra situationer än anställning eller uppsägning. I fallet *Thibault* (C-136/95) var det fråga om rätten till utvärdering av arbetsprestationen. Arbetstagarna hade rätt att varje år utvärderas, en utvärdering som sedan låg till grund för befordran. Thibault, som var mammaledig, nekades sådan utvärdering. Domstolen ansåg att en kvinna är direkt diskriminerad p.g.a. kön om hon, p.g.a. frånvaro för mammaledighet, förnekas rätten till årlig utvärdering och därmed går miste om att kvalificera sig för befordran.[539] Utgången blev en annan i målet *Gerster* (C-1/95) då domstolen fann att den beräkningsmetod för tjänstgöringstid, som var ifrågasatt, inte bestämdes av könstillhörigheten. Det saknades alltså kausalsamband mellan missgynnande och könstillhörighet.

[535] *Rasmussen* (C-66/96) punkt 28–37.
[536] *Rasmussen* (C-66/96) punkt 42–50.
[537] *Hertz* (C-179/88). Se även *Larsson* (C-400/95) och *Rentokil* (C-394/96).
[538] *Hertz* (C-179/88) punkt 13–19.
[539] *Thibault* (C-136/95) punkt 32.

AD har hittills inte avgjort något mål om missgynnande vid graviditet som skulle utgöra könsdiskriminering i jämställdhetslagens mening.[540] JämO har dock stämt ett företag för att ha avskedat en kvinna efter att arbetsgivaren fått vetskap om att hon var gravid.[541]

Ovanstående visar att direkt könsdiskriminering föreligger när någon missgynnas och detta har ett direkt samband med personens könstillhörighet. Det kan exempelvis vara fråga om att olika villkor appliceras på kvinnor och män (t.ex. olika åldersvillkor) eller att arbetsgivaren föredrar personer av visst kön av någon anledning. Sambandet behöver dock inte vara så tydligt för att direkt könsdiskriminering skall föreligga. Även särbehandling som beror på civilstånd eller graviditet anses ha ett sådant samband med könstillhörighet att direkt könsdiskriminering föreligger.[542]

5.4.2 Indirekt diskriminering

5.4.2.1 Indirekt diskriminering förbjuds i alla tre rättssystemen

Det finns ingen definition av indirekt diskriminering i folkrätten. Av genomgången av definitioner av diskriminering (se avsnitt 5.2) framgår att det inte krävs ett diskriminerande syfte för att diskriminering skall anses föreligga. Det räcker med att en diskriminerande *effekt* uppkommit. Kvinnokonventionen, utbildningskonventionen och uttalandet från kommittén för de mänskliga rättigheterna föreskriver att behandlingen skall ha haft ett negativt "syfte" eller "effekt". ILO-konventionen och riktlinjerna från KESKR-kommittén anger enbart att ett handlande får en diskriminerande "effekt". ILO:s expertkommitté har framhållit att konvention nr 111 skyddar mot indirekt diskriminering, eftersom definitionen hänvisar till effekten av ett handlande. Som exempel på indirekt könsdiskriminering nämner kommittén yrkessegregation.[543] Likaså skyddar konvention nr 100 mot indirekt lönediskriminering.[544] Därmed finns skydd mot indirekt diskriminering även inom folkrätten.[545] ILO:s expertkommitté beskriver indirekt diskriminering såsom:

[540] *AD 1985 nr 134* och *AD 1987 nr 132* gällde frågan huruvida rätt till havandeskapslön kunde förbehållas kvinnor eller om detta utgjorde könsdiskriminering av män. Det var alltså inte fråga om ett missgynnande av gravida kvinnor. *AD 1999 nr 51* handlade om rätten att enligt föräldraledighetslagen omplaceras till annat arbete under graviditeten med bibehållna anställningsförmåner.

[541] Rättsfrågan i detta mål är dock huruvida anställningsavtal slutits eller inte.

[542] Frågan om diskriminering p.g.a. graviditet skall ses som direkt eller indirekt könsdiskriminering diskuteras i avsnitt 5.4.2.6.

[543] ILO, RCE, 1988, punkt 28.

[544] ILO, RCE, 1986, s. 12.

[545] Även kommittén som bevakar rasdiskrimineringskonventionen har uttalat sig om

"Apparently neutral situations, regulations or practices which in fact result in unequal treatment of persons with certain characteristics. It occurs when the same condition, treatment or criterion is applied to everyone, but results in a disproportionately harsh impact on some persons on the basis of characteristics such as [...] sex".[546]

Det är alltså det diskriminerande resultatet som är relevant. Denna definition av indirekt diskriminering anger inte hur stor andel som skall drabbas. Den anger dock att någon form av bedömning skall göras av om vissa personer drabbas oproportionerligt mycket. KESKR-kommittén har inte definierat begreppet än, men Craven konstaterar att det inte kan vara fråga om indirekt diskriminering om enbart en person drabbas negativt av en neutral regel. Den måste drabba en grupp på ett oproportionellt sätt.[547]

Som framgår av avsnitt 5.2 finns en definition av indirekt diskriminering i artikel 2 (2) bevisbördedirektivet.[548] Utmärkande för indirekt diskriminering i EG-rätten är att en till synes könsneutral företeelse drabbar ena könet i väsentligt större utsträckning än det andra. Indirekt könsdiskriminering kan enligt EG-rätten inte uppstå när enbart en eller ett fåtal personer missgynnas av en könsneutral regel. Det krävs tvärtom en överväldigande majoritet. Alla EU-direktiv utom ett innehåller uttryckliga förbud mot indirekt diskriminering. Undantaget, likalönedirektivet, anses dock ställa samma krav, vilket följer av EG-domstolens praxis. EG-domstolen har utvecklat kraven för när indirekt diskriminering skall anses föreligga och även möjligheterna för arbetsgivaren att undgå ansvar genom att kunna anföra objektivt sakliga skäl för särbehandlingen.[549]

I äldre jämställdhetslagen fanns inget uttryckligt förbud mot indirekt könsdiskriminering men ett sådant ansågs ändå gälla.[550] I och med ändringen av jämställdhetslagen (1992) infördes ett uttryckligt förbud mot indirekt diskriminering i lagtexten i syfte att motsvara EU:s standard.[551] I och med den senaste ändringen har nu införts en definition av begreppet

---

diskrimineringsbegreppet och understryker att en åtskillnad som antingen *syftar till* eller *får till effekt* att den begränsar en viss fri- eller rättighet strider mot konventionen. CERD General Recommendation XIV (1993) punkt 1. Se även exempelvis Nielsen, Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 230.

[546] ILO, RCE, 1996, punkt 26.

[547] Craven, 1998, s. 167.

[548] Se första artikeln. Enligt direktivets artikel 3 omfattar direktivet de förhållanden som avses i artikel 141, likalönedirektivet (75/117), likabehandlingsdirektivet (76/207) och direktiven om mödra- och föräldraledighet (92/85 och 96/34).

[549] Se t.ex. *Kording* (C-100/95) punkt 16, 19 och 27. Se vidare avsnitt 5.4.2.4 och kapitel 7.

[550] Prop. 1978/79:175 s. 42 och 121.

[551] Prop. 1990/91:113 s. 79 f.

i 16 §. Definitionen grundar sig på bevisbördedirektivet och är avsedd att motsvara detta.[552] Som exempel på indirekt diskriminering nämns i förarbetena till första jämställdhetslagen att en arbetsgivare utan fog kräver officersutbildning för ett visst arbete, väl medveten om att bara män har en sådan utbildning och att kvinnor därmed inte kan komma ifråga för arbetet.[553] Andra exempel på krav som skulle kunna utgöra indirekt diskriminering är om arbetsgivaren kräver en minimilängd på 175 cm för anställning eller beslutar att vid arbetsbrist säga upp deltidsanställda före heltidsanställda. Det är mycket vanligare att kvinnor deltidsarbetar än män. Innebär arbetsgivarens beslut att säga upp deltidsanställda före heltidsanställda att kvinnor sägs upp före män är det fråga om indirekt diskriminering.[554]

Att uppställa meritkrav är inte någon otillåten diskriminering. Däremot kan tillämpningen av sådana utgöra otillåten diskriminering om det sker på ett obehörigt eller osakligt sätt.[555] En sak är att arbetsgivaren måste kunna ställa de behörighetskrav som behövs för arbetets genomförande. En annan är att arbetsgivare även får beakta meriter som är nyttiga men inte ofrånkomliga för arbetet. Arbetsgivaren får däremot inte låta sådana meriter gälla som en ovillkorlig förutsättning för arbetet. Avsaknaden av en sådan merit kan uppvägas av någon annan merit.[556]

5.4.2.2 Innebörden av indirekt könsdiskriminering

I alla tre rättssystemen är det den könsdiskriminerande *effekten* som är relevant. Som sagts, är det utmärkande draget för indirekt könsdiskriminering enligt EG-rätt och svensk rätt att en till synes könsneutral företeelse missgynnar en väsentlig andel personer av det ena könet.

Könsdiskriminering föreligger när det finns ett samband mellan missgynnande och könstillhörighet (*negativ särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering*). I avsnitt 5.3.3.4 uppställde jag två formler för att visa att detta gäller alla tre rättssystemen och att synsättet skiljer sig åt beträffande vad som ryms inom begreppet könsdiskriminering.

[552] Prop. 1999/2000:143 s. 41 f. I ett förslag att ändra likabehandlingsdirektivet föreslår kommissionen att bevisbördedirektivets definition av indirekt könsdiskriminering skall införas även i artikel 2 (a) likabehandlingsdirektivet, KOM (2000) 334 slutlig.

[553] Prop. 1978/79:175 s. 42. När utredningen gjordes hade kvinnor inte tillgång till denna utbildning men ett förslag fanns att de skulle få det. Jämställdhetskommittén konstaterade att om kvinnor får tillgång till officersutbildningen innebär inte det att ett sådant villkor omedelbart vore legitimt då det finns skäl att anta att kvinnor endast i sällsynta fall har en sådan utbildning.

[554] SOU 1999:91 s. 43.

[555] Prop. 1990/91:113 s. 79.

[556] SOU 1978:38 s. 94.

Folkrätt:

Osaklig (negativ) särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering
(Saklighetsbedömning)

EG-rätt och svensk rätt:

(Negativ) särbehandling + könstillhörighet = könsdiskriminering
– om inte tillåtet undantag
(Saklighetsbedömning)

Det innehåll som indirekt könsdiskriminering har i EG-rätt och svensk rätt är svårare att passa in under någon av dessa formler. Sambandet mellan en särbehandling och könstillhörighet är inte så tydligt vid indirekt diskriminering. Den *negativa särbehandlingen* består i att ett neutralt kriterium (etc.) har en missgynnande effekt. *Sambandet med könstillhörighet* föreligger när de drabbade till största delen tillhör ena könet. När detta har visats föreligger en presumtion om indirekt könsdiskriminering.

Reglerna anger att svaranden kan undgå ansvar genom att visa att särbehandlingen berodde på något annat än könstillhörigheten. I sådant fall finns inte något samband mellan missgynnandet och könstillhörigheten. Det blir därför aldrig aktuellt att fundera över om *saklig negativ särbehandling som har samband med kön* faller innanför eller utanför könsdiskrimineringsbegreppet (jfr figurerna sidan 133–134). Undantag är överhuvudtaget inte möjliga vid indirekt diskriminering. Antingen finns ett samband med kön eller finns det inte något sådant samband. Detta kan visas på följande sätt:

Särbehandling	*+ könstillhörighet*	*+ avsaknad av könsneutrala skäl*	*= könsdiskriminering*
(en neutral regel som missgynnar)	(sambandet med kön presumeras när tillräckligt stor andel missgynnas)	(det presumerade sambandet upphör om svaranden kan styrka att särbehandlingen motiverats av andra skäl än kön)	

EG-domstolen konstaterade i fallet *Schnorbus* (C-79/99) att en bestämmelse som gav företräde till personer som gjort värnplikt, till anställning som staten var skyldig att tillhandahålla, "i sig tyder på indirekt diskriminering".[557] Bestämmelsen var könsneutral och missgynnade dem som inte fick företräde. Eftersom kvinnor inte omfattades av den allmänna värnplikten, uppkom ett presumerat samband med kön – en presumtion

[557] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 38.

om indirekt könsdiskriminering. Särbehandlingen motiverades dock med att den utgjorde en kompensation för den försening i utbildningen som värnplikten innebar, vilket godtogs av domstolen.[558] Indirekt könsdiskriminering ansågs därmed inte föreligga. Den tyska delstaten (Land Hessen) och kommissionen diskuterade huruvida bestämmelsen kunde utgöra ett *undantag* enligt artikel 2 (4) likabehandlingsdirektivet. Ett sådant resonemang stämmer inte i förhållande till vad jag anfört ovan – det är inte möjligt med undantag vid indirekt könsdiskriminering. Domstolen kommenterade inte artikel 2 (4) utan konstaterade endast att bestämmelsen enbart hade till syfte att kompensera följderna av den försening i utbildningen som värnplikten innebar och att den därför var saklig och inte oproportionerlig.[559]

I målet *Gruber* (C-249/97) kom EG-domstolen fram till att föreliggande situation inte utgjorde indirekt könsdiskriminering. I fallet var frågan om kvinnor var indirekt diskriminerade när de inte erhöll fullt avgångsvederlag vid egen uppsägning som orsakats av brist på dagbarnvård (under förutsättning att den andel som erhöll lägre avgångsvederlag huvudsakligen bestod av kvinnor). EG-domstolen gjorde en jämförelse med en arbetstagare som sade upp sig av skäl som gjorde att han eller hon omöjligen kunde fortsätta arbetet och ansåg att denna situation inte var lik den situation som det var fråga om. Olika fall behandlades således olika. Det innebar att det inte var fråga om särbehandling och följaktligen inte heller indirekt diskriminering.[560]

Avgörande för frågan om indirekt könsdiskriminering föreligger är om svaranden kan motivera särbehandlingen med *könsneutrala* skäl som dessutom uppfyller övriga krav (se vidare nedan). I kapitel 7 diskuteras *vilka* skäl som godtagits och huruvida det är lättare att motivera indirekt könsdiskriminering än direkt könsdiskriminering med förment könsneutrala skäl.

5.4.2.3 Väsentligt större andel

Reglerna i EG-rätten och jämställdhetslagen om indirekt diskriminering är utformade så att det krävs att en grupp kvinnor eller män är missgynnade i förhållande till den andra könskategorin medan skyddet samtidigt är individuellt. Det innebär att det är bara individer som kan föra talan om indirekt könsdiskriminering, samtidigt som de måste föra bevisning om att en stor andel av en grupp också är drabbad. Det krävs att den formellt könsneutrala regeln (etc.) missgynnar ett tillräckligt stort antal

[558] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 44–47.
[559] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 44–47.
[560] *Gruber* (C-249/97) punkt 31–35.

individer. Det krävs även att de uppgifter om statistik som framförs inte är uttryck för helt slumpmässiga eller konjunkturbetingade företeelser, utan måste rent allmänt framstå som "signifikanta".[561] Frågan är då i hur hög grad ett villkor skall verka till nackdel för ena könet för att det överhuvudtaget skall komma ifråga som indirekt diskriminering. Enligt jämställdhetskommittén krävs att begreppet indirekt diskriminering förbehålls sådana fall "då villkorets olika effekt på kvinnor och män är så framträdande att den åtminstone vid någon eftertanke hade kunnat förutses.[562]

EG-domstolen har använt sig av olika uttryck för att beskriva den negativa effekt som måste föreligga t.ex.: "a far greater number of women than men" (*Rinner–Kühn*), "a considerably lower percentage of men than women" (*Nimz*, *Kowalska*) "far more women than men" (*De Weerd*).[563] Bevisbördedirektivet anger att "en väsentligt större andel" personer av det ena könet skall vara drabbat jämfört med det andra (artikel 2). Förslaget till ändring i likabehandlingsdirektivet anger istället "betydligt större andel". Precis som beträffande den språkliga förändringen från "missgynna" till "nackdel", som nämndes tidigare, har inte de engelska, franska och tyska versionerna förändrats i förhållande till bevisbördedirektivet. Av förklaringen till artikeln sägs dessutom att definitionen överensstämmer med den i bevisbördedirektivet.[564] Den språkliga förändringen har således ingen materiell betydelse.

Hittills har kravet på väsentlig andel ställts högt. EG-domstolens praxis visar att det skall vara minst 80–90 % av en viss utsatt grupp som måste vara personer av ena könet för att det skall vara fråga om indirekt könsdiskriminering. GA Léger anmärkte i *Noltefallet* (C-317/93) att det förmodligen inte skulle räcka med 60 % utan pekade på att domstolen i *Rinner–Kühn* ansett att 89 % var tillräckligt.[565]

I *Seymour–Smith* (C-167/97) uttalade EG-domstolen att förutom i de fall när det är fråga om en väsentligt mindre procentandel kvinnliga än manliga arbetstagare som uppfyller ett villkor, kan det även vara fråga om indirekt diskriminering när statistiken påvisar ett mindre betydande avstånd men som är bestående och relativt oföränderligt under en lång

[561] *Enderby* (C-127/92) punkt 17 och *Jørgensen* (C-226/98) punkt 33.
[562] SOU 1978:38 s. 96.
[563] *Rinner–Kühn* (C-171/88), *Kowalska* (C-33/89), *Nimz* (C-184/89), *De Weerd* (C-343/92).
[564] KOM (2000) 334 slutlig, motivering IV punkt 40.
[565] *Nolte* (C-317/93) GA:s yttrande, punkt 58.

period. EG-domstolen överlämnade till den nationella domstolen att bedöma vilka slutsatser som skulle kunna dras av en sådan statistik.[566]

K. Lundström är kritisk, dels till att EG-domstolen ställt så höga krav på andel drabbade, dels till att det inte är möjligt att hävda indirekt diskriminering när formellt neutrala kriterier etc. missgynnar en enskild individ.[567] I *Schnorbus* (C-79/99) har EG-domstolen för första gången låtit bli att bedöma hur hög andel kvinnor som missgynnats, utan utgått ifrån att det var en tillräckligt stor andel för att det skulle kunna var fråga om indirekt könsdiskriminering. Målet handlade om att de som gjort värnplikt fick företräde till anställning som staten var skyldig att tillhandahålla. Domstolen ansåg att det inte var nödvändigt att analysera vilka konkreta följder bestämmelsen fick, utan ansåg att det räckte med att konstatera att eftersom kvinnor inte omfattades av den allmänna värnplikten kunde de inte ges företräde enligt bestämmelsen.[568] Förhoppningsvis är detta ett första steg mot att det inte skall ställas alltför höga krav på vederhäftig statistik och mycket hög andel av ena könet.

Definitionen av indirekt könsdiskriminering i 16 § jämställdhetslagen stadgar att indirekt könsdiskriminering föreligger när en neutral bestämmelse (etc.) "särskilt" missgynnar personer av det ena könet. I propositionen sägs att skillnaden mellan kvinnor och män som kan uppfylla kriteriet måste vara "betydande", men bedömningen överlämnas till domstolarna.[569] I *AD 1999 nr 103* hävdades av käranden att meritkraven för arbete som domare vid EG-domstolen är indirekt könsdiskriminerande, eftersom de uppfylls av endast ett fåtal kvinnor. AD gjorde ingen bedömning av andel kvinnor i förhållande till män som uppfyllde kravet utan konstaterade att meritkraven inte utestänger kvinnor och att meritkraven är objektivt sakliga. Domstolen drog slutsatsen att meritkraven är objektivt sakliga utan att göra en proportionalitetsbedömning av meritkraven i förhållande till målet med reglerna. Den konstaterade att käranden inte bestridit att den manliga domaren haft en bakgrund som personer som tidigare utnämnts till domare i EG-domstolen haft.

5.4.2.4 Kraven på de skäl som anförs för att bryta orsakssambandet

För att en formellt könsneutral regel, som missgynnar ena könet, inte skall anses vara indirekt könsdiskriminering krävs att arbetsgivaren kan

[566] *Seymour-Smith* (C-167/97) punkt 61.

[567] Lundström, K., Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning, 2000, s. 99 f. och Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, 1999, s. 324 ff.

[568] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 38.

[569] Prop. 1999/2000:143 s. 42.

anföra sakliga skäl för sitt handlande. Av artikel 2 (2) bevisbördedirektivet samt 16 § jämställdhetslagen framgår att arbetsgivaren kan anföra skäl som leder till att det inte rör sig om indirekt diskriminering om:

1) de objektiva faktorer som anförs saknar samband med kön samt
2) är lämpliga och
3) nödvändiga

Bevisbördedirektivet syftar till att kodifiera tidigare praxis från EG-domstolen. Denna praxis började utvecklas genom *Jenkinsfallet* (C-96/80) som handlade om olika timlön för hel- respektive deltidsanställda.

> Textilföretaget Kingsgate övergick från att ha haft samma timersättning för hel- respektive deltidsanställda men olika för män och kvinnor, till att ha samma lön för kvinnor och män men att deltidsanställda däremot fick 10 % lägre timlön. Företaget motiverade löneskillnaderna med att man ville avskräcka frånvaro, försäkra sig om att företagets dyra utrustning användes i full utsträckning samt uppmuntra större produktivitet.

EG-domstolen förklarade att artikel 141 (f.d.119) EU-fördraget förbjuder förfaranden som leder till en negativ verkan för arbetstagarna om det drabbar en större andel personer av ena könet än det andra. "Det faktum att deltidsarbete betalas med en lägre timlön än heltidsarbete utgör följaktligen inte i sig en diskriminering som är förbjuden enligt artikel 119 i fördraget, i den mån dessa timlöner tillämpas på båda kategorierna av arbetstagare utan åtskillnad med avseende på kön". En arbetsgivare kan undgå ansvar för könsdiskriminering genom att visa att inget samband med kön föreligger. Denna bedömning överlämnades till den nationella domstolen att göra.[570]

I målet *Bilka Kaufhaus* (C-170/84) uppställde EG-domstolen för första gången krav på att de faktorer som arbetsgivaren åberopar för att undgå ansvar för indirekt diskriminering skall vara både adekvata och nödvändiga. I fallet var det fråga om en varuhuskedja som uteslöt deltidsanställda från företagets pensionssystem. EG-domstolen menade att detta utgjorde indirekt diskriminering om det visade sig att den procentuella andelen kvinnor som arbetade heltid var betydligt lägre än motsvarande andel män. EG-domstolen uttalade att den nationella domstolen måste avgöra om åtgärden ifråga *motsvarade ett verkligt behov* hos företaget och dessutom var *nödvändig* för att uppnå de mål företaget efter-

[570] *Jenkins* (C-96/80) punkt 10–15. I kapitel 7 behandlas *vilka* skäl som EG-domstolen accepterat.

strävade.[571] Domstolen sade också att åtgärden måste *stå i proportion* till arbetsgivarens eftersträvade mål.[572]

I *Rinner–Kühn* (C-171/88) utvecklade EG-domstolen ytterligare vad som krävs för att åtgärder som har en diskriminerande effekt på kvinnliga arbetstagare i förhållande till manliga (eller tvärtom) skall vara tillåtna.

> Fallet gällde Ingrid Rinner–Kühn som arbetade 10 timmar i veckan. Tysk lagstiftning innebar att arbetsgivaren inte behövde betala lön vid sjukfrånvaro om den anställde inte arbetade mer än 10 timmar i veckan eller 45 timmar i månaden. Rinner–Kühn nekades därför ersättning från sin arbetsgivare för 8 timmar som hon varit frånvarande p.g.a. sjukdom.
>
> Domstolen konstaterade att det var klart att väsentligt färre kvinnor än män arbetade fler antal timmar än minimigränsen. Domstolen framhöll att detta resulterade i diskriminering av kvinnliga arbetstagare i strid med artikel 141 (f.d. 119) om inte skillnaden kunde motiveras av objektiva grunder som saknar samband med kön.

EG-domstolen poängterade att åtgärderna måste grundas på faktorer som inte har något att göra med kön samt måste motsvara ett *nödvändigt* mål och vara *lämpliga* och nödvändiga för att uppnå målet.[573] De ovanstående refererade målen samt övrig praxis visar att åtgärden förutom att *sakna samband med kön*, *vara lämplig* och *nödvändig* dessutom skall:

1) motsvara ett verkligt behov hos arbetsgivaren (eller lagstiftaren) och
2) eftersträva ett legitimt mål samt
3) stå i proportion i förhållande till det eftersträvade målet.

EG-domstolen har även uttalat att det inte är möjligt att göra en helhetsbedömning av anställningsvillkoren för att avgöra om indirekt diskriminering föreligger.[574] För att likalöneprincipen skall tillförsäkras krävs att en särskild bedömning av varje omständighet som är kännetecknande för de villkor för att utöva en yrkesverksamhet kan göras. En helhetsbedömning skulle innebära att en effektiv kontroll av tillämpningen av likabehandlingsprincipen förhindras och att bevisbördereglerna åsidosätts enligt domstolen.[575]

[571] *Bilka Kaufhaus* (C-170/84) punkt 32–37. Den kvinnliga arbetstagaren hävdade att arbetsgivaren var skyldig att utforma företagets pensionssystem för de anställda på ett sådant sätt att man tog hänsyn till att de kvinnliga arbetstagarnas familjeåtaganden. Domstolen sade att artikel 119 inte ålägger en arbetsgivare att ta sådana hänsyn. Tillämpningsområdet för artikeln är begränsat till att gälla problemet med lönediskriminering mellan kvinnliga och manliga arbetstagare (punkt 38–43).

[572] *Bilka Kaufhaus* (C-170/84) punkt 24–37.

[573] *Rinner–Kühn* (C-171/88) punkt 12–15.

[574] Se *Barber* (C-262/88) punkt 34.

[575] *Jørgensen* (C-226/98) punkt 23–36.

I *Schnorbus* (C-79/99) underlät domstolen att ens kommentera huruvida det skäl som anförts, att kompensera den tid som förlorats vid värnpliktsutbildning, var könsneutralt. Inte heller yttrade den något om de övriga krav som uppställts för att svaranden skall kunna bryta orsakssambandet nämligen: att åtgärden är *lämplig* och *nödvändig*, motsvarar *ett verkligt behov* hos arbetsgivaren (eller lagstiftaren) eller eftersträvar ett legitimt mål. Den konstaterade endast att särbehandlingen inte var oproportionerlig.[576] Det vore olyckligt om domstolen även fortsättningsvis underlåter att redogöra för bedömningen enligt de kriterier som den själv uppställt. Konstateranden om att en viss särbehandling är proportionerlig, eller inte (jfr *Abrahamssonfallet (C-407/98)* i avsnitt 9.8.1.), bidrar inte till förståelsen av vilka krav EG-rätten ställer.

EG-domstolen ställer, som sagt, krav på att en vald åtgärd skall stå i proportion till ett nödvändigt socialt mål för att ett missgynnande av en väsentligt högre andel personer av ena könet (genom en neutral regel etc.) inte skall anses utgöra indirekt könsdiskriminering. Det är alltså inte fråga om indirekt diskriminering om tillämpningen av bestämmelsen (etc.) eftersträvar ett viktigt mål genom användande av lämpliga och nödvändiga medel.[577] Det är inte bara vid EG-domstolen som proprotionalitetsbedömningar förekommer. Vid bedömning av om könsdiskriminering föreligger enligt EKMR gör Europadomstolen en proportionalitetsbedömning. Om det är fråga om en särbehandling mellan lika fall och staten inte kan motivera skillnaden sakligt, prövar Europadomstolen huruvida det hela ryms inom statens tolkningsmarginal. Vid denna prövning ställs det valda tillvägagångssättet emot det åsyftade målet varvid domstolen avgör om dessa står i proportion till varandra. Europadomstolen gör alltid en proportionalitetsbedömning, medan EG-domstolen inte företar någon proportionalitetsbedömning vid prövningen av direkt könsdiskriminering.

5.4.2.5 Könsdiskriminering av deltids- respektive heltidsanställda

ILO konvention nr 175 (1994) om deltidsarbete innehåller stadganden om (bl.a.) att deltidsanställda skall ha samma skydd mot diskriminering vid anställning och yrkesutövning (artikel 4), ha samma grundlön (artikel 5) och motsvarande anställningsvillkor (artikel 7) som heltidsanställda. Det är endast sex stater som har ratificerat konventionen, Sverige är inte en av dem.

[576] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 44–47.
[577] Prop. 1999/2000:143 s. 43.

I EG-domstolen har ett flertal fall rört frågan om olika arbetsvillkor för deltidsanställda jämfört med heltidsanställda inneburit indirekt könsdiskriminering. I *Jenkinsmålet* (C-96/80) uttalade domstolen att en skillnad i timlön mellan hel- och deltidsanställda inte utgjorde diskriminering i sig.[578] Det måste finnas ett samband med kön. Detsamma framgår av fallet *Kowalska* (C-33/89) där det var fråga om ett kollektivavtal som tillät att en arbetsgivare delade upp arbetstagarna i två kategorier, de som arbetade minst en viss tid och de som inte gjorde det. Det var därmed möjligt för arbetsgivaren att vidhålla en skillnad i den totala lönen för de två kategorierna. EG-domstolen framhöll att detta utgjorde indirekt könsdiskriminering om det var så att den grupp som arbetade deltid bestod i väsentligt lägre del av endera könet.[579] *Krüger* (C-281/97) handlade om rätten till årlig julbonus enligt kollektivavtal. Fråga var om indirekt diskriminering förelåg när kollektivavtalet uteslöt dem som arbetade mindre än 15 timmar i veckan. EG-domstolen konstaterade att julbonusen föll inom begreppet "lön" och det var fråga om en särbehandling när personer med en anställning av ringa omfattning undantogs från det särskilda lönetillägget. Detta utgjorde indirekt diskriminering, enligt domstolen, om undantaget drabbade en betydligt större procentandel kvinnor än män.[580]

Regler som innebär att det krävs längre tjänstgöringstid för deltidsanställda jämfört med heltidsanställda för att uppnå en högre lönegrad eller erhålla befordran kan också utgöra indirekt könsdiskriminering. I *Nimz* (C-184/89) var det fråga om ett kollektivavtal vars regler innebar en automatisk uppflyttning i lönegrad när en viss tjänstgöringstid var erlagd. Sättet för beräkningen av tjänstgöringstiden var olika för två kategorier arbetstagare varav de som var deltidsanställda missgynnades. Det var ca 90,2 % kvinnor som var deltidsanställda. Domstolen fann att indirekt diskriminering förelåg om inte arbetsgivaren kunde visa att det fanns objektivt sakliga skäl för skillnaden i behandling. I fallet *Kording* (C-100/95) blev en deltidsarbetande kvinna inte utsedd till *skatterådgivare*[581]. Anledningen till detta var att hon inte ansågs uppfylla antalet tjänsteår, varför tjänstgöringstiden för att utses till skatterådgivare skulle förlängas i motsvarande mån tills dess den ansågs motsvara heltidstjänstgöring. Av personalen med samma befattning som Kording var 92,4 % kvinnor. Domstolen fann att kravet på förlängning utgjorde indirekt diskriminering under förutsättning att det inte kunde motiveras av andra faktorer än

[578] *Jenkins* (C-96/80) punkt 10.
[579] *Kowalska* (C-33/89) punkt 12–13.
[580] *Krüger* (C-281/97) punkt 17–26.
[581] *Tax adviser.*

sådana som var relaterade till kön och överlämnade till den nationella domstolen att avgöra om så var fallet.[582]

I *Vroege* (C-57/93) framhöll EG-domstolen att uteslutning av kvinnor i pensionssystem utgjorde direkt diskriminering medan uteslutning av deltidsanställda utgjorde indirekt diskriminering, om en väsentligt högre andel kvinnor än män drabbades och arbetsgivaren inte kunde förklara skillnaden med objektiva faktorer som saknade samband med kön.[583] I *Kachelmann* (C-322/98) behandlades frågan om det var indirekt diskriminerande att inte anse hel- och deltidsanställda som jämförbara vid det sociala urval som skedde vid uppsägning p.g.a. ekonomiska skäl.

> Arbetsgivaren hade bibehållit anställningen av en heltidsanställd men sagt upp en deltidsanställd kvinna, trots att den sistnämnda, med hänsyn till sin sociala situation, var prioriterad avseende anställningsskydd och vars arbetsuppgifter var jämförbara med den heltidsanställdas.

Domstolen konstaterade att det kunde innebära en indirekt nackdel för deltidsanställda vid indragning av tjänster, eftersom de har sämre möjligheter att finna en annan jämförbar anställning. Vid bedömningen av om det fanns könsneutrala sakliga skäl för en sådan särbehandling konstaterade domstolen att deltidsanställda skulle gynnas och heltidsanställda missgynnas, om deras tjänster skulle göras jämförbara vid det sociala urvalet. En sådan förändring skulle innebära att deltidsanställda skulle erbjudas en heltidsanställning, även om de inte skulle kunna göra anspråk på en sådan anställning med stöd av sina anställningsavtal. Domstolen överlämnade till den nationella domstolen att avgöra om deltidsanställda skulle ha rätt till en sådan fördel och göra en avvägning mellan de berörda intressena.[584]

EG-domstolen har kritiserats för att inte se diskriminering av deltidsanställda som direkt könsdiskriminering.[585] Bakgrunden till kritiken är att domstolen i *Jenkinsmålet* uttalat att deltidsarbete är "samma arbete" som heltidsarbete. Man borde därför kunna resonera att en löneskillnad mellan hel- och deltidsanställda därmed innebär att det är fråga om direkt könsdiskriminering. Enligt min uppfattning kan detta sägas vara direkt diskriminering av deltidsanställda men inte nödvändigtvis *köns*diskriminering. "Deltid" är inte detsamma som "kön" även om det är en överväldigande majoritet kvinnor som arbetar deltid. Som framgår av redogörelsen

[582] *Kording* (C-100/95) punkt 25–27.

[583] *Vroege* (C-57/93) punkt 17. Att uteslutning av deltidsanställda kan utgöra indirekt diskriminering kom EG-domstolen fram till för första gången i *Bilkamålet* (C-170/84).

[584] *Kachelmann* (C-322/98) punkt 22–35.

[585] Se Lundström, K., 1999 s. 230 f. och 2000, s. 97.

för direkt könsdiskriminering ingår "civilstånd" och "graviditet" i diskrimineringsgrunden "kön" och kan ligga till grund för direkt könsdiskriminering. Skillnaden mellan dessa två grunder för särbehandling och deltidsarbete är att det varit fråga om regler som *enbart* träffat kvinnor.[586] Jag ser det som problematiskt att utvidga begreppet "könstillhörighet" till att inbegripa deltidsarbete, eftersom det är något som båda kan könen kan omfattas av. För att diskriminering av deltidsanställda skall utgöra direkt könsdiskriminering krävs att *alla* deltidsanställda är av samma kön. Så snart det finns en eller flera personer av motsatt kön bland de deltidsanställda går det inte att säga att det finns ett direkt samband mellan missgynnande och könstillhörighet.

Att se diskriminering av deltidsanställda som indirekt könsdiskriminering har kritiserats för att det blir lättare "att komma undan" ansvar för könsdiskriminering jämfört med om det hela istället hade setts som direkt könsdiskriminering. Det hävdas att utrymmet för *undantag* som tillåter särbehandlingen är större vid indirekt könsdiskriminering.[587] Som jag sagt tidigare kan det aldrig vara fråga om undantag vid indirekt könsdiskriminering. Det är dock möjligt att de skäl som svaranden kan anföra för att bryta kausalsambandet accepteras i större utsträckning jämfört med vid direkt könsdiskriminering.[588] Trots det är det, enligt min mening, inte lämpligt att jämställa deltidsarbete med kön och det är inte heller riktigt att påstå att tillämpningen av förbudet mot indirekt könsdiskriminering, istället för direkt könsdiskriminering, skulle innebära en begränsning av omfattningen av könsdiskrimineringsförbudet. Om inte denna konstruktion fanns skulle det inte vara möjligt att angripa könsdiskriminering av deltidsanställda.

EU har även antagit ett ramavtal om deltidsarbete som medlemsstaterna åtagit sig att genomföra genom rådets direktiv 97/81. Syftet är, enligt klausul 1, att eliminera diskriminering av deltidsanställda. Detta kan förväntas ha betydelse ur jämställdhetssynpunkt, eftersom en väsentligt större andel av deltidsanställda är kvinnor. Ramavtalet förbjuder diskriminering av deltidsanställda såvida inte särbehandling är motiverad av objektiva skäl (klausul 4).

Slutligen kan konstateras att AD hittills inte avgjort något fall angående frågan huruvida en särbehandling av deltidsanställda utgör könsdiskriminering.

[586] Det pågår en diskussion angående könsdiskriminering av gravida, se nedan avsnitt 5.4.2.6.
[587] Se Lundström, K., 1999 s. 229 ff., Julén, Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande, 2000, s. 122.
[588] Se vidare kapitel 7.

5.4.2.6 Är diskriminering av gravida direkt eller indirekt könsdiskriminering?

Indirekt könsdiskriminering beskrivs ofta vara en "likabehandling av olika fall".[589] ILO:s expertkommitté betraktar särbehandling i samband med graviditet som indirekt könsdiskriminering.[590] Som framgår ovan är särbehandling som grundar sig på graviditet en form av direkt könsdiskriminering enligt EG-rätt (och svensk rätt). I doktrinen har ifrågasatts om det inte vore bättre att se diskriminering av gravida som indirekt könsdiskriminering.[591] EG-domstolen har konstaterat att gravida eller mammalediga kvinnor inte befinner sig i en situation som är jämförbar med andra. Kvinnor som utnyttjar en mammaledighet befinner sig i en särskild situation som förutsätter särskilt skydd.[592]

Wintermute hävdar att när det gäller behov som uppstår p.g.a. graviditet i form av betald ledighet, är det ekonomiska skäl bakom en särbehandling av gravida. Detta skall ses som en presumtion för indirekt könsdiskriminering.[593] Han förklarar att gravida kvinnor *kan* utsättas för direkt könsdiskriminering i två situationer. I den ena handlar det om att en arbetsgivare vägrar anställa, ger lägre lön eller avskedar en gravid kvinna då arbetsgivaren anser att hon är "anskrämlig" eller inte hör hemma på en arbetsplats. I sådana fall, menar Wintermute, att man kan jämföra henne med en "*non-pregnant man*" och finna att hon är direkt diskriminerad.[594] I den andra situationen är det fråga om att en gravid kvinnas behov tillgodoses sämre än en sjuk mans *jämförbara* behov. Det innebär att lika fall behandlas olika. Wintermute verkar dock mena att kvinnors behov i samband med graviditet oftast är *olika* andra människors

[589] Se *Schumacker* (C-279/93), *Gillespie* (C-342/93), *Kording* (C-100/95). Vid prövning av huruvida diskriminering föreligger i strid med artikel 14 i EKMR skall det bl.a. vara fråga om en olikbehandling mellan lika fall. (van Dijk and van Hoof Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, s. 719, Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 1998 s. 307, Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights. 1998, s. 119).

[590] ILO, RCE, 1996, punkt 37–38.

[591] Se t.ex. Nielsen, R., CML Rev 1992 s. 166 ff. Mancini och O'Leary anser att domstolens åtskillnad mellan graviditetsrelaterad sjukdom under och efter den lagstadgade mödraledigheten kan ifrågasättas. De menar att detta förmodligen främst beror på utilitaristiska hänsynstaganden men påpekar även att domstolen i *Rasmussen* snabbt avvisat ekonomiska motiveringar. Mancini, O'Leary, ELR 1999, s. 339 f.

[592] Se t.ex. *Gillespie* (C-342/93) punkt 17.

[593] Även Nielsen hävdar att *Dekkerfallet* borde ha bedömts som indirekt diskriminering, eftersom det var ekonomiska skäl bakom beslutet att inte anställa den gravida kvinnan och inte att hon var gravid. Även män kan gå miste om anställningar om arbetsgivaren bedömer det för kostsamt med pappaledighet menar hon. Nielsen, R., CML Rev 1992 s. 166 ff.

[594] Wintermute, ILJ 1998, s. 30 f.

liknande behov. Det är därför fråga om indirekt könsdiskriminering när en neutral behandling av gravida kvinnor och mäns liknande behov har en oproportionerlig effekt på kvinnor.

> "Pregnancy discrimination is prima facie indirect sex discrimination in situations where a pregnant woman is in some relevant respect "different" from a non-pregnant man because of needs arising from her pregnancy, and where neutral treatment (accommodating her needs as well or as badly as similar needs of a non-pregnant man) has disproportionate effect on women".[595]

Det innebär att olika fall behandlas lika. Av denna anledning anser Wintermute att både *Dekker-* och *Hertzfallen* borde ha setts som fall av indirekt könsdiskriminering.

Vad skulle detta synsätt ha inneburit i *Dekkerfallet*? Den aktuella neutrala förfarandet i fallet var att anställning inte skedde när försäkringsgivaren vägrade utbetalning p.g.a. att kostnaden kunde förutses. Först när gravida behandlades sämre i väsentligt större utsträckning än andra personer som försäkringsgivaren inte ville betala för kunde det vara fråga om indirekt könsdiskriminering. Det var därmed inte säkert att Dekker skulle anses ha blivit könsdiskriminerad med detta angreppssätt. Detta förhållningssätt till särbehandling av gravida kvinnor försvagar skyddet mot könsdiskriminering jämfört med att se situationen som direkt könsdiskriminering. EG-domstolens synsätt att graviditet inte är jämförbar med någon annan situation förstärker däremot skyddet mot könsdiskriminering.[596]

EG-domstolen har hittills alltid betraktat särbehandling i samband med graviditet som en fråga om direkt könsdiskriminering. Den skiljer dock mellan särbehandling som grundas direkt på graviditeten och särbehandling som är indirekt kopplad till graviditeten. I det första fallet anser domstolen att situationen inte är jämförbar med någon annan utan likställer särbehandling p.g.a. graviditet med särbehandling p.g.a. kön. I det senare fallet har domstolen däremot angivit jämförelsesituationer som blir avgörande för huruvida det är fråga om direkt könsdiskriminering eller inte.

Hertzfallet (C-179/88) skilde sig från *Dekker* på så sätt att det inte var fråga om särbehandling som direkt grundade sig på graviditeten utan endast indirekt var kopplad till den. (Hertz blev inte uppsagd p.g.a. graviditet utan p.g.a. för hög sjukfrånvaro som hade sin grund i graviditet). Domstolen gjorde en jämförelse mellan sjukdom p.g.a. graviditet och

[595] Wintermute, ILJ 1998, s. 30–31.

[596] Se även avsnitt 5.6 om jämförelsen.

annan sjukdom och fann att behandlingen var lika. Det var därmed inte fråga om direkt könsdiskriminering.[597] I *Rentokilfallet* (C-394/96) kom domstolen fram till att sjukdom som beror på graviditet och som inträffar *under mammaledigheten* har sådant nära samband med graviditeten att det är fråga om direkt könsdiskriminering, inget jämförelseobjekt behövdes. Efter mammaledighetens utgång (enligt den nationella lagstiftningen) skall däremot en jämförelse ske på samma sätt som i *Hertzfallet*.[598] Således finns en gräns för när ett jämförelseobjekt vid graviditetsrelaterad sjukdom behövs. Under graviditeten och fram till mammaledighetens utgång behövs inget jämförelseobjekt. Därefter behandlas sådan sjukdom som annan sjukdom.

Om Wintermutes synsätt tillämpas på dessa fall, skulle det kunna vara fråga om indirekt könsdiskriminering – i båda fallen. Kvinnor som lider av graviditetsrelaterad sjukdom befinner sig i en "olik" situation, men behandlas på samma sätt som andra. Om en väsentligt högre andel kvinnor missgynnas p.g.a. detta, är det fråga om indirekt könsdiskriminering. Det är med detta synsätt osäkert om kvinnan i *Rentokilmålet* blivit könsdiskriminerad. Å andra sidan öppnas en möjlighet att anse att kvinnan i *Hertzfallet* varit könsdiskriminerad, vilket inte domstolen kom fram till.

I fallet *Rasmussen* (C-66/96) fann domstolen att särbehandling av sjukfrånvarande gravida kvinnor utgjorde direkt könsdiskriminering. I målet var det fråga om nationell lagstiftning som innebar att kvinnor inte hade rätt att få ut full lön när de var frånvarande från arbetet till följd av sjukdomstillstånd som hade samband med graviditeten, medan den gav i princip alla arbetstagare i övrigt rätt till bibehållen full lön vid arbetsoförmåga. EG-domstolen ansåg att särbehandlingen grundades sig direkt på graviditeten och utgjorde därför direkt könsdiskriminering.[599] Även om det konstaterades att gravida befinner sig i en situation som inte är jämförbar med andra situationer, gjordes ändå en jämförelse med andra för att kunna etablera ett missgynnande. Domstolen ansåg att gravida kvinnor skall behandlas lika som andra arbetstagare. Om domstolen i *Rasmussenfallet* använt sig av Wintermutes synsätt skulle det vara fråga om indirekt könsdiskriminering först när man visat att gravida kvinnor behandlades lika som andra personer som var frånvarande p.g.a. arbetsoförmåga. De sistnämnda fick full lön vilket innebär att det var fråga om olika behandling av olika fall; ingen indirekt könsdiskriminering kan sägas ha förelegat med detta synsätt.

[597] Eftersom lika fall behandlades lika, kunde det inte vara fråga om indirekt könsdiskriminering.
[598] *Rentokil* (C-394/96) punkt 23–28.
[599] *Rasmussen* (C-66/96) punkt 28–37.

Med detta alternativa synsätt är det i alla dessa mål fråga om indirekt könsdiskriminering, men enbart om en väsentligt större andel sjuka kvinnor drabbas hårdare av de könsneutrala reglerna än män. Fördelen med detta synsätt är att situationer som den i *Hertzmålet* kan skyddas mot könsdiskriminering. Nackdelen är att det är svårare att konstatera könsdiskriminering i ett fall som *Dekker* och att situationen i *Rasmussen* faller utanför skyddet mot könsdiskriminering.

Ovanstående visar att båda synsätten har sina fördelar. De fall som inte bedöms som könsdiskriminering med det ena synsättet kan utgöra könsdiskriminering enligt det andra, och vice versa. Vad är då att föredra? Enligt min mening åtnjuter gravida kvinnor ett starkare skydd mot könsdiskriminering om man hänför särbehandlingen till direkt könsdiskriminering jämfört med indirekt. Detta har två anledningar. För det första finns det en risk att det blir lättare att anföra skäl som accepteras av domstolen för särbehandlingen om frågan behandlas som indirekt könsdiskriminering. (Wintermute erkänner att det är möjligt att indirekt diskriminering "rättfärdigas" i alltför stor utsträckning.)[600] Vid indirekt könsdiskriminering föreligger nämligen en möjlighet för arbetsgivaren att motivera särbehandlingen med sakliga könsneutrala skäl (exempelvis ekonomiska) som bryter orsakssambandet, vilket leder till att könsdiskriminering inte föreligger. Vid direkt könsdiskriminering däremot måste arbetsgivaren kunna motivera särbehandlingen med något av de undantagsskäl som anges i artikel 2 likabehandlingsdirektivet för att kunna undgå ansvar, vilket är svårare. För det andra ställs höga krav på statistiskt underlag för att man skall kunna visa att indirekt könsdiskriminering föreligger, något som inte behövs vid direkt könsdiskriminering. Dessutom förefaller det bli ännu svårare att bevisa indirekt könsdiskriminering i dessa fall jämfört med andra fall av indirekt könsdiskriminering (jfr deltidsanställda) därför att jämförelsegruppen, enligt Wintermute, inte bara kan bestå av män utan även icke-gravida kvinnor. Följden borde bli att de är *ännu svårare* att komma upp till den procentandel som krävs.

I slutet av Wintermutes artikel uppenbaras det som verkar vara det bakomliggande skälet för hans ståndpunkt. Han menar att det vore en fördel om man behandlade missgynnande av gravida kvinnor som indirekt diskriminering, eftersom domstolarna då öppet kan balansera gravidas rättigheter mot intresset av att inte lägga alltför tunga bördor på arbetsgivaren.[601] Det är alltså inte fråga om att värna och utvidga den enskildes rätt till skydd mot könsdiskriminering som motiverar hans ställningstaganden, utan istället en omtanke om arbetsgivarens ekonomiska

[600] Wintermute, ILJ 1998, s. 35.
[601] A. a. s. 35 f.

situation. Genom att se det som indirekt diskriminering ges möjlighet till en intresseavvägning mellan de medel som vidtagits och de mål som eftersträvas. Enligt min mening väger tvärtom intresset av att skyddas mot könsdiskriminering tyngre än ekonomiska intressen, särskilt mot bakgrund av att målet är materiell jämställdhet.[602]

5.5 Avsiktlig och oavsiktlig diskriminering

5.5.1 Könsdiskrimineringens objektiva och subjektiva sida

Det faktum att det krävs ett samband mellan missgynnande och könstillhörighet för att könsdiskriminering skall föreligga innebär inte nödvändigtvis att det föreligger en diskriminerande avsikt.[603] Teoretiskt kan man säga att diskriminering har en *objektiv* och en *subjektiv* sida. Den objektiva sidan kan delas in i *direkt* och *indirekt* diskriminering, den subjektiva i *avsiktlig* och *oavsiktlig* diskriminering. Motivet för diskrimineringen saknar betydelse för indelningen i direkt och indirekt diskriminering, de kan båda ske både avsiktligt och oavsiktligt. På den subjektiva sidan skiljs mellan fall då diskrimineringen varit ett åsyftat, verkligt resultat (avsiktlig) och fall då effekten blivit ett oavsiktligt missgynnande. Oavsiktlig diskriminering utesluter emellertid inte insikt om diskrimineringen.

Avsiktlig direkt könsdiskriminering är när någon missgynnar en person av skäl som är direkt relaterade till personens könstillhörighet. Det kan vara fråga om fall där arbetsgivaren direkt uttalar att könstillhörigheten är orsaken eller när hon anger svepskäl men den egentliga orsaken är könstillhörighet.[604] Detta sker exempelvis när en arbetsgivare inte vill anställa kvinnor för att de påstås rubba koncentrationen hos de manliga arbetstagarna. *Oavsiktlig direkt könsdiskriminering* är när någon missgynnas p.g.a. könstillhörighet även om det inte varit arbetsgivarens syfte. Ett exempel på oavsiktlig direkt diskriminering ger ILO-konventionen nr 45 (1935) som förbjöd kvinnor att arbeta under jord (i gruvor) och ILO-konvention nr 89 (1948) som förbjöd kvinnligt nattarbete. Dessa konventioner kom till för att kvinnor ansågs behöva skyddas från de angivna arbetsuppgifterna eller arbetsförhållandena.[605] Diskrimineringen var direkt, eftersom det fanns ett direkt samband mellan könstillhörigheten

[602] I alla tre rättssystemen hävdas materiell jämställdhet vara målet, se kapitel 3.
[603] Se exempelvis Ellis, ELR 1994, s. 566.
[604] Prop. 1999/2000:143 s. 29.
[605] A. st.

och uteslutningen. Avsikten var emellertid inte att missgynna kvinnor, tvärtom, de ansågs behöva särskilt skydd.

Avsiktlig indirekt könsdiskriminering sker när formellt könsneutrala regler missgynnar (exempelvis) kvinnor i förhållande till män och detta är syftet med reglerna. Det kan exempelvis ske genom att arbetsgivaren kräver en viss minimilängd i syfte att utesluta kvinnor. Observera att avsiktlig indirekt diskriminering inte automatiskt blir direkt diskriminering objektivt sett. *Oavsiktlig indirekt könsdiskriminering* är det fråga om när formellt könsneutrala regler eller åtgärder har till effekt att de missgynnar ena könskategorin i förhållande till den andra, även om det inte är motivet till reglerna/åtgärden. Det kan exempelvis vara fråga om krav som ställts upp av ren slentrian eller obetänksamhet.[606] Detta är förmodligen den vanligaste formen av diskriminering.

Avsiktlig direkt diskriminering	Avsiktlig indirekt diskriminering
Oavsiktlig direkt diskriminering	Oavsiktlig indirekt diskriminering

5.5.2 Folkrätt

Genomgången av definitionerna av "könsdiskriminering" i avsnitt 5.2 visar att både direkt och indirekt diskriminering omfattas i folkrätten. Eftersom de internationella reglerna förbjuder diskriminerande effekter, får det till följd att den subjektiva sidan saknar relevans för frågan om könsdiskriminering föreligger.[607] Vid tillkomsten av kvinnodeklarationen (1967) valdes medvetet en formulering som skulle inbegripa både avsiktlig och oavsiktlig diskriminering. Artikel 1 i kvinnodeklarationen lyder:

> "Discrimination against women, denying or limiting as it does their equality of rights with men, is fundamentally unjust and constitutes an offence against human dignity."

Formuleringen "as it does" valdes framför alternativet "designed to" för att undvika missförstånd beträffande krav på avsikt. Det behöver inte föreligga någon diskriminerande avsikt, handlingen är diskriminerande om effekten blir sådan.[608]

[606] Prop. 1999/2000:143 s. 29.

[607] Beträffande ILO-konvention nr 111 se Blanpain, Equality of Treatment in Employment, 1990, s. 11 och Nielsen H.K., ICLQ 1994 s. 845.

[608] McKean, 1985 s. 184. I folkrätten har även termerna "avsiktlig" respektive "statisk" diskriminering förekommit i samband med utbildningskonventionen. De introducerades av den särskilda rapportören för studiet av diskriminering inom utbildningssystem i en rapport till underkommissionen för förhindrande av diskriminering. Avsiktlig (*deliberate*) diskriminering, menade rapportören, sker avsiktligen, aktivt och planerat medan statisk

Craven understryker att varken avsikten eller föreskriftens effektivitet påverkar huruvida diskriminering föreligger enligt KESKR. En rättsregel som är avsedd att diskriminera men som är ineffektiv strider ändå mot konventionen. Blotta närvaron av diskriminerande lagstiftning är enligt honom tillräcklig för att innebära ett brott mot konventionen, även om lagen inte tillämpas. Han anser att statens faktiska intentioner med lagstiftningen verkar vara av mindre betydelse.[609]

5.5.3 EG-rätt

Enligt definitionen av indirekt diskriminering i artikel 2 (2) i bevisbördedirektivet krävs ingen diskriminerande avsikt för att könsdiskriminering skall föreligga. De krav som bevisbördedirektivet ställer på motbevisningen vid indirekt diskriminering gäller även likabehandlingsdirektivet.[610] Redan före detta direktiv stod det emellertid klart att en diskriminerande avsikt inte var nödvändig för likabehandlingsdirektivets tillämplighet. Så var dock inte fallet i de första målen beträffande skillnaderna mellan direkt och indirekt könsdiskriminering och frågan om krav på diskriminerande avsikt. Dessa handlade om lönediskriminering. EG-domstolen kopplade ihop direkt diskriminering med "öppen" diskriminering och indirekt diskriminering med "förtäckt/dold" diskriminering.[611] Direkt diskriminering var "uttalad" (öppen) medan indirekt diskriminering var "förtäckt" och företogs under svepskäl. Det förefaller som om domstolen menade att all form av diskriminering kräver en diskriminerande avsikt, men att den kan ske antingen öppet eller förtäckt.

Det var först i *Jenkinsfallet* (C-96/80) som EG-domstolen karaktäriserade indirekt diskriminering som något som har en negativ verkan. I detta mål talade domstolen om förutsättningarna för att det skall föreligga indirekt diskriminering och lyfte fram att så är fallet när hel- och deltidsanställda erhåller olika timlön och detta har samband med deras könstillhörighet.[612] Domstolen klargjorde att arbetsgivaren kan förklara sig genom att visa att inget samband med kön förelåg. En skillnad i timlönen mellan hel- och deltidsanställda utgjorde inte diskriminering om den

---

(*static*) diskriminering är resultatet av det sociala klimatet, den ekonomiska situationen och geografi. McKean kommenterar att rapportörens indelning snarare förvirrade situationen än klargjorde den. Dessa termer förefaller ha lite gemensamt med begreppen direkt och indirekt diskriminering se vidare McKean, 1983, s. 129 f.

[609] Craven, 1998 s. 166.

[610] Bevisbördedirektivet artikel 3.

[611] *Defrenne II* (C-43/75) punkt 18 och *Macarthys* (C-129/79) punkt 10 och 15.

[612] Sambandet med könstillhörighet presumeras föreligga om en väsentligt större andel av ena könet missgynnas, se avsnitt 5.4.2.

inte: "[...] is in reality merely an indirect way of reducing the level of pay [...]".[613] I *Burton* (C-19/81) förklarade GA Themaat att skillnaden mellan "öppen" och "dold" diskriminering inte är knuten till direkt/"formell" diskriminering å ena sidan eller indirekt/"materiell" diskriminering å andra sidan.[614] Themaats påpekande innebär att avsikten inte är relevant för frågan om det är direkt eller indirekt diskriminering. Att en diskriminering sker "öppet" betyder således inte att den nödvändigtvis är direkt utan kan ske indirekt. Likaså kan en "dold" diskriminering ske i båda formerna. I *Bilka Kaufhausfallet* (C-170/84) utvidgade EG-domstolen diskrimineringskonceptet till att även omfatta oavsiktlig indirekt könsdiskriminering. Detta framgår av att domstolen uppställt krav på objektivt sakliga skäl som inte hänför sig till könsdiskriminering för att indirekt diskriminering skall kunna rättfärdigas. Blotta frånvaron av uppsåt att diskriminera utgör inte ett objektivt sakligt skäl. Därav följer att avsikten saknar relevans för huruvida indirekt diskriminering föreligger.[615] Domstolen följde detta synsätt i efterkommande fall om lönediskriminering, både vid direkt och indirekt sådan.[616]

I fallen *Dekker* (C-177/88), *Habermann–Beltermann* (C-421/92) och *Webb* (C-32/93), som alla rörde diskriminering vid graviditet, räckte det med ett samband mellan graviditeten och missgynnandet för att (direkt) diskriminering skulle föreligga. Avsikten saknade betydelse. I dessa rättsfall var det givet att diskrimineringen berodde på graviditeten. I *Dekkerfallet* förklarade arbetsgivaren att det var finansiella skäl p.g.a. graviditeten som ledde till att den kvinnliga arbetstagaren inte fick anställningen. I *Haberman–Beltermannfallet* var det nationell lagstiftning som förbjöd anställning av gravida, vilket ledde till den kvinnliga arbetstagarens avskedande och i *Webbfallet* hade arbetstagaren erhållit ett brev som förklarade att hon måste avskedas p.g.a. graviditeten. Det finns inget i dessa fall som antyder att det skulle krävas en uttrycklig förklaring av särbehandlingen, för att könsdiskriminering skall föreligga. Tvärtom ger avgörandena intryck av att det var effekten av arbetsgivarens handlande som blev utslagsgivande och inte uppsåtet. Man skulle kunna säga att detta är ett typfall av oavsiktlig direkt diskriminering.

Enligt K. Lundström kräver EG-domstolen i princip uttryckliga medgivanden om diskriminerande avsikt från arbetsgivarens eller medlems-

[613] *Jenkins* (C-96/80) punkt 15.
[614] *Burton* (C-19/81) GA:s yttrande, punkt 2.6.
[615] Ellis, 1998, s. 114.
[616] Se exempelvis *Rinner–Kühn* (C-171/88), *Murphy* (C-157/86) och *Gillespie* (C-342/93).

statens sida för att direkt könsdiskriminering skall föreligga. Hon menar att det efter ovan angivna rättsfall blivit socialt och kulturellt oacceptabelt att ange graviditet som skäl för exempelvis avskedande, vilket lett till att inte längre går att bevisa könsdiskriminering p.g.a. graviditet.[617] Kravet på uppsåt menar Lundström framgår av *Jenkinsfallet,* eftersom domstolen inte såg diskriminering av deltidsanställda som direkt diskriminering utan som indirekt diskriminering. "Därmed blev det nödvändigt för käranden att presentera bevisning om svarandens avsikter att könsdiskriminera".[618]

Enligt min mening, är det att dra för långtgående slutsatser av domstolens krav på avsikt. Som framgår av ovan är det, enligt min uppfattning, inte möjligt att en särbehandling av deltidsanställda automatiskt innebär könsdiskriminering – även om andelen missgynnade är hög. Diskriminering av deltidsanställda *kan* inte vara direkt könsdiskriminering, eftersom det direkta sambandet föreligger mellan *särbehandling och deltidsarbete* och inte mellan *särbehandling och könstillhörighet.* Jag menar att det är här fråga om skäl för särbehandling i form av *diskrimineringsgrund* och inte skäl som i "avsikt". Deltidsarbete är därför inte något bra exempel på huruvida EG-domstolen kräver avsikt vid direkt könsdiskriminering. Enligt Ellis, är det tydligt att domstolens senare praxis inbegriper även *oavsiktlig* direkt könsdiskriminering.[619]

5.5.4 Svensk rätt

Enligt jämställdhetslagen har avsikten inte någon betydelse för frågan om könsdiskriminering.[620] Före den senaste ändringen av jämställdhetslagen krävdes att käranden kunde bevisa ett diskriminerande uppsåt hos arbetsgivaren när de arbetssökande hade ungefär lika meriter (f.d. 17 §). Det var endast när meritskillnaden var klar som det förelåg en presumtion till kärandens fördel (f.d. 16 §). I och med den senaste ändringen skall en helhetsbedömning numera göras där avsikten endast är ett bevismoment av flera.[621]

[617] Lundström, K, 1999, s. 242.
[618] Lundström, K, 2000, s. 97.
[619] Ellis, 1998, s. 115.
[620] Prop. 1999/2000:143 s. 28 f.
[621] I kapitel 8 behandlas bevisbörderegler.

5.6 Jämförelsen

5.6.1 Krav på jämförelseperson av motsatt kön?

För att kunna avgöra om diskriminering föreligger finns ett moment av jämförelse. I förarbetena till den senaste ändringen av jämställdhetslagen sägs att "[f]ör att avgöra om ett missgynnande innebär en mindre förmånlig behandling som kan utgöra diskriminering måste en jämförelse göras, vanligen mellan olika personer. [...] Det är naturligt att en sådan jämförelse i allmänhet görs mellan faktiskt existerande personer."[622] I detta avsnitt skall diskuteras vad jämförelsen egentligen innebär. Kräver den en konkret jämförelseperson av motsatt kön eller räcker det med en hypotetisk sådan? Kan det t.o.m. räcka med en jämförelse "med sig själv", dvs. hur man skulle ha blivit behandlad om man inte varit gravid, transsexuell etc.?

I folkrätten förefaller vissa regler, men inte alla, kräva en konkret jämförelse mellan kvinnor och män för att könsdiskriminering skall anses föreligga. Craven anser att en fördel med att artikel 7 i KESKR inte är så detaljerad är att den därmed tillåter en tillämpning av exempelvis likalöneprincipen mellan kvinnor och män utan att den begränsas av att en relationell jämförelse mellan dem måste företas, såsom andra instrument kräver.[623] ILO-konvention nr 111 (och Europarådets sociala stadga) förutsätter däremot en jämförelse. Nielsen hävdar att för att kunna klargöra huruvida det föreligger en åtskillnad, uteslutning eller fördel enligt ILO-konventionen är det nödvändigt med en jämförelse med en person i samma situation.[624]

Varken likalöneprincipen, som den finns uttryckt i artikel 141 EU-fördraget och likalönedirektivet, eller likabehandlingsdirektivet föreskriver att en konkret jämförelseperson av motsatt kön är en förutsättning för att könsdiskriminering skall föreligga. Av artiklarna framgår dock att en jämförelse mellan kvinnor och män skall göras för att säkra likalöneprincipen. I mål som har rört gravida kvinnor har EG-domstolen, vid tillämpning av likabehandlingsdirektivet, ansett att könsdiskriminering förelegat utan att den gjort en jämförelse med en konkret man.[625] Domstolens resonemang har gått ut på att kvinnorna missgynnats till följd av att de varit gravida och eftersom endast kvinnor kan bli gravida finns en direkt kopp-

[622] Prop. 1999/2000:143 s. 32.
[623] Craven, 1998, s. 246.
[624] Nielsen H.K., ICLQ 1994, s. 831.
[625] Se *Dekker* (C-177/88), *Hertz* (C-179/88), *Habermann–Beltermann* (C421/92), *Webb* (C-32/93), *Rentokil* (C-394/96).

ling till deras könstillhörighet, vilket medför att det är en form av (direkt) könsdiskriminering. I *Dekkerfallet* (C-177/88) sade EG-domstolen bl.a. att existensen av en jämförelseperson framförallt är en bevisfråga. Om direkt diskriminering kan bevisas utan jämförelseperson är detta tillräckligt för domstolens räkning. Domstolen sade även att skälet till att det var fråga om direkt diskriminering var det faktum att orsaken till diskrimineringen var graviditeten. Detta faktum ändrades inte av att det saknades manliga kandidater för anställningen.[626]

Även i andra situationer har EG-domstolen ansett att likabehandlingsdirektivet inte kräver en konkret jämförelseperson. I fallet *P mot S* (C-13/94) konstaterade domstolen att uppsägning av P utgjorde (direkt) könsdiskriminering, eftersom hon sagts upp till följd av ett könsbyte. Domstolen konstaterade att diskriminering p.g.a. könsbyte grundar sig huvudsakligen, om inte uteslutande, på den berörda personens könstillhörighet. GA Tesauro ansåg att det inte behövdes någon jämförelseperson utan menade att man kunde konstatera diskriminering p.g.a. kön utan att personen föll in under kategorierna kvinna/man.[627] Domstolen gjorde emellertid en jämförelse med personer av den kategori som P tillhörde innan könsbytet, och menade att P behandlats mindre förmånligt än dessa personer. Jämförelsekategorin var alltså inte andra transsexuella utan den könskategori som P ansågs dela fysiska karaktäristika med.

Tidigare ställdes krav på att det fanns en konkret jämförelseperson av motsatt kön i jämställdhetslagen, utom i fråga om uppsägning (m.m.). Efter den senaste ändringen av jämställdhetslagen skall, enligt 15 §, en jämförelse göras med en konkret eller hypotetisk jämförelseperson av motsatt kön "i en likartad situation". Det räcker alltså med en jämförelse hur arbetsgivaren skulle ha behandlat en person av motsatt kön. I *AD 1987 nr 35* påpekade AD att den jämförelse som skall ske mellan de arbetssökande måste vara individuell och får inte grunda sig på uppfattningar om vissa typiska eller genomsnittliga skillnader mellan könen.[628]

Vid tillämpning av den nya jämställdhetslagen blir frågan hur en arbetssökande eller arbetstagare skulle ha behandlats i de fall det saknas en konkret jämförelseperson. "Ytterst får t.ex. förhållandena i branschen i stort eller mer allmänna resonemang om rättvisa och skälighet tillgripas som jämförelsestandard".[629] Det understryks särskilt i förarbetena att det inte finns något krav på att en faktisk jämförelseperson arbetar på samma

[626] *Dekker* (C-177/88) punkt 8–17.
[627] *P mot S* (C-13/94) GA:s yttrande punkt 18 och 19.
[628] *AD 1987 nr 35* s. 264.
[629] Prop. 1999/2000:143 s. 38.

arbetsplats samtidigt.[630] Redan vid tillkomsten av den första jämställdhetslagen uttalades att en jämförelse med en tidigare anställd person skulle vara möjlig.[631] Jämställdhetslagen kräver dock att det är samma arbetsgivare som gör skillnad på anställningsvillkoren mellan kvinnliga och manliga arbetstagare.[632]

5.6.2 Jämförelseperson vid lönediskriminering

ILO:s expertkommitté har fastslagit att likalöneprincipen i konvention nr 100 sträcker sig utöver fall där arbetstagare arbetar i samma etablissemang och inte heller kräver att en jämförelse sker mellan personer av olika kön. Kommittén framhåller att diskriminering uppstår framförallt i de fall där yrkeskategorier och arbeten reserveras för kvinnor. Den framhåller även att bortsett svårigheterna att göra bredare jämförelser mellan yrken krävs att man beaktar att kvinnor är överrepresenterade inom vissa arbeten och att värderingen av dessa sker utan hänsyn till kvaliteter som traditionellt tillskrivs kvinnor.[633]

Som sades ovan uppställer inte EG-reglerna något uttryckligt krav på en konkret jämförelseperson av motsatt kön. EG-domstolen har dock ansett att ett krav på jämförelseperson föreligger inom det område där artikel 141 (f.d. 119) är direkt tillämplig. Det räcker inte med en hypotetisk jämförelseperson. Domstolen uttalar att man måste kunna dra paralleller utifrån konkreta värderingar av det arbete som faktiskt har utförts av arbetstagare av olika kön inom samma verksamhet eller tjänst.[634]

Ett ytterligare krav har varit att jämförelsen skall göras hos samma arbetsgivare.[635] Av *Macarthysfallet* (C-129/79) följer dock att det inte är nödvändigt att jämförelsen görs mellan personer som är anställda samtidigt hos samma arbetsgivare. I målet var det fråga om en kvinna som erhöll lägre lön än hennes föregångare, som var man. Domstolen framhöll att det inte ställdes krav på samtidighet för att en jämförelse skulle kunna ske.[636] I målet sades inget om hur lång tid som får ha förflutit mellan anställningarna för att en jämförelse skall kunna göras. Enligt Ellis borde detta innebära att den nationella domstolen får medta inflationen i beräkningen.[637] Ellis hävdar att det inte är helt klart huruvida arbetet

[630] Prop. 1999/2000:143 s. 38.
[631] Prop. 1978/79:175 s. 128.
[632] A. st.
[633] ILO, RCE, 1986 s. 11 f.
[634] *Macarthys* (C-129/79) punkt 11–15.
[635] Se t.ex. *Defrenne II fallet* (C-43/75).
[636] *Macarthys* (C-129/79) punkt 11–12.
[637] Ellis, 1998, s. 105.

måste utföras på samma arbetsplats hos samma arbetsgivare eller hos samma arbetsgivare på olika arbetsplatser eller om man t.o.m. kan jämföra arbeten som utförs hos olika arbetsgivare. Hon menar att senare avgöranden tyder på att EG-domstolen skulle kunna tänkas godta sådana jämförelser.[638] Hittills finns dock inget klargörande domstolsutlåtande om att detta skulle vara tillåtet.

Liksom vid tillämpning av likabehandlingsdirektivet verkar EG-domstolen inte ställa något krav på en konkret jämförelseperson av motsatt kön i de fall som rört lönediskriminering i samband med graviditet och mammaledighet. Graviditeten i sig är tillräcklig för att konstatera direkt diskriminering varvid domstolen inte ansett det nödvändigt att göra någon jämförelse med män. I *Gillespiefallet* (C-342/93) missgynnades kvinnor som var mammalediga genom att storleken på föräldrapenningen inte ökades när lönen höjdes på arbetsplatsen. Domstolen fann därmed att gravida kvinnor diskriminerades då de inte skulle ha behandlats på samma sätt om de inte varit gravida.[639]

I *Rasmussen* (C-66/96) var det fråga om nationell lagstiftning som hindrade gravida kvinnor, som före barnledighetens början var sjukfrånvarande p.g.a. graviditeten, att få full lön. Domstolen hävdade att graviditet inte kan likställas med sjukdomstillstånd. Ändå konstaterade domstolen först att varje arbetstagare hade rätt till bibehållen full lön vid arbetsoförmåga enligt lagstiftningen. Därefter framhöll domstolen att den förevarande lagstiftningen resulterade i direkt könsdiskriminering, eftersom löneförlusten grundades på graviditeten. Det hade inte varit fråga om diskriminering om det belopp som kvinnorna erhöll som dagpenning hade motsvarat deras lön.[640]

När det gäller jämförelsen mellan hel- och deltidsanställda har EG-domstolen framhållit att det är den totala lönen som skall jämföras. Det faktum att deltidsanställda inte får övertidsersättning förrän arbetstiden överskrider arbetstiden för heltidsanställning utgör således inte diskriminering enligt domstolen.[641]

Sedan den senaste ändringen av jämställdhetslagen ställs inte längre krav på jämförelseperson vid lönediskriminering, vilket gjorts tidigare.[642] Utredningen hade föreslagit att kravet på jämförelseperson skulle kvarstå

[638] Ellis hänvisar till GA Themaats yttrande i *Kommissionen mot Danmark* (C-143/83) och till domstolen i *Kommissionen mot Storbritannien* (C-61/81), se Ellis, 1998, s. 103 f.
[639] *Gillespie* (C-342/93) punkt 22.
[640] *Rasmussen* (C-66/96) punkt 28–37.
[641] *Helmig* (C-399/92) punkt 26–31.
[642] Se *AD 1984 nr 140, AD 1991 nr 62, AD 1995 nr 158, AD 1996 nr 41, AD 1996 nr 79* och *AD 1997 nr 68*.

i denna situation.[643] I propositionen sägs emellertid att "[e]tt bibehållet krav på sådan jämförelseperson [...] skulle innebära att man accepterar en lägre skyddsnivå när det gäller lönediskriminering jämfört med annan könsdiskriminering". Det räcker således med en hypotetisk jämförelseperson eller jämförelse med en tidigare anställd (jfr *Macarthysfallet*). Beträffande indirekt könsdiskriminering sägs dock att det krävs en faktisk jämförelse och att det i dessa fall inte är aktuellt att tala om hypotetiska jämförelsepersoner.[644]

5.6.3 Krav på "likartad situation"

Någon form av jämförelse är oundgänglig för frågan om huruvida könsdiskriminering föreligger. Valet av jämförelseobjekt är dock inte självklart.[645] EG-domstolen har som sagt uppställt regeln att lika fall skall behandlas lika och olika fall olika. När är två situationer att anse som lika?

Av den tidigare diskussionen om huruvida könsdiskriminering av gravida kvinnor skall ses som direkt eller indirekt diskriminering framgår att EG-domstolen valt att se denna situation som olik alla andra situationer.[646] Domstolen menar att denna situation inte kan likställas med "vare sig den situation som en man eller som en kvinna som faktiskt utför sitt arbete befinner sig i" och har därför bedömt särbehandling av gravida vara direkt könsdiskriminering.[647] EG-domstolen har således jämfört behandlingen av kvinnorna med hur de skulle ha behandlats om de inte varit gravida eller mammalediga. Domstolen fann att könsdiskriminering förelegat, utan att det krävdes någon jämförelseperson. I *Gillespiefallet* var GA Léger av en annan uppfattning än domstolen och hävdade att det skulle vara "juridiskt oriktigt att jämföra den situation en arbetstagare som utför sitt arbete befinner sig i med den som en föräldraledig kvinnlig arbetstagare befinner sig i". Generaladvokaten ansåg att därmed var varken artikel 141 EU-fördraget eller likalönedirektivet relevanta i målet.[648]

Det faktum att EG-domstolen ansett att särbehandling vid graviditet är en situation som inte kan jämföras med andra, har inte hindrat att domstolen betraktat särbehandling av gravida kvinnor som könsdiskrimine-

[643] SOU 1999:91 s. 55 ff.

[644] Prop. 1999/2000:143 s. 42.

[645] Bull behandlar frågan om betydelsen av jämförelseobjekt vid diskriminering i Diskriminering och dekonstruktion: Om positiv faderskapstalan, TfR 3–4/2000, s. 693–737.

[646] I avsnitt 5.4.2.6 diskuteras frågan huruvida diskriminering av gravida skall ses som direkt eller indirekt könsdiskriminering.

[647] *Gillespie* (C-342/93) punkt 17.

[648] *Gillespie* (C-342/93) GA:s utlåtande punkt 32.

ring, när de behandlats sämre än icke-gravida kvinnor eller män.[649] Något motsägelsefullt har domstolen i andra fall istället hävdat att en särbehandling av kvinnor (vid graviditet eller moderskap) inte utgjort könsdiskriminering, med hänvisning till att kvinnorna befunnit sig i en ojämförbar situation. I *Boyle* (C-411/96) menade EG-domstolen att kvinnor blev gynnade om de erhöll högre ersättning vid mammaledighet, än den som föreskrevs enligt den nationella lagstiftningen. Därför var det inte fråga om könsdiskriminering när anställningsvillkoren som innebar att en kvinna måste betala tillbaka den avtalsenliga lön som hon erhållit under mammaledigheten, om hon inte återupptog arbetet efter förlossningen. Arbetstagare som inte återvände till arbetet efter andra former av avlönad ledighet, såsom sjukledighet, behövde inte göra någon återbetalning. På grund av att mammaledighet inte kan likställas med situationen för en sjukskriven arbetstagare, ansåg EG-domstolen att detta inte utgjorde könsdiskriminering.[650] *Abdoulayefallet* (C-218/98) handlade om gynnande av mammalediga kvinnor. Med hänvisning till att domstolen anser att dessa befinner sig i en situation som inte är jämförbar, utgjorde det *inte* direkt könsdiskriminering att ge kvinnor, men inte män, ersättning som kompensation för frånvaro p.g.a. mammaledighet. Detta resonemang är rimligt endast under en begränsad tid. Jag instämmer i att särbehandling som har sin grund i graviditet och ledighet i direkt samband därmed, inte kan jämföras med andra situationer. Förr eller senare kommer man dock till en tidpunkt när faderskapet är jämförbart med moderskapet. Det är då direkt könsdiskriminerande, anser jag, att inte ge fäder samma förmåner som mödrar. Det är fråga om lika situationer som behandlas olika.[651] AD har inte resonerat om huruvida kvinnor befunnit sig i en jämförbar situation. Domstolen har endast konstaterat att havandeskapslön, som avser tillgodose ett särskilt behov under graviditeten och i direkt anslutning till förlossningen, tar sikte på individens situation. Domstolen menar att den därför är könsneutral och således inte är könsdiskriminerande.[652]

I *Gruber* (C-249/97) var det fråga om mindre gynnsamma villkor som var relaterade till föräldraskap. Målet gällde frågan om kvinnor som fick reducerat avgångsvederlag när de sade upp sig till följd av bristande barnomsorgsmöjligheter, kunde vara indirekt könsdiskriminerade. Gruber och EU-kommissionen ansåg att arbetstagare som sade upp sig

[649] Se *Dekker* (C-177/88), *Habermann–Beltermann* (C-421/92), *Webb* (C-32/93) och *Gillispie* (C-342/93).
[650] *Boyle* (C-411/96) punkt 37–44.
[651] Se även avsnitt 5.6.4 och 8.4.2.4.
[652] Se *AD 1985 nr 134* och *AD 1987 nr 132.*

p.g.a. sitt moderskap skulle jämföras med arbetstagare som hade särskilda skäl för sin uppsägning. De förstnämnda var i så fall missgynnade i och med att avgångsvederlaget var hälften så stort jämfört med dem som sade upp sig p.g.a. särskilda skäl. Arbetsgivaren och staten ansåg däremot att jämförelsen skulle göras mellan arbetstagare som sade upp sig p.g.a. moderskap och arbetstagare som inte hade några särskilda skäl för sin uppsägning eller sade upp sig frivilligt av personliga skäl. Detta skulle innebära att kvinnorna inte var missgynnade, eftersom de som inte hade skäl för sin uppsägning inte fick något avgångsvederlag över huvud taget. EG-domstolen granskade de nationella bestämmelserna och menade att rätten till avgångsvederlag vid "särskilda skäl" innebar att arbetsvillkoren eller arbetsgivarens uppträdande gjorde det omöjligt att fortsätta arbete, ens tills uppsägningstidens slut. Denna situation var inte jämförbar med kvinnornas ansåg domstolen, varför det inte var fråga om indirekt diskriminering.[653]

Frågan om val av jämförelseobjekt har även uppkommit i mål om indirekt könsdiskriminering av deltidsanställda. I målet *Kirshammer–Hack* (C-189/91) var det frågan huruvida det utgjorde indirekt diskriminering att utesluta småföretag från reglerna om skydd mot avskedande. Deltidsanställda som inte arbetade mer än tio timmar i veckan togs inte med i beräkningen om företaget var ett småföretag. Av Tysklands alla deltidsarbetande utgjorde 90 % kvinnor. EG-domstolen ansåg att behandlingen inte missgynnade endast deltidsarbetande utan alla anställda i småföretag jämfört med anställda i företag med större antal anställda. Deltidsarbetande hos dessa omfattades av reglerna om skydd för avskedande. Det krävdes, enligt domstolen, att man kunde fastslå att småföretag hade ett väsentligt högre antal kvinnor än män samt att behandlingen inte skulle kunna motiveras av objektiva skäl, som är oberoende av kön, för att reglerna skulle innebära indirekt diskriminering.[654]

Ytterligare exempel där svaret på frågan om vilken situation som är likartad inte är givet, är när särbehandling sker av transsexuella och homosexuella. Enligt EG-domstolen befinner sig homosexuella inte i en likartad situation som heterosexuella. I fallet *Grant* (C-249/96) hävdade domstolen att de aktuella reglerna inte innebar diskriminering p.g.a. kön, eftersom alla anställda med partners av samma kön som de själva drabbades lika, oavsett om de var kvinnor eller män. Målet handlade om reseförmåner som beviljades arbetstagares make eller partner med vilken de hade ett fast förhållande, under förutsättning att denna make eller partner var av motsatt kön i förhållande till arbetstagaren. Följaktligen fick inte

[653] *Gruber* (C-249/97) punkt 29–35.
[654] *Kirshammer–Hack* (C-189/91) punkt 25–35.

en homosexuell arbetstagares partner, med vilken arbetstagaren hade ett fast förhållande, några reseförmåner.

Domstolen tog ett snävt perspektiv och jämförde homosexuella arbetstagare av ena könet med homosexuella arbetstagare av andra könet. Den kunde istället ha jämfört behandlingen av kvinnliga arbetstagare som sammanlevde med en kvinna jämfört med kvinnliga arbetstagare som sammanlevde med en man och vice versa.[655] (Fallet diskuteras även i kapitel 4 om begreppet "kön".)

Även den svenska jämställdhetslagen kräver att personerna befinner sig i "likartade situationer" för att en jämförelse skall bli rättvisande.[656] Vad som utgör en "likartad situation" sägs i förarbetena variera beroende på situationen där missgynnandet skall ha ägt rum. I inledningen av ett rekryteringsarbete inriktas kravet på likartad situation mer på situationen som sådan än på de sökandes meriter. När väl anställningsbeslut skall fattas befinner sig de personer som har "lika eller i huvudsak lika" meriter i en likartad situation. I övrigt befinner sig de personer som fullgör arbetsuppgifter som är att anse som lika eller likvärdiga i en likartad situation (oavsett om det finns en konkret eller hypotetisk jämförelseperson).[657] "Det finns därutöver inget krav på att arbetsförhållandena i övrigt eller de omständigheter som arbetet utförs under skall vara likartade".[658] Det förefaller som om det inte är möjligt, enligt jämställdhetslagen, att göra en jämförelse "med sig själv", dvs. hur man skulle ha blivit behandlad om man inte varit gravid eller mammaledig. Som lagtexten är utformad och vad som framgår av propositionen skall en jämförelse göras med en "fiktiv" man eller kvinna.

5.6.4 Diskussion om jämförelsen

Det är förmodligen inte så många som invänder mot påståendet att *någon* form av jämförelse måste ske för att kunna avgöra om diskriminering föreligger. Det enklaste och mest naturliga i fråga om könsdiskriminering är att en jämförelse sker med hur en person av motsatt kön blivit eller skulle ha blivit behandlad. En annan variant är att en jämförelse görs med hur man skulle ha blivit behandlad om en viss omständighet inte förelåg (på engelska kallat "but for-test"). I *P mot S*-fallet ansåg nog EG-domstolen att den gjorde en jämförelse med personer av motsatt kön, eftersom den jämförde med hur personer tillhörande P:s kön före operationen

[655] Mancini, O'Leary, ELR 1999, s. 350.
[656] Prop. 1999/2000:143 s. 32.
[657] A. st.
[658] A. st.

skulle ha blivit behandlade. Enligt min uppfattning kan man lika gärna säga att en jämförelse skedde mellan den situationen att P inte genomgått ett könsbyte och den situation att han faktiskt gjort det. Jämförelsen kräver ingen annan hypotetisk eller faktisk jämförelseperson.

I diskussioner om huruvida homosexuella skall omfattas av skyddet mot könsdiskriminering brukar framföras att kvinnliga och manliga homosexuella behandlas lika och därför är det inte fråga om könsdiskriminering. (Liknande argument har framförts angående transsexuella.) Likalöneprincipen förutsätter, till skillnad mot likabehandlingsdirektivet en jämförelseperson av motsatt kön. Krävs det att jämförelsepersonen har samma sexuella läggning för att en jämförelse skall kunna göras? Om den homosexuella kvinnan i *Grantfallet* hade jämförts med en heterosexuell man hade hon varit missgynnad i förhållande till honom.

Skidmore är inne på detta och påpekar att man kan göra en jämförelse som går ut på att jämföra vilka partners kvinnor och män får ha. Män får ha kvinnliga partners men det får inte kvinnor. Kvinnor får ha manliga partners men det får inte män. Detta är en särbehandling mellan könen. Skidmore gör en jämförelse med om det hade rört sig om färgade och "vita". Om man skulle applicera resonemanget om homosexuella på färgade och vita, skulle det innebära att det inte vore etnisk diskriminering att ha olika anställningsvillkor för vita arbetstagare med färgad partner jämfört med vita arbetstagare med vit partner.[659]

K. Lundström menar att det finns en logik bakom domstolens till synes godtyckliga bedömning. "Homosexuella ansågs undergräva det tankesystem vars uppgift det är att skapa och ständigt återskapa kön som dikotoma, hierarkiskt organiserade kategorier genom tvingande heterosexuell praktik. Transsexuella ansågs tvärtom bidra till upprätthållandet och återskapandet av systemet. [...] Om domstolen hade tolkat lagstiftningen om könsjämlikhet så att den syftade till att upphäva relevansen av könskategorierna, vore det – om den nu nödvändigtvis skulle dra gränser och göra skillnader mellan grupperna – mer ändamålsenligt att erkänna homosexuellas än transsexuellas rättigheter".[660]

I graviditets- och mammaledighetsfallen kan man *antingen* bestämma att ett missgynnande p.g.a. graviditet i sig utgör diskriminering och att ingen jämförelse behövs överhuvudtaget *eller* göra en jämförelse mellan hur kvinnan skulle ha behandlats om hon var gravid respektive inte gravid. I doktrinen har diskuterats om det är lämpligt att bedöma särbehandling av gravida som könsdiskriminering, utan att jämföra dem med män. Vissa hävdar att det vore bättre att göra en jämförelse mellan hur gravida

[659] Skidmore, ILJ 1997 s. 56 f.
[660] Lundström, K., 1999, s. 285.

kvinnor behandlas jämfört med hur sjuka män behandlas. EG-domstolen framhöll i *Webbmålet* att man inte kan jämföra en gravid kvinna med en sjuk man.[661] Ellis är kritisk till EG-domstolens förhållningssätt och menar att objektiviteten är hotad om en jämförelse inte sker. Hon menar att det annars är risk för att det räcker med lite "dålig behandling" för att man skall kunna hävda diskriminering. Om en jämförelse genomförs kan man konstatera huruvida behandlingen var sämre än för andra.[662] Hon får medhåll av Wintermute som hävdar att det krävs en jämförelseperson för att kunna konstatera att en behandling är mindre gynnsam. Han refererar till EG-domstolens uttalande om att diskriminering innebär olika behandling vid lika (*comparable*) situationer och lika behandling vid olika situationer. Wintermute hävdar att en jämförelse är grundläggande för att kunna hävda (både direkt och indirekt) diskriminering.[663] Jag instämmer, men frågan är *vilken* jämförelse som måste ske.

Wintermute är kritisk till att EG-domstolen ansett det vara fråga om direkt diskriminering av gravida utan att över huvud taget göra en jämförelse i *Dekker-* och *Webbfallen* m.fl. Han hävdar att om det inte behövs någon jämförelseperson resulterar *all* negativ behandling av gravida kvinnor i direkt könsdiskriminering. Som exempel nämner han att en gravid kvinna skulle vara direkt diskriminerad om hon inte får anställning, trots att hon inte har tillräckliga kvalifikationer för jobbet. Detta är inte sant. En arbetsgivare kan alltid, som jag anfört tidigare, förklara sitt handlande med skäl som saknar samband med kön. I exemplet skulle således en arbetsgivaren kunna förklara sitt handlande med att kvinnan inte varit kvalificerad för arbetet och därför inte fått anställningen. Graviditeten saknar relevans i sammanhanget (dvs. det saknas kausalsamband). På samma sätt argumenterade EG-domstolen för att de skäl (ekonomiska) som arbetsgivaren anförde i *Dekkerfallet* inte dög för att bryta kausalsambandet.

Wintermute framhåller att det är möjligt att göra en jämförelse mellan gravida kvinnor och icke-gravida personer, både män och kvinnor, om jämförelsen sker mellan "hela paketen" av fysiska karaktäristika och fysiska valmöjligheter (*capacities*). Om man inte särskiljer dessa karaktäristika inom könskategorin utan jämför "hela paketen" med varandra, kan man komma fram till att direkt könsdiskriminering föreligger. Om man däremot beaktar att personer har valmöjlighet att "använda" sina fysiska egenskaper (såsom att bli gravid, odla skägg etc.) anser Wintermute att det är svårare att hävda direkt könsdiskriminering. Han pekar på att det med detta synsätt inte är könstillhörigheten i sig som ligger bakom

[661] *Webb* (C-32/93) punkt 24.
[662] Ellis, ELR 1994, s. 571.
[663] Wintermute, ILJ 1998, s. 24 f.

behandlingen utan att man valt att *använda* en fysisk kapacitet som endast ena könet har. Han ställer sig frågan att om den könsspecifika möjligheten till graviditet skall inbegripas i "könstillhörighet", skall då även andra sådana möjligheter ingå? Som exempel nämner han den situation att en kvinna blir avskedad p.g.a. att hon genomgått en abort. Enligt mitt synsätt skall denna fråga besvaras jakande. Det är även i en sådan situation fråga om direkt könsdiskriminering, eftersom det återigen är fråga om förmågan till graviditet som endast kvinnor har. Om kvinnor särbehandlas på ett negativt sätt p.g.a. denna kapacitet är det, enligt min mening, mer konstruerat att vaska fram jämförelsepersoner (helst av motsatt kön som befinner sig i "likartade situationer", alternativt att undersöka hur hög procentandel kvinnor som drabbas) än att jämföra med hur kvinnan skulle ha blivit behandlad om hon inte varit gravid.

Både Wintermute och Ellis utgår från att den enda lämpliga jämförelsen är med en person av motsatt kön för att direkt diskriminering skall kunna föreligga, det räcker inte med en *jämförelse av situationer*. Wintermute beskriver "but for-testet" på så vis att en jämförelse görs mellan faktiska eller hypotetiska jämförelsepersoner. Om en särbehandling inte skulle ha ägt rum *om* det inte vore för den aktuella diskrimineringsgrunden är det fråga om direkt diskriminering.[664]

Honeyball påpekar att "but for-testet" inte alls är begränsat till att identifiera direkt diskriminering. Det gäller även indirekt diskriminering; *om* en person inte tillhört en väsentligt mer drabbad grupp p.g.a. kön *skulle* personen inte ha blivit diskriminerad. Honeyball instämmer med Ellis och Wintermute om att en jämförelse är nödvändig vid bedömning av diskriminering men framhåller att denna jämförelse inte nödvändigtvis måste ske med en annan faktisk eller hypotetisk person. Jämförelsen kan ske "med sig själv". Det går att jämföra situationer och inte enbart personer. För att utröna om en gravid kvinna blivit diskriminerad kan därmed följande fråga ställas: "skulle X ha blivit behandlad på samma sätt om det inte vore för det faktum att hon är gravid?".[665] Om frågan besvaras nekande utgör behandlingen diskriminering. Enligt Honeyball är det emellertid inte möjligt att på allvar hävda att diskriminering p.g.a. graviditet utgör en form av könsdiskriminering. Det är istället fråga om en egen grund för diskriminering. Honeyball jämför ett sådant resonemang med att man skulle kunna hävda att diskriminering mot naturligt rödhåriga vore diskriminering av vita människor, eftersom endast vita människor kan vara naturligt rödhåriga.[666]

[664] Wintermute, ILJ 1998, s. 24 f.
[665] Honeyball, ILJ 2000, s. 49.
[666] A. a. s. 50 ff.

Jag ställer mig tvekande till att ett sådant argument skulle utgöra skäl för att inte se diskriminering i samband med graviditet som könsdiskriminering. Skyddet mot könsdiskriminering är en grundläggande mänsklig rättighet och det finns därför, enligt min mening, ingen anledning att tolka begreppet snävt. Vad är syftet och "vinsten" med ett mer begränsat könsdiskrimineringsbegrepp?

Val av jämförelseobjekt är avgörande för frågan om könsdiskriminering. Genom att kräva att jämförelseobjektet alltid skall vara en man i en likartad situation uppstår, som synes, problem när kvinnor missgynnas p.g.a. att de är gravida. Resultatet av Wintermutes resonemang blir att när gravida behandlas olika jämfört med jämförelsegruppen, faller situationen utanför förbudet mot könsdiskriminering. Istället för att undersöka om gravida är missgynnade p.g.a. att de behandlas olika jämfört med personer som inte är gravida, kan det enligt Wintermute vara fråga om könsdiskriminering när gravida behandlas lika som personer som inte är gravida och detta missgynnar de gravida kvinnorna i betydande mån. Det enklaste borde väl vara att jämföra med hur man skulle ha blivit behandlad om man inte hade varit gravid? Som redan påpekats innebär Wintermutes synsätt även att könsdiskrimineringsförbudets effektivitet minskar, eftersom indirekt diskriminering är både svårare att bevisa och (förmodligen) lättare att rättfärdiga.[667] Honeyball är inte lika begränsad när det gäller val av jämförelseobjekt men genom att han istället helt vill utesluta diskriminering p.g.a. graviditet från konceptet könsdiskriminering blir följden att tillämpningsområdet för könsdiskrimineringsförbudet blir väldigt snävt.

Tomasevski framhåller att kvinnor inte bara utsätts för *könsdiskriminering utan "gender discrimination"*. Hon hävdar att diskriminering sker inte bara p.g.a. biologiskt kön utan även p.g.a. äktenskap, graviditet, potentiell graviditet, moderskap, barnavård och stereotypa könsroller.[668] Det kan verka underligt att hon framhåller "graviditet, potentiell graviditet, moderskap" som en utvidgning av könsdiskrimineringsbegreppet i förhållande till att enbart se könsdiskriminering som särbehandling "p.g.a. biologiskt kön". Graviditet och moderskap är onekligen sammanbundet med biologiskt kön. Det är emellertid inte självklart att särbehandling i sådana situationer utgör könsdiskriminering, om krav på jämförelsepersoner av motsatt kön uppställs. I sådant fall utgör negativ särbehandling av kvinnor inte könsdiskriminering. Därför kan man säga att dessa grunder för särbehandling vidgar könsdiskrimineringsbegreppet. Tillämpningsområdet för förbudet mot könsdiskriminering har däremot

[667] Se avsnitt 5.4.2.6.

[668] Tomasevski, Women, 1995, s. 276.

begränsats ifråga om negativ särbehandling av personer med homosexuell läggning genom att homosexualiteten lagts till grund för jämförelsen istället för könstillhörigheten.

Som jag redan framhållit, anser jag att skyddet mot könsdiskriminering inte skall tillämpas restriktivt. Det är emellertid inte märkligt att positiv särbehandling ifrågasätts, eftersom denna uppfattas som ett tillåtet missgynnande av en individ i ett enskilt fall (se kapitel 9). I dessa fall ställs olika enskildas intressen av att inte bli negativt särbehandlade emot varandra. Jag har däremot svårt att se varför andra intressen (såsom vinstintressen och olika ekonomiska intressen) skall äga företräde eller väga lika tungt som skyddet mot könsdiskriminering, när detta är en av de mest grundläggande mänskliga rättigheterna. Det är först i konflikter med andra grundläggande mänskliga rättigheter som det överhuvudtaget finns anledning att överväga att tolka skyddet mot könsdiskriminering snävt, om ens då.

5.7 Sammanfattning och diskussion

Definitionerna av (köns-)diskriminering är olika utformade i de olika systemen. EG-rätten saknar en övergripande definition. De definitioner av diskriminering som jag tagit upp i folkrätten täcker mycket mer än begreppet könsdiskriminering inom EG-rätten och svensk rätt. I de två sistnämnda existerar begreppet framförallt inom arbetsrätten och i viss mån inom utbildningslagstiftning medan exempelvis kvinnokonventionen förbjuder diskriminering av kvinnor beträffande alla fri- och rättigheter inom alla samhällsområden. EU-kommissionen arbetar dock för att tillämpningsområdet för förbudet mot könsdiskriminering skall utvidgas inom EU.

För att könsdiskriminering skall föreligga krävs (enligt alla tre rättssystemen) att det föreligger en negativ särbehandling som har samband med kön. Saknas ett sådant samband är det fortfarande möjligt att det är fråga om diskriminering, dock inte könsdiskriminering. Sambandet kan vara direkt eller indirekt. Det väsentliga är att *effekten* av särbehandlingen är negativ. Således krävs inte heller någon diskriminerande avsikt för att könsdiskriminering skall föreligga.

Omfånget av *begreppet* könsdiskriminering skiljer sig åt mellan folkrätten å ena sidan och svensk respektive EG-rätt å den andra. I folkrätten har *begreppet* och *förbudet* mot könsdiskriminering samma omfång. All negativ särbehandling som har samband med kön utgör könsdiskriminering *om* särbehandlingen är osaklig. Särbehandling som har en negativ effekt för ena könet utgör ändå inte könsdiskriminering – under förutsätt-

ning att den anses saklig. Vissa sådana situationer anges uttryckligen i konventionstexterna. I EG-rätt och svensk rätt är *begreppet* könsdiskriminering däremot vidare än själva *förbudet* mot könsdiskriminering. All negativ särbehandling som har samband med kön faller inom begreppet. Däremot är det inte all negativ särbehandling p.g.a. kön som är förbjuden utan det finns vissa *undantag*. Detta är endast en fråga om olika sätt att definiera könsdiskriminering. Den viktiga frågan i alla sammanhang är *vilken* särbehandling p.g.a. kön som anses vara saklig och således är tillåten. Detta återkommer jag till i del tre.[669]

Även om indirekt könsdiskriminering är förbjuden enligt de internationella konventionerna, uppställer dessa ingen definition när sådan skall anses föreligga, vilket däremot finns inom EG-rätt och svensk rätt. Den negativa särbehandlingen och orsakssambandet skiljer sig åt vid indirekt könsdiskriminering jämfört med direkt könsdiskriminering. När en tillräckligt stor andel av ena könet missgynnas av en neutral bestämmelse föreligger ett antaget samband mellan missgynnande och kön. Detta kan svaranden motbevisa genom att förklara särbehandlingen med könsneutrala skäl. Dessa skäl skall uppfylla en rad kriterier för att kunna godtas, bl.a. måste särbehandlingen vara proportionerlig i förhållande till det mål som svaranden önskar uppnå. En neutral bestämmelse som missgynnar en enskild individ, men inte ett kollektiv, kan dock aldrig utgöra indirekt könsdiskriminering enligt regleringen.

För att kunna avgöra om könsdiskriminering föreligger krävs en jämförelse med en annan likartad situation för bedömningen av om det är fråga om en negativ särbehandling. EG-rätten kräver en konkret jämförelseperson vid lönediskriminering men inte vid övrig könsdiskriminering. Jämställdhetslagen ställer däremot inte krav på en konkret jämförelseperson utan tillåter jämförelser med hypotetiska personer även vid lönediskriminering. En skillnad är dock att EG-rätten inte kräver en hypotetisk jämförelseperson vid direkt könsdiskriminering som inte rör lönevillkor medan jämställdhetslagen uppställer ett sådant krav. Vid införandet av detta krav diskuterades EG-domstolens dom i Dekkerfallet.[670] Även om EG-domstolen inte ställt krav på en hypotetisk jämförelseperson förefaller den svenska regeringen anse att lagändringen motsvarar utgången i fallet.

Diskussionen om gravida och homosexuella visar att valet av jämförelseperson inte är helt självklar. Bedömningen för vad som är en

[669] Kapitel 7 handlar om särbehandling som motiveras av andra skäl än kön, kapitel 8 handlar om särbehandling p.g.a. kön som motiveras av något särskilt intresse och kapitel 9 handlar om särbehandling som motiveras av jämställdhetsintresset.
[670] SOU 1999:91 s. 54 och prop. 1999/2000:143 s. 35.

lika situation kan bli helt avgörande för frågan om könsdiskriminering föreligger. Jag har framfört att det borde vara möjligt att göra en jämförelse "med sig själv", dvs. med hur man skulle ha blivit behandlad om en viss omständighet inte förelegat. Det skulle t.ex. vara aktuellt vid särbehandling av gravida eller vid könsbyte. Resultatet av en sådan jämförelse blir dock i de flesta fall detsamma som att göra en jämförelse med en hypotetisk jämförelseperson. Hade behandlingen av en gravid kvinna varit densamma om det istället hade varit en man? Skulle behandlingen ha varit densamma om den "nya" kvinnan (dvs. efter könsbyte) istället hade varit en man? På samma sätt kan man ställa frågan "hade hon blivit behandlad på samma sätt om hon inte varit gravid?" eller "hade hon blivit behandlad på samma sätt om hon inte genomgått ett könsbyte?". Hur hittar man en hypotetisk jämförelseperson om man inte kan se hur arbetsgivaren *brukar* agera i en liknande situation? Enligt min mening *kan* tillämpningen av kravet på hypotetisk jämförelseperson utgöra en begränsning jämfört med att göra en jämförelse "med sig själv" om kravet på hypotetisk jämförelseperson exempelvis innebär ett krav på att arbetsgivaren *tidigare* behandlat personer av motsatt kön annorlunda. Därför är det möjligt att en jämförelse "med sig själv" i vissa fall kan leda till att könsdiskriminering föreligger när det är svårt att t.o.m. hitta en hypotetisk jämförelseperson. Svårigheter att göra jämförelser med någon annan bör, enligt min mening, inte hindra att situationer där förekomsten av en omständighet kan jämföras med den situationen att omständigheten inte förelegat. På så sätt ökar möjligheterna att fånga in alla situationer som innebär en negativ särbehandling som har samband med könstillhörighet under skyddet mot könsdiskriminering.

Kapitel 6 Könsdiskrimineringsförbudets tillämpningsområde

6.1 Inledning

Av kapitel 5 framgår att könsdiskriminering föreligger när någon *missgynnas* p.g.a. *könstillhörighet.* Där diskuteras mer övergripande förutsättningarna för att könsdiskriminering skall föreligga (endast osaklig särbehandling, orsakssamband samt inget krav på vare sig diskriminerande avsikt eller konkret jämförelseperson). I kapitel 4 diskuterades närmare vad "könstillhörighet" innebär. I detta kapitel studeras i vilka situationer könsdiskriminering kan föreligga vid arbete och utbildning. Jämställdhetslagen är utgångspunkten för jämförelsen med EG-regler och folkrätt. Syftet är att studera i vilka situationer könsdiskriminering föreligger enligt gällande rätt och vilka förutsättningarna är för att reglerna skall kunna tillämpas.

Till att börja med behandlas rätten till arbete och förbudet mot könsdiskriminering vid anställning och befordran. Därefter undersöks förbudet mot lönediskriminering p.g.a. kön. I detta sammanhang redogörs bl.a. för begreppet lön och innebörden av "lika" eller "likvärdigt" arbete. Fortsättningsvis redogörs för regler om arbetsledning/arbetsfördelning, uppsägning etc. och andra anställningsvillkor. Därefter behandlas rätten till grundläggande, påbyggnads- och högre utbildning samt kraven på innehållet i utbildningen. Avslutningsvis analyseras frågan om sexuella trakasserier och frågan huruvida sådana bör ingå i begreppet könsdiskriminering diskuteras.

En skillnad mellan systemen skall framhållas redan här i inledningen. Folkrätten och EG-rätten innehåller särskilda regler om den s.k. likalöneprincipen. Utöver dessa regler finns en rad regler som i övrigt behandlar anställningsvillkor, arbetsvillkor och arbetsförhållanden. Jämställdhetslagen behandlar däremot inte likalöneprincipen separat, utan sammanför förbudet mot lönediskriminering med förbud mot könsdiskriminering beträffande "andra anställningsvillkor". Med sådana avses villkor som

finns i anställningsavtalet. Övriga arbets- och anställningsvillkor (såsom villkor om arbetsledning och uppsägning) behandlas för sig. Jag har valt att använda ordet "anställningsvillkor" för att beteckna alla arbetsrelaterade villkor som inte handlar om lön, dvs. både villkor i anställningsavtalet och andra villkor.

6.2 Förbud mot könsdiskriminering i arbetslivet

6.2.1 Lika rätt till anställning, befordran m.m.

6.2.1.1 Förbud mot könsdiskriminering enligt folkrätten

Rätten till arbete är en social individuell rättighet.[671] Den innebär emellertid framförallt en skyldighet för staterna att försäkra "fri tillgång" till arbetsmarknaden snarare än en individuell rättighet att få arbete.[672] Rätten till arbete inbegriper ett förbud mot tvångsarbete.[673] I folkrätten finns på flera håll artiklar som stadgar om rätten att arbeta. Av det faktum att dessa dokument stadgar rätten att arbeta även innehåller förbud mot könsdiskriminering följer att särbehandling mellan kvinnor och män inte får förekomma vid anställning.

Artikel 6 i KESKR föreskriver att alla har rätt till arbete och rätt att fritt välja yrke.[674] Kvinnokonventionen (artikel 11) stadgar att staterna skall tillse att kvinnor och män ges samma möjligheter att arbeta och rätten att välja yrke och anställning. I punkten (b) sägs särskilt att staterna skall försäkra rätten till samma anställningsmöjligheter. Nairobistrategierna föreskriver att regeringar bör säkerställa att både kvinnor och män har jämställda möjligheter i fråga om tillång till arbete, inbegripet löner, och att erkänna och vidta åtgärder för att genomföra kvinnors och mäns rätt till arbete på jämställda villkor, oavsett civilstånd.[675] I handlingsplanen från Pekingkonferensen sägs att staterna skall förbjuda direkt och indirekt könsdiskriminering, inklusive civilstatus, i fråga om tillgång till arbete

[671] Källström, Article 23, 1992, s. 358.

[672] A. a. s. 362, Källström och Eide, Article 23, 1999, s. 493.

[673] Källström och Eide, 1999, s. 489. Även om skyddet mot tvångsarbete är en mycket viktig fråga, kommer jag inte att särskilt behandla denna.

[674] Artikel 23 och 25 i den universella förklaringen är de enda artiklarna som använder formuleringen "himself and his family". Övriga artiklar i deklarationen är i princip könsneutrala. Artikel 23 ger intryck av en uppdelning i arbetsbördorna mellan kvinnor och män och att det endast är mannen i familjen som har en lön. För mer läsning om kvinnors rättigheter i samband med framväxten av den universella förklaringen om de mänskliga rättigheterna, se Morsink, The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent, 1999 s. 116 ff.

[675] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985. UD II:42, punkt 54.

och anställningsvillkor.[676] I handlingsplanen till uppföljningen av Pekingkonferensen sägs att staterna skall vidta åtgärder för att eliminera strukturella hinder och stereotypa attityder mot jämställdhet beträffande rätten till arbete, genom att inrikta sig mot bl.a. könsfördomar vid rekrytering, yrkesmässig segregation och icke jämställda karriärmöjligheter.[677]

Artikel 2 i ILO-konventionen nr 111 innehåller ett generellt stadgande om att staterna skall arbeta för att "främja likställdhet med avseende å möjligheter och behandling i fråga om anställning och yrkesutövning i syfte att avskaffa varje diskriminering i nämnda avseende".[678] I rekommendationen till konventionen sägs att staterna skall tillse att alla människor har lika tillgång till anställning (artikel 2 b). Således utgör lagstiftning som tillåter en make att förhindra att hustrun arbetar könsdiskriminering.[679] Rekommendationen innehåller även ett särskilt stadgande om att offentliga organ skall tillämpa icke-diskriminerande anställningspolicies i alla sina aktiviteter (artikel 2 c). Konventionen innebär, vid offentlig anställning, direkta skyldigheter för det offentliga organet. Den skapar även skyldigheter för staten att ändra lagstiftningen, som rör horisontella förhållanden, så att denna överensstämmer med konventionen (artikel 3).[680] I artikel 1 i deklarationen om *Equality of Opportunity and Treatment for Women Workers* sägs att kvinnliga arbetstagare skall åtnjuta samma möjligheter och behandling som manliga och att alla former av diskriminering mot kvinnor är oacceptabla. 1998 antogs en deklaration om organisationens grundläggande principer och rättigheter i arbete där bl.a. eliminering av diskriminering i samband med arbete anges vara ett av organisationens huvudmål.[681] Rätten att arbeta "som sådan" finns dock inte nämnd särskilt i något av ILO:s rättighetsdokument.[682]

Då EKMR inte innehåller några regler om rätten till arbete finns följaktligen inget skydd mot könsdiskriminering i samband med anställning i konventionen.[683] Detta regleras i stället i den sociala stadgan. Den sociala

[676] Fourth World Conference on Women Beijing (1995) punkt 178 (b).

[677] A/S-23/10/Rev.1 (2000) punkt 118 (b).

[678] SÖ 1962:54.

[679] ILO, RCE, 1998, s. 342 och 1999 s. 458.

[680] Nielsen, H.K. ICLQ 1994, s. 829.

[681] Declaration on fundamental principles and rights at work and its Follow-up. Detta framgår redan av Philadelphiadeklarationen som utgör ett annex till ILO-konstitutionen.

[682] I Philadelphiadeklarationen (1944) förklaras dock att alla människor har rätt att "pursue both their material well-being [...] and equal opportunity". I preambeln till ILO-konventionen nr 122 om sysselsättningspolitik erinras i preambeln att rätten att arbeta uttrycks i artikel 23 i den universella förklaringen.

[683] Artikel 4 (2) förbjuder tvångsarbete medan 4 (3) anger undantag från detta förbud. Artikel 11 (1) handlar om rätten till föreningsfrihet.

stadgan går längre än både den universella förklaringen och KESKR genom att den sätter full sysselsättning som ledstjärna. Den första artikeln i stadgan behandlar rätten till arbete. Enligt artikeln skall staterna vidta vissa åtgärder för att trygga den enskildes rätt att arbeta, bl.a. skall staterna eftersträva en hög sysselsättningsnivå, tillhandahålla och främja yrkesvägledning, yrkesutbildning och rehabilitering m.m. I andra punkten sägs att staterna åtar sig "att effektivt värna om arbetstagarnas rätt att förtjäna sitt uppehälle genom fritt valt förvärvsarbete". Enligt kommittén av oberoende experter täcker denna punkt två frågor; dels förbudet mot tvångsarbete, dels elimineringen av all diskriminering i arbete.[684] Den sociala stadgan är bindande för staterna.[685] Man bör dock observera att den endast innehåller målformuleringar.[686]

Föreskrifterna innehåller inte bara rätten till likabehandling vid anställning och yrkesutövning. Det föreligger även ett skydd mot könsdiskriminering beträffande *rätten till befordran*. Denna rättighet stadgas i KESKR (artikel 7), kvinnokonventionen (artikel 11 c) och den sociala stadgan (artikel 20 d). KESKR föreskriver att alla skall ha lika möjligheter att bli befordrade till en lämplig högre befattning utan beaktande av något annat än ålder och kompetens (artikel 7 c). I sina riktlinjer för rapportering har KESKR-kommittén uttalat att staterna skall redovisa information om förverkligandet av, samt vidtagna åtgärder rörande principen om lika möjligheter till befordran, särskilt beträffande kvinnors situation (punkt 4 under artikel 7). ILO konventionen nr 111 nämner inte befordran särskilt men i artikel 2 (b) (iii) i rekommendationen sägs att alla skall ha rätt till befordran utifrån deras personliga egenskaper, erfarenhet, förmåga och flit.[687]

6.2.1.2 Förbud mot könsdiskriminering enligt EG-rätten

Genom EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna finns numera ett (icke bindande) stadgande om rätt att arbeta och utöva ett fritt valt eller accepterat yrke (artikel 15). Artikel 23 stadgar dessutom att jämställdhet mellan kvinnor och män skall säkerställas på alla områden och lyfter fram områdena anställning, arbete och lön.

I likabehandlingsdirektivets första artikel förklaras att med "likabehandlingsprincipen" enligt direktivet avses likabehandling mellan kvinnor och män beträffande tillgång till anställning, däribland befordran,

[684] Directorate of Human Rights, Women in the working world, equality and protection within the European Social Charter, 1995, s. 12.
[685] Se Valticos, von Potobsky, International Labour Law, 1995, s. 49.
[686] Källström och Eide, 1999, s. 500.
[687] *individual character, experience, ability and diligence.*

yrkesutbildning, arbetsvillkor samt social trygghet enligt de villkor som nämns i punkt 2. Likabehandlingsprincipen enligt artikel 3 (1) innebär att det inte får förekomma någon diskriminering p.g.a. kön i villkoren för tillgång till arbetsuppgifter eller befattningar. Likabehandlingsdirektivet innebär inte ett krav att den arbetsgivare som gjort sig skyldig till könsdiskriminering anställer den diskriminerade.[688]

Det är få rättsfall från EG-domstolen som enbart rör rätten till anställning eller befordran. Beträffande lika rätt till anställning framgår dock av domstolens praxis att det inte är tillåtet att neka en kvinna anställning p.g.a. att hon är gravid.[689] En intressant fråga är om den skyddsperiod som kvinnor har mot uppsägning p.g.a. sjukdom som är relaterad till graviditeten även skulle kunna gälla andra former av könsdiskriminering, t.ex. tillgång till arbete och befordran.[690]

Inom EG-rätten faller inte platsannonser automatiskt in under förbudet mot könsdiskriminering. I fallet *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) var det bl.a. fråga om huruvida en nationell regel, som förbjöd platsannonser som inte var könsneutrala, stred mot likabehandlingdirektivet då regeln inte var bindande. EG-domstolen uttalade att anställningserbjudanden inte är automatiskt uteslutna från direktivets tillämpningsområde, eftersom de har ett nära samband med tillträde till arbete och kan ha en begränsande effekt på detta. Däremot medför inte direktivet en skyldighet för staterna att införa lagstiftning gällande anställningserbjudanden.[691]

Av *Thibaultfallet* (C-136/95) framgår att mammaledighet inte får inverka menligt på möjligheterna till befordran. Fallet handlade om en kvinna som inte blev befordrad p.g.a. att hon inte fick den årliga arbetsutvärderingen till följd av mammaledighet. EG-domstolen framhöll att rätten till att årligen genomgå en utvärdering utgör en del av villkoren i anställningskontraktet i den betydelse som avses i artikel 5 (1).[692] Icke-diskrimineringsprincipen kräver att en kvinna som fortsätter att vara anställd

[688] *von Colson* (C-14/83) punkt 19.

[689] Se *Dekker* (C-177/88), *Habermann–Beltermann* (C-421/92), *Mahlburg* (C-207/98). Detta behandlas även i kapitel 4 och 8.

[690] Se *Rentokil* (C-394/96), se avsnitt 5.4.3.6. Boch diskuterar detta i ELR 1998, s. 492 f.

[691] Om artikel 9 (2) följs till fullo kommer även den nödvändiga genomskinlighet som krävs att omfatta anställningserbjudanden, enligt domstolen. *Kommissionen mot Tyskland* (C-248/83) punkt 43. Även *Draehmpaehlfallet* (C-180/95) handlade om en platsannons. En man svarade på en annons som enbart riktade sig till kvinnor. Han fick inte svar på sin ansökan och blev inte kallad till anställningsintervju. Målet handlade inte om huruvida han blivit diskriminerad utan om hans möjligheter till skadestånd enligt nationell lagstiftning. Domstolen konstaterade att skadeståndsansvaret inte kan göras beroende av försumlighet utan gäller så fort ett brott mot diskrimineringsförbudet har skett (*Draehmpaehl* (C-180/95) punkt 17–22).

[692] *Thibault* (C-136/95) punkt 27.

under föräldraledighet inte skall bli berövad de fördelar i arbetsvillkoren som både kvinnor och män har och som är ett resultat av anställningsförhållandet. Hon skulle ha fått utvärderingen om hon inte varit mammaledig och därmed kvalificerat sig för befordran. Det var därför fråga om könsdiskriminering.[693]

Sättet för beräkningen av tjänstgöringstid för frågan om befordran kan också leda till könsdiskriminering. I målen *Gerstermålet* (C-1/95) och *Kording* (C-100/95) medförde beräkningssätten att det tog längre tid för deltidsanställda än heltidsanställda att befordras eftersom det tog längre tid för dem att få ihop tjänstgöringsår. Eftersom detta drabbade kvinnor i större utsträckning än män, ansåg EG-domstolen att behandlingen utgjorde indirekt diskriminering i strid med artikel 3 (1) i likabehandlingsdirektivet. Domstolen överlämnade till den nationella domstolen att avgöra om det fanns sakliga skäl, som inte var relaterade till kön, som kunde rättfärdiga beräkningssätten.[694]

6.2.1.3 Förbud mot könsdiskriminering enligt svensk rätt

ALLMÄNT

Svensk rätt innehåller inte något stadgande om rätten att få arbeta. Jämställdhetslagen skyddar emellertid mot könsdiskriminering beträffande arbets- och anställningsvillkor. Jämställdhetslagen gäller både offentliga och privata arbetsgivare. *Offentliga arbetsgivare* måste emellertid även följa den offentliga regleringens krav på objektivitet och saklighet i tillsättningsärenden. Det innebär att de alltid måste göra en opartisk och saklig bedömning av de sökandes meriter vid anställning av personal. Detta följer av både RF 1:9, RF 11:9 och LOA 4 §.[695]

15 och 16 §§ i jämställdhetslagen förbjuder direkt och indirekt diskriminering. I 17 § anges de situationer som förbudet mot könsdiskriminering gäller. Första punkten anger att förbudet gäller när arbetsgivaren "beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet". Den andra punkten omfattar arbetsgivarens beslut om befordran eller att ta ut en arbetstagare till utbildning för befordran. "Utbildning" åsyftar endast sådan utbildning som utgör förberedelse för befordran.[696] Om en arbetsgivare vägrar medge ledighet för annan utbildning kan det i stället vara fråga om könsdiskriminerande arbetsledning (17 § 4 p.). Det kan upp-

[693] *Thibault* (C-136/95) punkt 29.
[694] *Gerster* (C-1/95) punkt 28–42, *Kording* (C-100/95) punkt 19–20.
[695] Offentlig anställning behandlas mer utförligt i kapitel 9.
[696] Prop. 1978/79:175 s. 117.

komma gränsdragningsfrågor mellan dessa situationer. Avgörande för gränsdragningen mellan anställning och arbetsledning är om det är fråga om en åtgärd som arbetsgivaren kan vidta på egen hand eller endast efter avtal med arbetstagaren.[697] Om det är en åtgärd som arbetsgivaren ensam beslutar om är det fråga om anställning och inte arbetsledning. I fallet *AD 1987 nr 35* konstaterade domstolen att anställningsvillkoren skulle förändras väsentligt för den av de sökande som fick den sökta tjänsten, att arbetsgivaren utlyst tjänsten internt som "ledig tjänst" samt att valet mellan de sökande skedde efter en värdering av deras kvalifikationer. Detta sammantaget innebar att det var fråga om en anställning.[698] I fallet *AD 1984 nr 6* var det fråga om en kvinnlig polisassistent som genom att inte bli uppsatt på vikarielistor som befäl i yttre tjänst, i förlängningen gick miste om befordran till polisinspektör. Domstolen ansåg att upprättande av vikarielistorna utgjorde arbetsledningsbeslut (4 § 2 p. äldre jämställdhetslagen) och att beslutet utgjorde ett missgynnande som saknade saklig grund och som därmed innebar könsdiskriminering.[699]

Platsannonser faller utanför jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering. Det är således tillåtet för en arbetsgivare att i en platsannons ange att endast sökande av det ena könet är välkomna med ansökningar.[700] Att helt utestänga ena könet från möjligheten att arbeta hos arbetsgivaren skulle däremot utgöra könsdiskriminering. Arbetsmarknadsutskottet framhöll vid den senaste ändringen av jämställdhetslagen att den omständigheten att en arbetsgivare anger att endast sökande av visst kön är välkomna, inte hindrar personer av det motsatta könet att ansöka om anställningen. Genom att personen blir arbetssökande gäller förbudet mot könsdiskriminering fullt ut.[701] Det innebär att en arbetsgivare kan göra sig skyldig till könsdiskriminering om han eller hon inte kallar en arbetssökande med tillräckliga meriter till anställningsintervju om andra personer av motsatt kön med liknande meriter kallats.[702] Av detta följer att en arbetsgivare kan skriva i en annons att endast personer med visst kön är välkomna på arbetsplatsen men får inte utesluta ena könet vid anställning om inte något av undantagen i 15 § 2 st. är tillämpliga (dvs. att det skulle vara motiverat med hänsyn till ett särskilt intresse eller av jämställdhetssträvanden, se vidare kapitel 8 och 9). I ett sådant

[697] Prop. 1978/79:175 s. 117, 128 f.
[698] *AD 1987 nr 35* s. 262 f.
[699] *AD 1984 nr 6* s. 68 ff.
[700] Prop. 1999/2000:143 s. 47.
[701] AU 2000/01:3, s. 31.
[702] Prop. 1999/2000:143 s. 46.

fall kan annonsen utgöra underlag för bedömningen av frågan om könsdiskriminering.[703]

MERITSKILLNAD

Enligt den äldre jämställdhetslagen (1979:1118) innefattade ett missgynnande vid anställning enbart det fall att någon, trots att den var bäst kvalificerad för anställningen, inte blev anställd beroende på könstillhörighet. Förutsättningen var att det förelåg en skillnad i meriter mellan den som blivit könsdiskriminerad och den som fått anställningen. Det var inte fråga om könsdiskriminering i de fall de sökande hade likvärdiga meriter.[704] Det krävdes t.o.m. att skillnaden var "klart urskiljbar".[705] Innebörden av "missgynnande" har därefter vidgats. Genom den nya jämställdhetslagen (1991:433) infördes förbud mot könsdiskriminering vid anställning även när de sökande hade lika meriter (f.d. 17 §). Avgörande för frågan om könsdiskriminering var (och är) att arbetsgivarens val inte får styras av personernas könstillhörighet. Bevisbördan skilde sig mellan de två reglerna. Regeln om förbud mot könsdiskriminering vid olika meriter (f.d. 16 §) var en presumtionsregel där arbetsgivarens avsikt inte hade någon betydelse medan f.d. 17 § (likvärdiga meriter) var en ren bevisregel där ett diskriminerande uppsåt måste visas hos arbetsgivaren.

Utvecklingen blev att det blev allt svårare att bevisa en tillräckligt stor skillnad i meriter.[706] Kravet på att meritskillnaden skulle vara "klart urskiljbar" ledde till att många situationer hamnade i en gråzon mellan (f.d.) 16 och 17 §§, där arbetstagaren hamnade i en svårare sits då han eller hon måste bevisa ett diskriminerande uppsåt hos arbetsgivaren.[707] I *AD 1997 nr 16* sade domstolen t.o.m. att den förment diskriminerade skulle vara "klart överlägsen" den som fått anställningen.[708] Genom den senaste ändringen av jämställdhetslagen (2000:773) har uppdelningen mellan bättre och likvärdiga meriter tagits bort. Numera är det även fråga om ett missgynnande när en person inte kallas till anställningsintervju om personens meriter var *tillräckliga* för att kunna vara aktuell för anställning och andra personer av motsatt kön med liknande meriter kallats.[709] Den nya 15 § är en ren bevisregel med delad bevisbörda där

[703] Prop. 1999/2000:143 s. 47.
[704] Prop. 1978/79:175 s. 52.
[705] A. prop. s. 55 ff.
[706] Prop. 1999/2000:143 s. 52.
[707] Angående kraven på skillnad i kvalifikationer, se rättsfallen *AD 1981 nr 169, AD 1981 nr 171, AD 1982 nr 139, AD 1986 nr 103* och *AD 1997 nr 16*.
[708] *AD 1997 nr 16* s. 144.
[709] Prop. 1999/2000:143 s. 46.

käranden skall visa att han eller hon blivit "mindre förmånligt behandlad" än en person av motsatt kön skulle ha behandlats. Den som verkligen kan styrka bättre sakliga förutsättningar sägs i propositionen naturligen ha en fördel av det bevisläget.[710] Även utredningen talar om att det vid antaglighetsbedömningen skall fästas "avsevärd vikt" vid om den som anser sig vara könsdiskriminerad kan visa att han eller hon har bättre sakliga förutsättningar för arbetet.[711]

Detta innebär att även fortsättningsvis kan den förment könsdiskriminerade bevisa att han eller hon haft bäst meriter och att skillnaden varit "klart urskiljbar" samt att en person av motsatt kön fått anställningen. Skillnaden mot tidigare jämställdhetslag är att det i detta läge inte inträder en presumtion för könsdiskriminering. Arbetsgivaren måste dock kunna styrka att hon hade sakliga skäl för sitt anställningsbeslut. Käranden kan naturligtvis även fortsättningsvis föra bevisning om att han eller hon har likvärdiga förutsättningar för arbetet som den som fick anställningen samt att arbetsgivaren haft ett diskriminerande uppsåt (det som tidigare föll under 17 §). Den senaste ändringen av jämställdhetslagen eftersträvar en bevislättnad varför även andra faktorer kan spela in. "Det avgörande är en helhetsbedömning av om arbetstagarsidan förebringat uppgifter som visar att diskriminering synes föreligga".[712] Huruvida ändringen faktiskt innebär en lättnad för käranden återstår att se.

Sakliga förutsättningar för arbetet

Arbetsgivaren har rätt att bestämma vilka kvalifikationer som är relevanta för aktuellt arbete och att tillämpa sina egna normer för meritvärderingen.[713] Den som anställs måste dock ha tillräckliga kvalifikationer för att kunna utföra arbetet.[714] Jämställdhetslagen är inte avsedd att ändra rådande normer för urval och meritvärdering på arbetsmarknaden. Arbetsgivaren kan använda vedertagna meritvärderingsnormer så länge de inte är diskriminerande i sig.[715] Inget hindrar att arbetsgivaren ställer upp särskilda behörighetskrav så länge de är sakliga och verkligen

[710] Prop. 1999/2000:143 s. 33 och 56.
[711] SOU 1999:91 s. 70.
[712] Prop. 1999/2000:143 s. 52.
[713] Flodgren, Könsdiskriminering vid tjänstetillsättning, Lag & Avtal Årsbok, 1983, s. 14.
[714] SOU 1990:41 s. 218.
[715] Prop. 1978/79:175 s. 50 f. och 119, AU 1978/79:39 s. 14, se exempelvis *AD 1981 nr 169* s. 1027, *AD 1982 nr 102* s. 886, *AD 1983 nr 104 s. 669, AD 1987 nr 35*, Schmidt, Löntagarrätt, 1994, s. 96.

behövs eller åtminstone är av värde för arbetet.[716] Sådana måste dock framstå som förklarliga och i huvudsak rationella för en utomstående bedömare och får inte vara vare sig direkt eller indirekt diskriminerande.[717]

Utgångspunkten för meritbedömningen är formella regler, om det finns sådana (t.ex. RF 11:9 och HF 4 kap.), interna regler för rekrytering och vad som enligt praxis uppfattats som sakliga förutsättningar.[718] I den mån det inte funnits klara bedömningsnormer har AD fått större inflytande på principerna för meritvärderingen.[719] De bedömningsnormer som arbetsgivaren angivit i en platsannons har ofta blivit vägledande för meritvärderingen.[720] Utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet är kriterier som normalt ingår i bedömningen.[721] Utbildningens meritvärde bedöms utifrån den aktuella anställningens krav. När en viss utbildning angivits i en platsannons skall normalt sett det inte vara aktuellt att anställa en person som saknar denna utbildning. Arbetslivserfarenhet värderas generellt sett inte lika högt som yrkeserfarenhet. Yrkeserfarenheten bedöms både på bredd och djup. Den tidsmässiga längden av yrkeserfarenhet får mindre betydelse ifråga om högre tjänster.[722] Invändningar om personlig lämplighet har granskats noggrant av AD som ställt relativt höga krav på bevisningen.[723] Invändningar att kunders, arbetskamraters eller samarbetspartners uppfattning varit att arbetet bort utföras av ena könet har inte heller godtagits.[724] Jämförelsen har normalt skett vid anställningstillfället.[725] De uppgifter om de arbetssökandes kvalifikationer som förelåg vid anställningstillfället har varit avgörande men AD har även undantagsvis beaktat omständigheter som framkommit efter anställningstillfället.[726]

6.2.1.4 "Anställning" och "arbetstagare"

Uttrycket "anställning och yrkesutövning" i ILO:s diskrimineringskonvention (nr 111) och rekommendation är generell och täcker både

[716] Laurén, Lavén, Nya jämställdhetslagen, 1992, s. 152.
[717] Prop. 1978/79:175 s. 51, Laurén, Lavén, 1992, s. 152, Schmidt, 1994, s. 96.
[718] Flodgren, 1983, s. 14.
[719] Prop. 1978/79:175 s. 52, Schmidt, 1994, s. 96.
[720] Se t.ex. *AD 1984 nr 12* och *AD 1984 nr 22*, Schmidt, 1994, s. 96.
[721] Laurén, Lavén, 1992, s. 154, Flodgren, 1983, s. 14.
[722] Laurén, Lavén, 1992, s. 154 ff., Flodgren, 1983, s. 15 ff.
[723] *AD 1981 nr 169, AD 1981 nr 171, AD 1983 nr 50, AD 1987 nr 67, AD 1988 nr 50* och *AD 1997 nr 16*.
[724] Prop. 1978/79:175 s. 58 och 119, Schmidt, 1994, s. 98 f.
[725] Se *AD 1986 nr 84*.
[726] Se *AD 1987 nr 1* och AD *1988 nr 50*.

offentlig och privat anställning.[727] ILO:s användning av termen "*worker*" inbegriper alla kategorier av arbetstagare.[728]

I EG-rätten gäller likabehandlingsprincipen på alla nivåer inom alla sektorer och verksamhetsgrenar och således både för privat och offentlig anställning.[729] I målet fallet *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) ville staten undanta offentlig anställning från likabehandlingsdirektivets tillämplighet. Domstolen godtog inte detta och underströk att det skulle innebära ny diskriminering om man utesluter vissa grupper från likabehandlingsprincipen.[730] Av målet *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) framgår att inte heller antalet anställda får vara avgörande för likabehandlingsprincipens tillämplighet. Storbritannien ville undanta småföretag med färre än fem anställda från tillämpning av diskrimineringsförbudet vilket domstolen inte godtog.[731]

Likabehandlingsdirektivet och artikel 141 EU-fördraget nämner inte "arbetstagare" utan *kvinnor och män*. När det gäller arbetstagarbegreppet beträffande fri rörlighet för arbetstagare (artikel 39 EU-fördraget) har EU en egen definition av begreppet, oavsett vilken betydelse det har i de olika medlemsstaterna.[732] Det EG-rättsliga arbetstagarbegreppet är mycket generöst. Till skillnad från artikel 39 gäller artikel 141 och direktiven även för egenföretagare.[733] Likabehandlingdirektivet kräver inte att en anställning har kommit till stånd för att direktivet skall vara tillämpligt.[734] Således skyddas även arbetssökande mot könsdiskriminering.

Anställning i jämställdhetslagens 17 § avser alla typer av anställningar, både offentliga och privata. Jämställdhetslagen gäller för arbetstagare i både nyanställningar och olika ändringar i redan befintliga anställningar, t.ex. tillfälliga förordnanden och vikariat.[735] Det har inte

[727] ILO, Equality in employment and occupation (1988) punkt 2 och (1996) punkt 19.

[728] ILO, RCE, 1986 s. 9 f., 1988 punkt 2 och 1996 punkt 19. Se även ILO, Protection against Unjustified Dismissal (1995) s. 13.

[729] Blanpain, European Labour Law, 2000, s. 293.

[730] *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) punkt 16. Detta erinrades om i *Gerster* (C-1/95) punkt 18.

[731] *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) punkt 15–16.

[732] För vidare läsning om arbetstagarbegreppet enligt artikel 39 EG-fördraget, se Nyström, EU och arbetsrätten, 1999, s. 125–6 och Blanpain, 2000, s. 232 ff.

[733] Blanpain, 2000, s. 232 och 293.

[734] Se *von Colson* (C-14/83) där domstolen understryker vikten av att det finns effektiva rättsliga medel att tillgå för den som blivit diskriminerad. Det föreligger dock ingen skyldighet för arbetsgivaren att anställa den arbetssökande.

[735] Prop. 1978/79:175 s. 117.

heller någon betydelse hur stort antalet anställda är, om de utför hel- eller deltidsarbete eller provanställning, bisyssla eller hemarbete.[736]

Både *arbetstagare* och *arbetsgivare* i jämställdhetslagen motsvarar den innebörd begreppen har i annan arbetsrättslig lagstiftning.[737] Som arbetstagare räknas därmed inte de som är självständiga företagare.[738] Den som är, eller har varit, anställd räknas som arbetstagare.[739] Efter den senaste ändringen av jämställdhetslagen täcker könsdiskrimineringsförbudet hela anställningsförfarandet, även de fall då ingen anställs.[740] Därigenom skyddas även arbetssökande mot könsdiskriminering. Före ändringen krävdes att ett anställningsbeslut faktiskt fattades för att könsdiskriminering skulle kunna ske enligt lagen (f.d. 16–17 §§). Syftet med ändringen till att inbegripa hela anställningsförfarandet sägs vara att man vill stärka skyddet mot könsdiskriminering och göra jämställdhetslagen mer effektiv. Ändringen syftar även till att göra skyddet mot könsdiskriminering lika omfattande som i de övriga diskrimineringslagarna.[741] EG-rätten har mer än ett arbetstagarbegrepp och är förmodligen inte exakt detsamma som det svenska. Klart är emellertid att de i stort sett utgår från samma grundprinciper.

6.2.1.5 Sammanfattning

Rätten till arbete framgår i flera internationella dokument. I EG-rätt och svensk rätt anges inte denna rättighet i någon rättsligt bindande föreskrift men framgår ändå genom de arbetsrättsliga förbuden mot könsdiskriminering. ILO:s, EU:s och jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering gäller både offentliga och privata arbetsgivare. Rätten till arbete omfattar rätt till anställning, befordran m.m., utan könsdiskriminering.[742] Könsdiskriminering ifråga om tillgång till arbete eller befordran sker enligt jämställdhetslagen inte bara när någon väljs bort p.g.a. kön, trots att han eller hon är bäst kvalificerad. Även när personen har likvärdiga meriter med den som valdes för arbetet, är det fråga om könsdiskriminering om valet styrdes av könstillhörigheten. Numera kan arbetsgivare ställas till ansvar för könsdiskriminering redan under anställningsförfarandet om någon med tillräckliga meriter för arbetet inte blir kallad till

[736] Prop. 1978/79:175 s. 110 (se vidare kapitel 8). Exempel på hemarbete är hemsömnad, se Adlercreutz, Svensk arbetsrätt, 2000, s. 31.

[737] Prop. 1978/79:175 s. 110 f.

[738] För en redogörelse över det svenska arbetstagarbegreppet, se Adlercreutz, 2000, s. 29 ff.

[739] Fransson, 2000, s. 319.

[740] Prop. 1999/2000:143 s. 44.

[741] A. prop. s. 45.

[742] Rätten till lika arbetsvillkor behandlas nedan, avsnitt 6.2.3.

anställningsintervju, medan personer av motsatt kön med liknande meriter blir det. Något sådant mål har dock ännu inte prövats. Platsannonser faller utanför jämställdhetslagens tillämpningsområde men kan användas som bevis i mål om könsdiskriminering. I EG-rätten är de däremot inte automatiskt uteslutna från likabehandlingsdirektivets tillämpningsområde.

6.2.2 Rätt till lika lönevillkor

6.2.2.1 Likalöneprincipen i folkrätten

Likalöneprincipen har sitt ursprung i ILO-konstitutionen från 1919.[743] I den första ILO-konstitutionen framgick principen att kvinnor och män skall erhålla lika lön för arbete av lika värde. I artikel 41 stadgades att detta var av "*special and urgent importance*".[744] Denna artikel är borttagen i den nya ILO-konstitutionen men i preambeln står det att en förbättring av arbetsförhållandena är en "trängande nödvändighet" beträffande bl.a. "skydd för kvinnor", och "[...] erkännandet av principen om lika lön för arbete av samma värde".[745]

Artikel 23 (2) i den universella förklaringen stadgar att alla har rätt till lika lön (*pay*) för lika arbete, utan diskriminering. Artikel 7 (a) (i) KESKR stadgar att staterna erkänner rätten till lika lön (*remuneration*) för arbete av lika värde, utan något slag av åtskillnad och lyfter särskilt fram att kvinnor skall garanteras lika arbetsvillkor som män och lika lön (*pay*) för lika arbete. Vid utformandet av artikeln invände Storbritannien att man inte kunde följa likalöneprincipen fullt ut med hänsyn till inflationen. Övriga stater ansåg emellertid att en sådan ekonomisk invändning inte stod i överensstämmelse med stadgandet. Åtgärder för att bekämpa inflationen skall inte gå ut över kvinnor.[746] Här kan noteras att KESKR talar om arbete av lika värde medan den universella förklaringen använder "lika arbete". Artikel 11 i kvinnokonventionen är ytterligare lite utförligare och kräver att staterna skall vidta åtgärder som skall garantera lika lön och lika behandling beträffande arbete av lika värde, liksom lika behandling i fråga om arbetsvärdering.

Kommittén för de mänskliga rättigheterna har framhållit att artikel 26 i KMPR kräver att staterna agerar mot diskriminering inom alla områden. Kommittén påpekar att den ofta, vid granskning av staternas rapporter, funnit att kvinnor är sysselsatta inom områden som inte skyddas av

[743] Källström, 1992, s. 361.
[744] McKean, Equality and Discrimination under International Law, 1985, s. 166.
[745] SÖ 1947:16.
[746] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1998, s. 230.

arbetslagstiftning, att seder och traditioner diskriminerar kvinnor, särskilt när det gäller tillgång till bättre betalda anställningar och lika lön för likvärdigt arbete. Kommittén uppmanar därför staterna att implementera lagstiftning som syftar till att eliminera diskriminering av kvinnor inom arbetslivsområdet.[747]

Sverige ratificerade ILO-konventionen nr 100 om lika lön[748] (och rekommendation nr 90) först 1962 efter det att LO och SAF kommit överens om att avskaffa kvinnolönerna. Inför tillkomsten av konventionen var Sveriges inställning att en rekommendation var att föredra framför en konvention samt att staten inte kunde påverka lönebildningen förutom att föregå som gott exempel avseende offentlig anställning. Det skulle strida mot väl inarbetade traditioner att lägga sig i arbetsmarknadsparternas löneförhandlingar.[749] Artikel 1 (b) i konventionen stadgar att:

> "the term equal remuneration for men and women workers for work of equal value refers to rates of remuneration established without discrimination based on sex".

Enligt artikel 2 (1) skall staterna försäkra tillämpningen av principen om lika ersättning för kvinnor och män för arbete av lika värde. Artikel 3 (3) poängterar att skillnader i lönesättning som inte beror på kön inte strider mot likalöneprincipen. Ett brott mot likalöneprincipen är också i strid med diskrimineringsförbudet som finns i ILO-konvention nr 111, men expertkommittén tar endast upp brott mot konvention nr 100 om staten ratificerat båda.[750] I sin allmänna rekommendation nr 13 uppmanar kvinnokommittén alla stater att ratificera ILO-konvention nr 100.[751]

I Europarådets sociala stadga behandlar artikel 4 rätten till rättvis betalning.[752] Artikel 4 (3) föreskriver särskilt skyldigheten för staterna att erkänna rätten för kvinnor och män att erhålla lika lön för arbete av lika värde. Denna artikel antogs alltså medan t.o.m. Sverige hade särskilda kvinnolöner. Man kan notera att artikeln inte nämner arbete "av lika värde", som annars varit det mest grundläggande, utan framhåller direkt även likvärdiga arbeten. I artikel 20 (c) åläggs staterna att tillförsäkra lika anställningsvillkor, inklusive lönevillkor.

[747] CCPR General Comment 28 (2000) punkt 31.
[748] *Remuneration.*
[749] ILO, Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value, 1951, s. 10.
[750] Nielsen H.K., ICLQ 1994, s. 835, Nielsen, Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 216.
[751] CEDAW General Recommendation No. 13 (1989).
[752] *Fair remuneration.*

6.2.2.2 Likalöneprincipen enligt EG-rätten

Förbudet mot lönediskriminering finns för EG-rättens del i artikel 141 i EU-fördraget. Enligt första stycket i artikel 141 skall varje medlemsstat säkerställa att "principen om lika lön" för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas. "Likvärdigt" arbete fanns inte uttryckt i f.d. artikel 119, även om det har ansetts ingå i artikeln. Införandet av "likvärdigt" arbete i artikel 141 innebär att EG-domstolens praxis fördragsfästs.

Artikel 1 i likalönedirektivet upprepar likalöneprincipen som den är uttryckt i artikel 141 och specificerar villkoren för tillämpningen av principen. Följaktligen ändrar artikel 141 inte den praktiska tillämpningen av likalöneprincipen, utan är till för att underlätta den praktiska tillämpningen.[753] Likalöneprincipen avser jämställdhet i resultat (inte bara "lika möjligheter").[754] Artikel 141 och likalönedirektivet äger generell tillämplighet. Förbudet mot diskriminering p.g.a. kön gäller åtgärder som vidtas av det offentliga och gäller alla avtal som avser att reglera betalt arbete kollektivt.[755] När det gäller direkt eller indirekt lönediskriminering genom lag, kollektivavtal eller individuella avtal gäller artikeln mot såväl privata som offentliga arbetsgivare.[756] Att utesluta offentlig tjänst från tillämpningsområdet för artikel 141 skulle vara emot artikelns syfte enligt domstolen.[757]

Likalöneprincipen har direkt effekt både vid direkt och indirekt könsdiskriminering. Förutsättningen för detta är att könsdiskriminering kan konstateras redan med hjälp av kriterierna *lika arbete* och *lika lön* som anges i artikel 141 utan att det krävs åtgärder från gemenskapens eller medlemsstaternas sida för att närmare definiera dessa kriterier innan de tillämpas.[758] Artikel 141 har direkt effekt även för anställdas anhöriga i förhållande till arbetsgivare och fondförvaltare. Sådana är skyldiga att beakta likabehandlingsprincipen.[759]

[753] *Jenkins* (C-96/80) punkt 21–22. Se även avsnitt 2.5.2.1.

[754] Blanpain, Nyström, EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad, 1995, s. 139.

[755] Se *Kowalska* (C-33/89) punkt 12 och *Beune* (C-7/93) punkt 52, Blanpain, Nyström, 1995, s. 138.

[756] *Defrenne II* (C-43/75) punkt 21–22 och 39, se även *Coloroll* (C-200/91) punkt 26.

[757] Se *Gerster* (C-1/95) punkt 18 och *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) punkt 16. Där sägs att båda direktiven gäller anställning i offentlig tjänst.

[758] Detta uttalade domstolen för första gången i *Defrenne II*-målet (C-43/75) punkt 21–24 beträffande direkt lönediskriminering och i *Jenkins* (punkt 17–18) beträffande indirekt lönediskriminering. Domstolen har därefter upprepat ett flertal gånger att artikel 141 har direkt effekt under förutsättning att kriterierna kan identifieras enligt ovan. Se t.ex. *Garland* (C-12/81) punkt 14–15, *Barber* (C-262/88) punkt 37–39, *Kowalska* (C-33/89) punkt 18–20, *Beune* (C-7/93) punkt 52–54.

[759] *Ten Oever* (C-109/91) punkt 10–13, *Coloroll* (C-200/91) punkt 18 och *Menauer* (C-379/99) GA Tizzanos yttrande punkt 23–34.

6.2.2.3 Likalöneprincipen enligt jämställdhetslagen

Det finns ingen regel i svensk lagstiftning som stadgar en generell rätt till lika lön för lika arbete. Inte heller innebär jämställdhetslagens regel en sådan rätt mellan män och kvinnor hos samma arbetsgivare.[760] Regeln i 17 § 3 p. jämställdhetslagen förbjuder dock en sådan skillnad i lön eller arbetsvillkor om skillnaden är könsrelaterad.

Jämställdhetslagen 17 § 3 p. stipulerar att förbuden mot könsdiskriminering i 15 och 16 §§ gäller när arbetsgivaren tillämpar lönevillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga. Således får en arbetsgivare inte

1. *missgynna* en arbetstagare dvs. behandla denne mindre förmånligt (vid lönediskriminering innebär detta att ge den anställde sämre lön eller förmåner)
2. för *lika* eller *likvärdigt* arbete
3. jämfört med en konkret eller hypotetisk jämförelseperson av motsatt kön. (Tidigare krävdes en konkret jämförelseperson som arbetade för samma arbetsgivare.[761] Idag räcker det med en hypotetisk jämförelseperson men jämförelsen skall inriktas på arbetstagare hos samma arbetsgivare.[762])

Lönediskriminering förutsätter, precis som övrig könsdiskriminering, att det föreligger ett samband mellan lönesättningen (missgynnandet) och könstillhörigheten. Om arbetsgivaren kan visa att lönesättningen beror på något annat än personernas kön har hon inte gjort sig skyldig till lönediskriminering. (Vad som anses utgöra sakliga skäl som bryter orsakssambandet diskuteras i kapitel 7.)

6.2.2.4 Vad menas med lön?

Förbudet mot lönediskriminering p.g.a. kön innebär att en arbetstagare inte får missgynnas avseende ersättning för arbetet i förhållande till arbetstagare av motsatt kön. Avgörande fråga för vad som anses vara lönediskriminering p.g.a. kön är vad som betraktas vara lön.

I folkrätten används oftast ordet *remuneration*. På svenska översätts detta ord till "ersättning, gottgörelse, lön, belöning".[763] Med *remuneration* avses, enligt artikel 1 (a) i ILO-konventionen nr 100, all form av ersättning som betalas direkt eller indirekt, kontant eller natura av arbets-

[760] *AD 1991 nr 62* s. 362.
[761] Prop. 1978/79:175 s. 74 f. och s. 128 f.
[762] Prop. 1999/2000:143 s. 109.
[763] Norstedts stora engelsk-svenska ordbok 1996.

givaren till arbetstagaren med anledning av anställningsförhållandet. Med *equal remuneration* till män och kvinnor för arbete av lika värde menas att ersättningsnivåerna skapats utan könsdiskriminering enligt artikel 1 (b). *Equal remuneration* har en vidare betydelse än *equal pay* (och *wages*).[764] Enligt ILO är *wages* den lön som betalas ut enligt ett anställningsavtal för utfört arbete medan *remuneration* även inbegriper extrainkomster, tillägg eller förmåner (både kontant och i natura). De svenska översättningarna översätter både *remuneration* och *pay* med "lön".[765]

I artikel 7 (a) KESKR stadgas "equal remuneration for work of equal value" men när det gäller kvinnor "equal pay for equal work". Av texten framgår emellertid att det sistnämnda ingår i det vidare konceptet. Dessutom föreligger en skillnad på så sätt att staterna *erkänner* "equal remuneration for work of equal value" men *garanterar* "equal pay for equal work".[766] Tanken var att konventionen skulle göra samma distinktion som ILO. Craven kommenterar dock att KESKR-kommittén inte verkar medveten om denna distinktion utan fokuserar på upprättandet av system för minimilöner.[767] Artikel 11 (d) i kvinnokonventionen förtydligar att förmåner (*benefits*) ingår i *remuneration.*

Vad som skall anses utgöra lön enligt EG-rätten framgår av andra stycket i artikel 141.

> "I denna artikel skall med "lön" förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen."

Den engelska versionen av artikel 141 använder termen *pay* och inte *remuneration.* Definitionen av "lön" är densamma i artikel 141 som i ILO-konventionen nr 100.[768] Även om likalönedirektivet inte definierar "lön" har uttrycket samma betydelse som i artikel 141.[769] Lönebegreppet omfattar inte bara direkt lön utan även indirekt lön. EG-domstolen uttalade i fallet *Defrenne I* (C-80/70) att begreppet lön inbegriper alla former av förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner, aktuella eller framtida, under förutsättning att det mottages av arbetstagaren (även om det sker indirekt), från arbetsgivaren och att betalningen sker på grund av

[764] Craven, 1998, s. 238.
[765] SÖ 1962:53, SÖ 1971:41, officiell översättning ETS nr 163, SÖ 1980:8.
[766] Craven, 1998, s. 237 f.
[767] A. a. s. 233 f.
[768] Blanpain, Equality of Treatment in Employment, 1990, s. 35. ILO:s expertkommitté har definierat "lön" på samma sätt, se ILO, RCE, 1986, s. 7
[769] *Worringham* (C-69/80) punkt 21.

anställningsförhållandet.[770] Den omständigheten att vissa ersättningar betalas ut först efter anställningsförhållandets upphörande förändrar inte deras egenskap av att vara lön.[771] Även ILO-konvention nr 100 förutsätter att betalningen sker p.g.a. anställningsförhållandet och utesluter således förmåner som faller under statliga socialförsäkringssystem.[772]

Svenska förarbeten anger inte vad som ingår i begreppet lön.[773] Avgörande för att en ersättning skall utgöra lön eller anställningsvillkor i jämställdhetslagens mening (17 § p. 3) är att den fastställs i avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare.[774] Är det fråga om en ersättning som arbetsgivaren istället ensidigt beslutar om rör det sig om arbetsledning (17 § p. 4).[775] Två fall i AD har rört frågan om havandeskapslön. Frågan i dessa mål har dock inte varit huruvida ersättningen utgjort lön (utan att ersättningen endast utgått till kvinnor).[776]

Vid en jämförelse av vad som enligt reglerna ingår i begreppet *remuneration* i folkrätten, *pay* i EG-rätten och lön i jämställdhetslagen framgår att alla omfattar både direkt och indirekt lön som sker kontant eller i natura. Det är endast inom folkrätten som en åtskillnad gjorts mellan *remuneration* och *pay* där *remuneration* stadgas i både KESKR, ILO-konventionen nr 100 och i kvinnokonventionen. EG-rättens användning av *pay* motsvarar innebörden av *remuneration* och jämställdhetslagen ändrades för att överensstämma med EG-rätten. Alla förmåner som räknas som lön enligt EG-rätten faller alltså under 17 § 3 p.[777]

6.2.2.5 Olika former av ersättning och förmåner som ingår i lönebegreppet

SOCIALA FÖRMÅNER

Tolkningen av begreppet lön är avgörande för vilket tillämpningsområde förbudet mot lönediskriminering p.g.a. kön får. Här nedan följer därför en genomgång av EG-domstolens bedömning av olika typer av ersättningar.

[770] *Defrenne I* (C-80/70) punkt 6, se även *Garland* (C-12/81) punkt 5, *Barber* (C-262/88) punkt 12, *Ten Oever* (C-109/91) punkt 8, *Moroni* (C-110/91) punkt 11, *Neath* (C-152/91) punkt 28 *Kommissionen mot Belgien* (C-173/91) punkt 13.
[771] *Barber* (C-262/88) punkt 12–14, *Kowalska* (C-33/89) punkt 9–11.
[772] ILO, RCE, 1986, s. 9.
[773] Fransson, 2000, s. 316.
[774] Prop. 1978/79:175 s. 127 f.
[775] A. prop. s. 129.
[776] Se *AD 1985 nr 134* och *AD 1987 nr 132*.
[777] Se prop. 1999/2000:143 s. 47 f.

EG-domstolen har uppställt vissa kriterier för bedömningen av huruvida en förmån faller in under begreppet lön i artikel 141 EU-fördraget eller inte. Ursprungligen har prövningen avsett pensionssystem men även vid bedömningen av huruvida andra typer av förmåner, såsom arbetslöshetsersättning,[778] sjukdomsersättning,[779] och ersättning för barnledighet[780] utgör lön, har domstolen tillämpat dessa kriterier. Dessa kriterier är;

1) hur pass lagreglerat (pensions-)systemet är
2) om det bygger på förhandlingar mellan arbetsgivares och arbetstagarrepresentanter
3) huruvida arbetstagarens förmåner kompletterar socialförsäkringssystemet
4) på vilket sätt pensionssystemet finansieras
5) dess tillämplighet på generella kategorier av arbetstagare
6) förhållandet mellan förmån och arbetstagarens anställning[781]

Flera mål har rört frågan om *olika åldersvillkor* för kvinnor och män för åtnjutandet av en viss förmån. Sådana villkor får förekomma i lagreglerade statliga system för social trygghet som omfattas av direktiv 7/79 (artikel 7), men däremot inte när det gäller åtnjutande av förmåner som omfattas av artikel 141. Det är således inte tillåtet att stipulera olika åldersgränser för kvinnor och män för förmåner som faller under artikel 141.[782]

För att en förmån skall anses vara lön krävs att den utbetalas från arbetsgivaren till arbetstagaren och att den grundar sig på en överenskommelse mellan arbetsgivaren och arbetstagarna eller på ett ensidigt beslut från arbetsgivaren. Det räcker dock att arbetstagaren indirekt tar

[778] *Burton* (C-19/81) och *Kommissionen mot Belgien* (C-173/91).

[779] *Rinner–Kühn* (C 171/88), *Rasmussen* (C-66/96) punkt 47.

[780] *Gillespie* (C-342/93), *Boyle* (C-411/96) och *Abdoulaye* (C-218/98).

[781] Flera av dessa krav uppställdes för första gången i *Defrenne I* (C-80/70) punkt 7–13, se även *Coloroll* (C-200/91) punkt 64 och *Beune* (C-7/93) punkt 23, *Liefting* (C-23/83) punkt 12–13.

[782] Detta slog EG-domstolen fast för första gången i målet *Barber* (C-262/88) (punkt 32, punkt 41–44). Domstolen ändrade därmed sin tillämpning jämfört med *Burtonfallet* (C-19/81) där domstolen menat att f.d. artikel 119 inte var tillämplig ifråga om *villkoren* för åtkomst av pension. För att domen inte skulle få alltför stora ekonomiska konsekvenser för arbetsgivaren begränsade EG-domstolen domens tidsmässiga verkan till att endast gälla tiden efter domen, dvs. efter 17 maj 1990, men ansåg även att de enskilda som påbörjat rättsliga processer i de nationella domstolarna innan domen fallit inte skulle hindras. Se även *Moroni* (C-110/91) punkt 12–20, *Coloroll* (C-200/91) punkt 61–71 och *Podesta* (C-50/99) punkt 42–46. Beträffande åldersvillkor - se även avsnitt 6.2.3.4 om uppsägning etc.

emot ersättningen, exempelvis om betalningen utges av en fond.[783] De diskriminerande situationer som kan uppstå i lagreglerade system för social trygghet omfattas alltså inte av artikel 141 och avgifter till sådana system ingår inte i begreppet lön.[784] EG-domstolen har dock inte dragit en strikt gräns vid system som utgår ifrån lag utan godtagit att förmåner utgår från lag och även förmåner som delfinansieras av statliga medel.[785] Att artikel 141 omfattar pensionssystem för offentliga myndigheter även om systemet inrättats helt genom lagstiftning framgår också av fallet *Evrenopoulos* (C-147/95).[786] Även pensioner som direkt betalas av arbetsgivaren enligt en yrkes- eller företagsbaserad pensionsfond eller annan försäkringsinrättning och som *ersätter* avgiften till den allmänna pensionsförsäkringen ingår i lönebegreppet.[787]

Olika former av *tilläggspensioner*[788] kan inrymmas i lönebegreppet.[789] Det faktum att ett tilläggspensionssystem har ett socialpolitiskt syfte hindrar inte tillämpningen av likalöneprincipen enligt artikel 141.[790] Likaså omfattas efterlevandepensioner.[791] Däremot omfattas inte *frivilligt pensionssparande* som arbetstagaren gör av artikel 141, eftersom det inte har samband med anställningen.[792]

[783] Se *Defrenne I* (C-80/70) och *Barber* (C-262/88) punkt 28–29. Även fallen *Worringham* (C-69/80) och *Coloroll* (C-200/91 se punkt 20–22) handlade om pensionssystem som sköttes genom fonder. Se även Blanpain, Nyström, 1995 s. 148.

[784] *Defrenne I* (C-80/70) punkt 8–13, se även *Barber* (C-262/88) punkt 22–30, *Bilka Kaufhaus* (C-170/84) punkt 10–23, *Ten Oever* (C-109/91) punkt 9.

[785] *Beune* (C-7/93) punkt 30, Lundström, K., Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, 1999, s. 221.

[786] Se *Evrenopoulos* (C-147/95) punkt 19–23.

[787] S.k. *contracted-out occupational scheme.* Detta upprepade domstolen i målet *Kommissionen mot Grekland* (C-457/98) där domstolen fann att Grekland underlåtit att införliva direktiv 96/97 om ändring av direktiv 86/378.

[788] *Supplementary/non contracted-out, supplementary occupational scheme.*

[789] Det framgick första gången i *Bilkamålet* (C-170/84). EG-domstolen lade avgörande vikt vid att det företagspensionssystem som det var fråga om grundade sig på ett avtal, hade till ändamål att komplettera det statliga systemet (även om det antagits i enlighet med den nationella lagstiftningen) och finansierades helt av arbetsgivaren (punkt 20–23). Se även *Moroni* (C-110/91) punkt 12–15 och *Fisscher* (C-128/93) där det avgörande var om pensionssystemet grundade sig på överenskommelse mellan arbetstagar- och arbetsgivarrepresentanter och inte innehöll någon statlig finansiering och om utbetalningen till arbetstagaren skett till följd av anställningen (punkt 9). I *Colorollmålet* (C-200/91) fann domstolen att inte bara tilläggspensioner som den i *Moronifallet* (C-110/91) utan även andra tilläggspensionssystem (*non-contracted-out occupational schemes*) omfattas av (f.d.) artikel 119 (punkt 62, 70–71).

[790] *Podesta* (C-50/99) punkt 35.

[791] *Ten Oever* (C-109/91) punkt 10–13, *Coloroll* (C-200/91) punkt 18 och *Evrenopoulos* (C-147/95). Se även *Razzouk och Beydon* (C-75 och 117/82) mellan kommissionen och dess anställda.

[792] *Coloroll* (C-200/91) punkt 90–93, se även Ellis, EC Sex Equality Law, 1998, s. 84.

I samband med bedömningen av pensionsförmåner har EG-domstolen kommit fram till att själva *rätten att tillträda* ett pensionssystem omfattas av artikel 141.[793] Den rätten är emellertid inte så betydelsefull då vederbörande måste betala in avgifterna till systemet retroaktivt även om man tidigare varit utesluten från systemet.[794] Domstolen har också bedömt att *inbetalning av avgift* till pensionssystem som arbetsgivaren gör för arbetstagarens räkning som ett tillägg till lönen också kan anses vara lön. Avgörande har varit om det tillägg arbetsgivaren betalat till arbetstagarens lön (som sedan dras av till pensionssystemet) ingår i beräkningen av bruttolönen och om denna i sin tur ligger till grund för vissa bidrag och sociala förmåner såsom arbetslöshetsersättning och familjebidrag.[795] Om inbetalningen till pensionssystemet inte påverkar bruttolönen utan enbart nettolönen omfattas den däremot inte av artikel 141.[796]

Sättet för finansiering av pensionen ingår däremot inte i lönebegreppet, eftersom det inte ingår i den överenskommelse som pensionen baseras på. Detta medför att det är tillåtet att utbetalningen blir högre för kvinnor, som tar ut inbetalat belopp, om orsakerna till detta ligger i exempelvis en beräkning som grundar sig på att kvinnor förväntas ha längre livstid.[797]

> I *Neath* (C-152/91) konstaterade EG-domstolen att den del av pensionsavgiften som arbetsgivaren betalade, som inte drogs av från arbetstagarens lön, inte utgjorde "lön", eftersom denna del endast avsåg att tillförsäkra att de på förhand fastställda förmånerna täcktes. Det var fråga om kapitalinvesteringar som arbetsgivaren gjorde oberoende av utfört arbete. Samma slutsats drog domstolen i fallet *Coloroll* (C-200/91) där saken gällde periodiska pensionsutbetalningar som skulle förvandlas till engångsbelopp och överföring av pensionsrättigheter. EG-domstolen sade att användningen av försäkringsfaktorer *(acturarial factors)* som skiljer mellan könen inte träffas av (f.d.) artikel 119.[798]

Ellis är kritisk till att könsspecifika försäkringsberäkningar accepteras av EG-domstolen, särskilt eftersom det medför att det är dyrare att anställa kvinnor än män, vilket hindrar principen om likabehandling. Hon stöder

[793] Se *Bilka Kaufhaus* (C-170/84), *Vroege* (C-57/93) punkt 18, *Fisscher* (C-128/93) punkt 15, *Dietz* (C-435/93) punkt 17, *Magorrian* (C-246/96) punkt 28, *Schröder* (C-50/96) punkt 29, *Vick* (C-234/96) punkt 38–39, *Sievers och Schrage* (C-270/97) punkt 40.
[794] *Fisscher* (C-128/93) punkt 33–37, *Dietz* (C-435/93) punkt 33–34, *Magorrian* (C-246/96) punkt 33–34, *Schröder* (C-50/96) punkt 39, *Vick* (C-234/96) punkt 41.
[795] Se *Worringham* (C-69/80) punkt 14–15 och *Liefting* (C-23/83) punkt 12–14.
[796] *Newstead* (C-192/85) punkt 16–19.
[797] *Neath* (C-152/91) punkt 28–31.
[798] *Coloroll* (C-200/91) punkt 79–85.

kommissionens inställning att likalöneprincipen måste genomföras individuellt och inte kategoriskt.[799] Kommissionen påpekade att beräknad genomsnittlig livslängd inte har någon betydelse för den enskilda individen och att denna inte bör straffas för antaganden som inte säkert infaller i det enskilda fallet. Andra faktorer såsom rökning, allmänt hälsotillstånd etc. beaktades inte. Kommissionen påpekade även att det inte är nödvändigt att använda beräknad livslängd, vissa pensionssystem använder andra faktorer för att kompensera för risker.[800] Ellis menar även att det inte är säkert att statistiken från tidigare generationer är relevant för framtiden. Det skulle exempelvis inte vara förvånande, anser hon, om en generation kvinnor som utsätts för stress och påfrestning genom lönearbete kombinerat med ansvar för hemarbete visar sig ha kortare livslängd än männen.[801] Här kan man notera att domstolen inte anlagt det annars så markant individualistiska synsätt som den brukar ha, utan accepterat en generell kategorisering av kvinnors livslängd och behandlat kvinnor som grupp.

Andra exempel på ersättningar som ingår i lönebegreppet är *familje- och äktamakebidrag* samt ersättning för *barnledighet*.[802] Likaså ingår *avgångsvederlag* och *ersättning för ogrundad uppsägning* i begreppet lön.[803] Även *tilläggsersättning till arbetslöshetsersättningen* kan ingå i begreppet lön samt ersättning som arbetsgivaren betalar till arbetstagaren vid *sjukfrånvaro*.[804]

[799] Ellis, 1998, s. 86.

[800] Se *Ten Oever* (C-109/91) GA Gervens yttrande punkt 28.

[801] Ellis, 1998 not 108. Enligt artikel 6 i *direktivet om likabehandling mellan män och kvinnor i företags- och yrkesbaserade system för social trygghet* (86/378) var det förbjudet att fastställa olika nivåer för förmånerna p.g.a. kön utom i de fall det var nödvändigt med hänsyn till försäkringsmässiga beräkningsfaktorer som var olika beroende på kön. Detta undantag var tidsbegränsat enligt artikel 9 (c). Direktiv 96/97 syftar till att ändra direktiv 86/378 så att det överensstämmer med domstolens praxis och tolkning av artikel 119. Undantag för försäkringstekniska beräkningsfaktorer grundade på statistiska uppgifter om könskategoriernas förväntade livslängd är fortfarande tillåtna (artikel 6.1.h). Tidsbegränsningen är däremot borttagen.

[802] Se *Kommissionen mot Grekland* (C-187/98) punkt 40–41 samt *Gillespie* (C-342/93) punkt 12–15, *Boyle* (C-411/96) punkt 38 och *Abdoulaye* (C-218/98) punkt 14. I Sverige har AD godkänt havandeskapspenning som enbart utgår till kvinnor så länge denna period är i direkt anslutning till barnets födelse och avser en kortare tid, högst 2 månader (*AD 1985 nr 134* och *AD 1987 nr 132*). Se vidare avsnitt 8.4.2.4.

[803] *Barber* (C-262/88) punkt 13, *Kowalska* (C-33/89) punkt 10 och *Seymour–Smith* (C-167/97) punkt 25–30.

[804] Se *Kommissionen mot Belgien* (C-173/91), *Defreyn* (C-166/99) och *Rinner–Kühn* (C-171/88) punkt 7.

Extra ersättning i form av lönetillägg vid årets slut och s.k. jultillägg utgör också lön enligt EG-domstolen.[805] Beträffande sådan ersättning saknar den bakomliggande anledningen till utbetalningen av bonusen betydelse för bedömningen av huruvida den utgör lön enligt artikel 141. Inte heller spelar det någon roll om ersättningen betalas enligt avtal, enligt lag eller frivilligt eller om den avser framtiden.[806]

Ersättning för *obekväm arbetstid* utgör lön och omfattas av artikel 141 men däremot inte värdet av *arbetstidsförkortning*.[807] Ersättning som kompenserar inkomstbortfall p.g.a. frånvaro för *utbildning* utgör lön även om ersättningen inte följer av anställningsavtalet om förutsättningen för att få ersättningen är att man är anställd i företaget.[808] Att *naturaförmåner* ingår i begreppet lön framkom redan i *Defrenne I-målet* (C-80/70). I fallet *Garland* (C-12/81) uttalade domstolen att den juridiska formen (*the legal nature*) av förmånen (invändningen var att förmånen inte var relaterad till någon kontraktuell förpliktelse) inte var relevant för frågan om tillämpligheten av artikel 141 förutsatt att förmånen gavs till följd av anställningen. Följaktligen stred det mot artikel 141 att tillhandahålla förmåner för manliga anställda och deras familjer efter den anställdes pensionering men inte motsvarande förmåner för kvinnliga anställdas familjer.[809]

Ovanstående visar att EG-domstolen givit lönebegreppet en vid tolkning. Frågan har inte varit uppe i AD förrän relativt nyligen. I en tvist om huruvida två kvinnliga barnmorskor var lönediskriminerade i förhållande till en manlig klinikingenjör uppkom frågan om övertidsersättning och arbetstidsförkortning skall ingå i lönejämförelsen. AD vände sig till EG-domstolen för att få besked om vad som skulle ingå i jämförelsen.[810] EG-domstolens svar var att övertidsersättning i och för sig utgör lön, men att det endast är grundlönen som skall ingå i jämförelsen. Arbetstidsförkortning är däremot en fråga som faller under likabehandlingsdirektivet.[811]

[805] *Krüger* (C-281/97) punkt 17, *Lewen* (C-333/97) punkt 21.
[806] *Lewen* (C-333/97) punkt 19–21.
[807] *JämO* (C-236/98) punkt 40–42 och punkt 59–63.
[808] Se *Bötel* (C-360/90) punkt 11–15 samt *Freers och Speckman* (C-278/93) punkt 18–20.
[809] *Garland* (C-12/81) punkt 10–11.
[810] *AD 1998 nr 66.*
[811] *JämO* (C-236/98) punkt 54 och 60.

6.2.2.6 *Lika och likvärdigt arbete*

LIKA ARBETE

Det finns (åtminstone) fyra olika typer av formuleringar för likalöneprincipen

equal pay for equal work[812]
equal pay for work of equal value[813]
equal remuneration for work of equal value[814]
equal remuneration and treatment in respect of work of equal value[815]

Formuleringen i artikel 141 EU-fördraget och jämställdhetslagen förutsätter att de arbetsprestationer som utförs av endera könet är av jämförbar art.[816] Lika lön för lika arbete har en snävare betydelse än lika lön för arbete av lika värde.[817] Lika lön för lika arbete infördes framförallt för att motverka olika lönetabeller för de båda könen.[818] Lika lön för lika arbete är begränsat till att gälla jämförelse mellan arbetstagare med samma arbetsbeskrivning i samma "inrättning" medan konceptet lika lön för arbete av samma värde innebär en jämförelse mellan en vidare krets av yrken.[819]

EG-domstolen uttalade i *Macarthysfallet* (C-129/79) att räckvidden av begreppet "lika arbete" är helt kvalitativt och avser arbetsprestationernas art och kan inte begränsas genom att kräva att de utförs samtidigt.[820] I *Jenkinsfallet* (C-96/80) var frågan huruvida hel- och deltidsanställda utförde lika arbete. Domstolen angav redan i sin formulering av frågeställningen att den ansåg att det var fråga om "samma arbete".[821] Domstolen fortsatte med att säga att det är möjligt att ha olika timlön för hel- och deltidsanställda så länge det finns objektivt godtagbara skäl för det och att dessa inte har något samband med könstillhörigheten.[822] Enligt Ellis följer av denna dom att de är "the nature of the tasks performed,

[812] Denna återfinns i artikel 23 i den universella förklaringen samt i artikel 7 (a) (i) KESKR (angående kvinnors rätt till lika arbetsvillkor som män).
[813] Denna formulering finns i artikel 4 (3) i Europarådets sociala stadga.
[814] Detta stadgas i artikel 7 (a) (i) KESKR samt i ILO-konventionen nr 100 om lika lön.
[815] Kvinnokonventionen artikel 11 (1) (d).
[816] Detta uttalade domstolen i *Defrenne III-målet* (C-149/77) punkt 22.
[817] Källström, 1992, s. 364.
[818] Källström och Eide, 1999, s. 495.
[819] Craven, 1998, s. 237.
[820] *Macarthys* (C-129/79) punkt 11.
[821] *Jenkins* (C-96/80) punkt 9.
[822] *Jenkins* (C-96/80) punkt 10–15.

rahter than the overall job description" som är relevant. Således utför en hel- och en deltidsarbetare samma arbete även om deras arbetsbeskrivning skiljer sig beträffande arbetstiden.[823]

Fallet *Murphy* (C-157/86) är intressant då det handlar om kvinnor vars arbete värderades *högre* än sina manliga kollegors och trots det erhöll lägre lön. Kvinnorna hade krävt att få samma lön som en man som arbetade på samma fabrik. Under processen gjordes en arbetsvärdering som resulterade i bedömningen att kvinnornas arbete var av högre värde än mannens. Den "Equality Officer" som utfört värderingen ansåg därför att arbetena inte var lika och inte kunde jämföras. Domstolen kommenterade att det visst är riktigt att likalöneprincipen innebär lika lön för lika arbete och inte för arbete av olika värde, men att den ändå *a fortiori* förbjuder skillnader i lön när den sämre betalda kategorin arbetstagare utför arbete av högre värde. Likalöneprincipen skulle annars vara ineffektiv och utan verkan.[824] Det väsentliga är enligt EG-domstolen att jämföra arbetenas "natur" och inte arbetstagarnas prestationer, vare sig kvalitetsmässigt eller tidsmässigt.

I *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97) var frågan huruvida psykologer och läkare utförde arbete som var lika då de bedrev lika verksamhet under en avsevärd tid men hade olika yrkeskompetens. EG-domstolen sade att yrkesutbildning inte bara är en faktor att beakta vid bedömandet om det finns sakliga skäl för löneskillnad. Det är även ett tänkbart kriterium för att avgöra huruvida lika arbete utförs.[825] Domstolen konstaterade att även om de bedrev en verksamhet som var identisk, använde de i sin behandling kunskaper och kompetens som de erhållit inom olika discipliner. Domstolen fann att de inte befann sig i en jämförbar situation då de anställts på grundval av en behörighet som var olika till följd av att de genomgått olika yrkesutbildningar. Till följd av yrkesutbildningen hade de skilda arbetsuppgifter eller innehade olika befattningar.[826] Arbetena var, enligt domstolen, alltså inte likvärdiga eller ens jämförbara.

Även enligt förarbetena till jämställdhetslagen är det själva arbetsuppgifterna som jämförs vid en bedömning av om arbetena är att uppfatta som lika eller likvärdiga. Tanken är inte att arbetena måste vara identiska när de jämförs för att betraktas som *lika*. Det handlar om arbeten som är av samma eller i det väsentliga likartad natur.[827] Om skillnaderna i

[823] Ellis, 1998, s. 150.
[824] *Murphy* (C-157/86) punkt 9–10.
[825] *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97) punkt 19.
[826] *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97) punkt 20–21.
[827] Prop. 1993/94:147 s. 50.

arbetsuppgifter är obetydliga är arbetena således att betrakta som lika.[828] När det handlar om arbeten som är lika jämförs arbetenas faktiska innehåll och karaktär.[829]

> I *AD 1984 nr 140* hade arbetsdomstolen att jämföra det arbete två kvinnor utförde som blankettekniker inom finanskontorets upphandlingsavdelning vid Stockholms läns landsting med det arbete med blanketter som en man utförde på landstingets hälso- och sjukvårdsförvaltning. AD ansåg att arbetena skilde sig i tre avseenden. Mannens arbete var mer inriktat på förstadiet till blankettrevisionen medan kvinnornas arbete avsåg blankettrevisionen i dess helhet. I mannens uppgifter ingick därutöver ett samordningsansvar och ett krav på initiativ till genomförande av blankettrevision, vilket inte ingick i kvinnornas arbetsuppgifter. AD ansåg att skillnaderna i de tre avseendena var av sådan betydelse att arbetsuppgifterna inte kunde betraktas som lika. Domstolen hade inte möjlighet att bedöma huruvida arbetena kunde anses vara likvärdiga, eftersom det enligt den första jämställdhetslagen krävdes att det fanns en överenskommen arbetsvärdering i kollektivavtal.[830]

LIKVÄRDIGT ARBETE

Artikel 1 (b) i ILO-konvention nr 100 fastslår att uttrycket "lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde" hänför sig "till lönesatser, som fastställts utan åtskillnad på grund av arbetstagarens kön".[831] Artikeln definierar dock inte närmare vad som menas med lika ersättning för arbete av lika värde. McKean anser att tolkningen av artikel 141 EU-fördraget skulle kunna användas för att tolka ILO-konvention nr 100.[832] ILO:s expertkommitté har påpekat att "värde" hänför sig till "the worth of the job for purposes of computing remuneration".[833] Det är alltså arbetena som skall jämföras och inte arbetstagarna.

Worringham (C-69/80) är det första fallet där EG-domstolen ansåg det möjligt att ge artikel 141 direkt effekt även vid likvärdigt arbete.[834] Domstolen angav villkoren för att ge artikel 141 direkt effekt och uttalade att "[b]land de former av diskriminering som på så sätt kan fastställas rättsligt har domstolen särskilt nämnt det fall då manliga och kvinnliga arbetstagare erhåller lika lön *för lika arbete* som utförs i samma privata

[828] Prop. 1990/91:113 s. 109 f.
[829] Ryman JT 1997/98 s. 788.
[830] Detta krav är numera borttaget. I *AD 1991 nr 62* och *AD 1997 nr 68* var det ostridigt att de aktuella arbetena var att betrakta som "lika" (eller åtminstone "likvärdiga").
[831] SÖ 1962:53.
[832] McKean, 1983, s. 170.
[833] ILO, RCE, 2001 punkt 42.
[834] Ellis, 1998, s. 143.

eller offentliga verksamhet eller tjänst. I en sådan situation har den nationella domstolen möjlighet att utifrån de faktiska omständigheterna bedöma om en kvinnlig arbetstagare erhåller en lägre lön än en manlig arbetstagare som utför lika arbete *eller ett arbete av lika värde*" (min kursivering).[835] För att skydda likalöneprincipen har EG-domstolen sedermera ställt krav på att "likvärdigt arbete" skall finnas med uttryckligen i nationell lagtext.[836] Av *Enderbyfallet* (C-127/92) följer att könsdiskriminering kan föreligga när två yrkesgrupper hos samma arbetsgivare som är medlemmar av samma fackförening behandlas olika genom två olika kollektivavtal.[837]

För att kunna avgöra om ett arbete som utförs av olika personer är detsamma, måste man ta en rad faktorer i beaktande såsom arbetets art, utbildningskrav och arbetsförhållanden.[838] Likalönedirektivet hindrar inte att krav på fysisk insats används för att bestämma lönegrader om det används på ett objektivt mätbart sätt. Följaktligen får exempelvis kriterierna muskelstyrka och muskelinsats ingå i en arbetsvärdering.[839] Det krävs dock att arbetet i sådana fall faktiskt ställer krav på fysisk styrka och att systemet som helhet utesluter könsdiskriminering genom att ta hänsyn till andra faktorer.[840]

Jämställdhetslagen ändrades 1992 p.g.a. att EG-anpassningen innebar att ett redan befintligt arbetsvärderingssystem inte fick tillåtas vara den *enda* möjligheten att bestämma om ett arbete har lika värde som ett annat. Ändringen innebar att kravet på att arbetsvärderingen skulle ha överenskommits av arbetsmarknadens parter slopades. Vid denna ändring beskrevs "likvärdigt arbete" i propositionen föreligga när det är mer än obetydliga skillnader mellan arbetsuppgifterna.[841] I detta fall "måste jämförelsen innefatta en värdering av de skillnader som kan iakttas med hänsyn till deras art och hur ofta de inträffar".[842] Här får alltså anknytningen till arbetenas objektivt konstaterbara natur ge vika för en mer allmän värdering av olika arbetens värde.[843] Efter den senaste ändringen av

[835] *Worringham* (C-69/80) punkt 23. I *Murphy* (C-157/86) var det fråga om arbeten av olika värde och domstolen gav artikel 141 direkt effekt (punkt 11).
[836] *Kommissionen mot Danmark* (C-143/83) punkt 8–14.
[837] *Enderby* (C-127/92) punkt 22–23.
[838] *Royal Copenhagen* (C-400/93) punkt 33, *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97) punkt 17.
[839] *Rummler* (C-237/85) punkt 14–17.
[840] *Rummler* (C-237/85) punkt 17.
[841] Prop. 1990/91:113 s. 109 f.
[842] Prop. 1993/94:147 s. 50 f. som även hänvisar till prop. 1978/79:175 s. 75 samt prop. 1990/91:113 s. 86.
[843] Ryman JT 1997/98 s. 788.

jämställdhetslagen finns en definition av "likvärdigt arbete" (2 §). Där sägs att

> "[e]tt arbete är att betrakta som likvärdigt med ett annat arbete om det utifrån en sammantagen bedömning av de krav arbetet ställer samt dess natur kan anses ha lika värde som det andra arbetet".

Fortsättningsvis sägs i paragrafen att det är kriterier såsom kunskap och färdigheter, ansvar och ansträngning som skall beaktas vid bedömningen. Vidare sägs att vid bedömningen av arbetets natur skall arbetsförhållandena särskilt beaktas.[844]

Precis som angående lika arbete påpekas särskilt i förarbetena att värdet som ett visst arbete tillmäts inte får blandas samman med värdet av de meriter som en viss arbetstagare besitter eller arbetstagarens individuella prestation.[845] "Det är själva arbetet, dess krav och natur, och inte den individ som utför arbetet, som är det centrala i begreppet likvärdigt arbete".[846] Bedömningen antas i praktiken komma att grundas på bevisning om hur olika arbetsuppgifter förhåller sig till varandra när det gäller de krav som uppgifterna ställer på den som skall utföra dem.[847] Individens meriter, prestationsförmåga och andra utanförliggande förhållanden blir relevanta först vid bedömningen av om det finns sakliga skäl för löneskillnader vid lika eller likvärdigt arbete.[848] Eftersom EG-rätten ställer krav på genomskinlighet i lönesättningen, krävs även att denna del är "genomskinlig".

Arbetsvärdering

Enligt KESKR-kommitténs riktlinjer för staternas rapportering skall staterna redogöra för om, och i så fall på vilket sätt, det införts metoder för att objektivt kunna bedöma arbeten, grundat på det arbete som skall utföras.[849] Kommittén har dock inte själv sagt något om vilka kriterier som skall beaktas.[850] Artikel 11 (1) (d) kvinnokonventionen stadgar också att kvinnor skall garanteras lika behandling ifråga om arbetsvärdering. I sin allmänna rekommendation nr 13 (1989) uppmanar kvinnokommittén

[844] I äldre förarbeten nämns faktorer som kunskap och förmåga (färdigheter), arbetsinsats (ansträngning), arbetsförhållanden, ansvar (för personal, patienter, maskiner, produkter etc.), beslutsfattande, krav på planering, påfrestningar och kostnads- eller budgetansvar (prop. 1990/91:113 s. 88, prop. 1993/94:147 s. 51 ff.).

[845] Prop. 1990/91:113 s. 88 och 110, prop. 1993/94:147 s. 51, prop. 1999/2000:143 s. 25.

[846] Prop. 1999/2000:143 s. 25.

[847] Prop. 1990/91:113 s. 110.

[848] Se prop. 1999/2000:143 s. 72 och *AD 1995 nr 158*.

[849] E/C.12/1991/1, del B punkt 2 (c) (ii).

[850] Craven, 1998, s. 239.

staterna att överväga att studera, utveckla och anta arbetsvärderingssystem som grundar sig på könsneutrala kriterier för att underlätta jämförelsen av värdet beträffande arbeten av olika natur, där kvinnor dominerar jämfört med arbeten där män dominerar. Kommittén vill att staterna även bifogar resultaten av sådana jämförelser i sina rapporter till kommittén. Staterna bör även skapa implementeringssystem samt uppmuntra parterna till kollektivavtal att försäkra likalöneprincipen.[851] ILO-konvention nr 100 överlämnar till arbetsmarknadens parter att bestämma metoder för att mäta vilka arbeten som är att betrakta som likvärdiga.[852] Artikel 3 kräver dock inte att arbetsvärderingen bestäms av dessa. I artikeln sägs att arbetsvärderingen skall grundas på den arbetsinsats som arbetsuppgiften förutsätter.

Likalönedirektivet, artikel 1 st. 2, anger att om ett arbetsvärderingssystem används, måste det vara utformat så att det är baserat på samma kriterier för både kvinnor och män, för att utesluta diskriminering på grund av kön. Det krävs dock inte att ett arbetsvärderingssystem finns för att man skall kunna göra likalöneprincipen gällande. I *Kommissionen mot Storbritannien* (C-61/81) uttalade EG-domstolen att ett arbetsvärderingssystem endast är *en av flera metoder* för att avgöra om två arbeten är att betrakta som likvärdiga.[853] Domstolen ansåg att brittisk lag stred mot likalönedirektivet då den inte gav möjlighet för en arbetstagare att få fastställt att två arbeten var likvärdiga om arbetsgivaren motsatte sig en sådan värdering.[854]

Enligt första jämställdhetslagen (1979:1118) var utgångspunkten för värderingen av arbetena de överenskommelser som arbetsmarknadens parter slutit. Skillnader i lönesättning var otillåtna om arbetsuppgifterna var att betrakta som *lika* enligt kollektivavtal eller praxis inom verksamhetsområdet eller *likvärdiga* enligt en överenskommen arbetsvärdering. Motiven till detta var enligt förarbetena att man inte ville ingripa i den värdering av olika arbetsuppgifter och de normer i övrigt som tillämpades på arbetsmarknaden, under förutsättning att normerna i sig inte var könsdiskriminerande.[855] Fram till 1992 var det alltså ett krav på att det fanns en överenskommen arbetsvärdering för att kunna hävda att två arbeten var *likvärdiga*.

I de fall det faktiskt finns en överenskommen arbetsvärdering skall denna dock fungera som utgångspunkt vid bedömningen, under förutsätt-

[851] CEDAW General Recommendation No. 13 (1989).
[852] Källström, 1992 s. 364.
[853] *Kommissionen mot Storbritannien* (C-61/81) punkt 4.
[854] *Kommissionen mot Storbritannien* (C-61/81) punkt 9–14.
[855] Prop. 1978/79:175 s. 74.

ning att den är klart könsneutral och inte ger effekter som kan leda till indirekt diskriminering.[856] Anpassningen till EG-rätten medförde att den främsta grunden för bedömningen huruvida könsdiskriminering förekommit blev det enskilda arbetsavtalet och kollektivavtalet fick därmed träda tillbaka.[857] Man har dock försökt att bibehålla respekten för kollektivavtalen genom att upprepande gånger hänvisa till dem, som en utgångspunkt för bedömningen. I propositionen till den senaste ändringen av jämställdhetslagen framhålls särskilt att det inte finns en presumtion för att ett förhandlingsresultat i form av ett kollektivavtal är fritt från diskriminering.[858] EG-rätten präglas av ett mer individualistiskt synsätt på förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare än den svenska rätten.[859] Det finns inget uttalat krav i jämställdhetslagen att arbetsvärdering måste ske. Det är inte alltid nödvändigt med en fullständig arbetsvärdering. Regeringen är också positiv till att man i mer komplicerade lönetvister anlitar en sakkunnig för att få ett säkrare underlag för ett avgörande.[860]

I *AD 1995 nr 158* godtog domstolen att JämO inte gjort någon systematisk arbetsvärdering. JämO hade gjort den bedömningen att det var möjligt att med sunt förnuft resonera kring olika aspekter med utgångspunkt i kriterierna: kunskaper och förmåga (färdigheter), arbetsinsats (ansträngning), ansvar och arbetsförhållanden, eftersom arbetsuppgifterna var snarlika.[861] AD ansåg att JämO visat att arbetena var likvärdiga i jämställdhetslagens mening. I det andra (och mest uppmärksammade) lönediskrimineringsmålet efter lagändringen *AD 1996 nr 41* (första barnmorskemålet) gällde frågan om en barnmorskas arbete är att anse som likvärdigt med två klinikingenjörers arbeten. Arbetsuppgifterna var inte snarlika varför JämO hade låtit genomföra en systematisk arbetsvärdering. Denna underkände AD av den anledningen att den ansåg att det förelåg brister i underlaget. Domstolen kritiserade att insamlandet av underlaget skett utan att sakkunniga på de olika arbetsområdena anlitats, att de som införskaffat underlaget för arbetsbeskrivningarna även gjort värderingarna samt att någon viktning av olika faktorer inte gjorts. Därför förelåg, enligt domstolen, en påtaglig obalans mellan de olika arbetsbeskrivningarna och denna brist har inte reparerats genom övrig utredning i målet. Eftersom JämO hade bevisbördan i denna del, avslogs JämO:s yrkanden. Domstolen uteslöt dock inte möjligheten att bedöma

[856] Prop. 1990/91:113 s. 110, prop. 1999/2000:143 s. 71 f.
[857] Se vidare Ryman JT 1997/98 s. 787.
[858] Prop. 1999/2000:143 s. 53.
[859] Ryman JT 1997/98 s. 787.
[860] Prop. 1999/2000:143 s. 53 f.
[861] Det är fråga om sakomständigheter som nämns i prop. 1993/94:147 (s. 51 f.)

helt olika arbeten som likvärdiga men konstaterade svårigheten i detta samt att det ställs höga krav på den arbetsvärdering som skall ligga till grund för bedömningen.[862] I följande mål (*AD 1996 nr 79*) hade den fackliga organisationen låtit göra en systematisk arbetsvärdering (enligt systemet Likvärdigt arbete) men domstolen bortsåg från denna av flera skäl bl.a. eftersom arbetsbeskrivningarna tillkommit på olikartat sätt, den ena genom intervju och den andra genom svar på frågeformulär. Som ovan nämnts skall en existerande arbetsvärdering samt den värdering av olika arbetsuppgifter och normer i övrigt för lönesättningen som tillämpas på arbetsmarknaden tjäna som utgångspunkt.[863] Man finner dock ingen närmare vägledning i förarbetena till hur detta skall gå till. AD har avgjort ytterligare ett mål angående lönediskriminering p.g.a. kön som handlade om en jämförelse mellan det arbete som två kvinnliga barnmorskor utförde jämfört med en manlig medicintekniker, *AD 2001 nr 13* (andra barnmorskemålet). Domstolen ansåg att arbetena var likvärdiga men inte att könsdiskriminering förelegat då löneskillnaderna saknade samband med kön. Åldersskillnaden mellan jämförelsepersonerna, arbetsmarknadssituationen och kollektivavtalen angav domstolen som skäl till att samband mellan löneskillnaderna och kön saknades. Denna dom innebär dock att AD för första gången ansett att två helt olika arbeten är likvärdiga.

Kollektivavtalens betydelse

Det är oklart vilken betydelse kollektivavtalen har i Sverige vid bedömningen av lika eller likvärdigt arbete. Klart är däremot att det i vart fall ställs höga krav på den arbetsvärdering som skall ligga till grund för bedömningen. Diskussionen om kollektivavtalens betydelse föranleder flera frågor. Till att börja med sägs i förarbetena att det är först när en arbetsvärdering inte finns eller är otillräcklig som domstolen skall beakta andra omständigheter.[864] Laurén konstaterar att det skulle kunna diskuteras huruvida detta är i överensstämmelse med EG-domstolens uppfattning att arbetsvärdering skall ses som en av flera metoder som kan användas vid domstolens bedömning.[865] Kritiker framhåller att lönesättningen inte bör avgöras av domstolar.[866]

[862] *AD 1996 nr 41* s. 314.
[863] Prop. 1990/91:113 s. 89 och 110 och prop. 1993/94:147 s. 56.
[864] Prop. 1990/91:113 s. 110, Laurén, Lönediskriminering av kvinnor – ett svårlöst problem, 1993 s. 210.
[865] Laurén, 1993 s. 210.
[866] Se Ryman JT 1997/98, s. 769–794.

Fransson är kritisk till att AD utgått ifrån kollektivavtalen när värderingarna på arbetsmarknaden präglats av en manlig norm.[867] Hon kritiserar även AD för att ha ställt höga krav på JämO:s arbetsvärdering i (*AD 1996 nr 41*) utan att ha ifrågasatt sakligheten hos det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet.[868] I *AD 2001 nr 13* påpekade AD att en begränsning till en överenskommen arbetsvärdering inte överensstämmer med EG-rätten. Domstolen lät inte kollektivavtalen få någon betydelse vid bedömningen av huruvida arbetena var att betrakta som likvärdiga. Parterna var överens om fyra huvudkriterier (kunskap/förmåga, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden) som skulle ligga till grund för bedömningen. När kollektivavtalen inte fick avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida arbetena var att betrakta som likvärdiga, fick de istället betydelse som en förklaring till varför det fanns könsneutrala skäl som bröt orsakssambandet. Kollektivavtalet kan alltså få betydelse både vid bedömningen om arbetena är likvärdiga *och* vid bedömningen av huruvida det föreligger könsneutrala sakliga skäl som leder till att lönediskriminering p.g.a. kön inte anses föreligga.[869] Domstolen gjorde ingen bedömning av huruvida kollektivavtalen faktiskt inte var könsdiskriminerande.

Yrkessegregation och lönediskrimineringsförbudet

Internationella dokument framhåller den könssegregerade arbetsmarknaden som ett stort hinder mot jämställdhet. Förbud mot könsdiskriminering vid likvärdigt arbete ses som ett medel mot detta. Lika lön för likvärdigt arbete siktar även mot att komma till rätta med indirekta brott mot likalöneprincipen då denna princip möjliggör en uppvärdering av typiska lågavlönade kvinnoyrken.[870] Craven påpekar att arbetsmarknaden ofta är segregerad där kvinnor innehar arbeten som traditionellt är undervärderade av samhället.[871] Enligt KESKR-kommittén skall staterna *främja* en objektiv värdering av arbeten med utgångspunkt i det arbete som skall utföras. En sådan värdering skall inte bara ske inom företag eller sektorer utan även mellan jämförbara yrken inom den privata och offentliga sektorn.[872] Craven påpekar problemet med att staterna är ovilliga att lägga sig i lönesättningen inom den privata sektorn och att kom-

[867] Se vidare Fransson, 2000, s. 378 f.

[868] A. a. s. 346.

[869] Kollektivavtal som könsneutralt skäl för löneskillnader behandlas i avsnitt 7.4.3.

[870] Källström och Eide, 1999, s. 495 f.

[871] Craven, 1998, s. 237. Beträffande den könssegregerade arbetsmarknaden, se även Kvinnomaktutredningen (SOU 1998:6) s. 76–133 och SOU 1997:137.

[872] E/C.12/1991/1, under artikel 7 punkt 2 (c) och (d).

mittén har valt ordet "främja" som inte ställer särskilt höga krav på staterna.[873] ILO:s expertkommitté har förklarat att likalöneprincipen inte begränsas av att arbetet måste utföras hos samma arbetsgivare (*same establishment*) eller att ett yrke utövas enbart av ena könet. Trots svårigheterna med en vidare jämförelse måste "the fact that women workers are more heavily concentrated in certain jobs and in certain sectors of activity has to be taken into account so as to avoid or redress a biased evaluation of qualities traditionally considered as peculiar to women".[874] Jämförelsen bör göras så vid som möjligt. I handlingsplanen till uppföljningen av Pekingkonferensen sägs i punkt 118 b att staterna skall vidta åtgärder för att upphäva bl.a. yrkessegregation.

I förarbetena till äldre jämställdhetslagen anges klart att lönediskrimineringsförbudet inte skall tolkas så att det går att använda för att angripa generella värderingar i fråga om kvinnors och mäns löner.[875] Det är alltså inte fråga om att jämföra hela yrkesgrupper utan förbudet syftar endast till att skydda individuell rättvisa.[876] Inte heller skall AD införa några nya normer för värdering av arbeten eller lönesättning.[877] AD har genom det andra barnmorskemålet (*AD 2001 nr 13*) visat att den anser det möjligt att värdera två helt olika arbeten lika. En sådan tillämpning av lagen kan medföra konsekvenser för lönesättningen för hela grupper.[878] Om en person, med lön enligt kollektivavtal, lönediskriminerats innebär det att kollektivavtalet är diskriminerande för alla personer i samma situation som den diskriminerade. Den fackliga parten får då föra talan om ogiltigförklaring av den diskriminerande delen i kollektivavtalet enligt 23 § jämställdhetslagen.[879] Laurén hävdar att "[e]tt lönediskrimineringsmål skulle alltså i förlängningen kunna få betydelse för långt fler än den enskilda individen".[880] Laurén frågar sig om frågan om vilka återverkningar en bifallande dom i ett lönediskrimineringsmål kan få på kollektivavtalen helt enkelt förbisågs vid lagens tillkomst, eftersom denna fråga inte berörs i förarbetena. Konsekvensen blir att man skulle kunna få kollektiva återverkningar genom enskilda diskrimineringstvister.[881] Ryman

[873] Craven, 1998, s. 238.
[874] ILO General Survey, Equal Remuneration (1986) punkt 22
[875] Prop. 1978/79:175 s. 71 ff., prop. 1990/91:113 s. 84.
[876] Prop. 1978/79:175 s. 73, prop. 1990/91:113 s. 88.
[877] Prop. 1993/94:147 s. 56.
[878] Se Fransson, Lönediskriminering – fenomen och strategi, 1995, s. 65 f. och Laurén, 1993, s. 210.
[879] Laurén, JT 1998/99 s. 267.
[880] Laurén, 1993, s. 210.
[881] A. st.

är kritisk till att lagen i sin nuvarande utformning inte tar hänsyn till den arbetsvärdering som arbetsmarknadens parter gjort, vilket medför att efter en lönerörelse får arbetsgivaren ensam bära ansvaret för innehållet i kollektivavtalet.[882]

Undervärdering av kvinnoyrken är en orsak till att arbetsmarknaden förblir könssegregerad. Förbudet mot könsdiskriminering syftar till att uppnå reell jämställdhet, vilket är målet (se kapitel 3). Förbudet måste därför rikta sig mot könsdiskriminering som, så att säga är inbyggd i systemet, vilket undervärderingen av kvinnoyrken är.

6.2.2.7 Likvärdigt arbete och indirekt könsdiskriminering

Vid fråga om könsdiskriminerande lönesättning existerar vid likvärdigt arbete kan konstateras att det i dessa fall är könsneutrala bestämmelser i kollektivavtal som gör att lönerna mellan jämförelseobjekten är olika. Det innebär att frågan om lönediskriminering ifråga om likvärdigt arbete borde lösas som en fråga om indirekt könsdiskriminering. EG-domstolen uttalade i *JämO* (C-236/98) att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om det föreligger sakliga skäl som saknar samband med kön i ett avtal som "kollektivt reglerar avlönat arbete eller en åtgärd som en arbetsgivare ensidigt vidtar gentemot sin personal, som tillämpas oberoende av arbetstagarens kön men som i själva verket drabbar en betydligt större procentandel kvinnor än män".[883]

En förutsättning för att det skall vara fråga om indirekt lönediskriminering är att lönesättningen bestäms av könsneutrala regler och att dessa *särskilt* missgynnar personer av ena könet (16 § jämställdhetslagen) och att arbetsgivaren inte kan förklara lönesättningen med andra könsneutrala skäl.

> "Att kunna bevisa att det finns ett orsakssamband mellan kön och kollektivet kvinnor är kärnan i begreppet indirekt diskriminering."[884]

Detta innebär att en kvinna som har ett likvärdigt arbete som en man, inte är könsdiskriminerad, även om hon har lägre lön än mannen, om hon inte kan visa att ett helt kollektiv missgynnas av lönesättningen. Med andra ord: om könsrepresentationen är jämn i två likvärdiga arbeten kan en enskild individ inte bli lönediskriminerad, trots att han eller hon har en lägre lön än en eller flera personer av motsatt kön.

[882] Ryman JT 1997/98 s. 792.
[883] *JämO* (C-236/98) punkt 51.
[884] Fransson, 2000, s. 255.

F.d. 18 § jämställdhetslagen lämnade inget utrymme för en bedömning av hur stor andel som drabbades av en könsneutral bestämmelse. När två personer av olika kön med likvärdiga arbeten erhöll olika lön, presumerades att skillnaden berodde på könstillhörigheten. Bevisbördan gick då över på arbetsgivaren som måste kunna förklara löneskillnaden med sakliga skäl. Detta har inneburit att när AD avgjort mål om lönediskriminering vid likvärdigt arbete har den, efter att ha dragit slutsatsen att arbetena är likvärdiga, övergått till att pröva huruvida det funnits sakliga skäl för löneskillnaderna. I varken *AD 1995 nr 158*, *AD 1996 nr 79* eller *AD 2001 nr 13* gjorde domstolen någon bedömning av hur stor andel av ena könet som missgynnades av lönesättningen efter det att domstolen konstaterat att arbetena var likvärdiga. I det sistnämnda målet presenterades lönestatistik för de två yrkesgrupperna men inte i fråga om hur lönen fördelades på könen. Fransson påpekar att AD inte sagt huruvida den betraktar ett mål som en fråga om direkt eller indirekt könsdiskriminering. Hon hävdar att utformningen av f.d. 18 § gjort att frågan om indirekt könsdiskriminering kunnat prövas först i samband med motbevisningen.[885]

Enligt min mening är det inte kraven på motbevisningen som avgör om det är fråga om direkt eller indirekt könsdiskriminering utan huruvida sambandet mellan missgynnande och könstillhörighet är direkt eller indirekt. I regeln om indirekt könsdiskriminering har uppställts ett krav på att ena könet drabbas i väsentligt större utsträckning än det andra för att det skall anses föreligga ett sådant samband. Genom att presumtionen för könsdiskriminering uppkom utan denna bedömning i f.d. 18 §, gav denna regel ett mer effektivt skydd mot könsdiskriminering än nuvarande 16 §. Nu är reglerna ändrade så att AD fortsättningsvis måste ta ställning till huruvida den anser att det är fråga om direkt eller indirekt lönediskriminering. Av 17 § 3 p. framgår att lönediskriminering är förbjuden. Domstolen måste dock tillämpa denna i kombination med antingen 15 § (direkt könsdiskriminering) eller 16 § (indirekt könsdiskriminering).

Hur skall då löneskillnader vid likvärdigt arbete betraktas? Enligt min mening finns tre alternativa synsätt. *För det första* kan man se löneskillnader mellan personer av olika kön med likvärdigt arbete som en fråga om *direkt* lönediskriminering p.g.a. kön. Det innebär att så snart det föreligger en löneskillnad mellan två personer av olika kön, trots att de utför lika eller likvärdigt arbete, uppkommer ett samband mellan missgynnande och könstillhörighet, som måste motbevisas. Det skulle innebära att det anses vara "antagliggjort" att vederbörande blivit mindre förmånligt behandlad än en person av motsatt kön (jfr 15 §). *För det andra* kan

[885] Fransson, 2000, s. 380.

hävdas att bestämmelsen är könsneutral men indirekt könsdiskriminerande. Det krävs då att en viss andel av ena könet missgynnas av bestämmelsen för att könsdiskriminering skall anses föreligga (16 §). En sådan tillämpning ställer, som sagt, högre krav än f.d. 18 §. *För det tredje* kan man se situationen som ett fall av *individuell* indirekt lönediskriminering. I sådant är det fråga om en könsneutral bestämmelse som missgynnar en enskild individ i förhållande till personer av motsatt kön, utan att det krävs att ett kollektiv är missgynnat. I detta fall hamnar man utanför både 15 § och 16 §, eftersom förbudet mot indirekt könsdiskriminering inte gäller när enbart en eller ett fåtal personer missgynnas. Enligt min mening är ett sådant synsätt att föredra framför en tillämpning av 16 §, eftersom det underlättar möjligheterna att framgångsrikt föra talan om könsdiskriminering och dessutom påminner om tillämpningen av f.d. 18 §. Problemet är att det inte (längre) finns något lagstöd för en sådan tillämpning. För att skyddet mot könsdiskriminering inte skall försvagas bör därför övervägas om olika lön vid likvärdigt arbete skall ses som en fråga om direkt könsdiskriminering enligt det första alternativet. Ett bättre alternativ är naturligtvis att ändra lagen.

6.2.2.8 Sammanfattning

Likalöneprincipen är erkänd sedan länge i alla tre rättssystemen. Sverige var dock sist att anamma den. Likalöneprincipen uttrycks på lite olika sätt men innebär att kvinnor och män skall ha lika lön för lika eller likvärdigt arbete. I begreppet "lön" ingår inte enbart grundlön utan alla möjliga former av ersättningar och förmåner som arbetstagaren erhåller p.g.a. anställningsförhållandet. Det framgår framförallt av ILO-konvention nr 100 och EG-domstolens tolkning av begreppet. AD har hittills inte tolkat begreppet lön i mål om lönediskriminering p.g.a. kön. Anmärkningsvärt är att EG-domstolen frångått sitt individualistiska synsätt när det gäller finansiering av pensioner. Domstolen har istället behandlat kvinnor och män som kollektiv utan hänsyn till den särbehandling p.g.a. kön som blir resultatet i det enskilda fallet. Lämpligheten i detta kan ifrågasättas, eftersom det innebär generella antaganden om kvinnor och män, baserade på könstillhörighet.

Tack vare EG-rätten har likalöneprincipen utvidgats i jämställdhetslagen och omfattar nu även likvärdigt arbete, oavsett om det finns en av kollektivavtalsparterna överenskommen arbetsvärdering. Kollektivavtalen får inte ges avgörande betydelse för bedömningen huruvida två arbeten skall värderas lika. Kollektivavtalen tillmäts dock betydelse vid bedömningen av om sakliga skäl som motiverar löneskillnader i det enskilda fallet finns. Det är, enligt min mening, inte helt klart om löne-

skillnader vid likvärdigt arbete alltid skall behandlas som en fråga om indirekt könsdiskriminering eller om det går att se det som en fråga om direkt könsdiskriminering. Det vore olyckligt om förbudet mot lönediskriminering vid likvärdigt arbete i framtiden kommer att ställa krav på att en viss andel av ena könet missgynnas för att det skall vara fråga om könsdiskriminering. AD har hittills inte ställt ett sådant krav.

6.2.3 Rätt till lika arbets- och anställningsvillkor

6.2.3.1 "Anställnings-" och "arbetsvillkor"

I EG-rätten har gjorts en distinktion mellan könsdiskriminering avseende *lönevillkor* å ena sidan och könsdiskriminering i fråga om andra *anställnings-* och *arbetsvillkor* å andra sidan. Reglerna om lika lön finns i EU-fördraget artikel 141 och likalönedirektivet medan övriga frågor faller under likabehandlingsdirektivet.[886] Begreppet "arbetsvillkor" är inte närmare definierat i direktivet.

Jämställdhetslagen sammanför istället *löne-* och andra *anställningsvillkor* som avskiljs mot övriga *arbetsvillkor.* I förarbetena sägs att vad som är att betrakta som anställningsvillkor förutom lönevillkoren får fastställas i enlighet med det tillämpade synsättet på arbetsmarknaden.[887] Som exempel nämns särskilda kostnadsersättningar, arbetstidens längd och ledigheter såsom semester och tjänstledighet.[888] Avgränsningen sker genom att regeln omfattar alla bestämmelser och villkor som rör arbetet och som måste fastställas i *avtal* mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.[889] Det som arbetsgivaren ensam har beslutanderätten över faller utanför "anställningsvillkoren".[890]

När jag inte hänför mig till 17 § 3 p. i jämställdhetslagen (om löne- och andra anställningsvillkor) använder jag ordet "anställningsvillkor" i en vidare betydelse än den i jämställdhetslagen. Detta avsnitt behandlar inte frågan om könsdiskriminerande lönevillkor, som behandlades i avsnittet ovan.

[886] Även om artikel 141 (f.d. 119) utvidgades i och med Amsterdamfördraget så att rådet fått en rättslig grund för att besluta om jämställdhetsfrämjande åtgärder innehåller artikeln inte något stadgande om krav på likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet i andra avseenden än lön.
[887] Prop. 1978/79:175 s. 127.
[888] A. st.
[889] A. st.
[890] A. prop. s. 129 ff.

6.2.3.2 Rätt till lika villkor i arbetslivet

FOLKRÄTT

I folkrätten framgår att alla har rätt till både lika arbetsvillkor och till lika (trygga) arbetsförhållanden. I artikel 23 (1) i den universella förklaringen sägs att alla har rätt till *rättvisa och tillfredsställande* arbetsförhållanden, artikel 7 KESKR säger att arbetsvillkoren skall vara *rättvisa och gynnsamma*. Konventionen innehåller ett särskilt krav på att staterna skall särskilt tillse att kvinnor garanteras lika arbetsvillkor som män.[891] Artikel 11 i kvinnokonventionen kräver att staterna skall vidta åtgärder för att eliminera alla former av diskriminering på arbetslivsområdet. I punkten c sägs att förutom rätten till befordran och rätt till yrkesutbildning etc. (se avsnitt 6.2.1 och 6.3.1.5) skall staterna säkerställa samma rättigheter för kvinnor och män avseende anställningstrygghet, anställningsförmåner och tjänstevillkor.

"Anställning" och "yrkesutövning" i ILO-konventionen nr 111 om diskriminering inbegriper anställningsvillkor enligt artikel 1 (3) i rekommendationen.[892] I rekommendationen till konventionen sägs bl.a. att alla skall, utan diskriminering, åtnjuta lika möjligheter och behandling avseende arbetsvillkor. Arbetsvillkor omfattar enligt rekommendationen bl.a. arbetstid, viloperioder, betalda årliga ledigheter samt säkerhets- och hälsoåtgärder artikel 2 (b) (vi). Enligt artikel 2 (d) skall arbetsgivare inte diskriminera avseende bestämmandet av anställningsvillkor. Punkt 178 (b) i handlingsplanen från Pekingkonferensen stadgar att staterna skall förbjuda direkt och indirekt könsdiskriminerande anställningsvillkor. Även i handlingsplanen till uppföljningen av Pekingkonferensen stadgas att staterna skall vidta åtgärder för att åstadkomma jämställdhet avseende arbetet och arbetsförhållanden samt lika karriärmöjligheter (punkt 118 b).

På det regionala planet föreskriver Europarådets sociala stadga rätten till rättvisa arbetsvillkor (artikel 2). I artikel 20 finns det allmänna förbudet mot könsdiskriminering i samband med arbete. I punkten (c) åläggs staterna att tillförsäkra lika *anställningsvillkor och arbetsförhållanden*, inbegripet lön.

EG-RÄTT

Som sades inledningsvis gör EG-rätten en uppdelning mellan lönevillkor och övriga arbetsvillkor. Av *Defrenne III-målet* (C-149/77) framgår att

[891] Förutom lönevillkor (punkt a) nämns trygga arbetsförhållanden (punkt b), samma möjligheter till befordran (punkt c) samt frågor om vila m.m. (punkt d).
[892] Se även ILO, RCE, 1996, punkt 102 och Valticos, von Potobsky, 1995, s. 123.

artikel 141 (f.d. 119) *enbart* omfattar lönevillkor. EG-domstolen framhöll att artikeln inte kan avse andra faktorer än de som uttryckligen anges i artikeln. Domstolen underströk att omständigheten att anställningsvillkor kan få ekonomiska konsekvenser inte är tillräckligt skäl för att ingå i artikelns tillämpningsområde.[893]

När det gäller arbetstidsförkortning har EG-domstolen konstaterat att detta inte är en fråga om lön utan en fråga om arbetsvillkor. Således är likabehandlingsdirektivet och inte artikel 141 och likalönedirektivet tillämpligt. Frågan uppkom i målet *JämO* (C-236/98) där AD vände sig till EG-domstolen för att få svar på om värdet av arbetstidsförkortning till följd av arbete i treskift skulle beaktas vid beräkningen av underlaget för en lönejämförelse. EG-domstolen erinrade om att den tidigare sagt att även om fastställandet av vissa arbetsvillkor kan få ekonomiska konsekvenser är det inte tillräckligt för att falla inom tillämpningsområdet för artikel 119, "som grundas på ett nära samband mellan arbetsprestationens art och lönens storlek".[894] EG-domstolen har godkänt att kvinnor och män har olika förmåner beträffande möjligheten att få betald föräldraledighet med hänvisning till skydd för kvinnan och förhållandet till hennes barn.[895] Detsamma gäller adoptivföräldrar då man så långt som möjligt vill att situationen efter barnets ankomst skall likna den att barnet vore nyfött.[896]

Svensk rätt

Sverige har haft en relativt restriktiv hållning till ratificerande av internationella regler om anställnings- och arbetsvillkor. Anledningen till detta har varit att det av tradition varit arbetsmarknadens parter som överenskommit om sådant. Staten har därför varit ovillig att lägga sig i. Frågan om *skälig arbetstid* och *arbetstidsförkortning* är exempel på anställningsvillkor där Sveriges inställning är att detta är parternas, och inte statens, ansvar. Sverige har exempelvis inte ratificerat artikel 2 (1) i Europarådets sociala stadga där det föreskrivs att parterna skall åta sig att se till att skälig arbetstid per dag och vecka fastställs.[897]

I 17 § jämställdhetslagen sägs att förbuden mot könsdiskriminering gäller när arbetsgivaren "tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor

[893] *Defrenne III* (C-149/77) punkt 12–21. Se även *Gerster* (C-1/95) bl.a. punkterna 21–25 som behandlas ovan angående "anställning".
[894] *JämO* (C-236/98) punkt 59–64 (*AD 1998 nr 66*).
[895] *Hofmann* (C-184/83).
[896] *Kommissionen mot Italien* (C-163/82) punkt 16–17.
[897] Prop. 1997/98:82 s. 17, Ds 1997:65 s. 17. Svensk reglering av arbetstiden finns i arbetstidslagen (SFS 1982:673).

för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga" (punkt 3). Denna punkt avser villkor som måste fastställas i avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.[898] Könsdiskrimineringsförbudet gäller även när arbetsgivaren "leder och fördelar arbetet" enligt fjärde punkten i 17 §. Till arbetsledning och arbetsfördelning hör framförallt frågor om organisation och genomförande. Hit hör t.ex. frågor om arbetets utformning, fördelningen av arbetet inom en grupp, planering av arbetslokalen och de yttre arbetsförhållandena, arbetstidens förläggning, personalutbildning, personalplanering och förläggning av semesterledighet.[899] Punkt 5 förbjuder könsdiskriminering vid uppsägning, avskedande, permittering men även arbetsledningsbeslut såsom omplacering (som kan sägas vara till skada för arbetstagaren) och annan ingripande åtgärd.[900] Enligt förarbetena menas med "ingripande åtgärd" konkreta åtgärder som är till nackdel för en arbetstagare såsom indragning av förmåner och utebliven befordran.[901]

Som synes är det flera situationer som överlappar varandra eller hamnar i gränslandet mellan de olika reglerna. Till exempel faller en omplacering eller förflyttning med mindre ingripande verkningar under "arbetsledning" medan sådana beslut som påtagligt försämrar en arbetstagares inkomst och arbetsförhållanden hänför sig till uppsägning etc.[902] En skillnad mellan frågor om arbetsledning etc. och anställningsvillkor i punkt 3 är att arbetsledning och fördelning rör sig om förhållanden som arbetsgivaren, enligt gängse arbetsrättsligt synsätt, ensidigt har rätt att besluta över.[903] En annan skillnad är att det krävs att två arbeten betraktas som *lika* eller *likvärdiga* för att anställningsvillkor (enligt punkt 3) skall anses vara könsdiskriminerande.[904] Något sådant krav uppställs inte vid arbetsledning eller uppsägning (m.m.).

I Sverige har frågan om arbetsgivarens krav på viss *klädsel eller frisyr* inte varit uppe till prövning i AD. Sådana krav kan anses utgöra anställningsvillkor (enligt punkt 3) eller ett led i arbetsledning beroende på situationen (punkt 4). Om det ingår i anställningsavtalet att den anställde skall bära viss klädsel är det fråga om anställningsvillkor. Är det däremot fråga om påbud från arbetsgivaren under arbetets gång är det istället

[898] Prop. 1978/79:175 s. 127.
[899] A. prop. s. 127 ff., Prop. 1999:2000:143 s. 129 f., Laurén, Lavén, 1992 s. 192 f.
[900] Prop. 1978/79:175 s. 131.
[901] Prop. 1999/2000:143 s. 110.
[902] A. st., se även prop. 1978/79:175 s. 131.
[903] Prop. 1978/79:175 s. 129 ff.
[904] Prop. 1999/2000:143 s. 109.

fråga om arbetsledning.[905] För att krav på viss klädsel eller frisyr skall utgöra könsdiskriminerande anställningsvillkor krävs att den som anser sig diskriminerad kan visa att klädföreskrifterna är mindre förmånliga för den drabbade än för personer av motsatt kön. Föreskrifter om klädsel och frisyr utgör ingrepp i den personliga friheten. Vissa yrken kräver dock viss klädsel eller frisyr av hänsyn till exempelvis hygien (vårdyrken, restaurangyrken etc.). Den som träffas av könsbestämda föreskrifter beträffande utseendet blir särbehandlad i förhållande till det motsatta könet. En sådan föreskrift är inte en neutral inskränkning. Enligt min mening är det fråga om en nackdel för personer av ena könet när de inte har samma frihet att klä sig i samma typ av kläder som personer av det motsatta könet. Därför utgör den särbehandlande inskränkningen i sig ett *missgynnande* och innebär könsdiskriminering.[906]

6.2.3.3 Arbetsledning och arbetsfördelning

De folkrättsliga reglerna om rätt till likabehandling i arbetslivet och rätt till lika arbetsvillkor och arbetsförhållanden omfattar även frågor om arbetsledning och arbetsfördelning. De arbetsförhållanden som hamnar under "arbetsledning och arbetsfördelning" i jämställdhetslagen handlar om arbetets organisation och genomförande t.ex. personalplanering, arbetstidens förläggning och personalutbildning, och omfattar de åtgärder som arbetsgivaren ensidigt beslutar om.[907] I målet *AD 1984 nr 120* hade AD att avgöra huruvida beslut om uttagning av stuveriarbetare till arbete utgjorde anställning av arbetstagare eller fördelning av arbete. I det aktuella fallet kom domstolen fram till att ingen anställning förelåg, att avtalen om visstidsanställning inte stred mot lag eller avtal (vilket JämO hävdade), och att uttagning med hänsyn till de särskilda omständigheter som förelåg inte medförde att uttagningen skulle betraktas som arbetsfördelning. Beträffande det sistnämnda konstaterade AD att det var arbetarnas sakliga förutsättningar och inte rättviseskäl som låg till grund för uttagningen av stuveriarbetare. Även om uttagningen till stor del var jämförlig med arbetsgivarens fördelning av arbetsuppgifter mellan anställda lades avsevärd vikt vid personliga kvalifikationer och tidigare erfarenhet istället för andra omständigheter (såsom är fallet vid arbetsledning) som exempelvis rättvisehänsyn.[908] Domstolen kom fram till att uttagningen var att betrakta som anställning.

[905] Arbetsledning behandlas nedan i avsnitt 6.2.3.3.

[906] ILO:s expertkommitté har ifrågasatt Irans lagstiftning om klädföreskrifter för kvinnor i offentlig anställning, se ILO, RCE, 1998, s. 342 f., 1999 s. 457 f. och 2001 s. 491.

[907] Prop. 1978/79:175 s. 129 och prop. 1999/2000:143 s. 109 f.

[908] *AD 1984 nr 120* s. 804 f.

Enligt den äldre jämställdhetslagen förelåg otillåten könsdiskriminering i samband med arbetsledning och arbetsfördelning när någon blivit missgynnad genom att "[...] en arbetsgivare leder och fördelar arbetet på ett sådant sätt att en arbetstagare blir *uppenbart oförmånligt behandlad* i jämförelse med arbetstagare av motsatt kön" (min kursivering). I den nya jämställdhetslagen ändrades "uppenbart" till "påtagligt" men ingen ändring i betydelsen var avsedd.[909] "Påtagligt oförmånligt behandlad" innebar att det inte fick röra sig om obetydliga händelser. Två situationer var enligt förarbetena tänkbara:

1) handlandet var av uppenbar betydelse i det enskilda fallet eller
2) handlandet fick betydelse som ett led i ett systematiskt eller vanemässigt förfarande.[910]

Sedan den senaste ändringen av jämställdhetslagen framgår i 17 § (punkt 4) endast att förbuden mot könsdiskriminering (i 15 och 16 §§) gäller när arbetsgivaren "leder och fördelar arbetet". Kriteriet att det skall föreligga en "påtagligt oförmånlig behandling" finns inte kvar i lagtexten. Den diskriminerande handlingen består enligt lagtexten av ett *missgynnande* genom en mindre förmånlig behandling (15 §). "Missgynnande" innebär att det skall ha inträtt någon nackdel eller skada för den drabbade, arbetstagaren skall ha försatts i "ett sämre läge".[911] I förarbetena sägs att ingen skillnad mot tidigare är avsedd.[912] Vad innebär detta uttalande? "Påtagligt oförmånlig behandling" är ett starkare uttryck än "mindre förmånlig behandling". Den tidigare regeln var en presumtionsregel medan den nya är en ren bevisregel. I och med att det förut var fråga om en presumtionsregel är det inte underligt att kravet var att arbetstagaren visat "påtagligt oförmånlig behandling" för att presumtionen skulle träda in. När presumtionen är borttagen är det rimligt att sänka beviskravet för arbetstagaren till att visa att behandlingen är "mindre förmånlig". En annan skillnad mot tidigare är att det inte längre krävs en konkret jämförelseperson av motsatt kön.

Anledningen till att kräva att behandlingen skulle vara *påtagligt* oförmånlig var inte att man ville tillåta mindre orättvisor. Det var för att det

[909] I samband med riksdagsbehandlingen ändrades "uppenbart oförmånligt behandlad" till "påtagligt oförmånligt behandlad" med hänvisning till att denna formulering bättre motsvarar det angivna syftet i propositionen nämligen att utesluta alltför obetydliga händelser eller förfaranden (AU 1990/91:17 s. 56). Det kan noteras att inget fall har varit uppe till prövning i AD sedan ändringen kom till.

[910] Prop. 1978/79:175 s. 129. Denna situation har inte prövats av AD.

[911] Prop. 1999/2000:143 s. 31. Se även avsnitt 5.3 beträffande vad som menas med "missgynna".

[912] Prop. 1999/2000:143 s. 47, AU 2000/01:3, s. 31.

inte "skall finnas utrymme för trakasserier i form av klagomål rörande bagateller". Man ville förhindra att alltför obetydliga händelser eller förfaranden görs till föremål för rättegång.[913] Det krävs således att arbetsgivarens åtgärd måste ha haft någon form av rättslig verkan i förhållande till arbetstagaren. I *AD 1987 nr 98* hade föreståndaren för ett missbrukarhem både skriftligen och muntligen bett en anställd att söka annat arbete. Därtill hade föreståndaren skickat ett brev till socialförvaltningens personalvårdsenhet och däri uttryckt förhoppning om att arbetstagaren skulle kunna erbjudas annan anställning. AD ansåg att de muntliga och skriftliga uttalandena inte varit avsedda att ha några rättsverkningar grundade på arbetstagarens lydnadsplikt. Inte heller hade begäran om omplacering inneburit någon rättslig verkan i förhållande till arbetstagaren. AD sade att arbetsgivarens förfarande skall från arbetstagarsynpunkt vara av viss högre grad, det får inte vara bagatellartat.[914]

De ändringar i befattningsbeskrivningen för två kvinnliga assistenter inom försvaret utgjorde i *AD 1982 nr 17* "uppenbar oförmånlig behandling" då de från att ha haft självständiga ansvarsfulla arbetsuppgifter istället fick enklare mer rutinbetonade sådana. Domstolen fann att beslutet inte var könsneutralt bl.a. på grund av att de plutonsofficerare som istället fick föreståndaransvaret inte hade motsvarande kompetens som de båda kvinnorna. Plutonsofficerarnas ställning främjades samtidigt som kvinnornas ställning försämrades.

I *AD 1984 nr 6* ansåg AD att den behandling av en kvinnlig polisassistent som innebar att hon inte uppförts på vikarielista som polisinspektör i yttre tjänst var av särskild betydelse, eftersom hon därigenom gått miste om vikariatersättning. Besluten hade dessutom fått en negativ inverkan på hennes möjligheter att få tjänst som polisinspektör. AD ansåg att denna behandling även var orättvis då den utredning som låg till grund för beslutet inte var sakligt genomförd. Domstolen menade att distriktskommissariens beslut hade påverkats av en negativ inställning till kvinnliga poliser i yttre tjänst. Staten hade inte gjort gällande eller försökt visa att missgynnandet hade någon annan grund än könstillhörighet.

AD 1987 nr 3 gällde beviljande av tjänstledighet av lärare. Den manliga läraren fick avslag på sin ansökan om tjänstledighet för att resa till Nordafrika medan den kvinnliga läraren beviljades ledighet för att resa till Zimbabwe. AD gick direkt på frågan om behandlingen var orättvis utan att först avgöra om den var av särskild betydelse för arbetstagaren. Domstolen kom fram till att arbetsgivaren visat att det fanns sakliga skäl för behandlingen.

Arbetsförhållanden som rör *arbetstidens förläggning* faller enligt förarbetena till jämställdhetslagen under 17 § punkt 4 om arbetsledning och

[913] Prop. 1978/79:175 s. 129.
[914] *AD 1982 nr 17* s. 158 f.

arbetsfördelning.[915] I Sverige råder ett principiellt nattarbetsförbud enligt 13 § arbetstidslagen (1982:673). Avvikelser får göras i kollektivavtal och visst nattarbete är tillåtet genom undantagsregeln i arbetstidslagen. Eftersom den svenska inställningen är att det är arbetsmarknadens parter som beslutar om särskilda åtgärder för nattarbetare, har Sverige valt att inte ratificera artikel 2 (7) i Europarådets sociala stadga.[916] Sverige har inte heller godtagit artikel 8 (4) i Europarådets sociala stadga om särskilda bestämmelser för gravida kvinnor eller kvinnor som nyligen fött barn eller ammar som utför nattarbete. Den svenska inställningen är att i möjligaste mån undvika särbestämmelser för kvinnor i arbetslivet.[917]

Arbetsgivarens krav på viss klädsel (etc.) har tidigare nämnts som exempel på villkor i anställningsavtalet.[918] Är det däremot fråga om påbud från arbetsgivaren under arbetets gång är det istället fråga om arbetsledning. För att sådana skall vara fråga om könsdiskriminering krävs att föreskrifterna innebär en "oförmånlig behandling". Det ingrepp i den enskildes personliga frihet som det innebär att könsbestämma klädseln på arbetet måste, enligt min mening, även i dessa fall utgöra en "mindre förmånlig behandling" och därmed könsdiskriminering.

6.2.3.4 Uppsägning, avskedande m.m.

INLEDNING

Förutom de allmänna stadgandena i folkrätten om rätt till arbete, likabehandling och skydd mot könsdiskriminering beträffande anställning och arbetsvillkor stadgas särskilt i artikel 5 (d) och (e) i ILO-konvention nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ[919] att kön, civilstånd, familjeansvar, havandeskap eller frånvaro från arbetet under ledighet p.g.a. barnsbörd inte räknas såsom giltiga skäl för anställningens upphörande.[920] Även om konventionen avser även offentligt

[915] Prop. 1978/79:175 s. 129.

[916] Prop. 1997/98:82 s. 18 f., Ds 1997:65 s. 18.

[917] Prop. 1997/98:82 s. 24 f., Ds 1997:65 s. 23. EG-domstolen har underkänt nationell lagstiftning som med hänvisning till avsikten att skydda kvinnor begränsat arbetstiden för dem på så sätt att den förbjudit dem att arbeta nattetid. Generella förbud mot kvinnligt nattarbete är inte tillåtna såvida regleringen inte följer av internationell överenskommelse som staten ingått före EG-fördragets tillkomst och som staten fortfarande är bunden av. *Stoeckel* (C-345/89) och *Levy* (C-158/91), se vidare avsnitt 8.4.1.

[918] Se avsnitt 6.2.3.2.

[919] SÖ 1983:38, Convention (No. 158) Concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer.

[920] Sverige ratificerade ILO-konvention nr 158 den 20:e juni 1983. Konventionen är tillämpbar på alla personer i ett anställningsförhållande och konventionen gäller såväl medborgare som icke-medborgare. ILO Protection against unjustified dismissal (1995) s. 13

anställda är det möjligt att göra undantag under vissa villkor.[921] "*Termination*" i artikel 3 avser enbart det förhållande när arbetsgivaren ensidigt avslutar ett anställningsförhållande.[922] Enligt artikel 5 är kön inte en saklig grund för uppsägning. KESKR stadgar inget särskilt om skydd mot anställningens upphörande men KESKR-kommittén har konstaterat att avskedanden (*dismissals*) ingår i "rätten till arbete" och inte får ske godtyckligt. Det är emellertid upp till varje medlemsstat att införa regler om detta och avgöra när ett avskedande är sakligt.[923] På regionalt plan föreskriver artikel 20 (a) i Europarådets sociala stadga att för att trygga rätten till lika möjligheter och lika behandling i frågor som rör anställning och yrkesutövning utan könsdiskriminering åtar sig staterna bl.a. att säkerställa skydd mot uppsägning.

Både likalönedirektivet och likabehandlingsdirektivet innehåller regler om avskedande. Artikel 5 i likalönedirektivet kräver av medlemsstaterna att de vidtar åtgärder för att skydda arbetstagare mot att de avskedas till följd av att de framfört klagomål i syfte att säkerställa likalöneprincipen. Artikel 5 i likabehandlingsdirektivet stadgar att likabehandlingsprincipen innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra. Likabehandlingsdirektivet använder termen *dismissal* men i den svenska översättningen sägs "[...] villkor för att ett anställningsförhållande skall *upphöra*. EG-domstolen har uttalat att termen "dismissal" skall tolkas vitt och inbegripa andra former av upphörande av ett anställningsförhållandet än avskedande.[924] Något sådant uttalande finns dock inte beträffande artikel 5 i likalönedirektivet som innehåller *dismissal*, på svenska översatt till "avskedande".[925] Enligt artikel 7 skall medlemsstaterna skydda arbetstagaren mot avskedande till följd av klagomål eller att han vidtagit rättsliga åtgärder.

I *Burton* (C-19/81) ansåg EG-domstolen att villkoren för tillgång till frivilligt avgångsvederlag inte föll under dåvarande artikel 119 utan omfattades av artikel 5 i likabehandlingsdirektivet. I senare rättsfall har domstolen däremot ansett att sådana villkor fallit under (nuvarande) artikel 141.[926] Likaså har domstolen ansett att yrkande om att få ut ersätt-

[921] ILO Protection against unjustified dismissal (1995) s. 13.

[922] A. a. s. 7.

[923] Craven, 1998, s. 221.

[924] Se *Burton* (C-19/81) punkt 9, *Marshall I* (C-154/82) punkt 34, *Roberts* (C-151/84) punkt 32 och *Beets–Proper* (C-262/84) punkt 36.

[925] Ellis är kritisk till att termen är så snäv i likalönedirektivet, se vidare Ellis, 1998, s. 164. Beträffande terminologin kan påpekas att *dismissal* översätts till "avskedande" och "entledigande" i Norstedts stora engelsk-svenska ordbok medan *termination* betyder "uppsägning".

[926] *Barber* (C-262/88), *Kowalska* (C-33/89) och *Seymour–Smith* (C-167/97).

ning som kompensation för ogrundad uppsägning faller under artikel 141 och inte likabehandlingsdirektivet.[927] Däremot hör frågan om återinsättning eller återanställning under likabehandlingsdirektivet.[928]

Regeln i 17 § 5 p. jämställdhetslagen behandlar otillåten könsdiskriminering när en arbetsgivare säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar "annan ingripande åtgärd" mot en arbetstagare. Tidigare fanns "omplacerar" med i lagtexten. Ingen skillnad i sak är avsedd även om ordet inte längre finns med i lagtexten.[929] Liksom punkt 4 omfattas här sådana åtgärder som arbetsgivaren ensidigt beslutar om. Med "annan jämförlig åtgärd" avses exempelvis att en arbetsgivare behandlar en arbetstagare på ett sådant sätt att arbetstagaren inte står ut på arbetsplatsen utan känner sig tvingad att säga upp sig.[930] Det är då fråga om trakasserier. Vissa gränsdragningsproblem kan uppstå. Arbetsledningsbeslut som är till skada för arbetstagaren kan vara hänförliga till punkt 5 istället för punkt 4 om det rör sig om trakasserier eller liknande utan att det utgör "påtaglig oförmånlig behandling". Gränsen mellan dessa situationer är alltså flytande[931]

I den tidigare lagtexten (f.d. 20 §) ingick att åtgärden skulle vara "till skada" för arbetstagaren. I propositionen till den nya lagen kommenteras inte huruvida detta krav kvarstår trots att det av dagens lagtext endast framgår att arbetstagaren skall vara "missgynnad". I detta ligger i och för sig redan ett krav på skada eller nackdel för den drabbade och förmodligen är ingen ändring avsedd, eftersom frågan inte kommenteras i propositionen.

Uttalanden eller uttryckta önskemål om att arbetstagaren borde söka sig till ett annat arbete är inte tillräckligt för att arbetstagaren skall ha lidit skada. Som exempel nämns i motiven att en kvinna får förflyttas från ett arbete som är för tungt för henne utan att hon skall betraktas som skadelidande.[932] AD ansåg att de förhoppningar som föreståndaren för missbrukarhemmet i *AD 1987 nr 98* muntligen och skriftligen uttryckt om att arbetstagaren skulle söka annan anställning enbart utgjorde meningsyttringar. Däremot var hemställan till socialförvaltningens personalvårsenhet om att omplacera arbetstagaren en åtgärd i lagens mening. Föreståndaren kontaktade personalvårdsenheten i egenskap av företrädare för en offentlig arbetsgivare och han initierade en omplacering. Denna

[927] *Seymour–Smith* (C-167/97) punkt 37. Se avsnitt 6.2.2.5.
[928] *Seymour–Smith* (C-167/97) punkt 37.
[929] Prop. 1999/2000:143 s. 47, AU 2000/01:3, s. 31.
[930] Laurén, Lavén, 1992, s. 195.
[931] *AD 1982 nr 17* s. 155 f. (dåvarande 4 § punkterna 2 och 3).
[932] Prop. 1978/79:175 s. 130, Laurén, Lavén, 1992, s. 195 f.

åtgärd ansåg domstolen ha inneburit sådana negativa verkningar för arbetstagaren att den i lagens mening varit till *skada* för denne. Arbetstagaren hade utpekats som ett omplaceringsfall p.g.a. samarbetssvårigheter och detta skulle kunnat medföra olägenheter för den fortsatta anställningen eller i det fortsatta yrkeslivet.

Redan i äldre jämställdhetslagen var denna regel utformad så att det inte krävdes en jämförelseperson.[933] Bedömningen skulle utgå ifrån hur arbetsgivaren brukar avgöra liknande frågor i fall med arbetstagare av motsatt kön när ingen konkret jämförelseperson fanns. Regeln var även utformad som en bevisregel, vilket innebar att arbetstagaren måste bevisa att åtgärden hade ett samband med könstillhörigheten.[934] Arbetstagarsidan var tvungen att visa *sannolika skäl* för att åtgärden berodde på arbetstagarens kön. Med dagens bevisregler räcker det med att arbetstagaren *gör antagligt* att åtgärden har ett samband med könstillhörigheten, vilket är en bevislättnad i förhållande till tidigare.

Jämställdhetslagen tillämpas subsidiärt till LAS. Punkten 5 i jämställdhetslagen täcks till största delen av reglerna i LAS men har ett något vidare tillämpningsområde. Exempelvis omfattar jämställdhetslagen omplaceringar som inte kan jämställas med uppsägning. Dessutom omfattar jämställdhetslagen alla kategorier av arbetstagare, vilket LAS inte gör. Således omfattas även arbetstagare med beredskapsarbete, hushållsarbete, skyddat arbete m.m. av jämställdhetslagen.[935]

Uppsägning (etc.) på grund av civilstånd, graviditet, moderskap eller familjeansvar

Det är otillåtet att säga upp eller avskeda en person p.g.a. *äktenskap, graviditet* eller *moderskap*. Det framgår bl.a. av artikel 5 (d) och (e) i ILO-konvention nr 158 och artikel 11 kvinnokonventionen. Enligt kvinnokonventionen skall staterna vidta lämpliga åtgärder för att förhindra att kvinnor avskedas på grund av graviditet eller moderskapsledighet samt förbjuda diskriminering vid avskedande grundad på civilstånd. Sverige har inte ratificerat artikel 8 (2) i Europarådets sociala stadga om uppsägningsförbud i vissa fall beträffande gravida kvinnor och kvinnor som har mödraledighet. Anledningen är att regeln inte anses överensstämma med reglerna om saklig grund i LAS.[936]

[933] Prop. 1978/79:175 s. 130, prop. 1990/91:113 s. 111 f.

[934] Bevisprövningen skulle gestalta sig på samma sätt som på föreningsrättsområdet. Prop. 1978/79:175 s. 130.

[935] Laurén, Lavén, 1992, s. 198 f.

Ansvar för familjen är inte heller ett godtagbart skäl för anställningens upphörande. Det framgår av ILO-konvention nr 156 om jämställdhet mellan kvinnliga och manliga arbetstagare: arbetstagare med familjeansvar (artikel 8). Enligt ILO-konvention nr 158 och rekommendation nr 166 är inte heller *tillfällig sjukdom* ett sakligt skäl för avskedande. Således är det inte tillåtet att avskeda en kvinna som är sjuk till följd av graviditet eller förlossning.

Flera fall i EG-domstolen har rört uppsägning p.g.a. graviditet. Precis som i *Dekker* (C-177/88) har domstolen ansett att graviditet inte får leda till ett missgynnande av kvinnor.[937] Därmed utgör en uppsägning eller ett avskedande som grundar sig på graviditet direkt diskriminering. I fallet *Habermann–Beltermann* (C-421/92) var det fråga om tysk lagstiftning som förbjöd nattarbete för gravida kvinnor. EG-domstolen ansåg att direkt diskriminering förelåg, eftersom den grundläggande orsaken till uppsägningen inte tillämpades lika för män och kvinnor utan endast för kvinnor.[938] I *Webb* (C-32/93) var det inte lagstiftningen utan ett beslut av en privat arbetsgivare att avskeda en gravid kvinna som anställts på obestämd tid som var under bedömning. EG-domstolen framhöll att avskedandet inte kunde försvaras med att kvinnan inte längre kunde fullfölja det grundläggande villkoret till att hon fått anställningen. Domstolen sade att den omständigheten att Webb tillfälligt inte kunde utföra arbete inte rättfärdigade ett avskedande när hon anställts på obestämd framtid.[939] Det faktum att hon anställts för att ersätta en annan gravid kvinna och sedan själv visar sig vara gravid ändrade, enligt domstolen, inte bedömningen.[940] Det råder däremot inget "absolut" förbud mot avskedande av gravida kvinnor. Har avskedandet ett samband med graviditeten är det dock otillåtet.[941]

Även inom EG-rätten är det förbjudet att avskeda en kvinna som är sjuk till följd av graviditet eller förlossning, men inom vissa gränser.

[936] Ds 1997:65 s. 21 f. Sverige har inte heller ratificerat ILO- konventionerna nr 103 om mödraskap eller nr 171 om nattarbete (1990). Enligt dessa konventioner är det förbjudet att säga upp eller avskeda en kvinna i samband med havandeskap (artikel 4 respektive 6) eller nattarbetande kvinnor i samband med graviditet (artikel 7.3).

[937] Se avsnitt 5.4.1.3.

[938] *Habermann–Beltermann* (C-421/92) punkt 14.

[939] *Webb* (C-32/93) punkt 27.

[940] *Webb* (C-32/93) punkt 28. Även i *Rentokil* (C-394/96) förelåg direkt diskriminering vid avskedande i samband med graviditet, punkt 16–33.

[941] *Speybrouck* (T-45/90) punkt 47–52. 1996 antog EU-rådet ett direktiv om ramavtal angående föräldraledighet (96/34). Enligt artikel 2 (4) och (5) i ramavtalet skall medlemsstaterna vidta alla nödvändiga åtgärder för att skydda arbetstagarna mot uppsägning p.g.a. att de begär eller tar i anspråk sin rätt till föräldraledighet och att arbetstagare har rätt att återgå till sitt arbete eller likvärdigt sådant.

Likabehandlingsdirektivet tillåter medlemsstaterna (enligt artikel 2.3) att införa särskilda regler till skydd för kvinnor. Det är upp till varje medlemsstat att ange den period av mammaledighet som skall gälla. Så länge en kvinna har rätt till mammaledighet enligt nationell lagstiftning är det förbjudet att avskeda eller säga upp henne p.g.a. sjukfrånvaro som följer av graviditet eller förlossning. I *Rentokil* (C-394/96) påpekade EG-domstolen att artikel 10 i direktiv (92/85) *om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida* [...] förbjuder uppsägning under tiden från början av graviditeten fram till mammaledighetens slut.[942]

Inget hindrar dock att en arbetsgivare *efter* mammaledighetens utgång säger upp en kvinna p.g.a. för hög sjukfrånvaro som beror på graviditet eller förlossning.[943] EG-domstolen har uttalat att det inte finns någon anledning att skilja mellan sjukdom till följd av graviditet eller havandeskap och andra sjukdomar. Om en kvinna avskedas efter barnledighetens upphörande under samma förutsättningar p.g.a. sjukdom som en man är det alltså inte fråga om direkt diskriminering.[944] Boch kritiserar inkonsekvensen av att sjukdom till följd av graviditet skyddas endast under en viss period (som staterna beslutat om med stöd av artikel 2.3) och inte under hela sjukdomstiden när orsaken till sjukdomen är densamma hela tiden.[945] Wintermute menar däremot att graviditet inte bör kopplas samman med kön (och därmed inte skyddas specifikt). Istället borde man behandla graviditet och sjukdom i samband med graviditet på samma sätt; om en väsentligt högre andel kvinnor är drabbade än män och det inte finns någon saklig motivering till det (som saknar samband med kön), är det fråga om indirekt diskriminering – i båda fallen.[946] Detta diskuteras i kapitel 5.

En annan fråga har varit hur *beräkningen* av sjukfrånvaro skall gå till. Kan en arbetsgivare, som efter mammaledighetens utgång vill säga upp en kvinna som är sjukfrånvarande till följd av graviditet, räkna in den tid som hon varit sjukfrånvarande redan under mammaledigheten? I målet *Larsson* (C-400/95) menade domstolen att även tiden *före* mammaledigheten skulle ingå i beräkningen av underlaget för uppsägning. Domen har kritiserats för att vara ett tillbakasteg beträffande skyddet för kvinnor i

[942] *Rentokil* (C-394/96) punkt 18 (i domen används termen "mammaledighet").

[943] *Hertz* (C-179/88) punkt 15–19.

[944] Domstolen uttalade samma sak i *Larsson* (C-400/95) punkt 15–19 och *Rentokil* (C-394/96) punkt 26. I *Hertz* (C-179/88) fanns det, enligt EG-domstolen, ingen anledning att undersöka om kvinnor har högre sjukfrånvaro än män och att det i så fall skulle föreligga indirekt diskriminering fallet (punkt 13–19).

[945] Boch, ELR 1998 s. 493.

[946] Wintermute, ILJ 1998, s. 23–36.

samband med graviditet eftersom den skyddade perioden endast är den tid då mamman är barnledig.[947] I fallet *Rentokil* (C-394/96) utvidgades dock den skyddade perioden till att även omfatta själva graviditeten.

Tidigare fanns i svensk rätt en lag om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av äktenskap eller havandeskap m.m. (1945:844). När denna lag upphävdes framgick att lagen om rätt till föräldraledighet (1976:280) och LAS ersatte reglerna om skydd mot uppsägning eller avskedande p.g.a. äktenskap eller havandeskap. Det underströks särskilt att sådana omständigheter inte utgör saklig grund för uppsägning eller avskedande enligt LAS.[948] Av förarbetena till jämställdhetslagen framgår att en uppsägning eller dylikt av en arbetstagare p.g.a. äktenskap, havandeskap eller barnafödsel kan förklaras ogiltig *enligt allmänna rättsgrundsatser.*[949] En omplacering som har sin grund i att den gravida kvinnan behöver ett lättare arbete utgör dock inte könsdiskriminering i lagens mening.[950]

Uppsägning (etc.) av deltidsanställda

I målet *Kachelmann* (C-322/98) konstaterade EG-domstolen att det *kan* vara fråga om indirekt diskriminering vid uppsägning, om hel- och deltidsanställda inte behandlas lika. Domstolen framhöll att eftersom antalet heltidsanställda i Tyskland var betydligt större än antalet deltidsanställda, var de sistnämnda missgynnade, eftersom de hade sämre möjligheter att finna en annan jämförbar anställning. Domstolen överlämnade dock till den nationella domstolen att bedöma huruvida det förelåg sakliga skäl för åtskillnaden.[951] Här kan även påpekas att ramavtalet om deltidsarbete förbjuder, enligt 5 klausulen, uppsägning eller avskedande av en arbetstagare enbart av det skälet att denne inte vill gå från deltidsarbete till heltidsarbete eller tvärtom (direktiv 97/81).

Uppsägning (etc.) på grund av ålder

ILO-rekommendation nr 166, artikel 5 (a) stadgar att ålder är en otillåten grund för avskedande. EG-domstolen har tagit ställning till i vilken utsträckning det är möjligt att avskeda arbetstagare p.g.a. att de uppnått den i medlemsstaten gällande pensionsålder och denna är olika för kvinnor respektive män. Här har uppstått gränsdragningsfrågor i förhållande till direktiv 79/7 om social trygghet. Domstolen har uttalat att artikel 1 (2) i

[947] Se Caracciolo di Torella, ELR 1998 s. 165–170 och Boch, ELR 1998, s. 488–494.
[948] Se prop. 1975/76:133 s. 64.
[949] Prop. 1978/79:175 s. 127.
[950] A. prop. s. 130.
[951] *Kachelmann* (C-322/98) punkt 22–35.

likabehandlingsdirektivet angående social trygghet skall tolkas restriktivt och att om de regler som är under prövning reglerar anställningsförhållanden och uppsägning av anställning skall likabehandlingsdirektivet tillämpas.[952] Direktiv 79/7 hindrar inte medlemsstaterna att själva avgöra när pensionsåldern är uppnådd för att få pension inom det nationella socialförsäkringssystemet.[953] Detta direktiv är endast tillämpligt beträffande frågor om beviljande av pension och inte beträffande uppsägningsfrågor.

I fallet *Marshall I* (C-152/84) blev en kvinna avskedad fyra veckor efter hon fyllt 62 år, trots att hon uttryckligen önskat att fortsätta arbeta tills hon fyllde 65. Enda anledningen till avskedandet var att hon som kvinna passerat pensionsåldern som arbetsgivaren tillämpade för kvinnor. Engelsk lagstiftning innebar att kvinnor kunde få pension från 60 års ålder och män från 65 års ålder men lagstiftningen innebar inte att kvinnor måste sluta arbeta vid 60 års ålder. Arbetsgivaren hade låtit henne arbeta två år utöver den tid från vilken hon skulle kunnat ha fått pension. Frågan var om avskedandet utgjorde diskriminering i betydelsen enligt artikel 5 i direktivet. EG-domstolen kom fram till att en generell policy som innebär att kvinnor avskedas enbart p.g.a. att de nått åldern för att få pension enligt det nationella pensionssystemet, där åldern är olika för kvinnor och män, innebär könsdiskriminering enligt direktivet.[954] Detsamma gäller kollektivavtal.[955]

I fallet *Roberts* (C-151/84) var det fråga om villkor för förtidspensionering. Enligt de normala pensionsreglerna kunde kvinnor och män få förtidspension fem år före den obligatoriska pensionen som var 65 år för män och 60 för kvinnor. I samband med ett massfriställande på en fabrik ändrades reglerna så att kvinnor och män tilläts förtidspension vid samma ålder. Detta innebar att män fick förtidspension tio år före den obligatoriska pensionen medan kvinnor kunde få förtidspension endast fem år i förväg. Domstolen kom fram till att pensionsvillkor, till följd av ett massfriställande, som innebar att samma ålder för kvinnor och män vid förtidspensionering tilläts, inte utgjorde diskriminering även om den normala pensionen utbetalades vid olika ålder för kvinnor och män.[956]

[952] Se *Marshall I* (C-152/84) punkt 32, *Roberts* (C-151/84) punkt 35–36, *Beets–Proper* (C-262/84) punkt 34.

[953] Se fallet *Burton* (C-19/81) där domstolen fann att ersättning i samband med frivilligt friställande, där åldersgränsen för ersättningen var olika för kvinnor och män, inte var diskriminerande beroende på att åldersgränsen var densamma som i det statliga pensionssystemet. Medlemsstaterna har själva rätt att välja åldersgränsen för beviljande av pension då detta uttryckligen undantas från tillämpningen av direktiv 79/7 om sociala trygghetsfrågor (artikel 7).

[954] *Marshall I* (C-152/84) punkt 32–38.

[955] *Beets-Proper* (C-262/84) punkt 34–40.

UPPSÄGNING (ETC.) PÅ GRUND AV KÖNSBYTE OCH HOMOSEXUALITET

Uppsägning eller avskedande p.g.a. transsexualitet strider mot likabehandlingsdirektivet. Det framgår av fallet *P mot S* (C-13/94). EG-domstolen ansåg att det strider mot artikel 5 (1) att avskeda någon p.g.a. könsbyte om åtgärden inte kunde motiveras enligt artikel 2 (2). Domstolen ansåg sig inte ha fått något material som visade att så var fallet.[957] Som framgår i kapitel 4 anser EG-domstolen däremot att sexuell läggning faller utanför direktivets tillämpningsområde. Här kan dock nämnas att Europadomstolen funnit att avskedande p.g.a. sexuell läggning strider mot EKMR.[958] Europadomstolen betraktar emellertid inte heller diskriminering p.g.a. sexuell läggning som könsdiskriminering. Inte heller prövade Europadomstolen huruvida avskedandet stred mot diskrimineringsförbudet i artikel 14 med motiveringen att den redan funnit att de var i strid med artikel 8.[959]

UPPSÄGNING (ETC.) PÅ GRUND AV VÄGRAN ATT FÖLJA KLÄDFÖRESKRIFTER

En åtgärd att säga upp eller avskeda en arbetstagare med anledning av denne inte följer en viss klädkodex kan vara fråga om könsdiskriminering enligt 17 § 5 p. jämställdhetslagen. Kravet är att uppsägningen har ett direkt eller indirekt samband med arbetstagarens könstillhörighet. Om uppsägningen har sin grund i arbetstagarens vägran att bära en viss typ av kläder p.g.a. att arbetstagaren tillhör visst kön, finns det ett samband mellan könstillhörigheten, eftersom det är könstillhörigheten som styr kraven på viss klädsel. Därmed är det fråga om könsdiskriminering i strid med 17 § 5 p. att säga upp någon av denna orsak.

Uppsägning som har samband med sexuella trakasserier diskuteras i avsnitt 6.4.3.3.

6.2.3.5 Sammanfattning

I rätten till arbete ingår rätten att, utan könsdiskriminering, åtnjuta lika arbets- och anställningsvillkor. Både FN-konventioner, ILO-konventioner och Europarådets stadga innehåller krav på att arbets- och anställningsvillkor skall vara lika för kvinnor och män. Jämställdhetslagen innehåller regler om förbud mot könsdiskriminerande anställningsvillkor, arbetsled-

[956] *Roberts* (C-151/84) punkt 30–37.

[957] *P mot S* (C-13/94) punkt 17–24. Detta fall diskuteras mer utförligt i kapitel 4 om begreppet "kön".

[958] *Lustig-Prean och Beckett* (27 september 1999).

[959] Se *Lustig-Prean och Beckett* (27 september 1999) punkt 108. Frågan om förhållandet mellan sexuell läggning och begreppet könsdiskriminering behandlas i avsnitt 4.3.

ning och uppsägning (m.m.). Lagens användning av ordet "anställningsvillkor" (17 § 3 p.) är dock snävare och avser enbart de villkor som ingår i anställningsavtalet. Likabehandlingsdirektivet räknar in bl.a. villkor för anställning, befordran och uppsägning i "anställningsvillkor" och har således ett vidare betydelseområde än jämställdhetslagen. Till skillnad från likabehandlingsdirektivet räknas lönevillkor som anställningsvillkor i jämställdhetslagen.

Den senaste ändringen av jämställdhetslagen innebär att den negativa särbehandlingen i alla situationer där könsdiskriminering förbjuds (17 §) uttrycks med "mindre förmånlig behandling", vilket innebär en skillnad mot tidigare. I förarbetena sägs dock att någon skillnad i betydelse jämfört med tidigare inte är avsedd. Alla situationer utom vid uppsägning (m.m.) har samma krav på konkret eller hypotetisk jämförelseperson och samma krav på "missgynnande". Det är möjligt att förändringen medför att eventuella gränsdragningsproblem mellan de olika situationerna får mindre betydelse i framtiden.

6.3 Förbud mot könsdiskriminering vid utbildning

6.3.1 Rätten till grundläggande utbildning

6.3.1.1 Alla har rätt till utbildning

I flera internationella instrument finns regler om att alla skall ha *lika rätt* att utbilda sig, oberoende av kön. Det framgår t.ex. av artikel 26 i den universella förklaringen om mänskliga rättigheter, artikel 13 i KESKR, artikel 10 kvinnokonventionen och artikel 28 barnkonventionen. Rätten till utbildning begränsar sig inte till grundläggande utbildning utan gäller även påbyggnadsutbildning, yrkesutbildning och högre utbildning. Termen "undervisning" i universella förklaringen har en vid betydelse och begränsar sig inte enbart till att avse "*general education*".[960] Enligt artikel 10 (a) i kvinnokonventionen skall kvinnor och män ges samma karriärvillkor och yrkesutbildning, tillgång till utbildning, och möjlighet att erhålla examensbevis (*diplomas*) för alla typer av utbildningar. Likaså avser "undervisning" enligt artikel 1 (2) utbildningskonventionen (1960) "alla slag och nivåer av undervisning, dess standard och kvalitet och de villkor under vilka den meddelas". Yrkesutbildning är både en del av rätten till utbildning och rätten till arbete.[961]

[960] Arajärvi, Article 26, 1992 s. 408.

Det är inte enbart barn och ungdomar som har rätt till utbildning utan även vuxna. Detta framgår bl.a. av den universella förklaringen som stadgar att grundläggande och elementär undervisning skall vara obligatorisk och kostnadsfri. Följaktligen skall de vuxna som inte har grundutbildning få undervisning.[962] Enligt artikel 13 (2) (d) KESKR skall den grundläggande utbildningen så lång möjligt uppmuntras och intensifieras för alla som inte erhållit någon grundskoleundervisning eller inte avslutat denna. KESKR-kommittén underströk i den allmänna kommentaren nr 13 (angående artikel 13) att den grundläggande utbildningen inte får begränsas av (bl.a.) könstillhörighet.[963] Även kvinnokonventionen inbegriper vuxen- samt läs- och skrivutbildning (artikel 10 e).

Utbildningskonventionen förbjuder inrättande eller bibehållande av skilda utbildningssystem eller läroanstalter för vissa grupper eller grupper av personer, vilket utgör diskriminering enligt artikel 1 (c). Artikel 2 tillåter dock separata undervisningssystem eller läroanstalter för elever av motsatt kön under förutsättning att systemen erbjuder lika tillträde till undervisning, tillhandahåller personal som är lika kvalificerad, att lokaler och utrustning är av samma kvalitet samt att det ges möjlighet att läsa samma eller likvärdiga kurser.[964] Om dessa förutsättningar är uppfyllda föreligger inte diskriminering enligt konventionen. Detta kan jämföras med arbetslivet där ILO:s expertkommitté ansett att en könssegregerad arbetsmarknad innebar könsdiskriminering då kvinnor begränsades till att endast träffa andra kvinnor på arbetsplatsen.[965] Kommittén har kritiserat lagstiftning som helt och hållet utesluter kvinnor och flickor från att delta i utbildning.[966] Även vid begränsningar i valet av utbildning för ena könet är det enligt expertkommittén fråga om könsdiskriminering. Kommittén framhåller att ILO-konvention nr 111 kräver att lagstiftningen inte förhindrar tillgång för båda könen till utbildning för olika yrkesutövning.[967]

Deklarationen om utbildning för alla (utbildningsdeklarationen) 1990 stadgar i artikel 1 att alla har rätt till få ta del av utbildningsmöjligheter

[961] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 15, Valticos, von Potobsky, 1995, s. 123. Det framgår även av ILO:s expertkommittés kommentarer till staternas rapporter om uppfyllandet av ILO-konvention nr 111.

[962] Arajärvi, 1999, s. 554.

[963] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 24.

[964] KESKR-kommittén hänvisar, i sin allmänna kommentar nr 13, till utbildningskonventionen och konstaterar att separata utbildningssystem i vissa fall är tillåtna se CESCR General Comment 13 (1999) punkt 33.

[965] ILO, RCE, 1998, s. 358, se även Nielsen, H.K., ICLQ 1994, s. 834 f.

[966] ILO, RCE, 1999, s. 444 f.

[967] ILO, RCE, 1998, s. 358.

utformad för att tillgodose behovet av grundkunskaper.[968] Enligt artikel 3 (3) i samma deklaration sägs att det mest angelägna är att säkerställa tillgången till flickors och kvinnors utbildning samt att eliminera varje hinder för deras aktiva deltagande. I deklarationen från den internationella utbildningskonferensen (1994) utlovar staterna att de skall vidta åtgärder för att eliminera både direkt och indirekt diskriminering av flickor och kvinnor i utbildningssystem (artikel 2.3).[969] Pekingdeklarationen artikel 30 (samt handlingsplanen artikel 82) föreskriver att staterna skall tillförsäkra att kvinnor och män har lika tillgång till och behandlas lika vid utbildning.[970]

Förutom dessa stadganden har både KESKR-kommittén och kommittén för de mänskliga rättigheterna kommenterat rätten till utbildning. Artikel 14 i KESKR ålägger stater som ännu inte säkerställt obligatorisk grundläggande utbildning som är kostnadsfri att inom två år (från ratifikationen) utarbeta en detaljerad handlingsplan i detta syfte. I sin kommentar angående denna artikel understryker KESKR-kommittén att rätten till utbildning är grundläggande. Det är inte bara en ekonomisk, social och kulturell rättighet utan även en medborgerlig och politisk, eftersom den är central för dessa rättigheters förverkligande.[971] Rätten till utbildning är inte bara en mänsklig rättighet i sig utan även ett oumbärligt hjälpmedel för förverkligandet av andra mänskliga rättigheter.[972] KESKR-kommittén har framhållit att bristen på tillgång till undervisning ofta förstärker risken att barn utsätts för andra brott mot mänskliga rättigheter, t.ex. att de lever i yttersta misär eller utsätts för tvångsarbete.[973]

KMPR innehåller inte något stadgande om rätten till utbildning. Kommittén för de mänskliga rättigheterna har dock uttalat sig om detta i samband med artikel 3 (om kvinnors och mäns lika rättigheter). I den allmänna rekommendationen nr 28 (2000) understryker kommittén att staterna har ett ansvar enligt artikel 24 att skydda både pojkar och flickor. Staterna

[968] UNESCO Världskonferensen utbildning för alla, Jomtien (1990).

[969] UNESCO Declaration and Integrated Framework of Action on Education for Peace, Human Rigths and Democracy (1994).

[970] Pekingdeklarationen och handlingsplanen följer upp det som föreskrevs redan i Nairobistrategierna. Dessa stadgar att kvinnor och män bör ha jämställda möjligheter i fråga om utbildning samt samma utbildningsprogram, läroplaner och utbildningsnormer (Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985, UD II:42, punkt 54 och 83). Detta upprepas i handlingsplanen från FN:s högnivåmöte om uppföljning av Pekingkonferensen 2000. A/S-23/10/Rev.1 (June 2000) punkt 101 a.

[971] CESCR General Comment 11 (1999) punkt 2.

[972] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 1.

[973] CESCR General Comment 11 (1999) punkt 4.

bör därför rapportera om vilka åtgärder de vidtagit för att försäkra att flickor behandlas lika som pojkar i undervisning.[974]

Beträffande regionala regler kan konstateras att varken Europarådets statut[975] eller EKMR innehåller några regler om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Däremot stadgar artikel 2 i första tilläggsprotokollet till EKMR att ingen får vägras rätten till undervisning.[976] Till skillnad mot bl.a. artikel 26 i den universella förklaringen är det här fråga om en negativ definition "ingen må förvägras rätten till undervisning" i stället för "alla har rätt till utbildning". Staterna åtar sig även att respektera föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn en uppfostran som överensstämmer med föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse. Den sociala stadgan innehåller inget stadgande om rätt till utbildning förutom artikel 10 som handlar om rätten till yrkesutbildning. Enligt denna artikel åtar sig staterna att tillhandahålla all nödvändig teknisk och yrkesutbildning i samarbete med arbetsgivare och arbetstagarorganisationer.

Rekommendationen om jämställdhet i utbildning (1995) av Europarådets parlamentariska församling understryker alla människors rätt till utbildning som en grundläggande mänsklig rättighet och vikten av jämställdhet i utbildning. Parlamentet uttalar oro för att traditionella könsroller fortfarande begränsar valet av utbildning för båda könen och att staterna bör utveckla strategier för att skapa *de jure* och *de facto* frihet i tillträde och i valet av utbildning.[977]

Även EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna innehåller en artikel om rätten till utbildning (artikel 14). Utbildningsfrågor faller i första hand under medlemsstaternas kompetens (se artikel 149 och 150).[978] När det gäller arbetstagares fria rörlighet finns emellertid ett förslag till ändring av förordningen om den fria rörligheten för arbetstagare som innebär att *arbetstagare* har rätt till yrkesutbildning och annan utbildning på alla nivåer på samma villkor som landets egna arbetstagare.[979]

I svensk rätt framgår alla barns rätt till grundutbildning i RF 2:21. Det finns däremot inget stadgande om *rätten* till utbildning för vuxna.

[974] CCPR General Comment 28 (2000) punkt 28.
[975] ETS No. 1 (1949).
[976] ETS No. 9 (1954).
[977] Parliamentary Assembly Recommendation 1281 on gender equality in education (1995).
[978] EU:s kompetens inom utbildningsområdet behandlas i kapitel 8.
[979] KOM (1998) 394 slutlig, artikel 7 (3).

6.3.1.2 Grundläggande utbildning skall vara kostnadsfri

Grundläggande utbildning inbegriper läskunnighet, grundläggande matematik och annan "medborgerlig" (*civic*) undervisning.[980] Grundläggande och elementär undervisning skall enligt artikel 26 i den universella förklaringen vara obligatorisk och kostnadsfri. Kravet på obligatorisk och kostnadsfri undervisning är ett sätt att främja jämställdhet. I det att undervisningen skall vara obligatorisk ligger ett krav på att staterna har en skyldighet att tillhandahålla utbildning.[981] Genom att kräva deltagande i undervisning är artikel 26, förutom artikel 29, den enda i den universella förklaringen som ålägger en skyldighet för enskilda individer.[982] Precis som i den universella förklaringen stadgas i KESKR artikel 13, utbildningskonventionen artikel 4 och barnkonventionen artikel 28 (1) (a) att grundläggande utbildning skall vara obligatorisk och gratis för alla. KESKR går dock lite längre genom att den förespråkar att även fortsatt utbildning successivt skall göras kostnadsfri. Staterna åtar sig enligt artikel 4 att implementera de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna i den utsträckning deras resurser tillåter. Förbudet mot diskriminering i utbildning får dock inte implementeras successivt.[983] Inte heller är det beroende av tillgång till resurser.[984] Craven påpekar dock att det inte är möjligt att omedelbart eliminera diskriminering. Formell diskriminering i lagstiftning kan elimineras omgående men det kräver mer omfattande och tidskrävande åtgärder för att eliminera *de facto* diskriminering.[985]

EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna föreskriver att rätten till utbildning innefattar möjligheten att kostnadsfritt följa den obligatoriska undervisningen (artikel 14.2).

I Sverige föreligger allmän skolplikt. Det innebär en rätt för barn och ungdom att få utbildning inom det offentliga skolväsendet (skollagen 3:1 st. 2). Skolplikten omfattar alla barn som är bosatta i landet och inträder höstterminen det kalenderår barnet fyller sju år och upphör vid utgången av vårterminen det kalenderår de barnet fyller 16 år, eller 17 år om barnet fullgör skolplikten i specialskolan (skollagen 3:1, 7, 10). Rätten att kostnadsfritt erhålla grundläggande utbildning är grundlagsskyddad genom RF 2:21. Det stadgas särskilt i skollagen 1:2 att alla barn och ungdomar,

[980] Arajärvi, 1999, s. 554.
[981] A. st.
[982] Artikel 29 anger att var och en har plikter mot samhället.
[983] CESCR General Comment 11 (1999) punkt 10 och CESCR General Comment 13 (1999) punkt 31.
[984] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 31.
[985] Craven, 1998, s. 182.

oberoende av kön, har rätt till lika tillgång till utbildning i det offentliga skolväsendet. Dessutom skall de som verkar inom skolan främja jämställdhet mellan könen (1:2 och 9). Skollagen 3:1 st. 2 medför att det föreligger ett rättsligt hinder mot att avstänga grundskoleelever från skolan.[986]

Det krävs att fristående skolor (med enskild huvudman) verkar för de värdegrunder (bl.a. jämställdhet) som uttrycks i skollagen för att de skall få det nödvändiga erkännande av staten, som krävs för att få bedriva undervisning av barn i skolpliktig ålder.[987] (Erkännande innebär bl.a. rätt till stöd från offentliga medel samt offentlig kontroll.) Fristående skolor får följaktligen inte grunda antagningen av barn till utbildningen på könstillhörighet.

6.3.1.3 Påbyggnadsutbildning

Enligt artikel 13 (2) (b) KESKR skall de former av utbildning som följer efter grundskolan göras allmänt tillgänglig och åtkomlig för alla genom det successiva införandet av kostnadsfri undervisning. Denna utbildning förbereder eleverna för yrkes- och högre utbildningsmöjligheter.[988] Barnkonventionen uppmanar staterna att utveckla olika former av påbyggnadsundervisning samt att göra dessa tillgängliga för *alla* barn (artikel 28 (1) (b)).

Skollagen 1:2 gäller även gymnasium och således skall alla ungdomar ha *lika tillgång* till gymnasieutbildning, oberoende av kön. Enligt skollagen 5:1 är den utbildning inom det offentliga skolväsendet som är avsedd att påbörjas av ungdomar efter avslutad grundskoleutbildning fram till och med det första kalenderhalvår då de fyller tjugo år det som kallas "gymnasieskolan". Varje kommun är skyldig att erbjuda utbildning på nationella program för samtliga dessa ungdomar (skollagen 5:5) och enligt skollagen 5:15 är det regeringen som meddelar föreskrifter om urval mellan behöriga sökande. Av skollagen 5:8 framgår att det i första hand är de behöriga sökande från kommunen som anordnar utbildningen som skall tas emot. Om antalet platser är färre än antalet sökande skall platserna fördelas med betygen som grund enligt 6:4 gymnasieförordningen. Företrädet mellan sökande bestäms efter ett meritvärde.[989]

Fristående gymnasieskolor behöver i praktiken ett erkännande från staten. Skollagen 9:8 st. 1 p. 1 uppställer krav på att utbildningen svarar mot gymnasieskolans allmänna mål och att skollagens värdegrunder

[986] Se vidare Tersmeden och Werner, Skollagstiftningens grunder. Kommentarer till skollagen – motiv och praxis, 1995, s. 55.
[987] Tersmeden och Werner, 1995, s. 179.
[988] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 12.
[989] Frågan om positiv särbehandling vid antagning till utbildning behandlas i kapitel 9.

respekteras. I detta sammanhang skall skollagen 1:2 st. 2 och 3 särskilt beaktas.[990] Det innebär att de fristående skolorna måste verka för att jämställdhet främjas. Gymnasieskolan måste vara öppen för alla (skollagen 9:8 st. 1 p. 2). Antagning får således inte uteslutas p.g.a. kön.

Varje kommuninvånare som fyllt 20 år och som saknar sådana färdigheter som normalt uppnås i grundskolan har rätt att delta i kommunal vuxenutbildning och påbyggnadsutbildning (skollagen 11:10 och 19). För behörighet krävs enligt 3:4 förordningen om kommunal vuxenutbildning (1992:403) att den sökande saknar eller har brister i kunskaper som kursen avser att ge samt har förutsättningar för att följa undervisningen.

6.3.1.4 Föräldrars rätt att välja utbildning

I kravet på obligatorisk utbildning ligger ett förbud mot föräldrarna att hindra ett barns undervisning. Enligt tredje punkten i artikel 26 i universella förklaringen är det föräldrarna som i första hand har rätt att välja vilken utbildning som skall ges deras barn. Detta innebär dock inte en rätt att välja att barnet inte skall få någon utbildning alls.[991]

Artikel 13 (3) KESKR ger föräldrar rätt att välja den utbildning som står i överensstämmelse med deras religiösa och moraliska övertygelse. En skillnad mellan denna konvention och den universella förklaringen är att KESKR stadgar rätten att välja skola medan den sistnämnda stadgar rätten att välja undervisning.[992] Kravet på kostnadsfri undervisning begränsar inte föräldrars och vårdnadshavares rätt att välja annan skola än den som tillhandahålls av myndigheterna.[993] KESKR-kommittén framhåller i den allmänna rekommendationen nr 13 att rätten till grundläggande utbildning inte begränsas av vare sig ålder eller kön.[994] Staterna har en skyldighet att se till att vårdnadshavare, arbetsgivare m.fl. inte hindrar flickor från skolgång.[995] I den allmänna rekommendationen nr 11 uttalar KESKR-kommittén att kravet på obligatorisk undervisning innebär att varken föräldrar, vårdnadshavare eller staten kan välja huruvida barnet skall få tillträde till grundläggande undervisning. Kommittén tillägger att artikel 2 och 3 i konventionen förstärker detta krav vad gäller könsdiskriminering i undervisningen.[996] I kravet på åtkomlighet ligger att

[990] Tersmeden och Werner, 1995 s. 188 f.
[991] Arajärvi, 1992, s. 410.
[992] A. a. s. 418.
[993] CESCR General Comment 11 (1999) punkt 7.
[994] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 24.
[995] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 50.
[996] CESCR General Comment 11 (1999) punkt 6.

alla former av utbildning skall vara tillgängliga för alla utan diskriminering.[997]

Föräldrar och vårdnadshavare har enligt utbildningskonventionen artikel 5 (b) rätt att välja skola för sina barn som överensstämmer med deras övertygelser. Detta är i första hand en negativ rättighet, vilket innebär att religiös eller moralisk undervisning inte får ske mot föräldrarnas vilja.[998] Även artikel 18 (4) i KMPR föreskriver att staterna måste respektera föräldrars och förmyndares frihet att tillförsäkra att deras barns utbildning överensstämmer med föräldrarnas religiösa och moraliska övertygelse.[999] Kommittén för de mänskliga rättigheterna har uttalat att staterna bör se över sin lagstiftning och rättstillämpning och implementera alla nödvändiga åtgärder för att eliminera diskriminering av kvinnor i bl.a. utbildning.[1000] Staterna skall skydda tillgången till utbildning genom att tillförsäkra att enskilda, såsom föräldrar och arbetsgivare, inte hindrar flickor från att gå i skolan.[1001] I sin första rekommendation anger barnkommittén att barns utbildning bl.a. skall eftersträva att utveckla barnens respekt för föräldrarnas och samhällets kulturella värderingar. Utbildningen måste dock ske utan könsdiskriminering. Utbildningen skall tvärtom eftersträva jämställdhet.[1002] Kommittén framhåller att könsdiskriminering inte får förekomma beträffande möjligheter till studier, innehållet i undervisningsplaner eller genom otrygga och osäkra miljöer som kan avskräcka flickors deltagande i undervisningen.[1003]

Artikel 2 i första tilläggsprotokollet till EKMR innebär även en skyldighet för staterna att respektera den filosofiska och moraliska övertygelsen i varje funktion inom utbildningen och undervisningen. Av målet *Kjeldsen, Busk Madsen och Pederson* i Europadomstolen följer att föräldrarnas rätt att bestämma över barnens utbildning inte begränsar sig till att välja privatskola.[1004] Sålunda finns ett krav att respektera föräldrarnas önskan även vad gäller innehållet i undervisningen. EKMR innebär dock inte att föräldrarnas rätt till respekt för filosofisk eller religiös övertygelse har företräde framför barnets rätt till en fullständig utbildning.[1005] Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter har uttryckligen

[997] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 6.

[998] Arajärvi, 1999, s. 567 f.

[999] På engelska används "*education*" medan den svenska översättningen använder "uppfostran", SÖ 1971:42.

[1000] CCPR General Comment 28 (2000) punkt 31.

[1001] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 50.

[1002] CRC General comment No. 1, punkt 1 och 9

[1003] CRC General comment No. 1, punkt 10

[1004] *Kjeldsen, Busk Madsen och Pederson* (7 december 1976).

[1005] Tersmeden, och Werner, 1995, s. 27 och 63.

framhållit att barnens rätt till utbildning tar över föräldrarnas rätt att bestämma angående utbildningen.[1006]

Enligt artikel 14 (3) i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna skall föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn sådan utbildning och undervisning som står i överensstämmelse med deras religiösa, filosofiska och pedagogiska övertygelse respekteras.

Det framkommer av denna genomgång att internationella regler som föreskriver att föräldrars religiösa, filosofiska, moraliska och pedagogiska övertygelser skall respekteras avseende deras barns utbildning inte medför att könsdiskriminering beträffande undervisning tillåts. Barns rätt att inte bli könsdiskriminerade väger således tyngre än föräldrarnas rätt. Föräldrar har således inte rätt att hindra sina barn från att erhålla undervisning eller att välja utbildning av lägre kvalitet till t.ex. sina döttrar. Som jag framhållit tidigare ingår skyddet mot diskriminering i alla fri- och rättigheter och kan därför inte negligeras. För att kunna åtnjuta mänskliga rättigheter och för att kunna leva ett liv där möjlighet finns för varje individs fullständiga utveckling, krävs att könsdiskriminering inte tillåts. Därför kan inte föräldrars religiösa, filosofiska och moraliska uppfattningar få ligga till grund för könsdiskriminering.

6.3.1.5 Yrkesutbildning

I en rad folkrättsliga dokument, likabehandlingsdirektivet och jämställdhetslagen stadgas rätten till likabehandling och skydd mot könsdiskriminering beträffande anställning och yrkesutövning.[1007] I flera av dessa inbegrips rätten till yrkesutbildning, lärlingsutbildning och högre yrkesutbildning i rätten till anställning. I KESKR åtar sig konventionsstaterna att inrätta yrkesutbildningsprogram för att förverkliga rätten att arbeta (artikel 6.2). Enligt KESKR-kommitténs riktlinjer för staternas rapportering skall staterna bl.a. ange fakta om yrkesutbildning med hänsyn till personers kön.[1008] Kommittén har även klargjort att yrkesutbildning ingår i både rätten till utbildning och rätten till arbete.[1009] Enligt artikel 2 (3) i ILO-konvention nr 111 inbegriper termerna "anställning" och "yrkesutövning" tillträde till yrkesutbildning, anställning och skilda yrken och anställningsvillkor.[1010] Rätten till likabehandling avseende tillgång till yrkesutbildning framgår även av artikel 2 (b) i rekommendationen nr 111 till konventionen.

[1006] Kommissionens beslut 17678/91 *B.N. och S.N. mot Sverige.*
[1007] Se ovan avsnitt 6.2.1.
[1008] E/C.12/1991/1 (1991) punkt 3 (b) under "artikel 6".
[1009] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 15.
[1010] SÖ 1962:54, se även Valticos, von Potobsky, 1995 s. 123.

Kvinnokonventionen 11 (c) uttrycker också särskilt att staterna skall försäkra rätten till yrkesutbildning, omskolning inklusive lärlingsutbildning, högre yrkesutbildning samt återkommande utbildning. Detsamma sägs i Europarådets sociala stadga.[1011] Enligt artikel 10 i Europarådets sociala stadga skall parterna vidta en rad åtgärder för att trygga den enskildes rätt till yrkesutbildning.

Rätten till yrkesutbildning omfattas av EU:s kompetens. Enligt EG-rätten utgör yrkesutbildning all utbildning som på något sätt leder till, eller ger kunskaper för att bedriva, ett yrke, handel eller sysselsättning.[1012] Likabehandlingsdirektivet anger i artikel 4 att likabehandlingsprincipen även gäller yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning, och omskolning. I *Jackson-* och *Cresswellfallen* (C-63/91 och C-64/91) behandlades frågan om direktivets räckvidd i fråga om social trygghet. Frågan var om det faktum att villkoren i socialförsäkringssystemet påverkade ensamstående föräldrars möjligheter till yrkesutbildning (eller deltidsarbete) gjorde att direktivet skulle vara tillämpligt. EG-domstolen konstaterade att den i tidigare mål funnit att direktivet inte är avsett för att gälla social trygghet men att undantag från direktivet ändå måste tolkas restriktivt.[1013] Följaktligen kan inte förmånssystem undantas enbart grundat på det faktum att de formellt är en del av ett nationellt socialförsäkringssystem. Kravet för att direktivet skall vara tillämpligt är emellertid att det nationella socialförsäkringssystemet innehåller regler om tillgång till arbete, yrkesutbildning m.m., vilket det i de aktuella fallen inte gjorde.[1014]

Det finns ännu inget särskilt stadgande om förbud mot könsdiskriminering i samband med *lärlingsskap, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning, återkommande utbildning* och *omskolning* i svensk rätt. Kravet på likabehandling vid antagning till gymnasium och högskola innebär dock att könsdiskriminering inte får förekomma. Enligt artikel 6 i likabehandlingsdirektivet skall finnas en möjlighet för enskilda att få sina rättigheter enligt direktivet (däribland tillgång till yrkesutbildning) prövade vid domstol. Genom att det saknas möjlighet att överklaga intagningsbeslut till gymnasiet eller antagningsbeslut till högskolan är likabehandlingsdirektivet följaktligen inte implementerat till fullo. Även om man kan hävda att det inte finns utrymme för könsdiskriminering enligt det svenska antagningssystemen, kräver direktivet möjlighet till domstols-

[1011] Artiklarna 1, 10 och 20. (Stadgan har dock inte "återkommande utbildning" med.)
[1012] *Kommissionen mot rådet* (C-242/87) punkt 24–26. EU:s kompetens beträffande utbildning behandlas i kapitel 8.
[1013] Se även *Marshall I* (C-154/82) punkt 36.
[1014] *Jackson och Cresswell* (C-63 och 64/91) punkt 27–31.

prövning. Än så länge gäller denna brist både gymnasium och högskola. Förslaget till ny lag om likabehandling i högskolan innehåller förbud mot både direkt och indirekt könsdiskriminering och innebär att en sökande eller student skall kunna vända sig till ÖNH om han eller hon anser att dessa överträtts.[1015] EG-domstolen godkände ÖNH såsom domstol i *Abrahamssonfallet*, vilket innebär att frågan löses för högskolans del om förslaget leder till lagstiftning.[1016] Beträffande gymnasiet är dock ingen lösning i sikte.

6.3.2 Högre utbildning

Högre utbildning skall vara lika tillgänglig för alla grundat på *kvalifikationer* (universella förklaringen artikel 26.1). Med kvalifikationer (*merit*) avses förmågan att tillgodogöra sig utbildningen.[1017] Liknande stadganden finns i flera internationella dokument, dock med något varierande formuleringar. Enligt artikel 13 (2) (c) i KESKR, artikel 4 i utbildningskonventionen och artikel 28 (1) (c) barnkonventionen skall urvalet baseras på *kapacitet*. KESKR stadgar dessutom att utbildningen gradvis skall bli tillgänglig utan kostnad. Kvinnokonventionen (artikel 10) föreskriver att kvinnor skall ha "samma rättigheter" som män men säger inget om grunder för urvalet till utbildning. I punkten (a) framhålls att jämställdhet skall säkras i högre teknisk utbildning och all yrkesutbildning.

ILO:s övervakningsorgan har tolkat ILO-konvention nr 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning till att även täcka högre utbildning när sådan är nödvändig för att kunna få en viss anställning eller kunna utöva visst yrke.[1018] Således överlappar ILO-konventionen nr 111 och utbildningskonventionen delvis varandra vad gäller tillämpningsområdet.[1019]

I preambeln till UNESCO-deklarationen om högre utbildning (1998) beskrivs högre utbildning som "all types of studies, training or training for research at the post-secondary level, provided by universities or other educational establishments that are approved as institutions of higher education by the competent State authorities".[1020] Deklarationen föreskriver

[1015] Ds 2000:71

[1016] Abrahamssonmålet behandlas i avsnitt 9.8.1.

[1017] Arajärvi, 1999, s. 554 f.

[1018] Nielsen, H.K., ICLQ 1994, s. 832.

[1019] Nielsen, Rehof, 1998, s. 207. ILO-konvention nr 117 (1962) om socialpolitik anger att vidsträckta utbildningssystem, yrkesskolor och lärlingsskap skall fortskridande utvecklas för att effektivt förbereda barn av båda könen till en nyttig sysselsättning (artikel 15). Sverige har inte ratificerat denna konvention.

[1020] UNESCO World Declaration on Higher Education For the Twenty-First Century, Paris, 1998.

att ingen diskriminering p.g.a. kön kan accepteras beträffande tillträde till högre utbildning (artikel 3 a) och att tillträdet skall ske grundat på meriter (artikel 4 a).[1021] Europarådets sociala stadga anger *personlig skicklighet* som grund för tillträde till högre teknisk- och universitetsutbildning (artikel 10). I ministerkommitténs rekommendation angående högre utbildning uppmanas staterna att förbjuda könsdiskriminering i högre utbildning.[1022]

För antagning till grundläggande högskoleutbildning i Sverige krävs att den sökande har grundläggande behörighet, och i de fall det krävs, även särskild behörighet (HF 7:2). Högskolorna skall ta emot sökande som uppfyller behörighetskraven för studierna så långt det är möjligt med hänsyn till kvalitetskraven i 1:4 (enligt HL 4:1). För antagning till forskarutbildning krävs att sökanden kan erbjudas handledning, godtagbara studievillkor i övrigt samt att den har studiefinansiering (HF 9:1). Urvalet bland de sökande skall göras med hänsyn till deras förmåga att tillgodogöra sig forskarutbildningen (HF 9:6). Som redan nämnts finns ett förslag om en särskild lag som innehåller ett diskrimineringsförbud vid antagning till högskolan. Enligt förslaget skall ett uttryckligt förbud mot könsdiskriminering införas beträffande tillträde till högskolan, examination och ingripande åtgärder som påverkar studentens möjlighet att delta i undervisning.[1023]

6.3.3 Krav på utbildningen

Undervisningen skall syfta till personlighetens fulla utveckling och till att stärka respekten för människans grundläggande fri- och rättigheter (universella förklaringen artikel 26.2 och KESKR artikel 13.1).[1024] Detta innebär att undervisningen inte får stå i strid med vare sig den universella förklaringen eller principerna i FN-stadgan.[1025] Således måste principen om jämlikhet mellan könen beaktas i undervisningen beträffande bl.a. innehåll och kvalité på undervisningen.

Artikel 10 kvinnokonventionen anger bland annat att kvinnor och män skall ha tillgång till samma kursplaner, samma examination m.m.

[1021] UNESCO World Declaration on Higher Education For the Twenty-First Century, Paris, 1998. Att märka är att man valt att använda ordet "gender" istället för "kön" i den engelska texten. Skillnaden mellan dessa ord behandlas i kapitel 4.
[1022] Recommendation No. R (98) 3 of the Committee of Ministers to Member States on Access to Higher Education (1998), sektion 3 i tillägget till rekommendationen.
[1023] Se Ds 2000:71.
[1024] Det hävdas även av KESKR-kommittén i CESCR General Comment 13 (1999) punkt 4.
[1025] Arajärvi, 1999, s. 555.

(punkt b). Punkten (f) är ett av de få stadgandena som anger konkreta åtgärder för staterna att vidta. Där åläggs staterna att tillse att antalet kvinnliga avhopp minskas och att staterna inrättar program för de flickor och kvinnor som slutat skolan för tidigt.

KESKR-kommittén har ansett att iransk lagstiftning var oförenlig med konventionen. Kvinnor uteslöts från möjligheten att studera en rad ämnen på universitetsnivå. De fick inte heller bli domare och makes medgivande krävdes för att en kvinna skulle få arbeta utomlands. Kommittén tog inte ställning till huruvida det fanns objektiva och godtagbara skäl för detta utan yttrade bara att detta var "incompatible with the obligations undertaken by the State party under the Covenant".[1026] Därefter har kommittén avgivit två allmänna kommentarer angående undervisning. I den trettonde kommentaren påpekar KESKR-kommittén att diskrimineringsförbudet i artikel 2 (2) konventionen medför att staterna är skyldiga att avlägsna könsstereotyper som försvårar tillgången till utbildning för flickor och kvinnor.[1027] Staterna har även en skyldighet att se till att undervisningen är av god kvalitet för alla.[1028] Barnkommitténs första rekommendation handlar om målsättningen med utbildning. Kommittén lyfter fram att skydd mot diskriminering beträffande utbildning inte enbart avser tillgång till utbildning, utan även innehållet i den.[1029]

I flera andra internationella instrument anges eliminering av stereotypa könsroller som en viktig målsättning av hög prioritet, t.ex. artikel 10 (c) kvinnokonventionen, artikel 3 (3) utbildningsdeklarationen (1990), artikel 4 (b) UNESCO-deklarationen om högre utbildning (1998), och i rekommendationerna från den internationella kongressen om teknisk och yrkesutbildning.[1030] UNESCO-deklarationen om högre utbildning (1998) artikel 4 (b) stadgar även att staterna skall ta in könsaspekter i olika discipliner. Artikel 29 i barnkonventionen föreskriver att innehållet i utbildningen bl.a. skall syfta till att förstå jämlikhet mellan könen (punkt 1.d). Enligt punkt 83 i Nairobistrategierna skall textböcker och annat undervisningsmaterial fortlöpande "utvärderas, uppdateras och vid behov omarbetas för att säkerställa att de återspeglar positiva, dynamiska och aktiva kvinnobilder och för att skildra män som deltar aktivt på alla ansvarsområden när det gäller hem och familj".[1031] Vid den senaste

[1026] E/C12./1993/7, s. 3 punkt 6.
[1027] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 55.
[1028] CESCR General Comment 13 (1999) punkt 50.
[1029] CRC General Comment No. 1, se särskilt punkt 3 och 10.
[1030] UNESCO World Declaration on Higher Education For the Twenty-First Century, Paris, 1998, Technical and Vocational education and Training: A Vision For the Twenty-first Century, Recommendations, Seoul, 1999, punkt 4.4.
[1031] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–16 juli 1985. UD II:42.

kvinnokonferensen (i Peking 1995) uttalade staterna att de åtar sig att försäkra lika tillgång till och likabehandling av kvinnor och män inom utbildning (artikel 30). I handlingsplanen som utarbetades under konferensen lyfts ojämlikheter och bristfälligheter i utbildning fram som ett av de kritiska områdena för alla att särskilt vidta strategiska åtgärder för (artikel 46). Ett särskilt avsnitt i handlingsplanen handlar om kvinnors utbildning (avsnitt B).[1032]

Europarådets parlamentariska församling har uppmanat staterna att säkerställa jämställdhet i skolorna. Bland annat uppmanas staterna att utmönstra könsrollsstereotyper ur läromedlen samt att introducera jämställdhetsaspekter i undervisningen.[1033]

I 1:2 st. 3 skollagen sägs att skolan skall utformas i överensstämmelse med grundläggande demokratiska värderingar och att alla som verkar inom skolan skall främja aktning för varje människas egenvärde. Detta räknas till skolans viktiga fostransmål. Ett sådant mål är strävan mot jämställdhet mellan könen.[1034] Jämställdhet mellan kvinnor och män alltid skall iakttas och främjas inom högre utbildning i Sverige, det framgår av HL 1:5 och HF 1:8. Stadgandena definierar inte vad som avses med jämställdhet. Inte heller innehåller de något förbud mot könsdiskriminering. Att jämställdhet inte bara skall iakttas utan även *främjas* tillkom 1997 på förslag av Kvinnovåldskommissionen, utredningen om insatser för kvinno- och jämställdhetsforskning och arbetsgruppen för jämställdhet mellan kvinnor och män inom högre utbildning och forskning.[1035] Det fanns enligt kommissionen anledning att misstänka att jämställdhetsfrågan förbisetts i högskoleutbildningarna och ändringen skulle klargöra att frågor som rör jämställdheten mellan kvinnor och män skall finnas med i undervisningen i högskoleutbildningarna.[1036] I samband med ändringen tillfördes krav på könsperspektiv i utbildningen i vissa examensordningar, däribland juristutbildningen och läkarutbildningen.[1037] Förslaget till lag om likabehandling i högskolan innehåller inte någon föreskrift avseende innehållet i utbildningen.[1038]

[1032] I handlingsplanen till uppföljningen av konferensen understryks att staterna måste implementera program etc. som tillförsäkrar jämställdhet och eliminerar könsdiskriminering samt könsstereotyper i läroplaner och undervisningsmateriel. A/S-23/10/Rev.1 (2000) punkt 101 b.
[1033] Parliamentary Assembly Resolution 1018 (1994), artikel 1 (vi). Se även Parliamentary Assembly Resolution 855 (1986).
[1034] Prop. 1990/91:18 s. 29 f., prop. 1994/95:164 s. 10 f.
[1035] SOU 1995:110 s. 177 och Ds 1997:56 s. 49. Ändringen trädde i kraft 1999.
[1036] SOU 1995:60 del A s. 391 f.
[1037] Punkt 19 och 25 examensordningen i HF.
[1038] Ds 2000:71.

6.3.4 Sammanfattning

Rätten till utbildning finns uttryckt i flera FN-konventioner som också innehåller förbud mot könsdiskriminering i samband med utbildning. Rättigheten tillkommer både barn och vuxna. Utbildning är också en del av rätten till arbete när det gäller yrkesutbildning. Således skyddar ILO-konvention nr 111 mot könsdiskriminering vid yrkesutbildning. Även Europarådets sociala stadga är tillämplig vid yrkesutbildning men i övrigt har Europarådet endast antagit ett negativt stadgande om att ingen må förvägras rätten till utbildning istället för att "alla har rätt till utbildning". Likaså förbjuder EU:s likabehandlingsdirektiv könsdiskriminering vid yrkesutbildning.

I svensk rätt stadgas rätten till utbildning i RF 2:21 men avser enbart grundskoleutbildning. Svensk rätt innehåller inte något uttryckligt förbud mot könsdiskriminering inom utbildningsområdet, förutom jämställdhetslagens regler som träffar anställda inom utbildningsväsendet. Grundlagsregeln kan dock ses som ett förbud mot könsdiskriminering beträffande tillgång till grundskoleutbildning. Dessutom sägs i skollagen 1:2 att barn och ungdomar skall ha "lika tillgång" till utbildning. Enligt högskolelagen sker urvalet utifrån den sökandes kvalifikationer (dvs. betyg etc. HL 4:3). Detta innebär att lika behandling är utgångspunkten för antagning till högre utbildning. Ett förslag som innehåller uttryckliga förbud mot könsdiskriminering i högskola har utarbetats men har ännu inte lagts fram i en proposition.

Flera stadganden inom folkrätten anger att utbildning av barn inte skall ske i strid med föräldrarnas religiösa, filosofiska, moraliska (etc.) övertygelse. Detta innebär inte att föräldrar har rätt att neka något barn utbildning. Inte heller är det tillåtet att ha separata utbildningar för pojkar och flickor. Förbudet mot könsdiskriminering beträffande utbildning gäller inte enbart frågan om tillträde till utbildning utan även innehållet och kvalitén på utbildningen. I Sverige skall skolan och högre utbildningsanstalter aktivt arbeta för att främja jämställdhet mellan könen.

6.4 Sexuella trakasserier

6.4.1 Definitioner av sexuella trakasserier

6.4.1.1 Folkrätt

Sexuella trakasserier kom upp på den politiska agendan först på 1990-talet. Därför innehåller exempelvis inte kvinnokonventionen något uttryckligt stadgande om sexuella trakasserier. När kvinnokommittén har

tolkat kvinnokonventionen har den framhållit att jämställdhet i arbetslivet (artikel 11 i kvinnokonventionen) allvarligt förhindras så länge kvinnor utsätts för sexuella trakasserier på arbetsplatsen. Kommittén anger att sexuella trakasserier inbegriper:

> "such unwelcome sexually determined behaviour as physical contact and advances, sexually coloured remarks, showing pornography and sexual demands, whether by words or actions."[1039]

Enligt kvinnokommittén utgör sådant handlande diskriminering när kvinnan har rimlig (*reasonable*) grund för att tro att hennes invändningar skulle leda till nackdelar i samband med hennes arbete, anställning, eller befordran *eller* när handlandet skapar en fientlig arbetsmiljö. Kommittén uppmanar därför staterna att bifoga information om sexuella trakasserier och vilka åtgärder som vidtagits mot sexuella trakasserier på arbetsplatsen i sina rapporter till kommittén[1040]

Även enligt ILO-konvention nr 111 anses sexuella trakasserier ingå i skyddet mot könsdiskriminering i arbetslivet, i den mån det rör sig om en åtskillnad, uteslutning eller företräde p.g.a. kön.[1041] Handlingen måste ("med rätta") uppfattas som ett villkor eller en förutsättning för arbete, påverka beslut om arbete eller påverka arbetsprestationen, förödmjuka, kränka eller förnärma personen som utsätts för behandlingen. Varje handling av oönskad natur som inte kan missförstås av gärningsmannen utgör sexuella trakasserier.[1042] Sexuella trakasserier kan även föreligga i situationer som är allmänt otrevliga (*hostile*) för ena könet.[1043] Europarådets sociala stadga innehåller ingen definition av sexuella trakasserier men i den förklarande rapporten till stadgan definieras sexuella trakasserier som:

> "oönskat beteende av sexuell natur, eller annat beteende som baserar sig på könstillhörighet och drabbar arbetstagarens värdighet, däribland beteenden från överordnades och kollegers sida".[1044]

Flera dokument i folkrätten lyfter fram sexuella trakasserier som en form av könsrelaterat våld. I exempelvis Wiendeklarationen om mänskliga rättigheter (1993) sägs att alla former av könsrelaterat våld, inklusive

[1039] CEDAW General Recommendation No 19 (1992) punkt 18.
[1040] CEDAW General Recommendation No 19 (1992) punkt 17–18 och 24 (j).
[1041] Nielsen, H.K., ICLQ 1994, s. 834, Nielsen, Rehof, 1998, s. 216.
[1042] Nielsen, Rehof, 1998, s. 216, se även ILO, RCE, 1988, punkt 45 och 1996 punkt 39.
[1043] ILO, RCE, 1996, punkt 39.
[1044] Ds 1997:65 s. 31. Engelsk originaltext s. 121.

sexuella trakasserier, är oförenliga med människans värde och värdighet och måste elimineras.[1045]

6.4.1.2 EG-rätt och svensk rätt

Rådet meddelade 1990 en resolution om skydd av kvinnors och mäns värdighet på arbetet, enligt vilken beteende av sexuell natur eller könsbaserat beteende och som utgör ett brott mot arbetstagarens värdighet är oacceptabelt.[1046] EU-kommissionens rekommendation från 1991 har i princip samma innehåll (i artikel 1) samt en uppförandekod som kom till på uppmaning av rådet.[1047] I uppförandekoden definieras sexuella trakasserier vara:

> "ovälkommet beteende av sexuell natur som påverkar kvinnors och mäns värdighet på arbetsplatsen".[1048]

Det är emellertid först om förslaget till ändrat likabehandlingsdirektiv antas som en definition av sexuella trakasserier hamnar i ett rättsligt bindande dokument i EG-rätten. Enligt förslaget skall artikel 1 (a) i direktivet lyda:

> "Sexuella trakasserier skall anses som diskriminering på grund av kön när ett oönskat könsrelaterat beteende äger rum med syftet eller effekten att påverka en persons värdighet och skapa en hotfull, fientlig, offensiv eller störande miljö, särskilt om en persons avvisande eller underkastelse i förhållande till ett sådant beteende används som grund för ett beslut som påverkar denna person".[1049]

När regler om sexuella trakasserier infördes i jämställdhetslagen sades att med trakasserier avsågs ett handlande som avser att skada eller vålla obehag. Det handlar också om beteenden som är hotfulla eller allmänt kränkande.[1050] Sedan första juli 1998 finns en definition av när sexuella trakasserier skall anses föreligga (6 § 2 st.), som lyder:

[1045] Wiendeklarationen (1993) punkt 18. Se även kvinnovåldsdeklarationen (1994) och i handlingsplanen från den fjärde kvinnokonferensen i Peking (1995) där sexuella trakasserier räknas upp som exempel på "våld mot kvinnor" (kvinnovåldsdeklarationen artikel 2 (b), handlingsplanen artikel 114.b). I artikel 1 i kvinnovåldsdeklarationen definieras "våld mot kvinnor" innebära *både* fysiskt och psykiskt våld.

[1046] OJ C 157 1990 s. 112–113.

[1047] OJ L 49 1992 s. 83–84. Rådet har uppmanat medlemsstaterna att anta och utveckla program för att bekämpa sexuella trakasserier (OJ C 27 1992 s l).

[1048] OJ L 49 1992 s. 83–84.

[1049] KOM (2000) 334 slutlig. Den engelska definitionen lyder "... an intimidating, hostile, offensive or disturbing environment...". *Offensive* har på svenska översatts till "offensiv", vilket är en mindre lyckad översättning. "Stötande" hade varit en bättre översättning i sammanhanget.

[1050] Prop. 1990/91:113 s. 71 f. och 113.

> "Med sexuella trakasserier avses sådant ovälkommet uppträdande grundat på kön eller ovälkommet uppträdande av sexuell natur som kränker arbetstagarens integritet i arbetet."

Sexuella trakasserier definieras i högskoleförordningen 1:9 st. 1 och är i princip uttryckt på samma sätt som i 6 § jämställdhetslagen. "Ovälkommet uppträdande grundat på kön" och "ovälkommet uppträdande av sexuell natur" anges i omvänd ordning, något som har kritiserats och därför ändrats i förslaget till lag om likabehandling i högskolan.[1051] Arbetsmiljöverket (f.d. arbetarskyddsstyrelsen) har antagit föreskrifter om kränkande särbehandling som inte enbart avser sexuella trakasserier. Här definieras *kränkande särbehandling* i 1 § såsom:

> "återkommande klandervärda eller negativt präglade handlingar som riktas mot enskilda arbetstagare på ett kränkande sätt och kan leda till att dessa ställs utanför arbetsplatsens gemenskap".[1052]

6.4.1.3 Jämförelse av definitionerna

Gemensamt för beskrivningarna är att de anger att handlingen skall vara *oönskad* av den som utsätts för den. Utgångspunkten är därmed hur den drabbade personen uppfattar handlingen men denna måste klargöra för motparten att beteendet inte accepteras. I vissa fall står det klart för den som vidtagit handlingen att denna var oönskad utan att den som drabbats måste vidta åtgärder.[1053] För att sexuella trakasserier skall anses föreligga krävs att effekten av handlandet är att arbetstagarens *integritet* och *värdighet* kränks (se den förklarande rapporten till Europarådets sociala stadga, förslaget till artikel 1 a likabehandlingsdirektivet[1054] och jämställdhetslagen). Enligt arbetsmiljöverkets föreskrift krävs att handlandet är kränkande för en enskild arbetstagare samt att det kan leda till att han eller hon ställs utanför arbetsplatsens gemenskap. Det verkar alltså som om denna föreskrift kräver mer än att handlingen kränker individens värdighet och integritet.

Vissa definitioner anger att *arbetsmiljön* skall påverkas. Kvinnokommitténs beskrivning av sexuella trakasserier, förslaget till ändring av likabehandlingsdirektivet[1055] innebär att sexuella trakasserier förekommer när handlingen skapar en hotfull, fientlig, stötande eller störande miljö.

[1051] Ds 2000:71. Se även Högskoleverkets rapportserie 2000:17 R Sexuella trakasserier mot studenter. – Högskolornas åtgärder, s. 27 f.
[1052] AFS 1993:17.
[1053] Prop. 1997/98:55 s. 139.
[1054] Även i kommissionens rekommendation och uppförandekod.
[1055] Även rådets resolution OJ C 157 1990 s. 112.

Dessutom anges i vissa definitioner att sexuella trakasserier föreligger när den utsattes avvisande eller underkastelse i förhållande till beteendet används som grund för ett beslut som påverkar personen. ILO-konvention nr 111 förutsätter att beteendet påverkar beslut som fattas eller skadar yrkesutövningen, se även förslaget till artikel 1 a likabehandlingsdirektivet. Kvinnokommitténs definition förutsätter inte att en nackdel faktiskt uppstår utan det räcker med att situationen ger kvinnan anledning att tro att hon kommer att få en nackdel om hon inte finner sig i beteendet.

Arbetsmiljöverkets föreskrifter anger att förutom att beteendet skall vara oönskat, skall det vara fråga om *återkommande* handlingar. Även kommissionens uppförandekod lyfter fram att "sexual attention" utgör sexuella trakasserier om beteendet fortgår efter att mottagaren klargjort att det uppfattas som stötande. Kommissionen framhåller dock att även *enstaka* handlingar kan utgöra sexuella trakasserier om de är tillräckligt allvarliga.[1056] Jämställdhetslagens definition av sexuella trakasserier är avsedd att motsvara uppförandekodens betydelse.[1057] Det sägs inte uttryckligen i propositionen att även enstaka handlingar räknas som trakasserier men man talar om "handlingen" eller "beteendet" vilket tyder på att även enstaka handlingar ansetts kunna utgöra sexuella trakasserier.[1058] När det gäller sexuella trakasserier vid högre utbildning har kammarrätten i Sundsvall uttalat att även enstaka handlingar räknas som sexuella trakasserier, det behöver inte vara fråga om en pågående process.[1059]

6.4.2 Vilka beteenden utgör sexuella trakasserier?

Kränkande särbehandling inbegriper mer än *sexuella trakasserier.* En kränkande behandling kan sägas förekomma när någon blivit så att säga elakt behandlad, vilket i sin tur lett till att personen ifråga blir utfryst på arbetsplatsen.[1060] Termen sexuella trakasserier för lätt tanken till handlingar av sexuell natur. Av de flesta beskrivningarna följer att sexuella trakasserier inbegriper handlande av sexuell natur. Enligt kvinnokommittén skall handlingen vara "sexually determined", ILO-kommittén talar inte om typ av handling, endast att den till sin natur är oönskad. Europarådets sociala stadga, kommissionens uppförandekod och jämställdhetslagen anger både "av sexuell natur" och "annat beteende som baserar sig på könstillhörighet". Förslaget till ändring av likabehandlingsdirektivet

[1056] OJ L 49 1992 s. 83 punkt 2.
[1057] Det framgår av prop. 1997/98:55 s. 109 f.
[1058] Prop. 1997/98:55 s. 139.
[1059] Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3308–1999 (2000-03-14).
[1060] Iseskog, Aktivt jämställdhetsarbete. För jämställt arbetsliv och jämställda arbetsplatser, 2000, s. 34.

använder istället "könsrelaterat beteende" som inbegriper både beteende av sexuell natur och beteende grundat på kön. Av förarbetena till införandet om regler angående sexuella trakasserier i jämställdhetslagen framgår att även *könsrelaterade handlingar* skall omfattas.[1061] Begreppet sexuella trakasserier kommer ifrån USA (sexual harassment). "Sexual" betyder på engelska två saker; dels sexuell, dels könsrelaterad.[1062] Sexuella trakasserier handlar alltså inte bara om handlingar av sexuell natur utan kan även vara uttryck för sexism, alltså för könsdiskriminerande attityder.[1063]

Begreppet innefattar många olika beteenden; fysiskt, verbalt eller icke-verbalt uppträdande. Som exempel på *fysiskt* uppträdande av sexuell natur nämns i propositionen bl.a. klappande, nypande eller grövre handlingar som våldtäkt. *Verbalt* uppträdande av sexuell natur sägs exempelvis kunna vara ovälkomna förslag eller påtryckningar om sexuell samvaro. *Icke-verbalt* uppträdande av sexuell natur kan vara pornografiska bilder, visslingar, stirrande eller anstötliga gester. *Annat uppträdande* grundat på kön handlar om beteenden som svärtar ner eller förlöjligar m.m. en arbetstagare på grund av hans eller hennes kön. Det kan t.ex. röra sig om könsbaserade förolämpningar och stötande kommentarer om utseende eller klädsel. Gemensamt för dessa beteenden är att de är ovälkomna och kränker individens rätt till personlig integritet och självbestämmande.[1064] Det är den som utsätts för ett beteende som avgör huruvida detta är ovälkommet eller inte.[1065]

6.4.3 Regler om sexuella trakasserier

6.4.3.1 ILO, FN, Europarådet och EU

ILO-resolutionen om "Equality of opportunities and Treatment of Men and Women Workers in Employment" (1985) stadgar att sexuella trakasserier är skadliga för arbetstagares arbetsförhållande och anställnings- samt befordringsförutsättningar. ILO:s expertkommitté lyfter fram att sexuella trakasserier även är ett problem ur arbetsgivarsynpunkt, eftersom det är "contrary to the objectives of the employer since it weakens the bases upon which industrial relations are built and hinders productivity".[1066]

[1061] Prop. 1997/98:55 s. 111. Vid införandet av definitionen av sexuella trakasserier var regeringen enig med de remissinstanser som ville ändra termen till något annat, bl.a. för att sexuella trakasserier lätt för tanken till sexuella närmanden. Regeringen ansåg dock att begreppet är så väl inarbetat att det är svårt att ersätta.
[1062] SOU 1995:60 Del A, s. 337.
[1063] A. st.
[1064] Prop. 1997/98:55 s. 139 f.
[1065] A. prop. s. 139.

I kvinnovåldsdeklarationen och i handlingsplanen från Pekingkonferensen anges att sexuella trakasserier vid utbildningsinstitutioner ingår i begreppet "våld mot kvinnor".[1067] I handlingsplanen från Pekingkonferensen sägs även att sexuella trakasserier utgör hinder mot tillgång till utbildning (artikel 73). Staterna åtar sig även att förbjuda direkt och indirekt könsdiskriminerande anställningsvillkor, inklusive att garantera rättsligt skydd mot sexuella trakasserier.[1068] Staterna, arbetsgivarna, de fackliga organisationerna m.fl. uppmanas att utveckla program och rutiner för att eliminera sexuella trakasserier på arbetsplatser, inom utbildningsinstitutioner och i övrigt.[1069]

Även Europarådets parlament har uttalat oro över att kvinnor och flickor fortfarande utsätts för sexuella trakasserier vid utbildning.[1070] Enligt Europarådets sociala stadga artikel 26 (1) skall staterna i samråd med arbetsmarknadsparterna "verka för medvetenhet om, information om och åtgärder till förebyggande av sexuella trakasserier på arbetsplasten eller i samband med arbetet, förebygga sådant beteende samt vidta alla lämpliga åtgärder för att skydda arbetstagarna från detta".[1071]

Sexuella trakasserier kan utgöra könsdiskriminering i strid med likabehandlingsdirektivet.[1072] Det är emellertid först om den föreslagna ändringen i likabehandlingsdirektivet antas, som det finns ett uttryckligt förbud mot sexuella trakasserier i ett rättsligt bindande EG-dokument. I förslagets artikel 1 a sägs att sexuella trakasserier utgör diskriminering p.g.a. kön.[1073]

6.4.3.2 Arbetsmiljölagen

Eftersom sexuella trakasserier kan påverka den psykosociala miljön på arbetsplatsen, kan arbetsmiljölagens (1977:1160) regler om arbetsmiljöns beskaffenhet bli tillämpliga. Om beteendet konkret påverkar den trakasserades arbete, arbetsvillkor eller arbetsförhållanden och är förenat med hot om repressalier faller det istället under jämställdhetslagen.[1074]

[1066] ILO, RCE, 1988, punkt 45 och 1996 punkt 40.

[1067] Kvinnovåldsdeklarationen artikel 2 (b), handlingsplanen artikel 114 (b).

[1068] Fourth World Conference on Women Beijing (1995) punkt 178 (b). Detta upprepas i handlingsplanen till uppföljningen av Pekingkonferensen A/S-23/10/Rev.1 (June 2000) punkt 118 b.

[1069] Handlingsplanen artikel 127 (a). Staternas skyldighet att vidta åtgärder för att skydda kvinnliga arbetstagare mot trakasserier finns även med i handlingsplanen för uppföljning av Pekingkonferensen, punkt 118 b.

[1070] Parliamentary Assembly Recommendation 1281 (1995).

[1071] Se även Ds 1997:65 s. 31.

[1072] OJ C 157 1990 s. 112–113, Blanpain, 2000, s. 325.

[1073] KOM (2000) 334 slutlig.

[1074] Laurén, Lavén, 1992, s. 203 f.

Arbetsmiljölagen gäller både anställda och de som genomgår utbildning (1:3 st. 1 p. 1), sålunda även skolelever.[1075] Det ansvar som åvilar arbetsgivaren enligt föreskrifterna gäller därmed skolans huvudmän.

Arbetsmiljölagen 1:1 är ett målstadgande och föreskriver skyldigheter att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö.[1076] Regeln anger syftet med hela lagen. En god arbetsmiljö förutsätter att mänskliga behov i vid bemärkelse beaktas.[1077] Arbetsmiljölagen speglar en helhetssyn på arbetsmiljön.[1078] Enligt 2:2 skall arbetet planläggas så att det kan utföras i en sund och säker miljö. Detta innebär bland annat att arbetsmiljön skall vara fri från sexuella trakasserier.[1079] Departementschefen uttalade vid lagens tillkomst att det var viktigt att arbetsmiljölagen även tar in psykiska och sociala aspekter på arbetsmiljön.[1080] Den fysiska arbetsmiljön och arbetets uppläggning skall inrymma frågor om förhållandet mellan överordnade och underordnade och om andra relationer mellan människorna på arbetsplatsen.[1081]

Arbetsmiljöverket har utarbetat föreskrifter om åtgärder mot kränkande särbehandling i arbetslivet. Dessa gäller även skolan.[1082] I dessa föreskrifter sägs att arbetsgivaren skall planera och organisera arbetet så att kränkande särbehandling förebyggs (2 §) samt klargöra att sådan behandling inte kan accepteras (3 §). Insatser för att förebygga kränkande särbehandling kan vara att ge chefer och arbetsledande personal utbildning och handledning, att ge varje arbetstagare kännedom om verksamheten och dess mål eller att ge de anställda information om och delaktighet i de förebyggande åtgärder som överenskommits mot kränkande särbehandling.[1083] Kravet på klargörande innebär ett krav på aktivt agerande från arbetsgivarens sida. Det räcker inte med att arbetsgivaren hänvisar till att "man aldrig har accepterat kränkande särbehandling".[1084] Vid

[1075] Gullberg, Rundqvist, Arbetsmiljölagen Kommentarer och författningar, 1999 s. 48 f. Se även prop. 1976/77:149 s. 199 ff.

[1076] Prop. 1993/94:186 s. 63.

[1077] Prop. 1976/77:149 s. 220 och prop. 1993/94:186 s. 63.

[1078] Prop. 1976/77:149 s. 220.

[1079] Bestämmelsen gjordes så allmän att den kan användas när det gäller andra förhållanden än de arbetsmiljöfaktorer som behandlas i särskilda bestämmelser om arbetsmiljöns beskaffenhet, se prop. 1976/77:149 s. 229.

[1080] Prop. 1976/77:149 s. 222 f.

[1081] A. prop. s. 221.

[1082] (AFS 1993:17) Enligt 18 § 7 p. arbetsmiljöförordningen (1977:1166) har arbetsmiljöverket rätt att meddela alla de föreskrifter som kan behövas för att arbetsmiljölagens målsättningar skall uppfyllas.

[1083] Arbetsskyddsstyrelsens allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om åtgärder mot kränkande särbehandling i arbetslivet s. 7.

[1084] Iseskog, 2000, s. 33.

tecken på kränkande särbehandling skall motverkande åtgärder snarast vidtas och följas upp. Arbetsgivaren måste se till att det finns rutiner för att på ett tidigt stadium fånga upp signaler om arbetsförhållanden, problem m.m. som kan leda till kränkande särbehandling (4 §). Arbetsgivaren skall också se till att det finns särskilda rutiner för att snabbt bistå den som utsatts för kränkande särbehandling (6 §). Det åligger arbetsgivaren särskilt att utreda om orsakerna till bristerna i samarbetet står att finna i arbetets organisation (5 §).

6.4.3.3 Jämställdhetslagen

REPRESSALIEFÖRBUDET

Jämställdhetslagen innehåller inte något direkt förbud mot sexuella trakasserier utan enbart ett förbud mot arbetsgivarens *repressalier.* 22 § lyder:

> "En arbetsgivare får inte utsätta en arbetstagare för trakasserier på grund av att arbetstagaren har avvisat arbetsgivarens sexuella närmanden eller anmält arbetsgivaren för könsdiskriminering.
>
> Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall vid tillämpning av första stycket likställas med arbetsgivare."

Stadgandet begränsar sig till trakasserier som har sin grund i avvisade sexuella närmanden eller i en anmälan om könsdiskriminering som omfattas av förbudet.[1085] Även om rubriken till 22 § talar om "sexuella" trakasserier förbjuds *alla former* av trakasserier som har sin grund i en anmälan om könsdiskriminering eller i avvisade sexuella närmanden. Av förarbetena framgår att det skall vara fråga om ett handlande eller en underlåtenhet från *arbetsgivarens* sida som är till nackdel för arbetstagaren. Arbetstagarens arbetsvillkor eller förhållanden måste rent faktiskt försämras i förhållande till vad som annars skulle ha varit fallet. Som exempel nämns försämrade arbetsuppgifter, större arbetsbelastning, onormala krav på övertid uteblivna förmåner, oberättigat dåliga vitsord och liknande. Rent allmänt är ovälkomna krav eller förslag som är förenade med hot eller löften inte förbjudna enligt jämställdhetslagen. Dessa situationer omfattas istället av regler i brottsbalken och skadeståndslagen.[1086] Det omfattar endast handlingar som företas av arbetsgivaren

[1085] Prop. 1990/91:113 s. 90 och 113.

[1086] BrB 4:7 ofredande, 5:3 förolämpning, 6:3 sexuellt utnyttjande och 6:7 sexuellt ofredande. För brottslig handling genom ofredande kan gärningsmannen bli skadeståndsskyldig enligt 1:3 skadeståndslagen.

eller en person i arbetsgivarens ställe.[1087] Förbudet gäller oavsett hur arbetstagare av det motsatta könet behandlas. Arbetsgivarens och arbetstagarens könstillhörighet är inte relevant.

Sexuella trakasserier utgör inte könsdiskriminering

Sexuella trakasserier ingår i könsdiskrimineringsbegreppet enligt ILO-konventionen nr 111 i den mån behandlingen utgör en åtskillnad, uteslutning eller företräde p.g.a. personens kön.[1088] Likaså kan sexuella trakasserier utgöra könsdiskriminering enligt EG-rätten i det att den avgörande faktorn för trakasserierna är personens kön.[1089]

Sexuella trakasserier utgör emellertid inte *per definition* könsdiskriminering i jämställdhetslagens mening.[1090] När repressalieförbudet skulle införas i jämställdhetslagen konstaterades att det inte fanns behov av ett förbud mot ovälkomna krav på eller förslag om sexuellt tillmötesgående som är förenade med hot eller löften i jämställdhetslagen med hänvisning till att sådana handlingar kan sanktioneras straffrättsligt och skadeståndsrättsligt. Trakasserier ansågs inte utgöra ett missgynnande på grund av kön enligt lagens definition av könsdiskriminering varför repressalieförbudet utformades som ett rent trakasseriförbud.[1091]

Åtgärder av repressaliekaraktär p.g.a. anmälan om könsdiskriminering (som är förbjudna enligt 22 §) *kan* bedömas utgöra könsdiskriminering. *AD 1991 nr 111* gällde ett muntligt avtal om anställning som sedan återtogs av arbetsgivaren. Arbetstagaren hävdade att detta var ett avskedande p.g.a. en anmälan om könsdiskriminering.[1092] Domstolen ansåg att ett anställningsavtal slutits och att arbetstagaren blivit avskedad. Arbetsgivaren medgav att ingen saklig grund för avskedande fanns enligt LAS men bestred att det var i strid med jämställdhetslagen. Domstolen konstaterade att det var möjligt att avskedandet hade samband med könstillhörigheten i fall som detta och skulle kunna bedömas enligt 4 § 3 p. (1979:1118). Arbetstagaren måste då göra sannolikt att avskedandet berott på köns-

[1087] Prop. 1990/91:113 s. 90.

[1088] Nielsen, Rehof, 1998, s. 216.

[1089] OJ C 157 1990 s. 112–113, Blanpain, 2000, s. 325.

[1090] Prop. 1990/91:113 s. 90. Detta kan jämföras med amerikansk rätt där sexuella trakasserier, enligt Phillips, anses vara en självständig form av könsdiskriminering. En nackdel där är emellertid att en arbetsgivare undgår ansvar om hon visar att båda könen drabbas lika av beteendet. Se vidare Phillips, Violence in the Workplace: Sexual Harassment, 1999, s. 257–285.

[1091] Prop. 1990/91:113 s. 90.

[1092] Regeln om förbud mot trakasserier p.g.a. av avvisade sexuella närmanden eller anmälan om könsdiskriminering (22 §) fanns ännu inte. Domstolen konstaterade att det dock kunde röra sig om könsdiskriminering.

tillhörighet och arbetsgivaren måste visa att avskedandet haft någon annan orsak. Arbetstagarsidan lyckades inte göra sannolikt att det i fallet fanns ett samband med könstillhörighet. Arbetsgivaren ådömdes emellertid skadestånd för osakligt avskedande enligt LAS.

Sexuella trakasserier kan vara bevis för att ett missgynnande har samband med könstillhörighet. I fallet *AD 1987 nr 98* var det fråga om påstådda sexuella trakasserier mellan två arbetstagare vilket föranledde arbetsgivaren till att vilja omplacera den som påstått sig vara utsatt för sexuella trakasserier. AD underströk att i detta fall skiljer sig inte en anmälan om sexuella trakasserier från andra trakasserier ur jämställdhetslagens synpunkt. Arbetsgivaren har ett personalproblem som måste lösas. Arbetsgivaren har i dessa fall rätt att exempelvis beakta verksamhetens behov, "även om en lösning som grundas på sådana skäl innebär att den arbetstagare som utsatts för trakasserierna blir föremål för åtgärd som är till hans eller hennes nackdel". Domstolen påpekade att en arbetsgivare som vidtar åtgärd till nackdel för den arbetstagare som anser sig vara utsatt för sexuella trakasserier, utan någon godtagbar utredning, drar på sig en misstanke om att åtgärden beror på könsfördomar. I fallet hade en åtgärd vidtagits till skada för arbetstagaren men AD ansåg inte att JämO styrkt att det fanns ett samband mellan åtgärden och könstillhörigheten. Att sexuella trakasserier förekommit var inte tillräckligt utan det krävdes även andra omständigheter.

Efter den senaste ändringen i jämställdhetslagen framgår det i förarbetena att sexuella trakasserier som en arbetsgivare utför i vissa fall kan utgöra en åtgärd (*missgynnande*) till skada för arbetstagaren i samband med någon av de situationer som nämns i 17 §.[1093] I och med att skyddet mot könsdiskriminering omfattar hela anställningsförfarandet kan en arbetsgivare därmed göra sig skyldig till könsdiskriminering i samband med anställning (17 § 1 p.) om han eller hon sexuellt trakasserar den arbetssökande och därmed ådra sig skadeståndsansvar för sitt handlande. "Trakasserier mot arbetssökande och arbetstagare från arbetsgivarens sida kan således omfattas av diskrimineringsförbudet. Helt bagatellartade skillnader i bemötande bör däremot inte utgöra missgynnande".[1094] De sexuella trakasserierna räcker dock inte *i sig* för att det skall vara fråga om könsdiskriminering.

Hur bedöms beteende som skapar en hotfull, stötande och störande (etc.) miljö men som inte innebär en konkret nackdel för den drabbade? Enligt förslaget till artikel 1 a i likabehandlingsdirektivet utgör sådant beteende sexuella trakasserier och diskriminering p.g.a. kön. Om ändringen av direktivet antas uppstår en skillnad mellan direktivet och jämställdhets-

[1093] Prop. 1997/98:55 s. 117, SOU 1990:41 s. 271.
[1094] Prop. 1999/2000:143 s. 31 f.

lagen. Den sistnämnda förbjuder inte sexuella trakasserier som "enbart" påverkar en persons värdighet och skapar en hotfull, fientlig, stötande eller störande miljö som inte utgör ett "missgynnande" i någon av de situationer som anges i lagen.

Uppsägning som har samband med sexuella trakasserier

I praxis finns exempel på fall där en arbetstagare tvingats säga upp sig på grund av sexuella trakasserier från en annan arbetstagare. Sexuella trakasserier som leder till att en arbetstagare säger upp sig kan ses som en uppsägning eller ett avskedande utan saklig grund enligt LAS eller bedömas utgöra otillåten könsdiskriminering enligt jämställdhetslagen.[1095] AD har bedömt att denna situation är att jämställa med att arbetsgivaren skilt arbetstagaren från anställningen och att detta skett i strid med LAS. Det har bl.a. berott på arbetsgivarens underlåtenhet att utreda och försöka komma till rätta med de påstådda problemen. Således fann domstolen i *AD 1993 nr 30* att arbetstagarens uppsägning varit föranledd av en kombination av sexuella trakasserier från en annan arbetstagare och bolagets handlande sedan bolaget fått kännedom om trakasserierna. Arbetsgivarens underlåtenhet att på ett tillfredsställande sätt närmare utreda omständigheterna kring de påstådda trakasserierna stod enligt domstolen i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Arbetsgivaren hade därmed genom sin passivitet framkallat en svår situation för den trakasserade och därmed en risk för att hon skulle säga upp sig. Saklig grund för uppsägning enligt LAS förelåg inte och bolaget ådömdes skadestånd.[1096] I *AD 1991 nr 65* var det fråga om att *arbetsgivarens* sexuella trakasserier, som lett till arbetstagarens uppsägning, var att likställa med att bolaget skilt arbetstagaren från anställningen. Mannen, som var bolagets ställföreträdare, måste enligt domstolen ha insett att hans närmanden var ovälkomna och att situationen uppfattats som obehaglig när han fortsatte med dem. Han måste därför även ha insett att det fanns risk för att arbetstagaren skulle lämna sin anställning när han fortsatte sin behandling av henne. Bolaget hade inte anfört någon skälig grund för uppsägning och ådömdes skade-

[1095] Prop. 1999/2000:143 s. 31 f., Laurén, Lavén, 1992 s. 195.

[1096] Jfr *AD 1987 nr 98* och *AD 1995 nr 74*. En annan situation är de fall när en arbetstagare anklagas för sexuella trakasserier varpå den utpekade sägs upp. I sådana fall prövas om uppsägningen varit sakligt grundad enligt LAS. *AD 1996 nr 55* och *AD 1996 nr 10* gällde lärare som påståtts trakassera elever sexuellt. Även om domstolen kom fram till att lärarna uppträtt olämpligt var det en för drastisk åtgärd att säga upp dem innan man påtalat problemen och försökt ändra deras beteenden och således var uppsägningarna i strid med LAS. För en kritisk granskning av AD:s behandling av mål om sexuella trakasserier, se Calleman, SvJT 2000 s. 685–694.

stånd. AD ansåg dock inte att det var fråga om könsdiskriminering i enlighet med jämställdhetslagens definition.

6.4.3.4 Skollagen och högskolelagen

Förutom jämställdhetssträvanden ingår i skolans fostransmål att motverka alla former av mobbning.[1097] I 1:2 st. 3 skollagen sägs att de som verkar inom skolan *särskilt* skall främja jämställdhet mellan könen och aktivt motverka alla former av kränkande behandling såsom mobbning och rasistiska beteenden.[1098] Den andra punkten inbegriper olika former av kränkande behandling.[1099] Kvinnovåldskommissionen framhöll att skolan aktivt måste verka för att våldet mot kvinnor belyses i skolarbetet och att skolan måste motverka stereotypa könsroller och sexuella trakasserier.[1100]

Förutom dessa reglers normgivande verkan förutsätts värderingarna som kommer till uttryck i paragrafen att genomsyra all verksamhet inom det offentliga skolväsendet. De fungerar alltså även som tolkningsunderlag för resterande regler på området.[1101] I ett JO-fall fick en rektor motta kritik för att inte ha underrättat skolstyrelsen om att en elev i sjunde klass trakasserats av en vaktmästare. JO framhöll att det inte får förekomma "att skolpersonal sexuellt ofredar eller på annat sätt söker kontakt med sexuella inslag med barn i den skola där de verkar". Flickan hade på olika sätt blivit "uppvaktad" av vaktmästaren där denne bl.a. frågat om han "fick ta i henne".[1102]

Det åligger numera högskolorna att vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att någon student utsätts för sexuella trakasserier (HF 1:9). Även anställda vid högskolan är skyddade mot sexuella trakasserier. Det andra stycket i HF 1:9 hänvisar till 6 § st. 1 jämställdhetslagen där det framgår att det åligger en arbetsgivare att vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att en arbetstagare utsätts för sexuella trakasserier eller trakasserier. Det innebär att det åligger högskolorna att vidta åtgärder för att förebygga och förhindra sexuella trakasserier, både från andra anställda och från studenter. Jämställdhetslagen gäller inte elever och studenter, eftersom de inte är arbetstagare. Jämställdhetslagen gäller dock forskar-

[1097] Prop. 1990/91:18 s. 29 f., prop. 1994/95:164 s. 10 f.

[1098] Motsvarigheten beträffande vuxenutbildningen finns i skollagen 1:9 st. 2 p. 2.

[1099] Prop. 1992/93:220 s. 86.

[1100] SOU 1995:60 Del A s. 346. Kvinnovåldskommissionen beskriver sexuella trakasserier som en form av könsdiskriminering. Per definition räknas sexuella trakasserier dock inte som könsdiskriminering i jämställdhetslagen.

[1101] Prop. 1990/91:18 s. 43.

[1102] JO:s beslut den 28 februari 1992, dnr 3633–1991 (Werner, Tryblom, Rättspraxis i skolan, UFB 6 1998/99 s. 396 ff.)

studenter i den mån de har anställning som doktorand. Tolkningen av sexuella trakasserier enligt jämställdhetslagen bör dock vara vägledande för högskoleväsendet.[1103]

6.4.4 Ansvar för sexuella trakasserier

6.4.4.1 Ansvar inom arbetsrätten

I den förklarande rapporten till artikel 26 i Europarådets sociala stadga och i EU:rådets resolution anges det uttryckligen att både beteenden från arbetsgivare, överordnade och kollegor omfattas.[1104] Enligt 27 § jämställdhetslagen är det endast arbetsgivaren som kan bli skadeståndsskyldig för de sexuella trakasserier som han eller hon utsatt arbetstagare för enligt 22 §. En begränsning i skadeståndsfrågan är att det endast är gärningsmannen, om det är en arbetsgivare, som kan bli skadeståndsskyldig. Begreppet arbetsgivare har samma innebörd som när det används i annan arbetsrättslig lagstiftning. Sålunda vilar ansvaret för att förbudet mot trakasserier respekteras på den som är arbetsgivare i ett bestående anställningsförhållande. Den som arbetsgivaren överlåtit beslutanderätt på omfattas av förbudet men det rättsliga ansvaret vilar fortfarande på arbetsgivaren.[1105] Enligt andra stycket i 22 § jämställs med arbetsgivaren alla som har rätt att i hans ställe besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden. I förarbetena sägs att allmänna regler får avgöra i vilken mån arbetsgivaren i dessa fall kan vända sig mot den som fattade beslutet.[1106]

Arbetsgivaren har numera även en lagstadgad skyldighet att förebygga och förhindra att någon arbetstagare utsätts för sexuella trakasserier eller trakasserier p.g.a. av en anmälan om könsdiskriminering (6 §). Vidare är arbetsgivaren skyldig att utreda omständigheterna kring en påstådd situation med sexuella trakasserier samt vidta eventuella åtgärder (22 a §). Arbetsgivaren kan även bli skadeståndsskyldig för underlåtelse att utreda om och ev. vidta åtgärder vid påstådda sexuella trakasserier (27 a §). Däremot kan en arbetsgivare inte bli skadeståndsskyldig för att inte efterleva skyldigheten att förebygga och förhindra sexuella trakasserier enligt 6 § eller de sexuella trakasserier som en arbetstagare utsätter en annan arbetstagare för. I *AD 1987 nr 98* kritiserades arbetsgivaren för att inte ta anklagelserna om sexuella trakasserier på tillräckligt stort allvar och för

[1103] Högskoleverkets rapportserie 2000:17 R, s. 23 f.
[1104] OJ C 157 1990 s. 112 punkt 1, Ds 1997:65 s. 31 och 121.
[1105] Prop. 1990/91:113 s. 113.
[1106] A. st.

att inte ha utrett påståendena ordentligt. Även i *AD 1993 nr 30* betonades arbetsgivarens utredningsansvar.

Som ovan redan sagts kan även åtal om *ofredande* (BrB 4:7), *förolämpning,* (BrB 5:3), *sexuellt ofredande* (BrB 6:7) och *sexuellt utnyttjande* (BrB 6:3), bli aktuellt mot den som utfört sådana handlingar. Vid införandet av brottet sexuellt utnyttjande BrB 6:3 uttalade departementschefen att en viktig funktion som bestämmelsen har, gäller missbruk av ungdomars beroendeställning och gav som exempel det fall att "en lärare eller någon annan med liknande anknytning till skolväsendet inleder ett sexuellt förhållande med någon av eleverna vid den skola där han eller hon är verksam".[1107] I övrigt blir de arbetsrättsliga reglerna tillämpliga när en lärare som utsätter en student för sexuella trakasserier.[1108]

En arbetstagare i offentlig anställning, som utsätter någon för sexuella trakasserier, kan åläggas disciplinpåföljd enligt 14 § LOA. Disciplinpåföljderna är varning och löneavdrag (15 § LOA). Det kan även bli fråga om omplacering, avstängning, uppsägning eller avskedande enligt reglerna i LAS.[1109]

6.4.4.2 Disciplinära åtgärder vid utbildning

Om en elev trakasserar annan elev (eller lärare) får läraren vidta åtgärder för att ändra elevens beteende. Enligt grundskoleförordningen (1994:1194) skall lärare uppmana elev i grundskolan som uppträder olämpligt eller gör sig skyldig till mindre förseelse att ändra sitt uppförande. Om detta inte hjälper skall läraren kontakta elevens vårdnadshavare. Läraren får visa ut eleven för återstoden av pågående undervisningspass (6:9).[1110] Om eleven fortsätter att uppträda olämpligt, upprepar förseelsen eller begår en allvarlig förseelse, skall detta anmälas till rektorn samt hänskjutas till elevvårdskonferensen.[1111] Vårdnadshavaren skall kontaktas och om eleven inte bättrar sig skall styrelsen avgöra lämplig åtgärd (6:10).

Lärare på gymnasiet skall uppmana elev som uppträtt olämpligt eller begått mindre förseelse att ändra sitt uppförande och kan, om detta inte sker, visa ut eleven från undervisningslokalen för återstoden av undervisningspasset enligt 6:21 gymnasieförordningen. Vid upprepade förseelser skall rektor utreda orsaken till beteendet och vid behov kontakta elevvården. Rektor får tilldela eleven skriftlig varning (6:22). Styrelsen får

[1107] Prop 1983/84:105 s. 25 f.
[1108] UbU 1999/2000:11 s. 17.
[1109] Se även högskoleverkets rapportserie 2000:17 R, s. 19.
[1110] Enligt 8:2 får inte beslut av rektor eller annan anställd överklagas.
[1111] Vilka som ingår i elevvårdskonferensen framgår av 3:3–5 i grundskoleförordningen.

besluta att eleven stängs av från undervisningen helt eller delvis under högst två veckor om elevens uppförande kan antas inverka skadligt på andra elever eller om det finns andra särskilda skäl för det (6:23).[1112] Eleven kan även förvisas från gymnasieskolan för en viss tid, dock högst tre terminer utöver den termin när beslutet meddelades (6:23). Även i dessa fall är det styrelsen som beslutar (6:24). Beslut om avstängning eller förvisning överklagas hos länsrätten (12:1).

I den mån eleven gör sig skyldig till allvarligare handlingar kan straffstadgandena bli aktuella. Enligt HF 10:1 p. 4 får disciplinära åtgärder vidtas mot studenter som utsätter någon annan student för sexuella trakasserier.[1113] De disciplinära åtgärderna är varning eller avstängning. Avstängning får ske under högst sex månader sammanlagt och kan avse tillträde till högskolans lokaler eller att studenten inte får delta i undervisning, prov eller annan undervisningsverksamhet (HF 10:2). Disciplinära åtgärder beslutas av disciplinnämnd (HF 10:3) och nämndens beslut om avstängning får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol (10:4).[1114]

Kammarrätten i Sundsvall har avgjort ett mål angående disciplinpåföljd p.g.a. sexuella trakasserier. Målet handlade om en manlig student som skickat e-post till en kvinnlig student och hennes väninna. I meddelandena hade han bl.a. skrivit "har hon PMS", "har hon inte fått stock på länge", "annars ska Ebba få stock, vare sig hon vill eller ej", "man kan undra om du hade PMS eller om du har problem med din pojkvän eller". Kammarrätten framhöll att termen *sexuella trakasserier* är "olyckligt vald då den enligt vanligt språkbruk [...] inte täcker vad som enligt lagtexten och förarbeten avses [...]" med termen. Enligt kammarrätten leder begreppet tanken till ovälkomna sexuella närmanden och inte till den typ av förnedrande ageranden, grundat på kön, som var fråga om i det aktuella målet. Kammarrätten ansåg att den manliga studenten utsatt den kvinnliga för sexuella trakasserier enligt lagens mening. Domstolen ansåg emellertid att en försiktig tillämpning var påkallad med hänvisning till sin tolkning av vad termen sexuella trakasserier enligt vanligt språk-

[1112] Motsvarande regler för kommunala vuxenskolan finns i 22 § förordningen om kommunal vuxenutbildning (1992:403).

[1113] Sanktioner mot anställda som utsätter en anställd för sexuella trakasserier sker genom de vanliga brottsstadgandena i brottsbalken. Arbetsgivaren kan bli skadeståndsskyldig enligt jämställdhetslagen för de trakasserier arbetsgivaren själv, eller den som har beslutanderätt om arbetsförhållanden i arbetsgivarens ställe, utsätter en arbetstagare för trakasserier p.g.a. avvisade närmanden eller anmälan om könsdiskriminering (JML 27 §). Arbetsgivaren kan också bli skadeståndsskyldig för underlåtenhet att utreda omständigheter om påstådda sexuella trakasserier som arbetstagare ansett sig vara utsatt för av annan arbetstagare (JML 27 a §).

[1114] Disciplinnämnden skall bestå av rektor, en lagfaren ledamot och en företrädare för lärarna vid högskolan. Studenter har rätt att ha två ledamöter i nämnden.

bruk innebär. Kammarrätten fann därför att avstängning (som var den åtgärd som disciplinnämnden ville vidta) var alltför allvarlig och lämnade disciplinnämndens talan utan bifall.[1115] Av domen från kammarrätten följer att åtgärder som påpekanden och tillrättavisningar bör övervägas av högskolan (precis som vid anställning), innan de disciplinära åtgärderna varning och avstängning tillgrips.[1116]

Av HF 1:9 framgår att sexuella trakasserier inte enbart är ovälkommet uppträdande av sexuell natur utan även ovälkommet uppträdande grundat på kön. Domstolen bekräftade att handlandet föll under regeln men ville inte acceptera föreskriftens definition av sexuella trakasserier, utan menade att detta stred mot "vardagligt språkbruk". På vilka grunder domstolen ansåg sig konstatera vad som är vardagligt språkbruk framgår inte. Är det inte möjligt att kvinnors och mäns syn på vad som utgör sexuella trakasserier faktiskt skiljer sig åt där kvinnors språkbruk motsvarar vad som avses med sexuella trakasserier i lagstiftningen? Lagstiftningen avser att motverka stereotyper avseende könsroller och förhållandet mellan könen.[1117] Enligt min mening är domstolens restriktiva tillämpning av lagstiftningen därför emot dess syfte. Eftersom lagstiftningen syftar till att hindra alla former av sexuella trakasserier, anser jag det vara olyckligt att domstolen lägger så stor vikt vid vad den anser vara "vardagligt språkbruk". Man kan dessutom, som sagt, fråga sig *vems* språkbruk domstolen refererar till.

Länsrätten i Skåne län har avgjort ytterligare ett mål angående sexuella trakasserier i högskolan. Målet handlade om ett överklagande av avstängning p.g.a. sexuella trakasserier. Trakasserierna hade bestått i att en manlig forskarstudent visat pornografiska bilder samt fört diskussioner om sexuella ämnen med en kvinnlig kollega som upplevde detta som både störande och stötande. Länsrätten ansåg att den manliga forskarstuderanden inte visat några skäl för att länsrätten skulle ifrågasätta trovärdigheten av vittnesutsagor om hans beteende. Domstolen avslog därför överklagandet.[1118]

6.4.5 Sammanfattning och diskussion

Skydd mot sexuella trakasserier har alltmer uppmärksammats både vid utbildning och i arbetslivet. En skillnad mellan svensk rätt jämfört med EG-rätt och folkrätt är att enligt de sistnämnda ses sexuella trakasserier

[1115] Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3308-1999 (2000-03-14).
[1116] Högskoleverkets rapportserie 2000:17 R, s. 28.
[1117] Prop. 1997/98:55 s. 139 f.
[1118] Länsrätten i Skåne län, mål nr 88-00 (2000-02-17).

som en form av könsdiskriminering. Av definitionerna av sexuella trakasserier framgår att sådana föreligger inte bara när en person lider en konkret nackdel i samband med anställning, befordran och anställningsvillkor m.m. utan även när *enbart* en persons värdighet och arbetsmiljö påverkas.

Enligt jämställdhetslagen utgör sexuella trakasserier inte i sig könsdiskriminering men kan utgöra en omständighet som leder till att en situation bedöms utgöra könsdiskriminering. Kravet på nackdel/skada innebär att vissa situationer som faller under definitionen av sexuella trakasserier inte utgör könsdiskriminering. Låt säga att en arbetsgivare gör klart för en arbetstagare att denne kommer att bli befordrad om han eller hon ställer upp på arbetsgivarens önskemål om sexuellt umgänge. Arbetstagaren finner förslaget stötande och avslår det. Om arbetstagarens befordran uteblir kan han eller hon hävda könsdiskriminering genom att sexuella trakasserier förekommit som tillsammans med den uteblivna befordran utgjort ett missgynnande p.g.a. kön. Om arbetstagaren däremot trots avslaget blir befordrad har ingen nackdel uppstått och könsdiskriminering föreligger inte. Sexuella trakasserier har förelegat enligt definitionen av sådana men inte könsdiskriminering.

Ovanstående exempel handlar om sexuella trakasserier i form av oävälkommet uppträdande av *sexuell natur*. I sådana fall är det möjligt att "skada" kan uppkomma. I den andra formen av sexuella trakasserier, oävälkommet uppträdande *grundat på kön*, är det mer tveksamt om nackdel/skada i jämställdhetslagens bemärkelse överhuvudtaget kan uppstå. Exempel på handlande som grundar sig på kön sägs i förarbetena till jämställdhetslagen vara pornografiska bilder, visslingar, stirrande och anstötliga gester. Eftersom det krävs att handlandet leder till en konkret skada eller nackdel, kan dessa situationer svårligen leda till att könsdiskriminering föreligger. Det krävs att pornografiska bilder, visslingar och stirrande leder till en negativ särbehandling vid anställning, befordran, arbetsledning eller uppsägning för att könsdiskriminering skall föreligga, vilket inte är sannolikt.

Detta innebär att definitionen av sexuella trakasserier enbart har betydelse för arbetsgivarens skyldighet att vidta aktiva åtgärder för att förhindra och för att utreda sådana. Arbetsgivarens ansvar begränsar sig till att vidta aktiva åtgärder som syftar till att förebygga och förhindra sexuella trakasserier, vid risk av vite och skadeståndsansvar för brott mot repressalieförbudet eller för underlåtenhet att utreda påstådda trakasserier. Regleringen innebär att den utsatta arbetstagaren inte har möjlighet att få skadestånd för det faktum att han eller hon blivit utsatt för ett handlande som utgör sexuella trakasserier. För att detta skall vara möjligt krävs att handlingen bedöms vara brottslig eller att arbetsgivaren inte utrett frågan.

För elever och studenter är möjligheten att erhålla skadestånd begränsad till de fall där handlingen bedöms vara brottslig, oavsett om det är en lärare eller en annan student som utför trakasserierna. Mot bakgrund av att det beroendeförhållande som en student befinner sig i, i förhållande till läraren, men även arbetstagare i förhållande till sin arbetsgivare, bör ytterligare ersättningsmöjligheter för den drabbade övervägas.

Motivet till att inte se sexuella trakasserier som könsdiskriminering är att sådant handlande är straffbelagt enligt brottsbalkens regler. Brottsbalkens regler om förolämpning, ofredande etc. täcker dock inte alla handlingar som enligt definitionen utgör sexuella trakasserier. Det ställs dessutom högre beviskrav för de situationer som faktiskt faller under straffstadgandena än jämställdhetslagens "antaglighetskrav". Det innebär att det finns situationer som påverkar en arbetstagares arbetsmiljö och värdighet och enligt definitionen utgör sexuella trakasserier utan att de är åtalbara enligt brottsbalkens regler eller faller under begreppet könsdiskriminering i jämställdhetslagen (eller repressalieförbudet för den delen).

I f.d. 15 § jämställdhetslagen definierades könsdiskriminering föreligga när "någon missgynnas under sådana omständigheter att missgynnandet har ett direkt eller indirekt samband med den missgynnades könstillhörighet". Denna definition kan användas som en allmängiltig definition av könsdiskriminering som motsvarar innehållet i dagens rättsregler inom de tre rättssystemen.[1119] Det är därför ologiskt, enligt min uppfattning, att inte inbegripa sexuella trakasserier i könsdiskrimineringsbegreppet. Sexuella trakasserier utgör negativ särbehandling p.g.a. könstillhörighet. Det är emellertid inte oproblematiskt att utvidga könsdiskrimineringsbegreppet på detta sätt, eftersom det medför att arbetsgivaren får ett skadeståndsansvar för vad arbetstagare utsätter andra arbetstagare för. Ett argument för att vidga könsdiskrimineringsbegreppet är att det sägs i 1 § att lagens målsättning är att "främja kvinnors och mäns lika rätt i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetet". Sexuella trakasserier påverkar den utsatta arbetstagarens arbetsvillkor. Enligt min uppfattning bör könsdiskrimineringsbegreppet vidgas till att omfatta *alla* sexuella trakasserier som en arbetsgivare utsätter arbetstagare för, inte enbart repressalieåtgärder. Sexuella trakasserier bör *i sig* anses utgöra könsdiskriminering när det är fråga om förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren (se exemplet med den utlovade befordringen). Däremot bör sexuella trakasserier som arbetstagare utsätter annan arbetstagare för även fortsättningsvis falla utanför begreppet (även om denna situation också innefattar negativ

[1119] Se kapitel 5.

särbehandling p.g.a. kön). Mot en sådan utvidgning kan anföras att arbetsgivaren redan har ett (skadestånds-) ansvar för att utreda anklagelser om sexuella trakasserier, således även trakasserier i form av pornografiska bilder etc., vilket ger den utsatta arbetstagaren för visst skydd.

Brotten om fridskränkning som införts i BrB 4:4a straffbelägger gärningar mot närstående som utgör "ett led i upprepad kränkning av personens integritet" och som "varit ägnade åt att allvarligt skada personens självkänsla". Straffstadgandet syftar till att komma åt en pågående process där varje enskild gärning inte motsvarar det straffvärde som den pågående kränkningen innebär.[1120] Liknande lagstiftning skulle kunna övervägas beträffande sexuella trakasserier som en arbetstagare utför mot annan arbetstagare. Sexuella trakasserier innebär ofta upprepade kränkningar av en persons integritet under längre tidsperiod och skadar den trakasserades självkänsla, utan att denne kan få upprättelse motsvarande den kränkning som trakasserierna innebär.

6.5 Sammanfattning

Alla tre rättssystemen skyddar rätten till arbete utan könsdiskriminering. Reglerna omfattar förbud mot könsdiskriminerande villkor för tillträde till anställning, under anställningen och vid anställningens upphörande. Skyddet mot könsdiskriminerande lönevillkor har funnits längre än de övriga reglerna och är det område inom vilket det finns mest praxis. Skyddet mot könsdiskriminering i arbetslivet är avsevärt mer detaljreglerat än skyddet mot könsdiskriminering vid utbildning.

Rätten till arbete inkluderar i viss mån utbildning. Både ILO och EU betraktar yrkesutbildning som en del av arbetsrätten. ILO:s expertkommitté har dock även uttalat sig allmänt om utbildning. Kopplingen mellan arbete och utbildning är klart mer framträdande i folkrätt och EG-rätt än i den svenska rätten. Jämställdhetslagen omfattar enbart utbildning för befordran. Svensk rätt innehåller förbud mot könsdiskriminering i arbetslivet men än så länge inte något uttryckligt sådant förbud beträffande utbildning. Eftersom det inte finns någon möjlighet att få frågan om könsdiskriminering vid intagning till gymnasium eller antagning till högskola prövad i domstol, är min slutsats att det föreligger en brist i Sveriges implementering av likabehandlingsdirektivet.

Folkrätten innehåller många stadganden som förbjuder könsdiskriminering vid utbildning och framhåller vikten av att stereotypa könsföreställningar elimineras. Detta har ett nära samband med den könssegregerade

[1120] Prop. 1997/98:55 s. 76 ff.

arbetsmarknaden, som kan upphöra endast om kvinnor och män gör otraditionella val av utbildning och yrke.

Rätten till utbildning utan könsdiskriminering innebär att alla, barn och vuxna, oavsett kön, har rätt till kostnadsfri grundläggande utbildning. Rätten till grundskola är grundlagsstadgad i Sverige. Skollagen föreskriver likabehandling i fråga om grundskola och gymnasium (m.m.). Detsamma gäller högskolelagen. På alla nivåer inom utbildningsväsendet gäller även att jämställdhet skall främjas genom verksamheten. Inom både folkrätten och svensk rätt finns krav på att innehållet i utbildningen inte får vara könsdiskriminerande och att kvalitén på utbildningen skall vara densamma för båda könen.

Skyddet mot könsdiskriminering har, enligt min mening, företräde framför föräldrars rätt att bestämma över sina barns utbildning. Även om folkrätten stadgar att undervisning inte skall ske i strid med föräldrarnas religiösa, filosofiska eller moraliska (etc.) övertygelse, får inte detta medföra att barn särbehandlas på ett negativt sätt. Föräldrar har således inte rätt att hindra barnens tillträde till utbildning och inte heller att begränsa utbildningens innehåll till traditionellt könsbunden undervisning.

Sexuella trakasserier skall, enligt svensk lagstiftning, motarbetas både i arbetslivet och inom utbildningsområdet, men företeelsen räknas inte som könsdiskriminering, till skillnad mot folkrätt och EG-rätt.

DEL III

Tillåten särbehandling

Kapitel 7 Särbehandling som är motiverad av andra skäl än kön

7.1 Inledning

Efter att ha studerat könsdiskrimineringsförbudets tillämpningsområde skall jag nu övergå till frågan om när ett handlande inte anses utgöra könsdiskriminering. Bedömningen av vad som anses vara sakliga skäl för en särbehandling är grundläggande för frågan om vad som utgör könsdiskriminering. Föreligger en särbehandling som kan motiveras med skäl *som saknar samband med kön* är det inte fråga om könsdiskriminering. Det är möjligt att det är fråga om diskriminering, men inte könsdiskriminering.[1123]

I detta kapitel undersöks vilka skäl som anförts och accepterats bryta ett påstått samband mellan ett missgynnande och könstillhörighet. Kapitlet behandlar även frågor om bevisning, eftersom bevisbördans placering får betydelse för vilket genomslag förbudet mot könsdiskriminering får. Om det är mycket svårt för den som påstår sig vara diskriminerad att bevisa att det finns ett samband mellan könstillhörigheten och missgynnandet, blir resultatet i många fall att situationen hamnar utanför könsdiskrimineringsbegreppet. Är bevisbördan å andra sidan lättad för den förment diskriminerade genom en presumtionsregel, är möjligheterna till framgång vid en diskrimineringstalan större.[1124] I kapitlet redogörs även för skillnader mellan de skäl som godtas bryta ett orsakssamband vid direkt könsdiskriminering jämfört med indirekt könsdiskriminering.

I kapitel 5 klargjordes att *all* särbehandling som saknar samband med kön faller utanför begreppet könsdiskriminering enligt de tre rättssystemen. Det föreligger däremot en skillnad i synsätt avseende *saklig* negativ särbehandling. Enligt folkrätten faller även sådan utanför begreppet

[1123] Begreppen könsdiskriminering, saklig särbehandling och undantag m.m. diskuteras i kapitel 5.

[1124] Naturligtvis skulle det kunna vara så att resultatet blir detsamma genom att arbetsgivarna i alla fallen lyckas med sin motbevisning. Sannolikheten att förbudet mot könsdiskriminering får större genomslag är dock större vid en presumtionsregel eller delad bevisbörda.

könsdiskriminering medan EG-rätt och svensk rätt ser saklig negativ särbehandling som "tillåten könsdiskriminering", dvs. som ett undantag från diskrimineringsförbudet. (Frågan om vilken särbehandling som är tillåten, trots att ett samband med kön föreligger, behandlas i kapitel 8 och 9.) Avslutningsvis diskuteras i detta kapitel frågan om när sakliga skäl leder till att orsakssambandet bryts eller till ett undantag. Diskussionen handlar framförallt om huruvida svarandens motivering av en särbehandling vid indirekt könsdiskriminering leder till undantag eller till att könsdiskriminering inte föreligger.

7.2 Bevisbördans placering

Reglerna i folkrätten riktar sig framförallt till staterna. De måste införa lagstiftning som upprätthåller skyddet mot könsdiskriminering i samma utsträckning som reglerna i traktaterna gör. Staterna beslutar själva närmare om reglernas utformning. Det innebär att traktaterna inte innehåller några regler om hur bevisbördan skall placeras. Reglerna får dock inte utformas på ett sådant sätt att förbudets genomslagskraft omintetgörs. Bevisreglerna får således inte utformas så att regler som förbjuder könsdiskriminering blir helt ineffektiva. ILO:s expertkommitté förordar lagstiftning som lägger bevisbördan på den som påstått ha diskriminerat.[1125]

Det framgår inte av artikel 141 EU-fördraget, likalönedirektivet eller likabehandlingsdirektivet hur bevisbördan är fördelad. Bevisbördedirektivet är emellertid tillämpligt vid dessa direktiv. Enligt artikel 4 i bevisbördedirektivet skall käranden *göra antagligt* att missgynnandet har samband med kön, både vid direkt och indirekt diskriminering. På engelska uttrycks detta med att när käranden lagt fram fakta "from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination" går bevisbördan över på svaranden.

Av *Enderbyfallet* (C-127/92) framgår att bevisbördan inte helt fallit på käranden. GA Lenz argumenterade för att bevisbördans placering inte skulle vara bunden till typen av diskriminering, alltså huruvida den är direkt eller indirekt. Enligt Lenz kan både direkt och indirekt diskriminering motbevisas och för att käranden inte skall få en alltför tung bevisbörda skall en presumtion om könsdiskriminering uppställas både vid direkt och vid indirekt diskriminering.[1126] Domstolen kommenterade inte huruvida fallet rörde direkt eller indirekt diskriminering utan lade istället avgörande vikt vid att likalöneprincipens effektivitet upprätthålls. EG-

[1125] ILO, RCE, 1996, punkt 29.
[1126] *Enderby* (C-127/92) GA Lenz uttalande punkt 13–40.

domstolen kom därför fram till att bevisbördan borde delas av parterna genom att en presumtion om könsdiskriminering uppställs, när en väsentligt större andel kvinnor än män erhåller lägre lön för ett likvärdigt arbete.[1127]

Före den senaste ändringen av jämställdhetslagen var alla regler (om förbud mot könsdiskriminering) utom f.d. 17 § och 20 § presumtionsregler. Enligt f.d. 17 § skulle arbetstagaren eller arbetssökanden, när de sökande har likvärdiga sakliga förutsättningar för arbetet, *göra sannolikt* att arbetsgivarens syfte varit att diskriminera. Den som ansåg sig vara könsdiskriminerad i samband med uppsägning eller liknande skulle *visa* att åtgärden varit till skada samt att det funnits ett direkt eller indirekt samband med könstillhörigheten (f.d. 20 §). Bevisbördan gick då över på arbetsgivaren, som skulle *styrka* att könsdiskriminering inte förelåg. Beviskraven ställdes alltså högre på svaranden. Nu är jämställdhetslagen ändrad till att innehålla samma bevisregel som bevisbördedirektivet. Således är bevisbördan delad mellan parterna och kravet på käranden är att den kan *göra antagligt* att ett missgynnande p.g.a. könstillhörighet förelegat. Därefter övergår bevisbördan på svaranden som (fortfarande) skall *styrka* att könsdiskriminering inte föreligger.[1128]

I propositionen påpekas att ett beviskrav som avser antaglighet är lägre än ett krav på att en omständighet skall vara styrkt.[1129] Det påpekas också särskilt att domstolarna inte kan kräva att arbetstagarsidan har att styrka de faktiska omständigheterna för att fullgöra sin bevisbörda.[1130] Syftet med ändringen är en bevislättnad för arbetstagaren. Regeringen understryker att en talan om könsdiskriminering inte i något fall behöver inriktas på att bevisa ett diskriminerande syfte hos arbetsgivaren.[1131] Domstolen skall göra en helhetsbedömning av om de uppgifter som arbetstagarsidan förebringar visar att diskriminering synes föreligga.[1132] Ändringen av bevisbördan leder till att tidigare rättsfall och uttalanden i tidigare förarbeten (om exempelvis att en presumtion inte skall anses "vara stark" el. dyl.)

[1127] *Enderby* (C-127/92) punkt 14–19. Domstolen kom fram till att det närmast föreligger en presumtion för könsdiskriminering när lönen för en yrkesgrupp är påtagligt lägre än för en annan och den ena gruppen nästan enbart utgörs av kvinnor, medan den senare består till övervägande delen av män. Så är åtminstone fallet när de två arbetsuppgifterna som jämförs är av lika värde och den statistik som beskriver läget är tillförlitlig.

[1128] Prop. 1999/2000:143 s. 51.

[1129] A. prop. s. 52 För en redogörelse för skillnader mellan olika beviskrav i processrätten, se Ekelöf/Boman, Rättegång IV, 1992, s. 55 ff.

[1130] Prop. 1999/2000:143 s. 52 Enligt utredningen måste dock käranden bevisa de faktiska omständigheter som gör att han eller hon anser sig vara diskriminerad (SOU 1999:91 s. 68).

[1131] Prop. 1999/2000:143 s. 51.

[1132] A. prop. s. 52.

måste "läsas med försiktighet och i ljuset av EG-domstolens avgöranden".[1133] Enligt Fransson har AD behandlat EG-rätten som "vägledande uttalanden" och inte uppfattat sig som bunden av EG-domstolens tolkningar av likalöneprincipen. Hon kritiserar AD för att vara alltför bunden vid föråldrade förarbeten och inte heller beakta EG-rätten i tillräcklig utsträckning.[1134]

Regeln om *indirekt* könsdiskriminering i jämställdhetslagen är konstruerad som en presumtion för könsdiskriminering när en väsentligt större procentandel av ena könet drabbas jämfört med det andra könet. På samma sätt uppställs en presumtion för könsdiskriminering i artikel 2 i bevisbördedirektivet. (Bevisbördedirektivet avser f.ö. att kodifiera praxis, enligt vilken det uppställts en presumtion vid indirekt diskriminering.) EG-domstolen har sagt att en presumtion föreligger när två arbeten är likvärdiga och statistiken är tillförlitlig.[1135] Artikel 2 i bevisbördedirektivet är alltså en presumtionsregel samtidigt som artikel 4 i samma direktiv stadgar att käranden skall lägga fram "fakta som ger anledning att anta det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering". När det gäller indirekt diskriminering är det min slutsats att antaglighetskravet i artikel 4 inte ändrar presumtionen angående indirekt könsdiskriminering. För att dessa regler inte skall kollidera krävs att man tolkar artikel 4 så att antaglighetskravet är uppfyllt när presumtionen enligt artikel 2 är uppfylld.

För att presumtionen skulle vara uppfylld enligt f.d. 18 § erfordrades att arbetstagaren visat att den utförde lika eller likvärdigt arbete som en person av motsatt kön och att det förelåg en skillnad i lön (eller annat anställningsvillkor). När presumtionen väl var uppfylld gick bevisbördan över på arbetsgivaren som i sin tur hade att visa att skillnaden i lönesättning berodde på:

1) skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller
2) att skillnaden i varje fall inte vare sig direkt eller indirekt hade samband med arbetstagarnas könstillhörighet.

I och med den senaste ändringen av jämställdhetslagen ändrades även regeln om lönediskrimineringsförbudet. Presumtionen är borttagen och samma bevisregel råder som i de övriga situationerna som nämns i 17 §. Utredningen ville dock inte upphäva presumtionsregeln. Utredningen menade att lönediskriminering och övrig könsdiskriminering skiljer sig åt på så sätt att det finns en begränsning i vilka sakförhållanden som kan

[1133] Prop. 1999/2000:143 s. 55.
[1134] Fransson, Lönediskriminering, 2000, s. 378.
[1135] *Enderby* (C-127/92) punkt 16. Se även *Jørgensen* (C-226/98) punkt 30–36.

åberopas vid lönediskriminering.[1136] Regeringen invände att detta inte innebär att presumtionsregeln måste behållas. Regeringen framhöll att bevisbördedirektivet tillkommit i syfte att tillämpas vid alla diskrimineringsmål samt att den återspeglar EG-domstolens rättstillämpning.[1137] I förarbetena till den senaste ändringen sägs att den nya bevisregeln måste innebära att arbetstagaren inte längre måste bevisa fullt ut att den utför lika eller likvärdigt arbete. Arbetstagaren skall kunna åberopa andra omständigheter som leder till att det efter en helhetsbedömning kan antas att könsdiskriminering förekommit.[1138]

Sammanfattningsvis kan konstateras att nuvarande beviskrav, beträffande de situationer som 17 § omfattar, innebär att käranden skall göra *antagligt* att könsdiskriminering föreligger varpå bevisbördan övergår på svaranden, som skall *styrka* motsatsen.[1139]

7.3 Folkrätt

Vid tillkomsten av artikel 23 i den universella förklaringen diskuterades olika skäl för löneskillnader som är acceptabla exempelvis p.g.a. ålder eller i områden med högre levnadskostnader. Enligt den universella förklaringen skall arbetsgivaren beakta arbetstagarens familjeförhållanden vid lönesättningen. Således är det godtagbart enligt den universella förklaringen att ge högre lön till män med familj än gifta kvinnor. Detta är däremot inte förenligt med ILO-konventionen nr 100 om lika lön.[1140]

Det finns inga fall från Europadomstolen som berör rätten till arbete och följaktligen inte heller några exempel på vad staterna skulle kunna anföra som sakliga skäl för åtskillnad mellan könen. De mål som rört frågan om könsdiskriminering har i de flesta fall inneburit att en åtskillnad som beror på kön faktiskt förelegat och frågan har varit huruvida staten kunnat motivera denna med ett legitimt mål eller genom att frågan fallit under statens tolkningsmarginal. Dessa mål behandlas i kapitel 8 som handlar om tillåten särbehandling p.g.a. kön.

Ett exempel på ett mål där anfört skäl för särbehandling inte godtagits ger målet *Schuler–Zgraggen mot Schweiz*.[1141] Målet handlade om en kvinna som förlorade rätten till sjukpension efter att hon fött barn. Den

[1136] SOU 1999:91 s. 71 f.
[1137] Prop. 1999/2000:143 s. 50 f.
[1138] A. prop. s. 52.
[1139] A. prop. s. 50 ff.
[1140] Källström, Article 23, 1992, s. 362 ff. Se även Källström, Eide, Article 23, 1999, s. 494.
[1141] *Schuler–Zgraggen mot Schweiz* (24 juni 1993).

nationella domstolen uttryckte bl.a. i beslutet att det inte gick att bortse från det faktum att även om hon varit frisk skulle hon kanske ha varit nöjd med att sköta om hem och barn. Staten hävdade att antagandet om kvinnors beteenden endast nämnts som ett inlägg och inte legat till grund för det aktuella beslutet. Denna invändning godtogs inte av domstolen som tvärtom konstaterade att antagandet om kvinnor inte enbart varit ett inlägg utan faktiskt legat till grund för beslutet.[1142] Europadomstolen ansåg att det förelåg ett brott mot diskrimineringsförbudet.

I målet *Petrovic mot Österrike* ansåg europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter, men inte Europadomstolen, att det var fråga om könsdiskriminering. Målet handlade om en man som sökt bidrag motsvarande föräldrapenning men som nekats då endast mödrar hade rätt till sådan.

> Den sökande hävdade att den österrikiska lagstiftningen därmed var diskriminerande och stred mot EKMR. Enligt mannen var konventionen tillämplig, eftersom ekonomiskt bistånd för att möjliggöra för föräldrar att stanna hemma från arbetet för att ta hand om barn påverkade familjelivet och därmed föll inom tillämpningsområdet för artikel 8. Både kommissionen och Europadomstolen ansåg att själva avslaget av ansökan om föräldrapenning inte utgjorde ett brott mot artikel 8, eftersom denna artikel inte lade någon positiv skyldighet på staterna att tillhandahålla sådant ekonomiskt bistånd. Domstolen fann dock att artikel 8 ändå var tillämplig med hänvisning till att staten visat sin respekt för familjelivet inom ramen för artikel 8 genom att bevilja föräldrapenning.
>
> Europadomstolen ansåg inte att regleringen var könsdiskriminerande. Den hänvisade till att det inte fanns någon generell standard i frågan inom Europa. Därför föll frågan inom statens tolkningsmarginal eftersom det vid tidpunkten för lagstiftningen var så olika reglerat i olika stater. Domstolen framhöll särskilt att Österrike därefter gradvis följt med utvecklingen som alla andra.[1143]

Europadomstolen ansåg att regleringen föll inom statens tolkningsmarginal med hänvisning till att andra staters beteende var likadant. Domstolen förtjänar, enligt min mening, kritik för sin försiktiga hållning. En långsam utveckling i staterna angående skyddet mot könsdiskriminering bör inte användas som rättfärdigande för särbehandling p.g.a. kön. Eftersom förbudet mot könsdiskriminering i konventionen är till för att ge ett skydd mot diskriminering i de fall staternas lagstiftning brister, är detta

[1142] *Schuler–Zgraggen mot Schweiz* (24 juni 1993) punkt 66–67.
[1143] *Petrovic mot Österrike* (28 mars 1998) punkt 39–43.

ett svagt argument från domstolens sida. I detta fall blev resultatet att särbehandlingen p.g.a. kön ansågs saklig därför att den var tillåten i andra stater.[1144]

7.4 EG-rätt och svensk rätt

7.4.1 Allmänt

De skäl som förs fram för att visa att det inte föreligger något samband mellan missgynnandet och könstillhörigheten måste vara sakliga och könsneutrala. Angående indirekt lönediskriminering framgår av EG-domstolens praxis att de nationella domstolarna skall undersöka om de givna förklaringarna till arbetsgivarens lönepraxis motsvarar verkliga behov hos denne samt om förklaringarna är adekvata och nödvändiga för att uppnå det eftersträvade resultatet. Vid direkt lönediskriminering har huvudregeln varit att käranden i princip haft hela bevisbördan för den påstådda diskrimineringen.[1145] Det som har kännetecknat direkt diskriminering är det tydliga sambandet med könstillhörigheten, vilket käranden alltså haft att bevisa. Detta hindrar naturligtvis inte att arbetsgivaren framför motbevisning som syftar till att förklara löneskillnaden med andra faktorer än kön.[1146] Domstolen uttalade i *Macarthysfallet* (C-129/79) att "[...] det inte kan uteslutas att en skillnad i lön mellan två arbetstagare som innehar samma befattning men vid olika tidpunkter kan förklaras genom påverkan av faktorer som inte har något samband med diskriminering på grund av kön."[1147]

Vid tillämpning av jämställdhetslagen måste de omständigheter som arbetsgivaren åberopar som bevis för att behandlingen saknar samband med kön "framstå som sakliga och kunna övertyga en utomstående".[1148] Det finns dock ett krav på *insikt* hos arbetsgivaren om personens kön. Därmed är det möjligt för arbetsgivaren att freda sig mot anklagelser om könsdiskriminering genom att visa att hon vare sig hade eller borde haft

[1144] Ett annat exempel på mäns ställning som föräldrar ger fallet *Nylynd mot Finland* som handlade om möjligheten för män att föra positiv faderskapstalan. Europadomstolen ansåg att Nylynd och modern inte befann sig i en liknande situation varför artikel 14 inte var tillämplig, ingen diskriminering förelåg (*Nylynd mot Finland*, dom den 29:e juni 1999). För en analys av detta mål, se Bull, TfR 3-4/2000, s. 693–737.

[1145] Se exempelvis *Enderby* (C-127/92) punkt 13.

[1146] SOU 1996:43 s. 54. Angående bevisbördans placering och dess konsekvenser, se avsnitt 7.2.

[1147] *Macarthys* (C-129/79) punkt 12.

[1148] Prop. 1999/2000:143 s. 53.

kännedom om personens kön. Detta borde inte bli aktuellt i så många fler fall än när ett felaktigt urval till en anställningsintervju har skett.[1149] Arbetsgivaren kan inte åberopa hinder som går att undanröja genom helt enkla åtgärder eller som inte är alltför kostsamma.[1150]

AD har uttalat att vid lönediskriminering kan arbetsgivaren inte åberopa rent subjektiva skäl eller skäl som i övrigt inte kan bedömas med säkerhet i efterhand.[1151] Det avgörande måste vara om arbetsgivaren kan visa på ett övertygande sätt att de skäl som hon åberopar och som inte har med arbetstagarnas kön att göra, utgör förklaringen till löneskillnaden.[1152] Även om presumtionsregeln är upphävd får detta antas ha fortsatt giltighet. Enligt AD bör man, vid prövningen av trovärdigheten av arbetsgivarens förklaring, ta hänsyn till om arbetsgivaren i övrigt kan påvisa förhållanden "som mer allmänt talar för att arbetsgivaren inte gör obehörig skillnad mellan kvinnor och män".[1153] Detta är i linje med ändringen av reglerna som ju åsyftar innebära att en helhetsbedömning företas.

Här nedan redogörs för skäl som anförts för att bryta ett påstått samband mellan missgynnande och könstillhörighet. Gränsen mellan de olika faktorerna är inte på något sätt knivskarp.

7.4.2 Individuell lönesättning

Argument om individuell lönesättning kan naturligtvis enbart förekomma ifråga om mål om lönediskriminering. Likalöneprincipen innebär inte att alla måste ha samma lön. Föreligger löneskillnader mellan könen kan arbetsgivaren visa att det finns sakliga skäl för skillnaden. Dessa skäl måste vara könsneutrala. Arbetsgivaren kan dock inte anföra individuell lönesättning i sig som skäl för löneskillnader. Den enskildes meriter, prestationsförmåga och andra förhållanden kan motivera en löneskillnad. Det är dock viktigt att den bedömning som är hänförlig till individen är genomskinlig och könsneutral.[1154]

Av *Danfossmålet* (C-109/88) framgår att det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att kriterierna som påverkar lönesättningen och som systematiskt missgynnar kvinnor inte utgör könsdiskriminering.[1155] I målet var det bl.a. fråga om kriterierna flexibilitet, yrkesutbildning och anställ-

[1149] Prop. 1999/2000:143 s. 53.
[1150] Prop. 1978/79:175 s. 51.
[1151] *AD 1991 nr 62, jfr AD 1987 nr 83, AD 1987 nr 51* och *AD 1982 nr 139.*
[1152] *AD 1991 nr 62* s. 364.
[1153] *AD 1991 nr 62* s. 364.
[1154] Prop. 1999/2000:143 s. 72, *AD 1995 nr 158.* Se även avsnitt 6.2.2.6 om lika och likvärdigt arbete.
[1155] *Danfoss* (C-109/88) punkt 10–16.

ningstid fick användas för individuell lönesättning. EG-domstolen konstaterade att om kriteriet *flexibilitet* används för att belöna kvalitén på utfört arbete kan det inte rättfärdiga systematiska löneskillnader mellan kvinnor och män.[1156] Däremot får flexibilitet motivera löneskillnader om kriteriet hänför sig till den anställdes anpassningsförmåga beträffande arbetstider och arbetsplatser under förutsättning att arbetsgivaren kan visa att det har betydelse för arbetstagarens arbetsuppgifter.[1157] Detsamma gäller *yrkesutbildning*.[1158] Beträffande *anställningstid* menade domstolen att denna generellt sett har betydelse för arbetstagarens förmåga att utföra sina arbetsuppgifter, vilket innebär att det utgör ett tillåtet kriterium för löneskillnader utan att arbetsgivaren behöver visa att kriteriet är av vikt för arbetstagarens utförande av sina arbetsuppgifter.[1159] Även i *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97) uttalade EG-domstolen att *yrkesutbildning* är en faktor som kan beaktas vid bedömandet om det finns sakliga skäl för löneskillnad.[1160]

I målet *Brunnhofer* (C-381/99) konstaterar GA Geelhoed att ålder, utbildning och erfarenhet utgör godtagbara skäl för löneskillnader. Han framhåller också att arbetstagarens personliga prestationsförmåga får påverka lönen endast när arbetstagaren har ackordslön. Är det fråga om tidlön får däremot arbetstagarens prestationsförmåga inte ha någon inverkan på lönesättningen.[1161]

Även enligt svensk rätt är det möjligt att anföra sakliga skäl som är hänförliga till individen och som motiverar löneskillnader. Som motbevisning till påståenden om lönediskriminering kan arbetsgivaren visa att arbetstagarna har olika sakliga förutsättningar för arbetet.[1162] Bedömningen av arbetstagarens sakliga förutsättningar för arbetet är densamma som vid anställning och befordran. Således får arbetsgivaren själv bedöma vilka kvalifikationer som är relevanta för aktuellt arbete, så länge de inte är diskriminerande i sig. Bedömningen av sakliga förutsättningar skall dock göras "efter vad som enligt praxis uppfattas som sådana förutsättningar och inte efter någon viss av lagstiftaren eller domstol formulerad standard".[1163]

[1156] *Danfoss* (C-109/88) punkt 17–20.
[1157] *Danfoss* (C-109/88) punkt 21–22.
[1158] *Danfoss* (C-109/88) punkt 23.
[1159] *Danfoss* (C-109/88) punkt 24.
[1160] *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97) punkt 19.
[1161] *Brunnhofer* (C-381/99) GA:s yttrande punkt 23–27. EG-domstolen har ännu inte avgjort målet (2001-05-19).
[1162] Laurén, Lavén, Nya jämställdhetslagen, 1992, s. 187.
[1163] Se prop. 1978/79:175 s. 50 f. och avsnitt 6.2.1.3.

7.4.3 Kollektivavtal

Det faktum att skillnader i lön är resultatet av kollektivavtal räcker inte som argument för att en arbetsgivare skall undgå ansvar för lönediskriminering. Det framgår av *Enderbyfallet* (C-127/92) där domstolen uttryckligen sade att det inte räcker med att åberopa ett kollektivavtal för att motivera löneskillnader.[1164] EG-domstolen uttalade dock i *Royal Copenhagen* (C-400/93) att de nationella domstolarna får tillmäta kollektivavtalen betydelse som en omständighet vid bedömningen av om skillnaderna i lön beror på något annat än kön.[1165]

I Sverige tillmäts kollektivavtalen av tradition stor betydelse. AD har i *AD 1984 nr 140* uttalat att individuell lönesättning genom kollektivavtal inte sätter lönediskrimineringsförbudet ur spel. Domstolen har dock framhållit att det faktum att lönesättningen grundas på kollektivavtal eller i en på arbetsmarknaden vedertagen praxis bör väga tungt.[1166] Fransson påpekar att AD inte ifrågasatte sakligheten hos det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet i det första barnmorskemålet (*AD 1996 nr 41*).[1167] I *AD 1997 nr 68* framhöll AD att kollektivavtal i och för sig får ifrågasättas men underströk att de kan ha betydelse vid prövningen om könsdiskriminering förelegat. I det senaste barnmorskemålet (*AD 2001 nr 13*) utgjorde det förhållandet att lönerna var resultatet av kollektiva förhandlingar en av tre faktorer som ledde till att domstolen ansåg att det fanns sakliga skäl för löneskillnaderna. Domstolen kommenterade att kollektivavtalen inte får vara könsdiskriminerande, men gjorde ingen analys av om så var fallet.[1168]

7.4.4 Ekonomiska skäl

Det framgår av flera fall från EG-domstolen att ekonomiska skäl inte är godtagbara vid direkt könsdiskriminering angående anställning/arbetsvillkor. Det följer av *Dekkerfallet* (C-177/88) där en arbetsgivare inte ville anställa en gravid kvinna p.g.a. de ekonomiska konsekvenser som det skulle innebära. Arbetsgivaren skulle inte få ersättning för kvinnans frånvaro från försäkringsgivaren då han kunnat förutse kostnaden. EG-domstolen uttalade att det strider mot likabehandlingsdirektivet att vägra anställa någon som passar för arbetet när beslutet grundas på de negativa finansiella återverkningar som anställningen skulle få för arbetsgivaren.[1169]

[1164] *Enderby* (C-127/92) punkt 20–23.
[1165] *Royal Copenhagen* (C-400/93) punkt 44–47.
[1166] *AD 1991 nr 62* s. 364.
[1167] Fransson, 2000, s. 346.
[1168] De två andra faktorerna var arbetsmarknadsläget och skillnad i ålder mellan arbetstagarna.
[1169] *Dekker* (C-177/88) punkt 10–14.

Webb (C-32/93) handlade om uppsägning i samband med graviditet. Även i detta avgörande underkände EG-domstolen arbetsgivarens invändning. Arbetsgivaren menade att kvinnans närvaro på arbetet varit ett grundläggande villkor för att hon fick anställningen. Domstolen sade att den anställdes möjlighet att närvara visserligen är en förutsättning ur arbetsgivarens synvinkel, men att det skydd som EG-rätten tillhandahåller en kvinna både före och efter förlossningen inte kan vara beroende av huruvida hennes närvaro är en förutsättning för att tjänsten hon anställts för skall utföras. En annan tolkning skulle innebära att direktivets regler blev ineffektiva. Domstolen hänvisade till *Habermann–Bettermannfallet* (C-421/92) och sade att den omständigheten att Webb tillfälligt inte kunde utföra arbete inte rättfärdigade ett avskedande när hon anställts på obestämd framtid. Den omständigheten att hon anställts för att ersätta en annan gravid kvinna och sedan själv visade sig vara gravid ändrade, enligt domstolen, inte bedömningen.[1170] Dessa fall visar att domstolen inte accepterat några skäl för att bryta ett samband med kön när det varit fråga om särbehandling p.g.a. graviditet. Domstolen anser således att sambandet med kön är klarlagt i och med att särbehandlingen grundar sig på graviditeten. Förutsättningen för att en arbetsgivare skall undgå ansvar för direkt könsdiskriminering av gravida med hänvisning till ekonomiska skäl är att de ekonomiska skälen passar in under något angivet undantag.[1171]

I *Neath* (C-152/91) var frågan om en beräkningsmetod för pension innebar direkt lönediskriminering p.g.a. kön. Den aktuella beräkningsmetoden resulterade i att kvinnor fick ett högre belopp än män när de överförde intjänade pensionsrättigheter till ett annat system. EG-domstolen tog inte ställning till några rättfärdigande skäl i detta fall, eftersom den ansåg att beräkningsmetoder faller utanför lönebegreppet och således även tillämpningsområdet för artikel 141 EU-fördraget. Kommissionen var av motsatt uppfattning och ansåg följaktligen att alla skillnader i behandling måste kunna motiveras av sakliga skäl. Kommissionen ansåg inte att statistiska fakta om beräknad livslängd utgjorde sakliga skäl för löneskillnad.[1172]

Kommissionen mot Grekland (C-187/98) handlade om att Grekland tidigare hade haft regler som innebar olika villkor för gifta kvinnor och män för beviljande av familje- och äktamakebidrag. Som skäl för att inte behöva göra retroaktiva utbetalningar hävdade Grekland bl.a. att det

[1170] *Webb* (C-32/93) punkt 26–28. Se även *Rentokil* (C-394/96) punkt 26 och *Mahlburg* (C-207/98).

[1171] Frågan om undantag med hänvisning till ekonomiska skäl behandlas i avsnitt 8.4.

[1172] *Neath* (C-152/91) punkt 27.

skulle bli en enorm kostnad. EG-domstolen konstaterade att en medlemsstat inte kan åberopa ekonomiska svårigheter som skäl för att undgå de skyldigheter och tidsfrister som följer av gemenskapsrätten.[1173]

Till skillnad mot vid direkt könsdiskriminering *kan* ekonomiska skäl användas för att bryta ett orsakssamband vid indirekt lönediskriminering. I *Jenkinsfallet*, som var det första om indirekt diskriminering, uttalade EG-domstolen att ekonomiska skäl kan vara objektivt godtagbara om arbetsgivaren, oberoende av arbetstagarens kön, "strävar efter att uppmuntra heltidsarbete genom att betala lägre timlön för deltidsarbete än för heltidsarbete".[1174] Invändningen att företaget eftersträvar att anställa så få deltidsarbetande som möjligt kan också godtas, enligt domstolen, under förutsättning att det kan visas att detta syfte motsvarar ett verkligt behov, vilket framgår av *Bilka Kaufhaus* (C-170/84).[1175] I *Hill och Stapleton* (C-243/95) underströk domstolen emellertid att ekonomiska skäl inte är godtagbara om de endast består i att det skulle leda till kostnadsökningar för arbetsgivaren att undanröja befintlig diskriminering.[1176] Enligt Ellis har EG-domstolen inte klargjort var den anser att "balanspunkten" ligger mellan företags kommersiella vinning och elimineringen av diskriminering.[1177]

I *Jørgensen* (C-226/98) sade EG-domstolen att budgethänsyn *inte* kan motivera diskriminering till nackdel för ena könet. Bakgrunden till målet var en omorganisation av sjukvårdssystemet för att begränsa de offentliga utgifterna för specialistläkarvård som innebar bl.a. att möjligheterna att utöva specialistläkaryrket på deltid skulle begränsas.

Vid en jämförelse med direkt könsdiskriminering beträffande anställning kan konstateras att EG-domstolen inte accepterat ekonomiska invändningar för att bryta orsakssambandet medan ekonomiska invändningar kan vara bärkraftiga vid indirekt könsdiskriminering. Det finns alltså större möjligheter att undgå ansvar vid indirekt könsdiskriminering, om svaranden kan anföra ekonomiska skäl som ryms inom en proportionalitetsbedömning, jämfört med vid direkt könsdiskriminering.

7.4.5 Arbetsmarknadsskäl

I *Enderby* (C-127/92) angav arbetsgivaren som skäl för skillnaden i lön mellan arbetstagare som utförde likvärdigt arbete att det var svårt att få tag i arbetstagare till den ena typen av arbete, varför man försökte locka

[1173] *Kommissionen mot Grekland* (C-187/98) punkt 36–55.
[1174] *Jenkins* (C-96/80) punkt 12.
[1175] *Bilka Kaufhaus* (C-170/84) punkt 29–37.
[1176] *Hill och Stapleton* (C-243/95) punkt 34–40.
[1177] Ellis, 1998, s. 126.

med högre löner. Enligt domstolen är det möjligt att en sådan invändning kan utgöra ett objektivt sakligt skäl men det är den nationella domstolen som i varje enskilt fall skall pröva fakta.[1178] Arbetsmarknadsskäl kan alltså utgöra ett godtagbart skäl för löneskillnad så länge det inte finns något samband med kön. Generella påståenden om arbetsmarknaden räcker emellertid inte som grund för löneskillnader.[1179]

Även AD har godtagit arbetsmarknadspolitiska skäl för att bryta ett påstått samband mellan missgynnande och kön. I *AD 1983 nr 104* ansåg domstolen att en man hade bättre sakliga förutsättningar för det arbete som en kvinna hade fått. Det tyngst vägande skälet till att hon fått anställningen var att hon i annat fall skulle ha blivit arbetslös. Enligt AD fanns det ingen praxis som innebar att sådana arbetsmarknadspolitiska skäl fick tillmätas betydelse vid tjänstetillsättningen. Å andra sidan fanns inget som talade emot det heller. Domstolen konstaterade att dess uppgift inte var att bedöma huruvida ett sådant förfarande var grundlagsenligt. Det AD hade att bedöma var huruvida tjänstetillsättningen skett utan avseende på kön, vilket den ansåg var fallet. Arbetsgivaren hade inte gjort sig skyldig till könsdiskriminering. AD ansåg, i *AD 1995 nr 158*, att den aktuella kommunen inte lyckats visa att löneskillnaden som det var fråga om i målet motiverats av arbetsmarknadsskäl. I *AD 2001 nr 13* ansåg AD däremot att bl.a. arbetsmarknadsläget motiverade en löneskillnad mellan den manliga medicinteknikern och de kvinnliga barnmorskorna. Arbetsgivaren behövde inte visa, enligt domstolen, att arbetsmarknadsläget påverkat lönesättningen i det konkreta fallet. Det räckte med en allmän hänvisning till lönenivåerna inom det, för medicinteknikern, alternativa privata näringslivet.[1180]

Slutsatsen är att arbetsmarknadsskäl kan godtas för att bryta orsakssambandet vid både direkt och indirekt könsdiskriminering.

7.4.6 Kompensation

Kompensationsargument har accepterats av EG-domstolen både när det gäller lön och anställnings-/arbetsvillkor och beträffande direkt och indirekt könsdiskriminering. Domstolen har tillåtit olika lön för att kompensera olika nackdelar i syfte att främja likhet i resultat. I *Birds Eye* (C-132/92) var det fråga om att en kvinna erhöll en lägre förtidspension än en man i samma situation, till följd av att kvinnan även erhöll statlig pension

[1178] *Enderby* (C-127/92) punkt 14–29.

[1179] Se *Seymour–Smith* (C-167/97) angående socialpolitiska skäl.

[1180] *AD 2001 nr 13*. Se även *AD 2001 nr 51* där AD godtog marknadskrafter som sakligt skäl för löneskillnader mellan kvinnliga och manliga socialkonsulenter.

p.g.a. att pensionsåldern var lägre för kvinnor. Kommissionen ansåg att det fanns sakliga skäl för denna åtskillnad då arbetsgivaren sökte kompensera den olikhet som följde av skillnaden i pensionsålder. EG-domstolen instämde och framhöll att det skulle innebära särbehandling om kvinnor erhöll samma belopp som innan de fick statlig pension som efter, när män inte erhöll statlig pension förrän fem år senare.[1181]

I fallet *Abdoulaye* (C-218/98) ansåg manliga arbetstagare att kollektivavtalet var diskriminerande mot fäder, då de inte kunde få ersättning på samma sätt som kvinnliga arbetstagare fick ersättning från arbetsgivaren när dessa tog ut mammaledighet. EG-domstolen ansåg att de kvinnliga och manliga arbetstagarna inte befann sig i en likartad situation då mammaledigheten ledde till att kvinnan bl.a. inte kunde bli föreslagen för befordran eller göra anspråk på löneökningar som var knutna till arbetstagarens personliga prestation. Domstolen konstaterade att bidrag som enbart betalas till kvinnliga arbetstagare inte strider mot likalöneprincipen när bidraget syftar till att kompensera yrkesmässiga nackdelar till följd av frånvaro p.g.a. mammaledighet.[1182]

I fallet *Schnorbus* (C-79/99) var det fråga om kompensationsåtgärder i form av företräde till anställning som staten var skyldig att tillhandahålla för personer som gjort värnplikt. Domstolen konstaterade att bestämmelsen enbart hade till syfte att kompensera följderna av den försening i utbildningen som värnplikten innebar och att den därför var saklig och inte oproportionerlig.[1183]

7.4.7 Socialpolitiska skäl

Socialpolitiska mål, som skäl för särbehandling, har enbart förekommit i fall om indirekt könsdiskriminering. I *Jørgensen* (C-226/98) underkände EG-domstolen budgethänsyn som sakliga skäl för särbehandling och underströk att sådana förvisso kan vara avgörande för en medlemsstats socialpolitiska mål men att de inte utgör ett mål i sig. Domstolen framhöll emellertid att behovet av att säkerställa en god styrning av de offentliga utgifterna för specialistvård samt att trygga befolkningens tillgång till denna vård var legitima mål. Sålunda menade domstolen att åtgärder som syftar till att säkerställa sådana mål kan vara befogade "om de svarar mot ett berättigat socialpolitiskt mål, är ägnade att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och är nödvändiga för att uppnå målet".[1184]

[1181] *Birds Eye* (C-132/92) punkt 15–24.
[1182] *Abdoulaye* (C-218/98) punkt 17–22.
[1183] *Schnorbus* (C-79/99) punkt 44–47.
[1184] *Jørgensen* (C-226/98) punkt 37–42.

Invändningar att hel- och deltidsanställda arbetar olika antal timmar och därför erhållit olika ersättning för deltagande i kurser har också underkänts av domstolen.[1185] Målet *Lewark* (C-457/93) handlade om ersättning för utbildning som var nödvändig för att kunna utöva verksamhet i en företagsnämnd. Den tyska regeringen invände att det var fråga om ett ideellt hedersuppdrag och förbudet mot alla för- eller nackdelar som skulle kunna grundas på uppdraget hade till syfte att säkerställa att uppdraget kunde utföras oberoende. EG-domstolen konstaterade att företagsnämnders verksamhet utgjorde en del av socialpolitiken i Tyskland samt att lagstiftarens vilja att ge ledamöterna andra incitament än ekonomiska för att verka inom nämnderna utgjorde ett socialpolitiskt mål. Detta innebar att det var fråga om ett berättigat mål, som saknade samband med kön. Domstolen överlämnade till den nationella domstolen att avgöra huruvida skillnaden i behandling var nödvändig och motiverad för att säkerställa det eftersträvade målet.[1186]

I fallet *Seymour–Smith* (C-167/97) angav staten att skälet för att uppställa ett krav på två års anställningstid innan arbetstagaren omfattades av uppsägningsskyddet var att gynna rekryteringen av arbetstagare. Staten menade att det fanns en risk att arbetsgivare skulle dra sig för att anställa folk om de riskerade att dras inför rätta för ogrundad uppsägning av nyligen anställd personal. EG-domstolen framhöll att främjandet av sysselsättningen utgör ett legitimt socialpolitiskt mål och att medlemsstaterna har ett stort utrymme för eget skön när de väljer åtgärder för att förverkliga ett sådant mål. Domstolen framhöll emellertid att även om socialpolitiken huvudsakligen faller inom medlemsstaternas behörighet får det egna skönet inte leda till att likalöneprincipen urholkas. Domstolen ansåg att det inte räcker med enbart "generaliserade påståenden om att en viss bestämmelse är ägnad att främja sysselsättningen" och påpekade att det inte heller är möjligt att från sådana uppgifter dra slutsatsen att bestämmelsen bidrar till att förverkliga målet.[1187]

I målet *Krüger* (C-281/97) hävdade svaranden att uteslutningen av deltidsanställda från att få lönetillägg vid årets slut motiverades av social- och sysselsättningspolitiska skäl som helt saknade samband med kön.

[1185] *Bötel* (C-360/90) punkt 17–26.

[1186] *Lewark* (C-457/93) punkt 28–39. Se även *Freers och Speckman* (C-278/93) där Tyskland bl.a. invände att uppdragen utövades ideellt och menade att ersättning skulle endast kompensera det inkomstbortfall som medlemmarna i kommittéerna drabbades av p.g.a. representation, utbildning och dylikt som skedde under arbetstid. Av samma skäl som i *Lewark* godtog EG-domstolen det socialpolitiska målet och överlämnade bedömningen av om den omtvistade särbehandlingen var lämpad för att uppnå det nämnda målet eller om det fanns andra medel för att uppnå detta till den nationella domstolen (punkt 21–31).

[1187] *Seymour–Smith* (C-167/97) punkt 70–76.

Domstolen framhöll att medlemsstaterna förvisso har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att säkerställa att social- och sysselsättningspolitiken uppnås, men att den aktuella regeln inte hade beslutats inom ramen för statens utrymme för skönsmässig bedömning. Kollektivavtalet innebar att personer som var anställda i ringa omfattning fick lägre lön än övriga anställda, vilket utgjorde könsdiskriminering om en betydligt större procentandel kvinnor än män drabbades.[1188]

7.4.8 Anställningstid/ålder

Frågan om krav på olika anställningstid för viss lön, befordran etc. har enbart förekommit i fall om indirekt könsdiskriminering. I *Danfoss-domen* sade domstolen att anställningstiden kan utgöra skäl för högre lön vid individuell lönesättning.[1189] Arbetsgivaren har i dessa fall ställt olika krav på deltidsanställda och heltidsanställda. *Nimz* (C-184/89) gällde lönediskriminering och handlade om kollektivavtalsregler som automatiskt flyttade upp arbetstagare till en ny lönegrad då viss tjänstgöringstid var uppfylld. Reglerna innebar att de som arbetade mellan halv- och trekvartstid var tvungna att arbeta dubbelt så lång tid för att kvalificera sig för nästa lönegrad. Arbetsgivaren hävdade att skillnaden i behandling berodde på att heltidsanställda snabbare erhöll den förmåga och de kunskaper som behövdes för just deras arbete. Enligt EG-domstolen var denna invändning alltför generell och gjorde det inte möjligt att identifiera kriterier som både var objektiva och som inte hänförde sig till könsdiskriminering. Domstolen bekräftade att erfarenhet har samband med tjänstgöringstid men att kriteriet beror på *alla* omständigheter i det enskilda fallet. Enligt domstolen beror det särskilt på förhållandet mellan uppgifternas art och den erhållna erfarenheten efter att ett visst antal arbetstimmar utförts.

I *Kording* (C-100/95) förlängdes tjänstgöringstiden för att bli skatterådgivare för deltidsanställda i förhållande till heltidsanställda. Arbetsgivaren hävdade att detta var nödvändigt för att erhålla den erfarenhet som behövdes. Domstolen framhöll att kunskapsnivå är nära sammanbunden med tjänstgöringstid men att detta kan variera från fall till fall.[1190] Kravet på anställningstid utgjorde inte könsdiskriminering, även om det drabbade fler kvinnor än män, om det kunde visas i det konkreta fallet att det krävdes längre tid för deltidsanställda att erhålla nödvändig kunskap.[1191]

[1188] *Krüger* (C-281/97) punkt 22–30.
[1189] *Danfoss* (C-109/88) punkt 24. Se avsnitt 7.4.2 om individuell lönesättning.
[1190] *Kording* (C-100/95) punkt 23.
[1191] *Kording* (C-100/95) punkt 26.

I *Gersterfallet* (C-1/95) godkände domstolen en reglering som medförde att beräkningen av deltidsanställdas tjänstgöringstid gjordes mindre förmånlig jämfört med heltidsanställda.[1192] Förutsättningarna för att en sådan reglering skulle kunna godtas, även om den drabbar fler kvinnor än män och således innebär indirekt diskriminering, var enligt domstolen att den nationella domstolen finner att deltidsarbetare vanligen är långsammare än heltidsanställda (vilket var den Bayerska förbundsstatens invändning) att skaffa sig förmåga och kunskaper. Dessutom krävs att särbehandlingen ryms inom den proportionalitetsbedömning som skall göras vid indirekt diskriminering. Alltså krävs att domstolen kan göra klart att de valda medlen reflekterar ett legitimt socialt mål och att de är lämpliga och nödvändiga åtgärder i syfte att uppnå detta mål.[1193] I *Hill och Stapleton* (C-243/95) var det fråga om deltidsanställda som placerades i en lägre löneklass när de återgick till heltidsarbete jämfört med den löneklass de tillhört som deltidsanställda. Domstolen ansåg att invändningen, att det var allmän praxis inom den offentliga sektorn att inte "tillgodoräkna" annat än faktiskt fullgjord tjänstetid samt att det var fråga om ett system för belöning som syftade till att upprätthålla motivationen hos de anställda, saknade relevans. Domstolen påpekade även att motiveringen att systemet annars skulle leda till en otillåten diskriminering till förmån för kvinnor var helt felaktig.[1194]

EG-domstolen har angivit att anställningstid *kan* utgöra skäl för åtskillnad men inte får accepteras automatiskt. EG-domstolen har däremot inte diskuterat huruvida åldersskillnader mellan arbetstagare i sig motiverar särbehandling. I målet *Brunnhofer* (C-381/99) anför dock GA Geelhoed att ålder utgör ett objektivt sakligt skäl för löneskillnader.[1195] Av *AD 2001 nr 13* framgår att ålder är en saklig faktor för skillnader i lön om arbetsgivaren kan visa att lönestrukturen allmänt innebär skillnad i lön mellan äldre och yngre arbetstagare. AD säger att "[å]ldern kan i vissa fall premieras genom särskilt bestämda lönetillägg, som då utgör en godtagbar anledning till löneskillnaden" och hänvisar till EG-domstolens dom i *Danfoss* (C-109/88). Denna dom behandlade frågan om *anställningstid* (och inte ålder) som giltigt skäl för löneskillnader, vilket AD tydligen inte uppmärksammat. Skillnad i anställningstid som giltigt skäl för löneskillnad diskuteras däremot inte av AD.

[1192] Se även kapitel 5.
[1193] *Gerster* (C-1/95) punkt 32–42.
[1194] *Hill och Stapleton* (C-243/95) punkt 34–40.
[1195] *Brunnhofer* (C-381/99) GA:s yttrande punkt 23.

7.4.9 Generella invändningar

Varken EG-domstolen eller AD accepterar alltför generella invändningar, oavsett om det rör sig om direkt eller indirekt könsdiskriminering. I *Rinner–Kühn* (C-171/88) invände den tyska regeringen att arbetare som arbetade färre timmar än det som berättigade till ersättning för sjukfrånvaro inte var så integrerade eller så beroende av arbetet som andra arbetstagare. EG-domstolen hävdade att en sådan generell invändning inte tillhandahåller kriterier som både är objektiva och saknar samband med könsdiskriminering. Om medlemsstaten däremot kunde visa att de valda åtgärderna motsvarade ett nödvändigt socialt mål och var lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet, medförde inte enbart det faktum att det var fler kvinnor som drabbades, att det var ett brott mot artikel 141 EU-fördraget.[1196] I *Kowalska* (C-33/89) framfördes en liknande invändning. Arbetsgivaren framhöll att de deltidsarbetande inte sörjde för sina och sina anhörigas behov endast genom inkomsten och att det därför inte fanns en skyldighet för arbetsgivaren att betala avgångsvederlag till deltidsarbetare. EG-domstolen valde att inte ta ställning till denna invändning utan överlämnade bedömningen till den nationella domstolen.[1197] I fallet *Seymour–Smith* (C-167/97) avvisades alltför generella invändningar om sysselsättningspolitiken av EG-domstolen.

AD underkände i *AD 1982 nr 17* arbetsgivarens (statens) motbevisning då den var alltför allmän och inte beaktade omständigheterna i de aktuella fallen. Staten, som hade ändrat befattningsbeskrivningarna för två expeditionsassistenter, hänvisade till en normalorganisation samt effektivitetskrav som bakomliggande anledningar till ändringarna. AD ansåg att det inte gick att finna någon vägledning i vad som var mest effektivt i normalorganisationen då de aktuella ändringarna endast rörde detaljer i organisationen. Domstolen ansåg vidare att de åtgärder som vidtagits snarare försämrade effektiviteten än förbättrade den med hänvisning till kvinnornas kompetens i förhållande till de plutonsofficerare som föreståndaransvaret övergått till. AD uttalade att utredningen gav intryck av att regementschefen handlade i intresse av att tillgodose plutonsofficerarnas önskemål snarare än att höja effektiviteten.

[1196] *Rinner–Kühn* (C-171/88) punkt 12–15.
[1197] *Kowalska* (C-33/89) punkt 14–15.

7.4.10 Andra invändningar

7.4.10.1 EG-rätt

Medlemsstaterna kan inte skylla på inhemska förhållanden för att rättfärdiga att de inte införlivat likalönedirektivet. I målet *Kommissionen mot Luxemburg* (C-58/81) hävdade staten att underlåtenheten att införliva direktivet berodde på behovet av att införa lagstiftning, en bedömning av budgetkonsekvenser och nödvändigheten att ändra villkoren för deltidsanställda som medförde diskussioner med arbetstagarrepresentanter. Domstolen godtog inte denna invändning.[1198] På samma sätt framhöll EG-domstolen i *Kommissionen mot Grekland* (C-187/98) att det inte är möjligt för medlemsstaterna att åberopa förhållanden i sin interna rättsordning som skäl för att slippa följa de skyldigheter och tidsfrister som följer av gemenskapsrätten.[1199] En internationell överenskommelse som gjorts före EG-fördragets tillkomst kan däremot medföra att en medlemsstat inte behöver efterleva likabehandlingsdirektivet.[1200]

Om en arbetsgivare lyckas visa att kvinnor och män behandlas lika föreligger inte direkt könsdiskriminering. Så var fallet i exempelvis *Roberts* (C-151/84) där kvinnor och män erbjöds att gå i pension vid samma pensionsålder när företaget lades ner. Eftersom kvinnor och män i vanliga fall hade olika pensionsålder, medförde erbjudandet att män kunde gå i förtidspension 10 år innan normal pensionsålder, men inte kvinnor. Detta utgjorde inte könsdiskriminering.[1201] I *Hertzmålet* (C-179/88) ansåg EG-domstolen att kausalsambandet var brutet genom att arbetsgivaren visat att både kvinnor och män avskedades vid för hög sjukfrånvaro, oavsett orsak till sjukdomen. Ingen könsdiskriminering förelåg.[1202]

Det är tillåtet att ge personer som erhåller ålderspension och som arbetar deltid lägre lön än andra arbetstagare, även om personen ifråga erhåller reducerad pension p.g.a. ledighet för vård av barn. Domstolen framhöll i *Grau–Hupka* (C-297/93) att medlemsstaterna inte är skyldiga att beräkna ålderspensionsförmåner med hänsyn till att en person har uppfostrat och/eller vårdat barn enligt direktivet om social trygghet (79/7) men förklarade inte närmare varför det inte heller strider mot likalöneprincipen att ge lägre lön till personer med pension.[1203] Skillnader i arbets-

[1198] *Kommissionen mot Luxemburg* (C-58/81) punkt 4–5.
[1199] *Kommissionen mot Grekland* (C-187/98) punkt 45–55.
[1200] Se *Levy* (C-158/91) punkt 22.
[1201] *Roberts* (C-151/84) punkt 37.
[1202] *Hertz* (C-179/88) punkt 14–16. Se även *Larsson* (C-400/95) punkt 23–25.
[1203] *Grau–Hupka* (C-297/93) punkt 25–29.

tid mellan två jämförelsegrupper kan utgöra sakliga skäl, som saknar samband med kön, och därför berättiga till en skillnad i lön.[1204]

Mål om indirekt könsdiskriminering har framförallt rört frågan om olika villkor för del- och heltidsanställda. I målet *Kommissionen mot Storbritannien* konstaterade EG-domstolen att det inte går att undanta småföretag från likabehandlingsprincipen. Målet gällde direkt könsdiskriminering.[1205] Utgången blev en annan i *Kirshammer–Hack* (C-189/91) där det var fråga om det utgjorde indirekt könsdiskriminering att undanta småföretag från regler om felaktigt avskedande. EG-domstolen menade att behandlingen inte enbart missgynnade deltidsarbetare utan alla anställda i småföretag. Det kunde dock föreligga indirekt diskriminering om det visades att småföretag hade ett väsentligt högre antal kvinnor än män anställda. Även om så var fallet konstaterade domstolen att åtgärder för att underlätta småföretagande kunde medföra att skillnaden ändå ansågs objektivt saklig.[1206]

7.4.10.2 Svensk rätt

I *AD 1987 nr 3* godtogs arbetsgivarens motbevisning om att det förelåg sakliga skäl för en särbehandling av två lärare som begärt tjänstledighet. Den kvinnliga läraren undervisade endast ett fåtal timmar i varje klass och hade inget klassföreståndaransvar medan den manliga undervisade i en klass samt var klassföreståndare för denna. Olägenheterna med en tjänstledighet för den manliga läraren var därmed större än i den kvinnliga lärarens fall och därmed var behandlingen inte orättvis. Domstolen konstaterade att man egentligen inte behövde gå in på om behandlingen varit uppenbart oförmånlig, eftersom det samband med könstillhörighet som måste föreligga enligt (f.d.) 2 § inte förelåg. I svensk rätt, men inte EG-rätt finns uttalat att personliga skäl kan anföras för att undgå ansvar för könsdiskriminering. I förarbetena till jämställdhetslagen sägs att en arbetsgivare kan anföra att hon anställt en släkting av personliga skäl.[1207]

7.5 Betydelsen av "justification"

Det hävdas ibland att det finns större möjligheter för en stat eller arbetsgivare att motivera indirekt könsdiskriminering jämfört med direkt könsdiskriminering. Det sägs även att det finns större möjligheter till *undantag*

[1204] *JämO* (C-236/98) punkt 61.
[1205] Se *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) Se vidare kapitel 8.
[1206] *Kirshammer–Hack* (C-189/91) punkt 27–35.
[1207] Prop. 1978/79:175 s. 123.

vid indirekt könsdiskriminering än vid direkt könsdiskriminering.[1208] Jag vänder mig mot ett sådant uttryckssätt, eftersom reglerna inte ger sådana möjligheter. Med utgångspunkt i reglerna är det snarare tvärtom; reglerna om direkt könsdiskriminering tillåter undantag, vilket inte reglerna om indirekt könsdiskriminering gör. Däremot är det korrekt att säga att *likalöneprincipen* inte tillåter några undantag, vare sig vid direkt eller indirekt könsdiskriminering.

I kapitel 5 visar jag att både EG-rätt och svensk rätt i viss mån accepterar undantag från förbudet mot direkt könsdiskriminering (utom vid lönediskriminering).[1209] Det går däremot inte att säga att det är möjligt att göra undantag från förbudet mot indirekt könsdiskriminering. Det beror på att det enligt artikel 2 i bevisbördedirektivet och 16 § jämställdhetslagen inte anges några undantag. Indirekt könsdiskriminering föreligger om inte svaranden kan anföra *skäl som saknar samband med kön*. Handlandet faller i sådant fall utanför begreppet könsdiskriminering.

Det är nödvändigt att vara klar över skillnaden mellan dessa två situationer. Den ena situationen innebär att de skäl som anförs för att motivera en särbehandling leder till att könsdiskriminering inte föreligger, eftersom de anförda skälen saknar samband med kön. I den andra situationen finns ett samband med kön och istället anförs skäl för att motivera ett undantag från förbudet mot könsdiskriminering. Mitt intryck är att det ibland sker en sammanblandning av dessa olika situationer och av vad som är resultatet av de skäl som svaranden anför och därmed undgår ansvar. Det kan bl.a. bero på att de skäl som anförs för att motivera en särbehandling på engelska kallas *justification*.

Det är missvisande att hävda att direkt könsdiskriminering aldrig kan rättfärdigas. När en fråga om direkt könsdiskriminering uppkommer, kan den förment diskriminerande alltid rättfärdiga särbehandlingen med könsneutrala sakliga skäl. I sådant fall bryts orsakssambandet. Även i de fall där det konstaterats att direkt könsdiskriminering föreligger, kan svaranden anföra skäl som rättfärdigar särbehandlingen genom att hänföra den till ett tillåtligt undantag. Både likabehandlingsdirektivet och jämställdhetslagen tillåter att direkt könsdiskriminering rättfärdigas på detta sätt.

I *Enderbymålet* (C-127/92) uttalade GA Lenz att en presumtion skall kunna uppställas både vid direkt och indirekt diskriminering för att inte bevisbördan skall bli alltför betungande.[1210] GA Lenz uttalade att arbets-

[1208] Lundström, K., Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, 1999, s. 230 f., Nyström, EU och arbetsrätten, 1999, s. 162, Julén, Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande, 2000, s. 122, Ellis, 1998, s. 136.

[1209] Se RF 2:16, jämställdhetslagen 15 § 2 st. och likabehandlingsdirektivet artikel 2.

[1210] *Enderby* (C-127/92) GA Lenz punkt 13–40.

givaren då måste "objectively *justify* differences in pay" (min kursivering).[1211] Således skall svaranden kunna anföra motbevisning mot en påstådd könsdiskriminering. Lenz sade dock att efter att presumtionen inträtt har arbetsgivaren att "adduce evidence in rebuttal of that presumption *or to produce a justification*" (min kursivering).[1212] Han sade alltså att arbetsgivaren kan anföra motbevisning *eller* producera rättfärdigande skäl. Detta skulle kunna tolkas som att en konstaterad könsdiskriminering kan rättfärdigas, dvs. att det är fråga om undantag från förbudet. Observera att Lenz uttalade detta i samband med frågan om lönediskriminering, där det inte tillåtits undantag från förbudet.

Uttalanden av GA Gerven ger intryck av att han *antingen* inte gjort skillnad mellan de skäl som anförs för att bryta orsakssambandet och skäl som leder till undantag, *eller* inte ansett att motbevisning skulle vara möjlig – vilket förefaller absurt. Fallet *Smith* (C-408/92) handlade om direkt lönediskriminering. Den nationella domstolen undrade bl.a. om det var möjligt att anföra objektiva skäl om företagets behov eller pensionssystemets behov för att undgå ansvar för könsdiskriminering. GA Gerven ställde sig tveksam till att det skulle vara möjligt att framföra "*objective justification*" i ett fall som rörde direkt diskriminering på samma sätt som vid indirekt diskriminering. Gerven ansåg inte att det skulle vara omöjligt att göra "*objectively justified exceptions*" men att en sådan möjlighet endast fick tillgås i undantagsfall för att motsvara ett akut behov som helt saknar samband med kön.[1213] I ena stunden talade han om "*exception*", dvs. undantag, och i nästa om behov som saknar samband med kön. Det kan dock inte vara fråga om ett undantag samtidigt som de skäl som anförs saknar samband med kön. (Oavsett om det är fråga om skäl som bryter orsakssambandet eller skäl som leder till undantag, är det däremot *vilka* skäl som accepteras, som är av materiellt intresse.) EG-domstolen sade att även om det skulle vara möjligt att ta hänsyn till "*objectively justifiable considerations*" som hänför sig till verksamhetens behov eller pensionssystemet ifråga kan man inte anföra finansiella svårigheter som ett skäl för att höja kvinnornas pensionsålder.[1214] Domstolen ansåg således att det är möjligt att framföra motargument men den accepterade inte de skäl som framfördes i målet.

I *Birds Eye* (C-132/92) sade samme Gerven att möjligheten "*of justifying discrimination*" inte är avhängig av huruvida det är fråga om direkt eller

[1211] *Enderby* (C-127/92) GA Lenz punkt 24 och 26.
[1212] *Enderby* (C-127/92) GA Lenz punkt 39.
[1213] *Smith* (C-408/92) GA Gerven punkt 17–18.
[1214] *Smith* (C-408/92) punkt 30.

indirekt diskriminering. Han refererade till ett uttalande av domstolen i målet *Spanien mot kommissionen* (C-217/91) där domstolen uttalade att

> "[a]s the Court has consistently held, the principle of equal treatment viewed as a general principle of Community law requires that similar situations shall not be treated differently and that different situations shall not be treated in the same manner *unless such differentiation is objectively justified*" (min kursivering).[1215]

Här verkar han tala om skäl som bryter orsakssambandet. När han sedan uttrycker att "I do not consider it desirable to arrive at the categorical conclusion that *discrimination directly based on sex* cannot be justified" (min kursivering) ger han intryck av att mena att direkt könsdiskriminering kan rättfärdigas genom undantag från förbudet.[1216] Han bekräftar nämligen att avskedande p.g.a. graviditet odiskutabelt utgör direkt könsdiskriminering men menar att sådan "*might nevertheless be justified*".[1217] Med andra ord skulle det vara fråga om tillåten (saklig) negativ särbehandling, dvs. undantag.

Ellis klargör att könsdiskriminering består av två saker: *adverse treatment* och *the grounding of that treatment in sex* (dvs. missgynnande p.g.a. könstillhörighet).[1218] Hon framhåller att det är möjligt att anföra skäl som bryter orsakssambandet vid direkt könsdiskriminering och understryker att detta är en fråga om "*causation*" och inte "*justification*". Hon hänvisar då till EG-domstolens uttalande i *Macarthysfallet* (C-129/79), om att faktorer som inte är relaterade till kön, handlar om bristande orsakssamband och inte undantag.

> "This is in essence a matter of *causation* and not a matter of *justification*; properly analysed, this is a situation where there is no discrimination, not one where proven discrimination can be excused."[1219]

Här har hon alltså uttryckligen sagt att skäl kan anföras som leder till att det inte är fråga om direkt könsdiskriminering. Så långt är allting väl. Det är när Ellis talar om "*justification*" vid direkt och indirekt könsdiskriminering som förvirringen uppstår. Enligt Ellis är "*justification*" aktuellt vid indirekt könsdiskriminering men däremot inte vid direkt könsdiskriminering. Detta menar hon beror på att när väl ett samband mellan missgynnande och kön är klarlagt föreligger direkt könsdiskriminering "and

[1215] *Birds Eye* (C-132/92) GA Gervens punkt 12–13.
[1216] *Birds Eye* (C-132/92) GA Gervens punkt 14.
[1217] *Birds Eye* (C-132/92) GA Gervens punkt 14.
[1218] Ellis, 1998, s. 136.
[1219] A. a. s. 124.

that is the end of the matter".[1220] Helt uppenbarligen väljer hon då att bortse från likabehandlingsdirektivets undantagsmöjligheter i artikel 2. Hennes uttalande är dock riktigt avseende lönediskriminering, eftersom artikel 141 och likalönedirektivet inte tillåter några undantag från likalöneprincipen.[1221] Visst kan man säga att det är möjligt att "rättfärdiga" (*justify*) indirekt könsdiskriminering men enbart i betydelsen att bryta orsakssambandet. Som jag redan påpekat lämnar indirekt könsdiskriminering inget utrymme för undantag, eftersom det krävs att de skäl som anförs för att motivera särbehandlingen är *könsneutrala*.

K. Lundström förefaller inspirerad av Ellis. Hon menar att det som kännetecknar indirekt diskriminering är just möjligheten att anföra "rättfärdigande skäl", medan bevisbördan aldrig övergår till svaranden vid direkt könsdiskriminering. Det finns därför, enligt henne, inget utrymme för motbevisning vid direkt könsdiskriminering.[1222] Hon är därför kritisk till artikel 4 i bevisbördedirektivet och hävdar att man genom denna artikel öppnat en möjlighet till att "rättfärdiga" direkt könsdiskriminering jämfört med tidigare då förbudet mot könsdiskriminering varit absolut.[1223] Detta är, enligt min mening, en missuppfattning. Artikel 4 är en regel om hur bevisbördan fördelas och innebär inte något nytt avseende möjligheterna att föra bevisning om att könsdiskriminering inte ägt rum. K. Lundström påstår att om man bibehåller bevisbördan på käranden, har svaranden inga möjligheter att anföra förklarande skäl för behandlingen i det fall käranden faktiskt lyckas med sin bevisning.[1224] Paradoxalt nog är hon dessutom kritisk till domstolens tidigare hårda beviskrav som, enligt henne, i praktiken inneburit att svaranden måste uttryckligen ha angivit kön som skäl för behandlingen för att direkt könsdiskriminering skall föreligga.[1225] Bevisbördedirektivet avser att kodifiera praxis. Kravet på att käranden skall göra "antagligt" att könsdiskriminering förelegat, som svaranden har möjlighet att motbevisa, innebär inget nytt i förhållande till tidigare. En osäkerhetsfaktor ligger dock i om det sker en förändring beträffande kraven för att "antaglighetskravet" skall vara uppfyllt. Regeln har dock inget med undantag att göra.

[1220] Ellis, 1998, s. 136.

[1221] GA Lenz verkar dock inte utesluta möjligheten till undantag vid lönediskriminering, se ovan angående *Enderbyfallet*.

[1222] Lundström, K., Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning, 2000, s. 95.

[1223] Lundström, K., 1999, s. 192 f. Artikel 4 i bevisbördedirektivet ålägger medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att när personer som anser sig vara diskriminerade lagt fram tillräckliga bevis som ger anledning att anta att direkt eller indirekt diskriminering förekommit, skall bevisbördan övergå till svaranden.

[1224] Se exempelvis Lundström, K., 1999, s. 233 ff.

[1225] A. a. s. 239 och 242.

Jag anser att det är viktigt att kalla saker vid deras rätta namn, särskilt när man kritiserar ett system. Det kan annars resultera i direkt felaktiga påståenden som de ovanstående angående undantag vid direkt och indirekt könsdiskriminering. Diskussionen visar att det inte är helt lätt att hålla isär frågan om undantag från frågan om könsdiskriminering överhuvudtaget föreligger. Vid direkt könsdiskriminering är det något lättare att se denna skillnad jämfört med vid indirekt könsdiskriminering, eftersom sambandet i det senare fallet endast är indirekt. Vid indirekt könsdiskriminering uppställer reglerna en *presumtion* om könsdiskriminering medan det i verkligheten uppfattas som att könsdiskriminering verkligen föreligger. Arbetsgivarens förklaringar uppfattas då lätt som svepskäl eller bortförklaringar som resulterar i undantag och inte i att könsdiskriminering inte skulle föreligga. Den springande punkten är emellertid att skälen som anförs skall vara könsneutrala. Många invändningar kan göras under sken av att de inte har samband med kön fast verkligheten är en annan. Domstolarnas förmåga att se igenom sådana invändningar blir avgörande för könsdiskrimineringsförbudets räckvidd. I materiellt hänseende är det frågan om *vilka* skäl som har accepterats som är relevant. För att reell jämställdhet skall bli verklighet krävs att de skäl som anförs analyseras noggrant innan de godtas såsom könsneutrala.

7.6 Sammanfattning

Negativ särbehandling kan godtas, antingen genom att den kan motiveras av sakliga skäl som saknar samband med kön, eller av skäl som har samband med kön men som ändå anses vara sakliga. Det är en missuppfattning att det inte skulle vara möjligt att motivera en särbehandling som utgör direkt könsdiskriminering. Både likabehandlingsdirektivet och jämställdhetslagen innehåller uttryckliga undantag som möjliggör rättfärdigande av sådan särbehandling. Däremot är det inte möjligt att tillåta undantag vid lönediskriminering. Detta kapitel har framförallt fokuserat på skäl som avser att bryta ett påstått samband mellan en negativ särbehandling och könstillhörighet. Sådana skäl leder till att situationen faller utanför könsdiskrimineringsbegreppet och måste därför vara könsneutrala, annars rör det sig om skäl som kan leda till undantag.

EG-rätten har direkt påverkat reglerna om bevisbördan i jämställdhetslagen. Numera finns enbart en regel som innebär att bevisbördan är delad. Arbetstagaren skall "göra antagligt" att könsdiskriminering förekommit. Vid indirekt diskriminering är detta för handen när presumtionen är uppfylld, dvs. när arbetstagaren visat att en neutral regel (etc.) i

praktiken missgynnar en väsentlig andel personer av ena könet. Vid direkt könsdiskriminering skall en helhetsbedömning göras. I de svenska förarbetena sägs att ändringen förväntas underlätta bevisbördan för arbetstagaren. Om så blir fallet återstår att se. Bevisbördereglerna har egentligen ingen betydelse för räckvidden av könsdiskrimineringsbegreppet och förbudet mot könsdiskriminering men påverkar naturligtvis reglernas effektivitet. Det som däremot har betydelse för räckvidden av begreppet könsdiskriminering är bedömningen av vad som utgör *sakliga skäl* som bryter sambandet med kön.

Varken EG-domstolen eller AD har accepterat alltför generella invändningar. Av EG-domstolens praxis kan dock konstateras att vid indirekt könsdiskriminering har både socialpolitiska mål och ekonomiska invändningar lett till att orsakssambandet brutits, något som inte varit möjligt vid direkt könsdiskriminering. En viktig skillnad mellan direkt och indirekt könsdiskriminering är att de skäl som anförs för att bryta orsakssambandet i fråga om direkt könsdiskriminering fokuserar på personerna i det enskilda fallet medan de skäl som anförs vid indirekt könsdiskriminering handlar om arbetsgivarens målsättning med den neutrala regeln (kriteriet etc.). Vid direkt könsdiskriminering handlar bevisningen om huruvida jämförelsepersonerna befinner sig i en likartad situation och om deras sakliga förutsättningar för arbetet skiljer sig åt. Vid indirekt könsdiskriminering är bevisningen däremot inte relaterad till individerna. Därför blir utrymmet större för att motivera särbehandling vid indirekt könsdiskriminering, vilket innebär att skyddet mot könsdiskriminering kan sägas vara svagare än vid direkt könsdiskriminering.

Arbetsmarknadsskäl har godtagits av både EG-domstolen och AD som sakliga skäl för åtskillnad. Vid lönediskriminering kan arbetsgivaren undgå ansvar (enligt både EG-rätt och svensk rätt) genom att visa att arbetstagarna har olika sakliga förutsättningar för arbetet. Arbetsgivaren kan inte ursäkta löneskillnaderna med att man tillämpar individuell lönesättning. De individuella skäl som ligger till grund för lönesättningen kan dock motivera en skillnad i lön t.ex. utbildning, tidigare erfarenheter, prestationsförmåga, anställningstid etc. så länge dessa skäl är könsneutrala. Kollektivavtal kan få betydelse vid frågan om löneskillnader är sakliga. Även arbetstagarnas ålder är enligt AD ett sakligt skäl för löneskillnader medan EG-domstolen hänvisat till anställningstid som ett sakligt skäl, både beträffande lön och andra anställningsvillkor. Åtgärder som syftar till att kompensera olika nackdelar har också ansetts sakliga och bryter ett

orsakssamband vid både direkt och indirekt könsdiskriminering, oavsett om det rör sig om lönediskriminering eller annan könsdiskriminering.[1226]

Det förefaller således inte föreligga några större skillnader mellan EG-rätten och svensk rätt avseende bedömningen av vad som utgör sakliga skäl för en särbehandling. EG-domstolen har dock utvecklat en praxis i denna fråga beträffande indirekt könsdiskriminering, vilket saknas från AD.

[1226] Se även kapitel 9 om fallet *Badeck* (C-158/97) som handlade om att kompensation vid meritvärdering för exempelvis barnafödande och värnplikt anses sakligt.

Kapitel 8 Särbehandling som är berättigad med hänsyn till "särskilt intresse"

8.1 Inledning

Från att i förra kapitlet ha diskuterat möjligheterna att framföra sakliga skäl som resulterar i att ingen könsdiskriminering föreligger (eftersom det nödvändiga sambandet mellan missgynnande och könstillhörighet saknas) övergår jag nu till frågan om när särbehandling p.g.a. kön är tillåten. Syftet är att undersöka förutsättningarna för att särbehandling som har samband med kön kan tillåtas, både beträffande lagstiftning och beslut i enskilda fall. Den speciella frågan om jämställdhetsfrämjande åtgärder behandlas i nästa kapitel.

Inledningsvis behandlas normgivningsregler och kompetensfördelningen mellan EU och Sverige beträffande regler om arbete och utbildning. Därefter jämförs möjligheterna i de olika systemen till lagstiftning som särbehandlar p.g.a. kön. De skäl som motiverar särbehandling rör antingen kvinnors reproduktionsförmåga, verksamhetens art eller annat "särskilt intresse". Därefter diskuteras möjligheterna att undgå ansvar för könsdiskriminering i det enskilda fallet. Här redogörs bl.a. för skillnaden mellan offentliga och privata arbetsgivare.

8.2 Förbud mot könsdiskriminerande normgivning

8.2.1 EU:s kompetens att meddela föreskrifter angående jämställdhet...

8.2.1.1 ...inom arbetsrättens område

Likalönedirektivet kom till med stöd av artikel 94 (f.d. 100) i EU-fördraget. Denna artikel stadgar att rådet får utfärda direktiv om "tillnärmning av sådana lagar och andra författningar i medlemsstaterna som direkt

inverkar på den gemensamma marknadens upprättande eller funktion". Argumentet för att likalönedirektivet kunde meddelas med stöd av denna artikel är att direktivet avser att hindra snedvriden lönekonkurrens, något som kan ha direkt inverkan på den gemensamma marknadens funktion. Likabehandlingsdirektivet kom till med stöd av artikel 308 (f.d. 235) om "fördragsutfyllnad" och bevisbördedirektivet utfärdades med stöd av artikel 2 (2) i det sociala avtalet som nu motsvaras av artikel 137.[1228] Ministerrådet ansåg det vara en nödvändig åtgärd för att förverkliga gemenskapens syften och likabehandlingsdirektivet har alltså inte stöd i någon av de övriga bestämmelserna i EU-fördraget.[1229] Även om den rättsliga grunden för dessa direktiv är oklar, finns numera stöd för reglering på jämställdhetens område genom artiklarna 137 och 141 (3). Genom Amsterdamfördraget har EU fått en ny och tydligare rättslig grund för att utfärda föreskrifter inom arbetsrättens område när det gäller jämställdhet.[1230] Artikel 141 (3) innebär att rådet kan besluta om "åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling av kvinnor och män i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete". Denna regel är ny och innebär en direkt kompetensöverföring till gemenskapen.[1231] Regeln anger inte i vilken rättslig form regleringen skall ske. I och med att detta inte anges menar Maier att medlemsstaterna gjort en "oinskränkt kompetensöverlåtelse" till gemenskapen genom införandet av artikeln. "En sådan kompetensöverlåtelse innebär att medlemsstaternas normgivningsutrymme potentiellt kan komma att uttömmas i frågor på detta område inklusive lönediskriminering på grund av kön."[1232] Det innebär att det är möjligt att detta område kan övergå till att falla inom

[1228] Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, 2000, s. 299.

[1229] Se preambeln och Seth, EGs arbetsrätt, 1992, s. 55.

[1230] Prop. 1997/98:58 s. 82. Artikel 141 (f.d. 119) har härigenom vidgats till att inte enbart avse lönediskriminering p.g.a. kön. På arbetsrättens område är det annars framförallt artikel 137 som ger EU kompetens. Enligt artikel 137 skall gemenskapen understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet bl.a. beträffande jämställdhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden och lika behandling av kvinnor och män på arbetsplatsen. Artikeln inbegriper innehållet i artikel 1 i protokoll nr 14 om socialpolitik (det s.k. sociala protokollet) som fogades till Romfördraget i samband med unionsfördraget (SOU 1996:43 s. 37 och Lika möjligheter för kvinnor och män i Europeiska unionen. Årsberättelse 1997. Europeiska kommissionen s. 6). Det är den andra punkten som innebär en direkt kompetensöverföring från medlemsstaterna till gemenskapen. Bestämmelsen ger endast grund för utfärdande av minimidirektiv, vilket innebär att "delad kompetens är huvudregeln på arbetsrättens område". Staterna får införa regler som innebär en högre skyddsnivå, se Maier, 2000, s. 104 f., 275 och 301.

[1231] A. a. s. 296.

[1232] A. a. s. 300.

den exklusiva kompetensen genom s.k. ockupation i och med att artikel 141 möjliggör regler i form av förordningar.[1233]

Artikel 13 i EU-fördraget ger rådet möjlighet att "vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön [...]". Denna artikel möjliggör åtgärder som inte ryms inom artikel 141, eftersom den inte är begränsad till att enbart gälla arbetsrätten. Kommissionen har dock uttalat att artikel 141 (3) utgör *lex specialis* i förhållande till artikel 13 "i fråga om alla aspekter som omfattas av rådets direktiv 76/207/EEG".[1234] Sålunda ligger artikel 141 (3) till grund för förslaget om ändring av likabehandlingsdirektivet.[1235] Enligt Maier talar det mesta för att artikel 13 endast ger möjlighet till att förhindra diskriminering på de områden där gemenskapen redan har kompetens.[1236] I den senaste handlingsplanen föreslår kommissionen att ett nytt direktiv skall framarbetas med stöd av artikel 13 och som skall syfta till att tillförsäkra likabehandling mellan kvinnor och män i andra situationer än anställning och yrkesutövning.[1237]

8.2.1.2 ... inom utbildningsområdet

MÖJLIGHETER ATT REGLERA INNEHÅLLET I UTBILDNING

Artikel 149 och 150 i EU-fördraget handlar om utbildning respektive yrkesutbildning. Det finns en gräns mellan utbildning och yrkesutbildning, även om den inte är skarp. Med utbildning avses grundläggande utbildning såsom förskola, grundskola, gymnasium och högskoleutbildning som inte förbereder till ett yrke.[1238] Yrkesutbildning är all utbildning som på något sätt leder till ett yrke, handel eller sysselsättning eller som ger de nödvändiga kunskaperna för att bedriva sådan verksamhet. Det har ingen betydelse i vilken ålder eleven eller studenten är, på vilken nivå studierna sker eller om utbildningen även innehåller viss allmän undervisning.[1239] Däremot faller vetenskaplig forskning utanför tillämpningsområdet för yrkesutbildning.[1240]

[1233] Maier, 2000, s. 105. Artiklarna 137 och 141 (3) överlappar varandra avseende kompetensområdet. Maier är inte av den uppfattningen att artikel 141 (3) är avsedd att komplettera artikel 137 i den mån gemenskapen avser att anta regler i annan form än minimidirektiv, eftersom artikel 141 (3) ger möjlighet att införa även minimidirektiv (se Maier s. 301).

[1234] KOM (2000) 334 slutlig, II (1) (9).

[1235] KOM (2000) 334 slutlig, II (1) (9) och IV.

[1236] Maier, 2000, s. 322.

[1237] COM (2000) 335 final, s. 10.

[1238] Mathijsen, A Guide to European Union Law, 1999, s. 388, Nielsen, R., Szyszczak, E., The Social Dimension of the European Union, 1997, s. 149.

[1239] *Kommissionen mot rådet* (C-242/87) punkt 24–26.

[1240] *Kommissionen mot rådet* (C-242/87) punkt 34–37.

Enligt artiklarna 149 och 150 i EU-fördraget faller innehållet och utformningen av utbildningssystem helt under medlemsstaternas ansvar. Gemenskapen skall respektera medlemsstaternas ansvar för både utbildningens och yrkesutbildningens innehåll och organisation. Gemenskapen skall enligt artikel 149 och 150 stödja och komplettera medlemsstaternas insatser utan att de på något sätt omfattar någon harmonisering av medlemsländernas lagstiftning och övrig reglering.

Rådet har kompetens att anta direktiv om upptagande och utövande av förvärvsverksamhet som egenföretagare enligt artikel 47. Artikeln ger rådet kompetens att anta direktiv om innehållet i vissa utbildningar, dvs. utbildning som leder till ett yrke för att möjliggöra yrkesutövande utanför den egna medlemsstaten. Med "reglerade yrken" (*regulated professions*) avses yrken som medlemsstaterna ställer särskilda formella behörighetskrav för att få utövas.[1241] Vad som utgör ett yrke varierar i de olika medlemsstaterna. Regleringen om yrkesutbildning kom från början till genom intresset av att förverkliga den fria rörligheten.[1242] Artikel 47 syftar till en harmonisering och ömsesidigt erkännande av utbildningar till sådana yrken. Exempel på yrken som regleras i direktiv som stödjer sig på artikeln är läkare,[1243] barnmorskor,[1244] och jurister.[1245] Mathijsen kommenterar att det tog åratal att reglera yrke för yrke och att det skulle vara omöjligt att harmonisera hela sektorn där egenföretagare är verksamma.[1246] Istället har rådet antagit direktiv om gemensamt erkännande av examina i högre utbildning som varat i minst tre år.[1247] Det är inte troligt att artikeln skulle kunna anses ge utrymme för en reglering av innehållet i utbildningen, vilket dessutom skulle stå i direkt motsättning till artikel 150. Artikel 141 (3) ger rådet kompetens att meddela föreskrifter för att säkerställa likabehandlingsprincipen i frågor som rör anställning och yrke. Genom att yrkesutbildning behandlas i likabehandlingsdirektivet är det därför troligt att artikel 141 (3) ger möjlighet att reglera även yrkesutbildning. Det är dock tveksamt att artikeln utgör grund för en reglering av innehållet i utbildningen. Min slutsats är därför att EU saknar kompetens att meddela föreskrifter som reglerar innehållet i utbildning.

[1241] Artikel 1 (e) direktiv 92/51, OJ L 209 1992 s. 25–45.
[1242] Nielsen, R., Szyszczak, E., 1997, s. 136 ff.
[1243] Direktiv 93/16.
[1244] Direktiv 80/154.
[1245] Direktiv 98/5.
[1246] Mathijsen, 1999, s. 233.
[1247] Direktiv 89/48 och 92/51.

EG-domstolen har tolkat yrkesutbildning väldigt vidsträckt, vilket innebär att likabehandlingsdirektivet är tillämpligt vid de gymnasie- och högskoleutbildningar (samt övriga utbildningar) som leder till ett yrke.[1248] Eftersom direktivet antogs med stöd av f.d. artikel 235 (308), kan antas att denna artikel skulle kunna ligga till grund för ytterligare reglering beträffande villkor för yrkesutbildning.

Artikel 47 ger rådet kompetens att utfärda direktiv som medför eventuell ändring av medlemsstaternas principer om yrkesutbildning och tillträde för fysiska personer. Mot bakgrund av att artikel 2 anger jämställdhet mellan kvinnor och män som ett av gemenskapens mål, måste artikel 47 anses ge stöd för utfärdande av direktiv om likabehandling av könen beträffande *tillträde* till yrkesutbildning. Den fria rörligheten skulle motarbetas om en medlemsstat har regler som begränsar tillträdet till en viss utbildning p.g.a. kön. Möjligheterna att kunna utöva ett yrke förutsätter utbildning. En särbehandling av ena könet beträffande tillträde till en yrkesutbildning påverkar naturligtvis möjligheterna för personer av detta kön att utöva yrket och begränsar den fria rörligheten.[1249]

Som sagts ovan måste artikel 141 (3) anses omfatta yrkesutbildning. Detta innebär att artikeln kan användas som stöd för utfärdande av nya direktiv om yrkesutbildning med stöd av artikeln. Mycket talar därför för att rådet har kompetens att antingen genom artikel 47 eller artikel 141 (3) utfärda direktiv som t.ex. särskilt reglerar vilka aktiva åtgärder[1250] som är tillåtna vid tillträde till yrkesutbildning.

Artikel 13 ger rådet kompetens att utfärda direktiv om könsdiskriminering så länge det inte påverkar tillämpningen av övriga bestämmelser i fördraget och är inom den kompetens som gemenskapen redan har enligt fördraget.[1251] Artikeln förutsätter att gemenskapen redan har kompetens inom det område som ett direktiv om likabehandling är avsett för. "Även om en [...] generell likabehandlingsprincip skulle utgöra en integrerad del av gemenskapsrätten, så följer inte därav att gemenskapen har kompetens att vidta åtgärder på de områden som omfattas av principen".[1252]

[1248] *Kommissionen mot rådet* (C-242/87).

[1249] Detta sägs även i preambeln i förslaget till ändring av förordningen om arbetskraftens fria rörlighet där det framhålls att *all* diskriminering p.g.a. kön utgör ett hinder för den fria rörligheten, se KOM (1998) 394 slutlig.

[1250] Begreppet aktiva åtgärder behandlas i kapitel 9.

[1251] Innebörden av denna artikel är oklar, se vidare Maier, 2000, s. 317 ff.

[1252] Maier, 2000, s. 325. Maier konstaterar att möjligen skulle en sådan kompetens kunna falla under artikel 308.

När det gäller yrkesutbildning har gemenskapen kompetens att utfärda direktiv enligt artikel 47 och 141, men däremot inte när det gäller utbildning som inte leder till ett yrke. Därför är det tänkbart att artikel 13 skulle kunna användas som stöd för ett direktiv om likabehandling vid yrkesutbildning, men däremot inte avseende annan utbildning.

Det som återstår för att söka stöd för direktiv om likabehandling inom utbildning, som inte är yrkesutbildning, är artikel 308 om fördragsutfyllnad. En förutsättning för detta är att åtgärden rör ekonomisk aktivitet inom ramen för den gemensamma marknaden. Det medför att artikel 308 enbart kan ge gemenskapen kompetens att utfärda direktiv om privata skolor (som drivs av vinstintresse) men däremot inte offentlig utbildning.

Kommissionens förslag om ändring av förordningen om arbetskraftens fria rörlighet innebär att ett nytt diskrimineringsförbud införs som förbjuder all diskriminering, bl.a. på grund av kön och sexuell läggning.[1253] Förslaget innehåller ett stadgande om att alla skall ha tillgång till yrkesutbildning och *annan* utbildning på alla nivåer, även högskolenivå (artikel 7). Denna förordning sägs ha stöd i artikel 40 i EU-fördraget. Denna rättighet gäller enbart dem som är "arbetstagare". EU:s arbetstagarbegrepp är mycket vidsträckt och en person kan räknas som arbetstagare trots att han eller hon inte längre har någon anställning.

Slutsatsen är att EU har kompetens att reglera tillträde till yrkesutbildning (och beträffande övrig utbildning när det gäller arbetstagare), men inte innehållet i utbildningen.

8.2.2 Förutsättningar för svenska regler om jämställdhet

I den mån Sverige gjort bindande folkrättsliga åtaganden föreligger en skyldighet för staten att inte anta föreskrifter som strider mot åtagandena. Enligt artiklarna 7 i den universella förklaringen om mänskliga rättigheter och 26 i KMPR har alla rätt att utan diskriminering skyddas av lagen. Detta betyder att innehållet i lagen inte får innebära att människor behandlas olika, utom i fall när det finns "rimliga rättfärdiganden" (*reasonable justification*) för att göra det.[1254] KMPR kräver att staterna garanterar alla personer ett jämlikt och effektivt skydd mot diskriminering i lagen utan att begränsa sig till konventionens regler. Kommittén för de mänskliga rättigheterna fastslog detta i sina yttranden, *Broeks mot Nederländerna*

[1253] KOM (1998) 394 slutlig.

[1254] McKean, Equality and Discrimination under International Law, 1985 s. 139. Rätten till likhet inför lagen enligt artikel 26 inbegriper både formell likhet inför lagen: att alla skall behandlas lika i de fall den aktuella lagstiftningen är tillämplig, och materiell likhet inför lagen: d.v.s. krav på att lagarna som sådana inte får vara diskriminerande (jfr RF 2:16 se nedan avsnitt 8.3.3).

och *Zwaan–de Vries mot Nederländerna* som båda gällde rättigheter i KESKR.[1255] Även kommittén för de mänskliga rättigheterna har fastslagit att artikel 26 inte begränsar sig till de rättigheter som nämns i konventionen.[1256] Förutom dessa specifika stadganden som förbjuder könsdiskriminerande lagstiftning hindrar även de generella diskrimineringsförbuden att svenska normgivningsorgan antar könsdiskriminerande föreskrifter. Svenska normgivningsorgan måste m.a.o. beakta skyddet mot könsdiskriminering vid utfärdandet av föreskrifter.

Det kan konstateras att Sverige har tagit internationella överenskommelser angående jämställdhet på största allvar. Det faktum att Sverige är ett föregångsland inom detta område har inte föranlett att internationella överenskommelser negligerats, tvärtom. Ett exempel på detta är att efter den senaste FN-konferensen om kvinnor i Peking (1995) har s.k. *mainstreaming* blivit en viktig ingrediens i den svenska jämställdhetspolitiken.[1257] Ett annat exempel är att Sverige 1967 ansåg sig nödgad att frånträda ILO-konventionen om gruvarbete (nr 45)[1258] för att kunna införa lagstiftning som tillåter kvinnor i sådant arbete. Det är emellertid inte enbart en fråga om att Sverige bidrar till att påverka innehållet i internationella överenskommelser. Resultatet av internationella konferenser (etc.) beaktas sedan vid tillkomsten av svensk lagstiftning. Det är t.ex. vanligt att förarbeten innehåller en redogörelse för internationella åtaganden inom det område som behandlas.[1259]

I förhållande till EU är kompetensen delad i fråga om likabehandling på arbetsrättens område enligt artikel 137 och än så länge även i fråga om artikel 141 EU-fördraget. Det innebär att Sverige får meddela föreskrifter som ger ett starkare skydd mot könsdiskriminering än de EG-rättsliga reglerna, men däremot inte införa regler som strider mot EG-reglerna. Detsamma gäller beträffande yrkesutbildning. När det gäller annan utbildning faller kompetensen än så länge uteslutande på medlemsländerna.

Medlemsstaternas möjligheter att ansluta sig till internationella konventioner beror på om gemenskapen har exklusiv kompetens eller inte på området. Om den har det kan en medlemsstat normalt inte ingå ett internationellt avtal.[1260] När gemenskapens kompetens inte är exklusiv är

[1255] A/42/40, Annex VIII B och D (1987).
[1256] HRC General Comment 18 (1989) punkt 12.
[1257] Se Skr 1999/2000 nr 24 exempelvis s. 6, 7 och 12.
[1258] SÖ 1936:14 Konvention angående användande av kvinnor till arbete under jord i gruvor av alla slag.
[1259] Se t.ex. prop. 1990/91:113 s. 8 ff., prop. 1997/98:55 s. 24 ff., Skr 1999/2000: 24 s. 87 ff.
[1260] Maier, 2000, s. 172.

rättsläget mer oklart. Enligt Maier är medlemsstaternas interna normgivningskompetens oberörd så länge gemenskapen inte utnyttjat sin kompetens.[1261] Detta innebär att Sverige har möjligheter att sluta internationella avtal som rör jämställdhet i arbetslivet och på utbildningsområdet, eftersom gemenskapen inte har exklusiv kompetens inom dessa områden. Det kan tilläggas att både artikel 149 och 150 EU-fördraget uppmanar både gemenskapen och staterna att engagera sig för att främja internationellt samarbete (punkt 3 i respektive artikel).

Förutom de folkrättsliga åtaganden som hindrar könsdiskriminerande normgivning samt EG-rättens företräde (i den mån EU har kompetens), kräver även RF att normgivningen sker utan att den innebär att någon missgynnas p.g.a. könstillhörighet.[1262] Detta framgår av RF 2:16. Förbudet mot könsdiskriminerande föreskrifter gäller all normgivning, både med civilrättslig och offentligrättslig inriktning, men reglerar inte vilken nivå föreskrifter måste meddelas på. Eftersom förbudet riktar sig till de normgivande organen, gäller skyddet enbart mot det allmänna.[1263] "Det allmänna" betecknar det allmännas verkställande organ och de normgivande organen.[1264] När offentliga organ meddelar föreskrifter i egenskap av att vara arbetsgivare är de ändå att betrakta som "det allmänna" och måste därför respektera normgivningsreglerna i RF.

Det finns två viktiga undantag från huvudregeln. Föreskrifter som särbehandlar det ena könet för att öka jämställdheten är tillåtna. Det andra undantaget handlar om föreskrifter som avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt. Sådana får särbehandla det ena könet. Tjänsteplikt är inte bara värnplikt utan innefattar även s.k. vapenfri tjänst.[1265] Några ytterligare undantag framgår inte av regeln och borde således inte vara tillåtna. RF 2:16 ger samma skydd åt här bosatta utlänningar. Enligt övergångsbestämmelse 1976 p. 2 är emellertid äldre föreskrifter som särbehandlar p.g.a. kön tillåtna och får t.o.m. ändras även om det innebär fortsatt särbehandling. Frågan om vilka särbehandlande föreskrifter som kan meddelas med stöd av RF 2:16 behandlas, förutom i detta kapitel, även i kapitel 9.

[1261] Maier, 2000, s. 172 f.
[1262] Angående "missgynna" se avsnitt 5.3.
[1263] Holmberg, Stjernquist, Grundlagarna med tillhörande författningar, 1980, s. 133.
[1264] A. st., SOU 1975:75 s. 116.
[1265] Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 134.

8.3 Lagstiftning som förbehåller visst arbete för det ena könet

8.3.1 Folkrätt

8.3.1.1 FN och ILO

Får det förekomma föreskrifter som innebär att enbart personer av det ena könet får utöva visst arbete? I folkrätten finns stadganden om att viss särbehandling inte utgör diskriminering.[1266] KESKR anger inte i vilka situationer en särbehandling p.g.a. kön anses vara saklig. Det är således möjligt att det är tillåtet att förbehålla visst arbete för det ena könet enligt konventionen. Kvinnokonventionen anger däremot att jämställdhetsfrämjande åtgärder samt åtgärder för att skydda moderskapet inte utgör könsdiskriminering (artikel 4). Konventionen förbjuder således lagstiftning som innebär att endast ena könet får utöva visst arbete, såvida det inte sker i skydds- eller jämställdhetssyfte. I sistnämnda fall måste det vara fråga om en tidsbegränsad åtgärd.

Artikel 1 (2) i ILO-konvention nr 111 förklarar att vissa åtskillnader är godtagbara med hänseende till de krav som vissa arbeten ställer. Enligt artikeln är inte åtskillnad, uteslutning eller företräde som grundas på "för anställningen enligt dennas natur erforderliga personliga kvalifikationer" diskriminering enligt konventionen. Särbehandling i dessa situationer faller därmed utanför diskrimineringsförbudet och är tillåtna. Enligt artikeln 1 (2) får alltså könstillhörighet utgöra grund för åtskillnad vid vissa typer av sysselsättningar. Detta har dock framförallt ett samband med *skyddsåtgärder*.[1267] Stadgandet innebär, enligt Nielsen, att kvinnor kan förhindras att inneha vissa poster med hänsyn till att dessa är fysiskt krävande.[1268] Att artikeln har ett snävt tillämpningsområde framgår av den engelska ordalydelsen *inherent requirements of a particular job*. Det måste vara fråga om ett specifikt och identifierbart arbete.[1269] Artikeln måste tolkas restriktivt.[1270] En begränsning måste vara både nödvändig, till följd av anställningens natur, och proportionerlig. Nödvändighetskravet är inte uppfyllt om det enbart föreligger ett legitimt mål enligt regeln.

[1266] Jfr svensk rätt och EG-rätt som istället behandlar sådana situationer som undantag (se vidare kapitel 5).
[1267] Rossillion, ILO Standards and Action for the Elimination of Discrimination and the Promotion of Equality of Opportunity in Employment, 1985, s. 27.
[1268] Nielsen, H. K. ICLQ 1994, s. 846.
[1269] Nielsen, Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 231 f.
[1270] ILO, RCE, 1996, punkt 118.

Särbehandlingen måste motsvara ett behov, den måste vara proportionerlig i förhållande till målet.[1271] Rossillion påpekar att begreppen inom detta område är under ständig förändring. Yrken som bara för några år sedan ansågs helt legitima att förbehålla ena könet är numera åtkomliga för båda könen. Kraven på likabehandling och rätten att välja arbete har blivit alltmer avgörande.[1272] Därtill kan konstateras att även den tekniska utvecklingen har spelat stor roll för kvinnors möjligheter till olika yrkesval. Det är inte möjligt att förbehålla hela sektorer, arbeten eller yrken för ena könet, utan en noggrann prövning i varje enskilt fall är nödvändig.[1273] ILO:s expertkommitté har understrukit att traditionella stereotyper om "kvinnoarbete" strider mot konvention nr 111.[1274] Således har kommittén funnit att yrkessegregation inte kan motiveras med artikel 1 (2) utan utgör könsdiskriminering. Expertkommittén har bl.a. kommenterat att Saudi-Arabiens förbud mot "co-mingling of men and women in the workplace" utgör könsdiskriminering.[1275] Den har även framhållit att statsreligionen inte kan motivera diskriminering.[1276] Artikel 5 (1) i samma konvention tillåter skydds- och biståndsåtgärder för kvinnor, framförallt för att skydda moderskapet. Artikeln behandlas nedan i avsnitt 8.4.

Nairobistrategierna[1277] uppmanar staterna att stimulera kvinnor att delta fullständigt i alla typer av yrken, särskilt inom områden som tidigare varit förbehållna män.[1278] I handlingsplanen från Pekingkonferensen åtog sig staterna att eliminera yrkessegregation och att främja kvinnors deltagande inom kvalificerade yrken och arbetsledning samt att uppmuntra kvinnor att välja "otraditionella" yrken.[1279]

8.3.1.2 Europarådet

Beträffande Europadomstolen kan allmänt sägas att denna betraktar kön såsom en s.k. *suspect classification* vilket innebär att det krävs att staten kan ge mycket goda skäl för åtskillnader mellan könen.[1280] Som framgick i kapitel 4 är det lättare att motivera åtskillnader p.g.a. transsexualitet eller homosexualitet, eftersom Europadomstolen inte betraktar detta som

[1271] Nielsen, ICLQ 1994, s. 845.
[1272] Rossillion, 1985, s. 27.
[1273] ILO, RCE, 1996, punkt 119.
[1274] Se t.ex. kommitténs kommentarer av Irak och Libyens rapporter i ILO, RCE, 1998, s. 344 ff.
[1275] ILO, RCE, 1998, s. 358, 2001, s. 491.
[1276] ILO, RCE, 1996, punkt 186.
[1277] Dessa presenteras i kapitel 2.
[1278] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985, UD II:42, punkt 84.
[1279] Fourth World Conference on Women Beijing (1995) punkt 178 (g).
[1280] *Abdulaziz,* (28 maj 1985) punkt 78.

en fråga om könsdiskriminering. I målet *Abdulaziz* var det emellertid fråga om könsdiskriminerande lagstiftning. Lagstiftningen i Storbritannien innebar att det var lättare för utländska kvinnor att få bosätta sig i landet om deras makar redan fanns där, än det var för utländska män att återförenas med sina fruar. Staten angav att skälet till detta var att man ville skydda arbetsmarknaden då arbetslösheten var hög. Män ansågs ta större del av arbetsmarknaden än kvinnor. (Ett annat skäl var att man ville bibehålla en effektiv kontroll av invandringen.) Europadomstolen ansåg att syftet att skydda arbetsmarknaden i och för sig utgjorde en godtagbar målsättning men framhöll att eftersom jämställdhet är ett av Europarådets huvudmålsättningar krävs mycket tunga skäl för att åtskillnader p.g.a. kön skall kunna godkännas. Domstolen ansåg att regleringen inte föll inom tolkningsmarginalen. Den anförde bl.a. att även om det vore så att män är mer ekonomiskt aktiva än kvinnor, innebär inte det nödvändigtvis att de söker anställning hos någon annan.[1281] Brott mot artikel 14 och 8 förelåg.

Europarådets sociala stadga lämnar möjlighet att i lagstiftning göra skillnad mellan könen avseende vilka arbetsuppgifter de får utföra. Artikel 20 (4) i tillägget till stadgan anger att "arbetsuppgifter som på grund av sin art eller det sammanhang i vilka de utförs endast kan anförtros till personer av ettdera könet, får undantas från tillämpningsområdet" för artikel 20 i stadgan. Detta skall inte ges en "alltför" vid tolkning. Expertkommittén har fokuserat på bedömning av skäl för uteslutande av kvinnor inom beväpnade styrkor, brandförsvar och militärdomstolar.[1282]

Även om staterna säger sig vilja eliminera yrkessegregation och traditionella yrkesval, tillåter både ILO och Europarådet att vissa yrken utövas av enbart det ena könet.

8.3.2 EG-rätt

Till skillnad mot reglerna om lika lön öppnar likabehandlingsdirektivet (artikel 2 punkterna 2–4) möjligheter att göra undantag från könsdiskrimineringsförbudet. Det är inte fråga om undantag som medlemsstaterna *måste* införa utan som de *får* införa.[1283] Undantag från en individuell rättighet som fastslås i direktivet måste tolkas restriktivt och proportionalitetsprincipen måste beaktas.[1284] Det är inte heller tillåtet att utesluta vissa

[1281] *Abdulaziz,* (28 maj 1985) punkt 75–83.

[1282] Council of Europe, Equality between women and men in the European Social Charter, 2000, s. 21.

[1283] Se *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) punkt 36.

[1284] *Hofmann* (C-184/83) punkt 25, *Johnston* (C-222/84) punkt 36, *Kommissionen mot Frankrike* (C-318/86), *Jackson och Cresswell* (C-63 och 64/91) punkt 26 och *Kalanke* (C-450/93) punkt 21.

grupper (såsom offentliganställda) från diskrimineringslagstiftningen.[1285] Det är enbart undantagen i andra till fjärde punkten som frigör en stat eller arbetsgivare från ansvar. Avsaknad av vårdslöshet kan således inte befria från ansvar, det räcker med ett brott mot diskrimineringsförbudet för att full skadeståndsskyldighet skall uppstå.[1286]

Artikel 2 (2) tillåter undantag när "arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs". Artikel 2 (3) tillåter undantag till skydd för kvinnor, "särskilt vid graviditet och moderskap" (se vidare avsnitt 8.4). Enligt artikel 2 (4) slutligen, hindrar inte direktivet åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män (se vidare kapitel 9).

Det är artikel 2 (2) som möjliggör för medlemsstaterna att förbehålla visst arbete för enbart det ena könet. Artikeln kräver inte att medlemsstaterna gör undantag på ett visst sätt men vissa krav ställs dock för att undantag skall vara tillåtna enligt direktivet. Alltför generella undantag är således inte tillåtna. Undantaget i 2 (2) gäller exempelvis inte hela yrkesområden (*occupations or professions*) utan gäller endast viss verksamhet (*activities*).[1287] För att ett undantag enligt artikel 2 (2) skall godtas måste medlemsstaten även visa att det är nödvändigt att anställa personer av det ena könet.[1288] Direktivet kräver dessutom att förutom att själva reglerna måste vara tydliga och klara för att kunna kontrolleras, skall en medlemsstat som faktiskt inför undantag uppföra dessa på en komplett och verifierbar förteckning enligt artikel 9 (2).[1289] Medlemsstaten måste sedan med jämna mellanrum utvärdera resultatet av undantagen mot bakgrund av den sociala utvecklingen och avgöra om de fortfarande är berättigade samt meddela kommissionen detta. Kommissionen skall då verifiera tillämpningen av undantagen från likabehandlingsprincipen.[1290]

Artikel 2 (2) innebär att det är tillåtet att förbehålla visst arbete för enbart det ena könet. Även enligt EU är det således tillåtet att medlemsstater bevarar könssegregation på arbetsmarknaden.[1291]

[1285] *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) punkt 16.
[1286] *Dekker* (C-177/88) punkt 22 och 25. Domstolen bekräftade detta i fallet *Draehmpaehl* (C-180/95) punkt 16–22.
[1287] *Kommissionen mot Frankrike* (C-318/86) punkt 20–25, Hervey, Justifications for sex discrimination in Employment, 1993, s. 62.
[1288] Hervey, 1993, s. 51.
[1289] *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) punkt 36.
[1290] *Kommissionen mot Västtyskland* (C-248/83) punkt 38, Blanpain och Nyström, EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad, 1995, s. 141 f.
[1291] More, Feminist Legal Studies, 1993, s. 59.

8.3.3 Svensk rätt

Föreskrifter som utesluter personer av det ena könet från en viss typ av arbete och som således förbjuder privata arbetsgivare att anställa personer av det ena könet rör enskildas personliga förhållanden och kräver lagform enligt RF 8:2. Regeringen har därmed inga möjligheter att utfärda sådana föreskrifter. Eventuella sanktionsregler som kopplas till ett sådant förbud faller däremot under RF 8:3.[1292] Föreskrifter som förbjuder offentliga arbetsgivare att anställa personer av visst kön att utföra visst arbete kräver däremot inte lagform. För att RF 8:3 skall kunna tillämpas krävs att föreskriften innebär ett åliggande för en enskild eller på annat sätt avser ingrepp i en enskilds personliga förhållanden. Regeln avser betungande offentligrättsliga föreskrifter som innebär att enskilda måste företa eller underlåta vissa handlingar eller tåla ingrepp i den enskilda rättssfären.[1293] Enskilda har inte en (absolut) rätt till offentlig anställning. Det kan därför inte sägas att uteslutande av det ena könet för viss typ av arbete innebär ett ingrepp eller ett åliggande för de enskilde. Det finns alltså inget krav på lagstöd för utfärdande av föreskrifter av detta slag.

Oavsett typ av föreskrift hindrar grundlagen, genom RF 2:16, föreskrifter som innebär att någon missgynnas p.g.a. kön.[1294] För att lagstiftningen skall kunna utestänga det ena könet från en viss yrkesverksamhet krävs att detta kan motiveras med något av de två angivna undantagen.[1295] Dessa är undantag för jämställdhetssträvanden eller angående värnplikt. Grundlagsstadgandet innehåller alltså inte något undantag motsvarande det i artikel 2 (2) likabehandlingsdirektivet för "verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs". Inte heller finns något undantag motsvarande artikel 2 (3) för "bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap". Fri- och rättighetsutredningen (vars betänkande låg till grund för grundlagsändringen) föreslog ytterligare en undantagsregel till RF 2:16 som hänvisade till skillnader som "orsakas av biologisk skillnad mellan könen".[1296] Departementschefen ansåg emellertid att ett undantag för "grundläggande biologiska skillnader" var onödigt därför att det inte var fråga om missgynnande i sådana situationer.[1297]

[1292] Förutsättningen för att regeringen skall kunna meddela sådana föreskrifter är att föreskrifterna kan hänföras till något av de områden som nämns i RF 8:7. Här kan diskuteras om det är möjligt att hänvisa till punkt 3 och 6 som grund för regeringen att meddela sanktionsföreskrifter. Dessutom kan regeringen meddela verkställighetsföreskrifter i enlighet med RF 8:13 p. 1.

[1293] Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 1999, s. 74.

[1294] Se avsnitt 8.2.2.

[1295] Huruvida detta är möjligt i jämställdhetsfrämjande syfte, se kapitel 9.

[1296] SOU 1975:75 s. 2.

[1297] Prop. 1975/76:209 s. 102.

Frågan om undantag för biologiska skillnader i samband med havandeskap diskuteras i avsnitt 8.4.2 medan undantag som har samband med verksamhetens natur eller art diskuteras i avsnitt 8.5.

8.4 Särskilt skydd för kvinnor

8.4.1 Skydd för kvinnors hälsa

Särlagstiftning för kvinnor har länge motiverats med att kvinnor kräver extra skydd, särskilt i egenskap av att vara barnaföderskor. Detta har motiverat generella förbud mot kvinnor att arbeta vissa tider och inom vissa yrken. På senare år har inställningen emellertid ändrats så att generella förbud mot kvinnors arbete inom vissa områden undviks. Istället är målet att förbättra skyddet mot farligt arbete för *alla* arbetstagare.[1298] ILO-konferensen har dock understrukit att det kan finnas områden som genom nya tekniker och ämnen innebär bevisade hälsofaror med hänsyn till kvinnors reproduktiva funktioner.[1299] Artikel 5 (1) i ILO-konvention nr 111 tillåter skydds- och biståndsåtgärder som antagits i andra ILO-konventioner eller rekommendationer och anger att sådana åtgärder inte betraktas som diskriminering.

I folkrätten har kvinnor förbjudits att arbeta under jord eller nattetid med hänvisning till att sådant arbete är farligt, ohälsosamt och krävande. ILO-konventionen nr 45 (1935) förbjuder kvinnor arbete under jord (i gruvor). Staterna får dock bl.a. göra undantag för kvinnor som inte utför kroppsarbete (artikel 3). Anledningen till tillkomsten av denna konvention var att kvinnor utnyttjats i gruvarbete.[1300] Sverige frånträdde denna konvention 1967. ILO-konvention nr 89 (1948) förbjuder kvinnligt nattarbete (artikel 3) dock inte arbete av arbetsledande eller teknisk karaktär[1301] eller för kvinnor som arbetar inom hälso- och sjukvården (artikel 8). Sverige har inte tillträtt denna konvention. ILO har förbjudit kvinnor att arbeta inom yrken som innebär hantering av farliga ämnen, såsom exempelvis bly (konvention nr 13).[1302] Whitworth påpekar att denna reglering endast gällt kvinnors hälsa eller fostrets hälsa medan det inte funnits regler som skyddat fäders kapacitet till reproduktion. Dessutom har förbuden mot hantering av farliga ämnen begränsats till att avse

[1298] ILO, Equality of Opportunity and Treatment for Women Workers, Report VIII, 1975, s. 45.
[1299] A. st.
[1300] Valticos, von Potobsky, International Labour Law, 1995, s. 209.
[1301] *Managerieal or technical character.*
[1302] Sverige har ratificerat denna konvention.

ämnen som finns inom typiskt manliga yrken medan hälsorisker som kvinnor utsätts för inom typiskt kvinnliga yrken inte förbjudits.[1303]

Europarådets sociala stadga innehöll tidigare regler som förbjöd kvinnor att arbeta i gruvor eller annat farligt, ohälsosamt eller krävande arbete (artikel 8). Stadgan gick inte lika långt som ILO-konventionen om kvinnligt nattarbete utan krävde endast att sådant reglerades. I den nya stadgan från 1996 har denna artikel ändrats till att endast gälla i samband med havandeskap. I artikel 20 i tillägget till den sociala stadgan klargörs att föreskrifter som syftar till att *skydda* kvinnor, särskilt i samband med graviditet, barnsbörd och tiden omedelbart därefter, inte skall anses utgöra könsdiskriminering. Artikeln synes dock inte utesluta att särbehandling även i andra fall än i samband med graviditet är tillåten.

I fallet *Karlheinz Schmidt* ansåg Europadomstolen att den aktuella lagstiftningen var könsdiskriminerande. I målet var det fråga om en lagstiftning som innebar att kommunerna fick kräva att alla män i en viss ålder skulle tjänstgöra som brandmän. Regleringen innebar att de som hade denna tjänstgöringsplikt även kunde bli tvungna att betala en avgift till brandförsvaret. Avgiften krävdes således inte av kvinnor. Klaganden ifrågasatte denna reglering. Tyskland förklarade åtskillnaden mellan könen med att lagstiftningen beaktade de särskilda krav som tjänstgöring inom brandförsvaret ställde samt kvinnors fysiska och mentala karaktärsdrag. Syftet med lagstiftningen var att skydda kvinnor och avgiften var av ren kompensatorisk karaktär.[1304] Europadomstolen ville inte yttra sig över huruvida det är berättigat att endast män är skyldiga att tjänstgöra inom brandförsvaret. Domstolen konstaterade att det emellertid fanns tillräckligt med frivilliga personer för uppgiften och avgiften således förlorat sin kompensatoriska funktion. Åtskillnaden mellan könen kunde därför inte rättfärdigas avseende avgiften.[1305]

EG-domstolen har underkänt fransk lagstiftning som förbjöd kvinnligt nattarbete. Lagstiftningen hade motiverats med hänvisning till att syftet var att skydda kvinnor mot överfall och för att ta hänsyn till kvinnors större hushållsbörda.[1306] Enligt domstolen krävs det ett berättigat behov för att skillnad i behandling mellan kvinnor och män skall kunna tillåtas. Hur ofördelaktigt nattarbete än kan verka, ansåg domstolen att det inte föreföll innebära större risker för kvinnor än för män (förutom vid graviditet

[1303] Whitworth, Feminism and International Relations. Towards a Polical Economy of Gender in Interstate and Non–Governmental Institutions, 1994, s. 133.
[1304] *Karlheinz Schmidt* (24 juni 1994) punkt 27.
[1305] *Karlheinz Schmidt* (24 juni 1994) punkt 28.
[1306] *Stoeckel* (C-345/89).

eller moderskap), vilket innebar att lagstiftningen stred mot likabehandlingsdirektivet.[1307]

Även i *Levyfallet* (C-158/91) var det fråga om kvinnligt nattarbete. Frankrike hävdade denna gång att ILO konventionen nr 89 krävde att fransk lagstiftning innehöll ett förbud mot kvinnligt nattarbete. Domstolen fann att internationella överenskommelser som gjorts före Romfördraget får upprätthållas, såvida de inte blivit obsoleta. I sådana fall skall direktivet, i detta fall artikel 5 som har direkt effekt, tillämpas fullt ut. Domstolen lämnade till den franska domstolen att avgöra huruvida ILO-konventionen fortfarande är bindande för de ratificerande parterna.[1308] Efter dessa mål frånträdde Frankrike ILO-konventionen men avskaffade inte den nationella bestämmelsen. EG-domstolen ansåg därför att Frankrike fortsatt åsidosätta sina skyldigheter enligt likabehandlingsdirektivet då det inte räcker med att ändra rättstillämpningen. Ändringen måste ske genom bestämmelser med samma rättsliga status som den bestämmelse som skall ändras.[1309] Fallet *Minne* (C-13/93) handlade istället om en lagstiftning som förbjöd nattarbete för både män och kvinnor men där undantagsreglerna reglerades på olika sätt. EG-domstolen konstaterade att detta utgjorde könsdiskriminering i strid med direktivet om det inte kunde rättfärdigas p.g.a. behov av att skydda kvinnor, särskilt i samband med graviditet och moderskap.[1310]

Förbud mot kvinnligt nattarbete är alltså inte förenliga med likabehandlingsdirektivet om de inte härrör ur internationella överenskommelser som gjorts före tillträdet till EU-fördraget och som fortfarande är bindande för parterna. Lagstiftning som särbehandlar kvinnor och som innebär ett undantag från likabehandlingsprincipen för att skydda kvinnor får inte vara till nackdel för dem. Undantag skall tolkas restriktivt och det är endast lagstiftning som relaterar till kvinnans biologiska förhållanden i samband med graviditet eller till förhållandet mellan barnet och modern som kan tillåtas. Generella undantag är inte tillåtna.

En allmän uppfattning att kvinnor skall skyddas i större utsträckning än män räcker inte för att aktualisera undantaget i 2 (3) för faror som både kvinnor och män utsätts för i samma utsträckning. Ordalydelsen i 2 (3) ger klart vid handen att det som avses är att skydda kvinnans biologiska villkor och det speciella förhållande som råder mellan mor och barn och

[1307] *Stoeckel* (C-345/89) punkt 15. Andra fall som rört nattarbete är: *Levy* (C-158/91), *Kommissionen mot Frankrike* (C-197/96) och *Kommissionen mot Italien* (C-207/96) .
[1308] *Levy* (C-158/91).
[1309] *Kommissionen mot Frankrike* (C-197/96) punkt 13–17. Se även *Kommissionen mot Italien* (C-207/96) punkt 23–29.
[1310] *Minne* (C-13/93) punkt 10–19.

inte förhållanden som inte drabbar kvinnor som sådana.[1311] Av dessa domar verkar alltså följa att det är *endast* i samband med graviditet och moderskap som undantag enligt artikel 2 (3) får förekomma även om artikeln i sig använder formuleringen "*särskilt* vid graviditet och moderskap" (min kursivering), se vidare avsnitt 8.4.2.2.

I svensk rätt fanns i den tidigare arbetarskyddslagen (SFS 1949:1) ett kapitel med bestämmelser om anlitande av kvinnor till arbete. Bland annat fanns ett dispensabelt förbud mot att anlita kvinnor vid arbete under jord i gruvor eller stenbrott. Kapitlet innehöll även bemyndigande för regeringen att meddela föreskrifter med särskilda villkor för arbete för kvinnor.[1312] I och med arbetsmiljölagens (1977:1160) ikraftträdande försvann dessa särskilda regler. I denna finns ett bemyndigande till regeringen att denna eller arbetarskyddsstyrelsen får meddela föreskrift om förbud eller särskilda villkor mot att arbetet utförs av arbetstagare som tillhör en viss grupp, under förutsättning att arbetet medför en särskild risk för sådana arbetstagare (4:6).

8.4.2 Skydd för kvinnor i egenskap av mödrar

8.4.2.1 Folkrätt

Det har skett en förändring i regleringen som innebär att kvinnor inte allmänt ses som skyddsobjekt utan enbart i samband med graviditet och moderskap. Följaktligen finns regler som enbart förbjuder kvinnor att utföra visst arbete och att arbeta nattetid i samband med havandeskap. Det finns också stadganden om att särskilda främjande åtgärder för att skydda och bistå kvinnor i samband med graviditet inte skall anses utgöra diskriminering, alternativt att det är tillåtna undantag från könsdiskrimineringsförbudet. Artikel 4 (2) i kvinnokonventionen undantar uttryckligen åtgärder som relaterar till havandeskap från att räknas som diskriminering. Artikel 4 (2) lyder:

> "Konventionsstaternas vidtagande av särskilda åtgärder, inklusive de åtgärder som nämns i denna konvention, för att skydda moderskapet, skall inte anses vara diskriminerande."[1313]

Särskilda stadganden till skydd för moderskap finns även i den universella förklaringen artikel 25 (2) och KESKR artikel 10 (2). Där stadgas att mödrar har rätt till särskild skydd och hjälp. Kvinnokonventionen

[1311] *Johnston* (C-222/84) punkt 44–46.
[1312] Prop. 1976/77:149 s. 248 ff.
[1313] SÖ 1980:8.

artikel 11 (2) stadgar att staterna därutöver måste förebygga diskriminering p.g.a. giftermål eller moderskap och försäkra kvinnors rätt att arbeta genom att vidta vissa åtgärder.

Enligt ILO utgör inte särskilt skydd för kvinnor i samband med arbete könsdiskriminering, om det avser att skydda kvinnors reproduktiva funktioner.[1314] ILO-konventionen nr 183 (2000) behandlar skydd i samband med moderskap.[1315] Enligt artikel 3 skall staterna vidta åtgärder för att tillförsäkra att gravida eller ammande kvinnor inte tvingas utföra arbete som bedöms innebära en hälsorisk för dem eller barnet. Konventionen stadgar bl.a. om tid för mammaledighet, rätt till ersättning samt medicinska förmåner under denna tid (artikel 4–7) och förbjuder uppsägning i samband med mödraledigheten (artikel 8).[1316] Sverige har inte ratificerat denna konvention. Enligt artikel 3 (1) i ILO-konventionen nr 171 om nattarbete (1990) skall särskilda åtgärder vidtas beträffande skydd för moderskap för alla arbetstagare som utför nattarbete. I samband med graviditet och havandeskap skall kvinnor som har nattarbete erbjudas alternativ till nattarbete (artikel 7 (1)). En kvinna som har nattarbete får inte heller avskedas/sägas upp i samband med graviditet (artikel 7 (3)).[1317] Artikel 11 i ILO-konvention nr 136 förbjuder gravida kvinnor eller kvinnor som ammar att utföra arbete som innebär kontakt med bensen.[1318]

Artikel 5 (1) i ILO:s diskrimineringskonvention (nr 111) stadgar att särskilda åtgärder för skydd- eller biståndsåtgärder inte skall anses utgöra diskriminering under förutsättning att de angivits i andra ILO-konventioner eller rekommendationer. Det rör sig framförallt om nattarbete, gruvarbete och arbeten som medför uppgifter eller behandling av ämnen som är skadliga för moderskap.[1319] ILO:s expertkommitté har framhållit nödvändigheten av sådana skyddsåtgärder tills dess tillverkningsprocesser förändrats så att biologiska risker försvinner eller att ny skyddsutrustning framarbetas eller att forskning visar att det inte föreligger några hälsorisker. Kommittén har dock understrukit vikten av att kvinnor inte blir diskriminerade i samband med graviditet och att skydds-

[1314] ILO, Equality of Opportunity and Treatment for Women Workers, Report VIII, 1975, s. 45.

[1315] *Maternity Protection Convention.* Tidigare konvention om samma ämne: ILO-konventionen nr 103 (1952).

[1316] För vidare läsning om ILO och skyddslagstiftning för kvinnor, se Whitworth, Feminism and International Relations. Towards a Polical Economy of Gender in Interstate and Non-Governmental Institutions, 1994.

[1317] Sverige har inte heller ratificerat ILO-konvention nr 171.

[1318] Sverige har inte ratificerat denna konvention.

[1319] Rossillion, 1985, s. 29.

och biståndsåtgärder skall syfta till att kvinnor skall kunna bli mödrar utan att marginaliseras på arbetsmarknaden.[1320]

Kvinnokonventionen har en restriktiv syn på att tillåta undantag av denna karaktär. Skyddsåtgärder till fördel för kvinnor får endast vidtas när det är visat att det finns en potentiell risk för reproduktiviteten och de måste fortlöpande ses över i takt med den ökade vetenskapliga kunskapen.[1321] Enligt handlingsplanen till den fjärde kvinnokonferensen (Peking) skall staterna se till att eliminera könsdiskriminerande verksamheter som har sin grund i kvinnors reproduktiva roll, inklusive vägran att anställa eller avskedande av kvinnor p.g.a. graviditet eller amning.[1322]

Artikel 8 i Europarådets sociala stadga föreskriver att anställda kvinnor har rätt till särskilt skydd i samband med barnafödande. Enligt artikelns andra paragraf skall uppsägning p.g.a. mammaledighet inte vara tillåtet. Sverige har inte ratificerat denna punkt.[1323] Enligt svensk uppfattning innebär normalt inte nattarbete någon risk vid graviditet eller vid amning och i de fall det föreligger en risk skall en bedömning om åtgärder vidtas.[1324] Artikel 8 (5) förbjuder anställning av gravida kvinnor eller kvinnor som nyligen fött barn eller som fortfarande ammar i gruvarbete under jord och all annan anställning som är olämplig p.g.a. dess riskfyllda, ohälsosamma eller ansträngande art. Artikeln kräver även att staterna vidtar lämpliga åtgärder för att skydda sådana kvinnors anställning. Sverige har inte accepterat ett totalt förbud mot att anlita gravida kvinnor, kvinnor som nyligen fött barn och som ammar till gruvarbete under jord och följaktligen inte ratificerat denna artikel. Enligt artikel 20 i Europarådets sociala stadga skall staterna tillförsäkra likabehandling. Där sägs att regler om särskilt skydd av gravida kvinnor eller vid verksamhet som till sin natur endast kan överlåtas till personer av det ena könet, inte skall anses utgöra könsdiskriminering.

8.4.2.2 EG-rätt

EG-rätten behandlar särbehandling som grundar sig på biologiska skillnader mellan kvinnor och män som undantag från förbudet mot könsdiskriminering. En särbehandling av kvinnor i samband med havandeskap anses inte vara könsneutral. Som framgått tidigare anses t.ex. ett avskedande av en kvinna i samband med att hon är gravid utgöra köns-

[1320] ILO, RCE, 1988, punkt 140 ff. och 1996 punkt 131–133, 138.

[1321] Rossillion, 1985, s. 29.

[1322] Fourth World Conference on Women Beijing (1995) punkt 178 (d).

[1323] Se Ds 1997:65 s. 21 f.

[1324] Kommentaren till 8 § AFS 1994:32 i de tillhörande allmänna råden från (f.d.) arbetarskyddsstyrelsen. Se även Ds 1997:65 s. 22.

diskriminering. För att särbehandlingen skall accepteras krävs att den faller in under något av de tillåtna undantagen i likabehandlingsdirektivet.[1325] Enligt EG-domstolen måste undantaget i artikel 2 (3) likabehandlingsdirektivet tolkas restriktivt och vara begränsat till att tillåta undantag för att skydda kvinnors situation som hänför sig till deras biologiska förhållanden.[1326] Direktivet är däremot inte ämnat att avgöra frågor om familjens organisation eller till för att förändra fördelningen av ansvar mellan föräldrarna.[1327] Möjligheten till undantag enligt artikel 2 (3) finns, enligt domstolen, i två avseenden:

- dels om undantaget är till för att försäkra skyddet av kvinnans biologiska förhållanden under graviditeten och därefter till dess hennes fysiska och mentala funktioner har återvänt till det normala efter förlossningen,
- dels om undantaget är till för att skydda det speciella förhållande mellan en kvinna och hennes barn under en period som följer graviditeten och förlossningen genom att förhindra att detta förhållande störs genom flera bördor, vilket skulle vara resultatet av att samtidigt arbeta.[1328]

Medlemsstaterna får själva avgöra vilka sociala åtgärder de vill vidta, både beträffande arten av skyddsåtgärder och detaljerna för deras införande.[1329] Detta undantag möjliggör direkt diskriminering till fördel för kvinnor, men inte till nackdel för dem.[1330] Artikel 2 (3) tillåter medlemsstaterna att införa regler som garanterar kvinnor särskilda rättigheter till följd av graviditet och havandeskap. Det är upp till medlemsstaterna att avgöra vilken tid för mödraledighet som krävs för att kvinnor skall kunna vara frånvarande under den period som komplikationer uppstår till följd av graviditeten.[1331]

Fallet *Hofmann* (C-184/83) aktualiserade artikel 2 (3) i likabehandlingsdirektivet. I detta mål ansåg EG-domstolen att lagstiftning, som innebar rätt till mammaledighet för endast kvinnor, föll inom undantags-

[1325] Det finns även ett direktiv (92/85) om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar. Av direktivet följer att det skall finnas riktlinjer för bedömning av kemiska, fysikaliska och biologiska agenser samt industriprocesser som anses medföra hälsorisker för kvinnliga arbetstagare.

[1326] *Hofmann* (C-184/83) punkt 25, *Johnston* (C-222/84) punkt 46.

[1327] *Hofmann* (C-184/83) punkt 24.

[1328] *Hofmann* (C-184/83) punkt 25.

[1329] Blanpain, Nyström, 1995, s. 142.

[1330] Hervey, 1993, s. 64.

[1331] *Hertz* (C-179/88) punkt 15.

regeln i artikel 2 (3). Fallet handlade om en ogift far som inte fick ersättning under ledighet för att ta hand om sitt barn. Den tyska lagen medgav endast ersättning för mammaledighet[1332] till kvinnor. EG-domstolen underströk att eftersom pressen att snabbt återvända till arbetet kan vara skadlig för förhållandet mellan mor och barn finns undantaget i artikel 2 (3) till för att underlätta för kvinnor att vara hemma med barnet samt för att skydda "the special relationship between a woman and her child".[1333] EG-domstolen hävdade att åtgärder såsom mammaledighet som en kvinna kunde erhålla efter den obligatoriska skyddsperioden av åtta veckor, var inom ramen för artikel 2 (3) under förutsättning att ledigheten syftar till att skydda kvinnan i samband med effekterna av graviditet och moderskapet. Det var därför förenligt med direktivet att reservera sådan ledighet endast för kvinnor. Direktivet kräver inte av medlemsstaterna att de skall införa en motsvarande ledighet för fäder, även om föräldrarna vill ha det så.[1334]

I *Habermann–Beltermannfallet* (C-421/92) hade ett anställningskontrakt med en gravid kvinna blivit ogiltigförklarat till följd av att lagstiftningen förbjöd nattarbete för kvinnor. Grunden för lagstiftningen var artikel 2 (3) i likabehandlingsdirektivet. EG-domstolen anförde att regler som annullerar ett anställningskontrakt, på obestämd framtid, med anledning av tillfällig oförmåga att utföra nattarbete p.g.a. graviditet inte kan rättfärdigas av artikel 2 (3). Sådana regler motverkar syftet med att skydda personer enligt artikeln. Sådana regler skulle, enligt domstolen, förta artikelns effektivitet.[1335] Domstolen sade i fallet *Thibault* (C-136/95) att eftersom de rättigheter som direktivet innehåller är avsedda att försäkra implementeringen av likabehandlingsprincipen beträffande både tillgång till arbete (artikel 3.1) och arbetsvillkor (artikel 5.1), kan de rättigheter som kvinnor ges i artikel 2 (3) aldrig innebära ofördelaktig behandling beträffande tillgång till arbete eller arbetsvillkor. På så sätt är det resultat direktivet söker verklig och inte formell jämställdhet.[1336] I *Mahlburgfallet* (C-207/98) var det också fråga om nationell lagstiftning som låg till grund för ett beslut att inte tillsvidareanställa en gravid kvinna. Den nationella lagstiftningen motiverades med att den grundades på artikel 2 (3) i direktivet. EG-domstolen framhöll att det skydd som gemenskapsrätten garanterar en kvinna under graviditeten och efter nedkomsten inte kan vara beroende av om kvinnans närvaro är nödvändig för driften av

[1332] *Maternity leave.*
[1333] *Hofmann* (C-184/83) punkt 25.
[1334] *Hofmann* (C-184/83) punkt 25–28.
[1335] *Habermann–Beltermann* (C-421/92) punkt 25–27.
[1336] *Thibault* (C-136/95) punkt 26.

företaget där hon är anställd. De ekonomiska konsekvenser som små och medelstora företag kan få kan inte ändra detta. EG-domstolen pekade återigen på att bestämmelser om skydd för gravida kvinnor inte får leda till ofördelaktig behandling av dem ifråga om tillgång till anställning.[1337]

Det är positivt att EG-domstolen tolkat undantaget i artikel 2 (3) så att det innebär att kvinnor endast kan gynnas av det, inte missgynnas. Att det föreligger ett behov av att kunna gynna kvinnor under graviditeten torde de flesta kunna instämma i. Det är däremot underligt att domstolen, även när barnet är fött, reserverat möjligheterna att vårda barnet för kvinnor. Båda föräldrarna har ett intresse av att kunna ta hand om sitt barn. More påpekar att *Hofmann*-avgörandet implicerar att endast kvinnor kan ha en nära relation till sitt barn samt antyder att enbart kvinnor bör ta hand om barn under deras första levnadsmånader.[1338] Hon får medhåll av McGlynn och Ellis som kritiserar domstolen för att den har en idealiserad bild av kvinnor som familjevårdare som utesluter män.[1339]

8.4.2.3 Svensk rätt

Fri- och rättighetsutredningens utgångspunkt var att RF 2:16 skulle förbjuda *all* särbehandling av könen. Utredningen föreslog därför en undantagsregel till RF 2:16 som hänvisade till skillnader som "orsakas av biologisk skillnad mellan könen" men förslaget avfärdades i propositionen.[1340] Utredningen menade att viss särbehandling p.g.a. "obestridliga könsskillnader av kroppslig art" måste kunna göras i framtiden och för detta krävdes ett uttrycklig undantag i RF 2:16. Undantaget avsåg först och främst den situationen att kvinnan föder barn.[1341] Som exempel angav utredningen bestämmelser om mödravård och annan hjälp till havande kvinnor, rätt för kvinnor att ensamma besluta om abort och olika reglering för män och kvinnor när det gäller att rättsligt fastslå vilka som är ett barns föräldrar.[1342] Avsikten var inte att man med hänvisning till "biologiska skillnader" skulle kunna göra undantag för situationer som rör det förhållandet att kvinnan i allmänhet har klenare kroppskrafter än mannen".[1343] Utredningen ansåg således att lagstiftning som innebär särbehandling med hänvisning till *fysisk förmåga* etc. utgör ett missgynnande

[1337] *Mahlburg* (C-207/98) punkt 24–30.
[1338] More, 1993, s. 60.
[1339] McGlynn, ELJ 2000, s. 29–44, Ellis, 1998, s. 242.
[1340] Se SOU 1975:75 s. 2, 117 och 207 och prop. 1975/67:209 s. 102.
[1341] SOU 1975:75 s. 117.
[1342] A. st.
[1343] A. bet. s. 207.

som strider mot RF 2:16 och att det inte skall föreligga något undantag som tillåter sådan särbehandling (se vidare avsnitt 8.5.3)

Även vid äldre jämställdhetslagens tillkomst diskuterades frågan om särbehandling p.g.a. biologiska skillnader mellan könen. Jämställdhetsutredningen såg frågan på samma sätt som fri- och rättighetsutredningen. Den ansåg att särbehandling som beror på biologiska skillnader mellan kvinnor och män är godtagbara, men skall betraktas som undantag från könsdiskrimineringsförbudet. Utredningen framförde att beträffande lättnader i arbete, som kan ges en havande kvinna, väger intresset av att värna om kvinnans och den oföddas hälsa tyngre än intresset av jämställdhet. Utredningen anger detta som ett exempel på "gynnande". Den har tidigare anfört att ett gynnande av ena könet automatiskt innebär ett missgynnande av det andra.[1344] Följaktligen ansåg utredningen att detta var en på sätt och vis diskriminerande situation men att det var fråga om ett särskilt intresse som inte borde vika för intresset av jämställdhet.

I grundlagspropositionen tas avstånd från att RF 2:16 skulle innebära att *all* särbehandling p.g.a. kön är otillåten.[1345] I propositionen konstateras att *de bestämmelser som utredningen åsyftar med sin undantagsregel* varken gynnar eller missgynnar något kön, vilket innebär att undantagsregeln är onödig. Därefter hävdas att eftersom regeln förbjuder föreskrifter som innebär att någon medborgare missgynnas p.g.a. sitt kön, saknas anledning att göra undantag för föreskrifter som "direkt orsakas av biologisk skillnad". Visst kan det kanske hävdas att gynnande av kvinnor i samband med graviditet i vissa fall inte utgör ett missgynnande av män. Särbehandling som grundar sig på biologiska skillnader kan dock innefatta många fler situationer än enbart detta.

En särbehandling av kvinnor p.g.a. deras förmåga att föda barn kan utgöra ett missgynnande av dem. Exempel på sådant missgynnande är den folkrättsliga reglering som jag redogjorde för i inledningen av detta kapitel, t.ex. förbudet för kvinnor att arbeta under jord. Ett uteslutande av kvinnor från visst arbete p.g.a. biologiska skäl utgör ett missgynnande som inte är förenligt med RF 2:16. Eftersom stadgandet inte innehåller något sådant undantag, är det inte möjligt med dylik särbehandling i Sverige.

Slutsatsen är att även föreskrifter, som "direkt orsakas av biologisk skillnad" ifråga om kvinnors barnafödande, *kan* utgöra missgynnande och är således otillåtna enligt RF 2:16. (Det ansåg uppenbarligen jämställdhetsutredningen som tillsattes *efter* grundlagsändringen.) Då gränsen för när en föreskrift som "direkt orsakas av biologisk skillnad"

[1344] SOU 1978:38 s. 87 f. och s. 98.
[1345] Prop. 1975/76:209 s. 102.

varken är gynnande eller missgynnande (eller när den faktiskt är missgynnande) inte är skarp, anser jag det lämpligt att i RF 2:16 införa den undantagsregel som fri- och rättighetsutredningen en gång föreslog. Detta särskilt mot bakgrund av att EG-rätten behandlar gynnande av kvinnor i samband med graviditet och barnafödande som undantag. Det är därför önskvärt att svensk rätt har samma utgångspunkt.[1346]

8.4.2.4 Havandeskapsersättning

Europadomstolen har godkänt lagstiftning som inneburit att endast kvinnor kunnat erhålla bidrag för att vara hemma och sköta om barn. I *Petrovic mot Österrike* menade domstolen att det är en relativt ny företeelse att även ge fäder möjlighet till finansiellt stöd för vård av barn. Domstolen påpekade även att den österrikiska lagstiftningen ändrats sedan målet och ansåg att det var svårt att kritisera österrikisk lagstiftning för att den gradvis reflekterat utvecklingen. Reglerna låg därför inom statens tolkningsmarginal och inget brott mot konventionen förelåg.[1347]

Likabehandlingsdirektivet behandlar skyddsåtgärder vid graviditet och barnsbörd som tillåtna undantag, så länge åtgärden är gynnande för kvinnan. I Sverige har inställningen istället varit att skyddsåtgärder vid graviditet och barnsbörd inte utgör missgynnande och således faller utanför diskrimineringsregleringen. När det gäller rätten till ersättning i form av föräldraförmåner har EU samma synsätt som Sverige och betraktar sådana som något som faller utanför förbudet mot könsdiskriminering. Det beror på att likalöneprincipen inte tillåter undantag. Därför har inte havandeskapsersättning setts som ett undantag. EG-domstolen har istället varit tvungen att hitta "könsneutrala" förklaringar för att en särbehandling av kvinnor ifråga om ersättning vid moderskap skall vara tillåten. Domstolen hävdade t.ex. i *Abdoulayefallet* (C-218/98) att de kvinnliga arbetstagarna befann sig i en olikartad situation jämfört med de manliga, varför det inte var fråga om könsdiskriminering. Det aktuella bidraget syftade till att kompensera de karriärmässiga nackdelar som

[1346] F.d. arbetarskyddsstyrelsen har meddelat föreskrifter om särskilt skydd för gravida kvinnor och kvinnor som ammar. (Se 37 § AFS 1994:32 om gravida och ammande arbetstagare samt AFS 1994:33 om bergarbete,). AFS 1994:32 syftar till att uppfylla kraven i direktivet om säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (92/85). Enligt 2 § utgör gruvarbete under jord sådana arbetsförhållanden som innebär risk. Detta anges i bilagan punkt C som avser att konkretisera 2 §. Bilagan är endast en vägledande förteckning över sådana arbetsmiljöfaktorer som bör bedömas med avseende på risk för avsedda arbetstagare. Det är endast gruvarbete under jord som är förknippat med särskilda risker som är förbjudet. Ds 1997:65 s. 23. (AFS 1994:33 ändrade AFS 1986:17).

[1347] *Petrovic mot Österrike* (28 mars 1998) punkt 30–43 (artikel 8 och 14).

mammaledigheten medförde.[1348] I den mån det är fråga om att utesluta män från möjligheten att vara föräldralediga är, enligt min mening, argument om att kvinnor och män inte befinner sig i en jämförbar situation inte hållbara. Under den första tiden efter förlossningen är det möjligt att hävda att föräldrarna inte befinner sig i en jämförbar situation. Efter en viss tid har de dock samma intresse av att kunna vara föräldralediga och är då jämförbara.

EG-domstolens förhållningssätt till kvinnors havandeskap som en ojämförbar situation ter sig inkonsekvent. Domstolen har i samband med anställning och avskedande av gravida kvinnor ansett att ett *missgynnande* av kvinnorna utgjort direkt könsdiskriminering. Domstolen har understrukit att graviditeten inte får ligga till grund för negativ särbehandling och likställt graviditet med "kön". I fråga om särbehandling beträffande havandeskapspenning leder däremot den "ojämförbara situationen" till att könsdiskriminering inte anses föreligga när gravida kvinnor *gynnas*. Även i dessa situationer ligger graviditeten och moderskapet till grund för särbehandling. Domstolen är dock, som sagt, tvungen att resonera på detta sätt för att kunna tillåta att kvinnor gynnas beträffande löneförmåner vid graviditet, eftersom likalöneprincipen inte tillåter något undantag, till skillnad mot likabehandlingsdirektivet. Om man anser att det är berättigat att endast kvinnan tar hand om barnet under en viss period, är det, enligt min uppfattning, bättre att behandla situationen på samma sätt som i artikel 2 (3) likabehandlingsdirektivet. Det är då fråga om ett undantag.

AD har avgjort ett par mål som rört frågan om rätt för kvinnor, men inte män, att få havandeskapslön. I målet *AD 1985 nr 134* framhöll AD att havandeskapslön (enligt kollektivavtal) till enbart kvinnor före nedkomsten inte utgjorde könsdiskriminering. Även efter nedkomsten kan särbehandling beträffande havandeskapslön enbart till kvinnor vara acceptabel om den tillgodoser behov p.g.a. påfrestningarna som förlossningen innebär. I så fall är regeln neutral då den tar sikte på individen och inte gruppen kvinnor och utgör inte könsdiskriminering. Så långt överensstämmer AD:s resonemang med EG-domstolens. Ersättning till kvinnor i samband med graviditet gynnar dem, men missgynnar inte män och utgör därför inte könsdiskriminering. Domstolen ansåg emellertid att det var fråga om ett missgynnande p.g.a. kön när havandeskapslönen förbehölls kvinnor så lång tid som fyra månader efter förlossningen. Domstolen framhöll att detta inte står i överensstämmelse med den moderna synen på föräldrarollen.[1349] Detta innebar ett missgynnande p.g.a. kön, dvs. könsdiskriminering.

[1348] *Abdoulaye* (C-218/98) punkt 14–22.
[1349] *AD 1985 nr 134* s. 844 ff.

I *AD 1987 nr 132* var samma frågeställning uppe till prövning. AD fann emellertid att den ifrågasatta avtalsregeln tillgodosåg ett individuellt behov då havandeskapslönen avsåg som mest två månader och kunde endast erhållas i direkt samband med barnets födelse. Här har AD alltså ansett att kausalsamband saknades (regeln var "neutral" oaktat att den endast kunde tillämpas på kvinnor), vilket innebar att det inte var fråga om könsdiskriminering. Av samma skäl som ovan anser jag att havandeskapslön enbart till kvinnor bör ses som ett undantag till förbudet mot lönediskriminering.

8.5 Förbehåll p.g.a. "verksamhetens natur" (etc.)

8.5.1 Folkrätt

Som framgår ovan har visst arbete kunnat förbehållas män med hänvisning till att kvinnor behöver skyddas, dels därför att de är fysiskt svagare och inte anses tåla krävande arbete, dels därför att de presumeras kunna föda barn eller har fött barn. I detta avsnitt behandlas frågan om *när* en verksamhets natur och/eller särskilda intressen anses kräva att personer av ena könet utför arbetet utan att det nödvändigtvis finns ett skyddsintresse som motiverar åtskillnaden.

Kvinnokonventionen anger inga undantag från rätten till likabehandling mellan kvinnor och män avseende arbete (förutom artikel 4). Till följd av det märks istället ett antal reservationer bl.a. angående manlig tronföljd (Belgien, Luxemburg och Spanien) och uteslutning av kvinnor från beväpnade styrkor (Tyskland och Nya Zeeland).[1350] Detta är alltså yrkesområden som staterna ansett vara bättre lämpade för män än för kvinnor. Belgien har tidigare reserverat sig mot artiklarna 2, 3 och 25 i KMPR avseende frågan om enbart manlig tronföljd, vilket kritiserats av kommittén för de mänskliga rättigheterna.[1351] Numera har den belgiska konstitutionen ändrats så att även kvinnor kan ärva den kungliga tronen.[1352] Religiöst arbete får generellt sett förbehållas ena könet enligt ILO:s expertkommitté, däremot inte "vanligt" arbete (t.ex. byggnads-

[1350] Även Thailand reserverade sig mot artikel 11 men har sedermera återtagit reservationen. Andra reservationer har gjorts med hänvisning till kvinnors hälsa (Malta och Storbritannien). Se Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (UN 2000). En fortlöpande uppdatering sker i databasen UN Treaty Collection on-line.

[1351] Se Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (UN 2000) och Nowak U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, 1993, s. 751. Luxemburg och Spanien har däremot inte reserverat sig mot dessa artiklar.

[1352] CCPR/C/94/Add.3 (1997) punkt 36.

arbete) som utförs för en religiös organisation.[1353] Lagstiftningen får även tillåta särbehandling p.g.a. kön inom vissa yrken såsom balett och teater eller om arbetet involverar fysisk intimitet.[1354] Kommittén har kritiserat Grekland för att ha uteslutit kvinnor från 89–90 % av arbetena inom polis och brandförsvar med hänvisning till att de saknar tillräcklig fysisk kapacitet och uthållighet. Kommittén menar att detta är ett tydligt exempel på frånvaro av en ordentlig prövning i varje enskilt fall som reflekterar ålderdomliga och stereotypa föreställningar om kvinnors och mäns roller och förmåga. Istället bör staten noggrant pröva kraven för varje arbete, den enskildes kvalifikationer samt vidta åtgärder, som inte är alltför betungande, för att möjliggöra för kvinnor att få tillgång till arbete inom polis och brandförsvar.[1355]

På regionalt plan ges möjlighet att förbehålla vissa yrken för ett kön. Det finns inga fall från Europadomstolen om diskriminering av kvinnor i försvaret men däremot av homosexuella.[1356] Enligt artikel 20 (4) i tillägget till Europarådets sociala stadga är det tillåtet att förbehålla vissa arbeten för ena könet. Det har inneburit att uteslutande av kvinnor inom beväpnade styrkor, brandförsvar och militärdomstolar är tillåtet.[1357]

8.5.2 EG-rätt

Flera av EU:s medlemsstater har gjort undantag i enlighet med artikel 2 (2) likabehandlingsdirektivet för arbete inom polisväsendet, försvaret och kyrkan.[1358] EG-domstolen har med stöd av denna artikel bl.a. godkänt lagstiftning som inneburit att endast kvinnor får arbeta som barnmorskor.[1359] I *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) var det fråga om lagstiftning som undantog arbete i privata hushåll eller småföretag från tillämpning av likabehandlingsprincipen kunde grundas på artikel 2 (2). EG-domstolen ansåg att den aktuella lagstiftningen var för generell, men

[1353] ILO, RCE, 1996, punkt 121.

[1354] ILO, RCE, 1996, punkt 120.

[1355] ILO, RCE, 2001, s. 478 f.

[1356] Europadomstolen har ansett att det i dessa fall förelegat brott mot artikel 8. Lagstiftningen har uteslutit homosexuella från försvaret och de som anklagats för homosexualitet har utsatts för mycket ingående förhör vid utredningen. De har därefter avskedats. Europadomstolen har i dessa mål framhållit att målsättningen att bevara personalens moral och försvarets effektivitet varit legitim. Ingreppen i privatlivet har dock varit ingående och Storbritannien har inte förmått att rättfärdiga dem. Se *Smith och Grady mot Storbritannien* (27 september 1999) och *Lustig–Prean och Beckett* (27 september 1999).

[1357] Equality between women and men in the European Social Charter, s. 21.

[1358] Nyström, EU och arbetsrätten, 1999, s. 172. Se exempelvis *Johnston* (C-222/84) och *Sirdar* (C-273/97).

[1359] *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) punkt 20.

uteslöt inte att respekt för privatliv och personlig integritet kan anses vara viktigare och bli avgörande.[1360] Därigenom finns en möjlighet att särbehandla kvinnor och män, trots att åtskillnaden baseras på föreställningar om deras lämplighet för vissa sysslor. I samma mål godtog domstolen lagstiftning som nästan helt uteslöt män från att arbeta som barnmorskor med hänvisning till respekten för patientens intressen. Domstolen ansåg att även om Storbritannien inte till fullo levde upp till likabehandlingsprincipen i direktivet, höll man sig inom gränserna för sin kompetens.[1361]

I *Johnstonfallet* (C-222/84) vägrades en kvinnlig polis på Nordirland förlängning av sin heltidsanställning som polis till följd av ett beslut att neka kvinnliga poliser vapenutbildning och förbjuda dem att bära vapen i tjänst. Skälet för detta angavs vara:

- att kvinnor löpte större risk att bli skjutna,
- att de skulle bli mindre effektiva inom områden som de är "bättre lämpade för" såsom socialt arbete med familjer och barn och
- att allmänheten inte skulle välkomna att kvinnor bar vapen när idealet var en obeväpnad polisstyrka.

EG-domstolen ansåg inte att det låg i arbetets natur att göra skillnad mellan kvinnor och män men att yttre förhållanden, situationen på Nordirland, utgjorde grund för undantag. Den ansåg att det inte kunde uteslutas att de allvarliga interna konflikterna skulle kunna innebära större risker för att kvinnliga poliser skulle bli skjutna, om man tillät dem att bära vapen, och detta skulle därmed strida mot kraven på allmän säkerhet.[1362] Detta hävdade domstolen utan att ens försöka förklara varför kvinnliga poliser löpte större risk för överfall än manliga. Av domen följer emellertid att det inte är möjligt att införa generella regler som täcker alla åtgärder som medlemsstaten vidtar av hänsyn till allmän säkerhet.

Domstolen fann i *Kommissionen mot Frankrike* (C-318/86) att separat rekrytering för kvinnor respektive män till befattning som chef för mindre fängelser (*head warder*) var förenligt med direktivet även om arbetsuppgifterna inte måste utföras av ett speciellt kön. Domstolen tog hänsyn till utformningen av karriärmöjligheter samt betydelsen av yrkeserfarenhet för arbetet.[1363] Fallet innebär en ytterligare inskränkning av möjligheterna till undantag jämfört med Johnstonfallet. Domstolen sade att undantagen även måste vara tillräckligt tydliga och genomskinliga[1364] för

[1360] *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) punkt 14–16.
[1361] *Kommissionen mot Storbritannien* (C-165/82) punkt 17–20. Se även kapitel 6.
[1362] *Johnston* (C-222/84) punkt 36.
[1363] *Kommissionen mot Frankrike* (C-318/86) punkt 19.
[1364] *Transparent.*

att möjliggöra en effektiv kontroll genom EU-kommissionen och att de, i princip, måste kunna ändras vid social utveckling.[1365] Domstolen underkände därför de fasta procentsatser till olika poster inom poliskåren som den franska regleringen innebar. Förutom de fasta procentsatserna, saknades det lagregler som definierade ett objektivt kriterium för att fastställa dessa. Detta medförde att kontroll, inte bara av kommissionen utan även av personer som påverkats negativt av undantaget, var omöjlig. Direktivet kräver att de åtgärder som medlemsstaterna vidtar lätt skall kunna kontrolleras.[1366]

EG-domstolen har ansett att försvaret är ett område inom vilket det är tillåtet att behandla kvinnor och män olika så länge reglerna inte är alltför generella. I fallet *Sirdar* (C-273/97) var omständigheterna att en kvinna blivit erbjuden arbete i den brittiska marinkåren men erbjudandet drogs tillbaka när myndigheten insåg att hon var kvinna. Motivet var att det fanns en princip som uteslöt kvinnor från tjänstgöring i kåren. Bakgrunden till detta var att det krävdes att varje marinsoldat skulle kunna strida i en kommandotrupp (vilket kvinnor alltså inte ansågs kunna). Domstolen konstaterade att kustjägarna skilde sig från övriga armén och att dess uppgift var att vara spjutspetsen i ett anfall och att strida på frontlinjen. Därför hade de beslutande myndigheterna ett visst skönsmässigt utrymme att ställa vissa krav inom ramen för vad som var proportionerligt. Domstolen ansåg att hänsyn till arbetets speciella natur och det sammanhang vari det utfördes rättfärdigade undantaget.[1367] I fallet *Kreil* (C-285/98) underkändes däremot tysk lagstiftning som utestängde kvinnor från militära anställningar som innebar användning av vapen. Domstolen ansåg att lagstiftningen var för långtgående och således inte proportionerlig. Undantaget kunde inte motiveras med hänsyn till verksamhetens natur och det sammanhang vari det utfördes.[1368]

Utgångspunkten i fallet *Sirdar* var att det finns män som generellt sett är lämpade att vara kommandosoldater, men att det inte finns någon kvinna som är det. Någon prövning av varje enskild kvinnas lämplighet behövde inte genomföras. Detta kom domstolen fram till utan att föra något resonemang om saken. Jag anser detta vara anmärkningsvärt, eftersom det rör sig om ett undantag från diskrimineringsförbudet, som domstolen upprepade gånger sagt skall tolkas snävt. Domstolens utgångspunkt brukar vara att en prövning skall göras i varje enskilt fall av varje persons egenskaper och förhållanden. Detta framgår t.ex. i domstolens

[1365] *Kommissionen mot Frankrike* (C-318/86) punkt 25.
[1366] Hervey, 1993, s. 51.
[1367] *Sirdar* (C-273/97) punkt 31–32.
[1368] *Kreil* (C-285/98) punkt 29–30.

praxis angående undantag för positiv särbehandling enligt artikel 2 (4) i direktivet.[1369] Genom att acceptera lagstiftningen tillåter domstolen att traditionella uppfattningar om kvinnors och mäns kapacitet får ligga till grund för negativ särbehandling. Jag anser att det är underligt att domstolen behandlar undantagssituationerna i artikel 2 likabehandlingsdirektivet olika. I fråga om jämställdhetsfrämjande åtgärder krävs, som sagt, en noggrann prövning av varje enskilds kapacitet. I fråga om undantag för att en verksamhets art eller natur kräver särbehandling är däremot generella antaganden om kvinnors respektive mäns förmåga tillåtna.

8.5.3 Svensk rätt

Enligt svensk lagstiftning är det tillåtet att skilja mellan kvinnor och män i fråga om värnplikt och annan tjänsteplikt enligt RF 2:16. Det framgår inte av förarbetena till RF 2:16 vad anledningen till detta undantag var, utan där konstateras bara att även fortsättningsvis skall finnas möjlighet att endast ha manlig värnplikt.[1370] Vad som än motiverade detta undantag förefaller inställningen till särlagstiftning ha förändrats. När möjligheten för kvinnor att genomgå värnplikt infördes konstaterades bl.a. i förarbetena att inordnandet av kvinnor i befälsstrukturen inte kommer att försvaga organisationen under krig eller andra krissituationer.[1371] Dessutom framhölls förhoppningar om att införandet av denna möjlighet skulle bidra till att förändra synen på manligt och kvinnligt i fråga om yrkesval och personalrekrytering, både inom och utanför försvarsmakten.[1372] Vikten av att det skall ske en bedömning av varje individs kapacitet framhävdes också:. "[u]tgångspunkten vid rekrytering och personalplanering bör enligt beredningen inte vara lämpligheten hos män eller kvinnor *som grupp* utan den enskilda individens lämplighet för aktuell uppgift oavsett kön." (min kursivering).[1373] Ingenting tyder på att man här tilldelade män eller kvinnor vissa egenskaper som skulle kunna påverka möjligheterna till värnpliktstjänstgöring, tvärtom var det en utveckling *mot* detta.

RF 2:16 innehåller ingen motsvarighet till artikel 2 (2) i likabehandlingsdirektivet. Fri- och rättighetsutredningens förslag till undantag för "grundläggande" biologiska skillnader i RF 2:16 avsåg inte skillnader som hänger samman med förhållandet att kvinnor i allmänhet har klenare

[1369] Se vidare avsnitt 9.4 angående EG-domstolens krav på undantag för jämställdhetsfrämjande åtgärder.
[1370] Se prop. 1975/76:209 s. 102, SOU 1975:75 s. 117 (och 207) och Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 134.
[1371] Prop. 1977/78:185, s. 12 f.
[1372] A. st.
[1373] A. st.

kroppskrafter än män. Detta motsades inte i propositionen. En lagstiftning som av en sådan anledning utesluter ena könet från arbetsmarknaden beträffande ett visst arbete missgynnar denna könskategori och strider därmed mot RF 2:16. Biologiska skillnader mellan könen i fråga om fysisk förmåga kan således inte ligga till grund för särbehandlande lagstiftning.

8.6 Särbehandling i enskilda fall

8.6.1 Inledning

EU:s medlemsstater kan motivera lagstiftning som gör åtskillnad mellan könen med hänvisning till artikel 2 (2) beroende på "verksamhetens natur", artikel 2 (3) om skydd för kvinnor eller artikel 2 (4), alternativt artikel 141 (4) EU-fördraget, med hänvisning till jämställdhetsfrämjande åtgärder (som behandlas i kapitel 9). I samma utsträckning som en stat kan åberopa artikel 2 (2–4) för att motivera särbehandlande lagstiftning, kan en arbetsgivare åberopa samma regler för att motivera en särbehandling i det enskilda fallet.

I fråga om svensk lagstiftning kan konstateras att RF 2:16 inte gäller för privata arbetsgivare. När sådana vill införa en anställningspolicy som utesluter ena könet behöver de således inte beakta RF 2:16. De måste dock följa jämställdhetslagen, vilket innebär att en arbetsgivares beslut att särbehandla p.g.a. kön måste kunna motiveras av något av undantagen i jämställdhetslagen. I detta avsnitt behandlas först regler om likabehandling som de offentliga organen måste följa i sin verksamhet. Därefter behandlas jämställdhetslagens undantag för "särskilt intresse". Undantag för jämställdhetsfrämjande åtgärder behandlas i kapitel 9.

8.6.2 Likhetsprincipen, normbundenhet m.m.

Det åligger alla offentliga organ att behandla enskilda lika inför lagen. Denna rättighet för den enskilde stadgas i artikel 7 i den universella förklaringen och artikel 26 KMPR. Varken EKMR eller den europeiska sociala stadgan innehåller någon regel om rätt till likhet inför lagen. Enligt artikel 3 i Europarådets statut måste emellertid medlemsstaterna följa *the rule of law* samt respektera alla individers åtnjutande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.

EKMR gäller inte enbart de normgivande organen utan kräver att alla offentliga organ tillämpar lagstiftningen i enlighet med konventionen. Det följer av att staten enligt konventionen åtar sig att garantera fri- och

rättigheterna för envar som befinner sig inom dess jurisdiktion (artikel 1). Således måste de rättstillämpande organen beakta förbudet mot könsdiskriminering i artikel 14. EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna innehåller en artikel om att alla människor är lika inför lagen (artikel 20).

I 16 § i 1809-års regeringsform fanns både principen om all maktutövnings lagbundenhet, om normmässighet vid myndighetsutövning samt skydd för mänskliga fri- och rättigheter. 16 § föreskrev:

> "Konungen bör rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda, ingen fördärva eller fördärva låta, till liv, ära, personlig frihet och välfärd, utan han lagligen förvunnen och dömd är, och ingen avhända eller avhända låta något gods, löst eller fast, utan rannsakning och dom, i den ordning Sveriges lag och laga stadgar föreskriva [...]".[1374]

Kravet på myndigheternas normmässighet återfinns numera i RF 1:1 st. 3 som kräver att den offentliga makten utövas "under rättsordningen".[1375] Detta stadgande reglerar inte innehållet i lagen. Principen om normmässighet vid myndighetsutövning samt att lika fall skall behandlas lika kan sägas härledas ur principen om maktutövningens normbundenhet.[1376] Dessa principer samt objektivitetsprincipen finns numera i RF 1:9, vilken kräver att domstolar och förvaltningsmyndigheter samt andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Regeln ställer alltså krav på konsekvens och objektivitet inom rättstillämpningen.[1377]

Bestämmelsen riktar sig inte bara till förvaltningsmyndigheter och domstolar utan även till "andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen". Härmed menas regeringen i den mån den handlägger ärenden som högsta organ inom den offentliga förvaltningen samt privaträttsliga subjekt, när de svarar för förvaltningsuppgifter, som överlämnats till dem.[1378] Beträffande statliga tjänstetillsättningar är objektivitetsgrundsatsen även fastslagen i RF 11:9.

RF 1:9 riktar sig endast till de rättstillämpande organen och inte till lagstiftaren. Följaktligen innebär bestämmelsen inget förbud mot särbehandlande normgivning (jfr RF 2:16). Det är tvärtom vanligt att skillnader föreligger i lagstiftningen inom exempelvis de sociala och ekonomiska

[1374] SFS 1809:606.

[1375] Lagtexten lyder "under lagarna". För en diskussion om innebörden av detta, se vidare Wennergren FT 1998 s. 97–119 (särsk. s. 105 ff.)

[1376] Sundberg–Weitman, Saklighet och godtycke, 1981, s. 14.

[1377] Rättsfallet *AD 1984 nr 79* visar att det dock inte är möjligt att grunda ett skadeståndsanspråk enbart på RF 1:9 till följd av felaktig myndighetsutövning. Fallet handlade om en oorganiserad arbetstagare som fick lägre lön av kommunen än organiserade arbetstagare.

[1378] Prop. 1975/76:209 s. 138. Jfr RF 11:6. Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 376.

områdena.[1379] De rättstillämpande organen måste sträva efter att behandla lika fall lika. De får inte göra någon åtskillnad mellan individer utöver vad som är tillåtet enligt gällande rättsregler.[1380] Likhetsprincipen ställer krav på att individer skall behandlas lika *inför* lagen, utan att ställa krav på lagen som sådan.

Innan ändringen gjordes 1976 innehöll RF 1:9 (f.d. RF 1:8) ett uttryckligt förbud mot att utan rättsligt stöd särbehandla någon i rättstillämpningen p.g.a. "hans personliga förhållanden såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet".[1381] Fri- och rättighetsutredningen föreslog att det skulle tas bort då det i debatten givit upphov till missförstånd. Regeln gick att tolka så att lagstiftaren lämnat utrymme för negativ särbehandling p.g.a. exempelvis etnicitet.[1382] Uppräkningen var avsedd att förtydliga kravet på saklighet och opartiskhet och när det togs bort avsågs ingen ändring i sak.[1383] Det är således fortfarande förbjudet att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av dennes personliga förhållanden.

8.6.3 Objektivitetsprincipen

Objektivitetsprincipen anses i doktrinen nödvändig för upprätthållandet av rättssäkerheten. Objektivitetsprincipen innebär att offentliga organ måste grunda sina avgöranden enbart på hänsyn som de enligt gällande författningar får beakta. De får alltså inte låta sig vägledas av andra intressen än dem som de skall tillgodose och inte ta hänsyn till ovidkommande omständigheter. RF 1:9 innefattar ett förbud mot varje form av godtycke. Kravet på rättssäkerhet kan inte tillgodoses, om befattningshavare tillåts fästa vikt vid ovidkommande ändamål, utan att ha stöd i lag. Dessutom måste det resultat som nås kunna stödjas på överväganden som i varje fall är objektivt riktiga.

Enligt Sundberg har objektivitetsprincipen tre konsekvenser. *För det första* skall myndigheter redovisa skälen för sina beslut. *För det andra* får myndigheter utöva sina maktbefogenheter i ändamålsvinnande syfte och ingenting annat, annars föreligger illojal maktanvändning.[1384] Även om det inte finns några särskilda regler har det offentliga organet inte frihet

[1379] Prop. 1975/76:209 s. 99.
[1380] A. prop. s. 98.
[1381] SFS 1974:152.
[1382] SOU 1975:75 s. 118, prop. 1975/76:209 s. 102 f.
[1383] Prop. 1975/76:209 s. 138.
[1384] Sundberg, Allmän förvaltningsrätt, 1955, s. 118 ff. och De allmänna grunderna av offentlig rätt, 1963, s. 16 ff., Eek FT 1944 s. 65–83. För ett senare arbete som behandlar "illojal maktanvändning" se Madell, Det allmänna som avtalspart, 1998, s. 146 f.

att handla hur det vill. Petrén och Ragnemalm beskriver illojal maktanvändning som en grövre form av användande av godtycke och som innebär att vissa personer eller persongrupper gynnas eller missgynnas till följd av helt ovidkommande hänsyn vid rättstillämpningen.[1385]

Om maktbefogenheten används i andra syften än för att vinna avsett ändamål, brister den objektiva grunden för myndighetens ingripande och godtycke uppstår. Det fria skönet begränsas av RF 1:9 på så sätt att det är endast de intressen som ligger till grund för aktuell författning, som myndigheten kan beakta, inte några allmänna eller privata.[1386] Fritt skön är alltså inte detsamma som godtycke. Skön har med verbet skönja, urskilja att göra och innebär i den betydelsen en bedömning som görs med urskiljning.[1387] Wennergren beskriver det fria skönet som det utrymme som finns kvar för domstolar och förvaltningsmyndigheter att fylla då varken lagens grund eller ändamål, uttryckt i lagtext och förarbeten, kan ge ledning i det aktuella fallet.

För det tredje skall myndighetens maktanvändning inte överskrida vad som är erforderligt vad gäller omfattning och intensitet för ändamålets vinnande; överskrids denna gräns, föreligger maktexcess. Denna proportionalitetsprincip är enligt Sundberg allmängiltig.[1388]

8.6.4 Förbud mot att tillämpa könsdiskriminerande normgivning

Enligt Petrén och Ragnemalm gäller RF 2:16 endast normgivning men inte vid "beslutsfattande inom ramen för löpande rättstillämpning" där istället RF 1:9 blir aktuell.[1389] Vid införande av RF 2:16 hävdade nämligen departementschefen att ett förbud mot könsdiskriminerande normgivning även indirekt träffar de rättstillämpande organen, eftersom dessa inte får fatta andra beslut eller grunda sina avgöranden på andra omständigheter än de som följer av gällande rättsregler. Därför behövdes inte könsdiskrimineringsförbudet i RF 2:16 utvidgas till att avse också myndighetsbeslut.[1390] Detta kan jämföras med förbudet mot åsiktsdiskriminering i RF 2:12. Detta förbud är inte begränsat till att gälla enbart normgivning utan förbjuder även rättstillämpare att göra ingrepp i någons fri- och rättigheter enbart p.g.a. personens åsikter.[1391]

[1385] Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 38.
[1386] Wennergren FT 1984. s. 380 f.
[1387] A. a. s. 380.
[1388] Sundberg, 1955, s. 118 f. och 1963, s. 17.
[1389] Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 82 f.
[1390] Prop. 1975/76:209 s. 100 f.
[1391] A. prop. s. 99 och 120, Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 116, Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 71.

RF 1:9 innebär att de rättstillämpande organen inte får könsdiskriminera vid tillämpning av lag och andra föreskrifter. Regeln hindrar dock inte en myndighet från att tillämpa en föreskrift som strider mot RF 2:16. Paragrafen innebär inte att myndigheten skall bedöma normen som sådan. För det fall det föreligger en bestämmelse som strider mot RF 2:16 finns istället lagprövningsinstitutet som garant för att medborgare i detta fall inte könsdiskrimineras. RF 11:14 ställer ett krav på att myndigheter och domstolar prövar föreskrifters förenlighet med normer av högre valör. Är det fråga om lag eller förordning krävs att felet är "uppenbart" för att föreskriften skall underkännas. Detta krav medför troligtvis inte några svårigheter vid föreskrifter som direkt könsdiskriminerar. En föreskrift som uttryckligen gynnar det ena könet framför det andra är, enligt min uppfattning, uppenbart i strid med RF 2:16. Visserligen är det möjligt att det är uppenbart att en föreskrift indirekt missgynnar p.g.a. kön, men förmodligen är det ofta svårare att upptäcka detta. I de fall en föreskrift som är indirekt könsdiskriminerande inte uppenbart strider mot RF 2:16, skall den således tillämpas av de offentliga organen.

Även om detta inte är vanligt förekommande, vill jag påpeka att det finns en risk för att könsdiskriminerande föreskrifter skall tillämpas. Jag har dock ingen lösning på problemet. En omtolkning av RF 2:16 som ger regeln samma innebörd som RF 2:12, en lagändring som innebär att tillämpning av könsdiskriminerande föreskrifter är otillåten eller en ändring av RF 11:14, undanröjer inte svårigheten att identifiera föreskrifter som är indirekt könsdiskriminerande.

8.6.5 Jämställdhetslagens undantag för "särskilt intresse"

Som redan sagts kan en arbetsgivare undgå ansvar för könsdiskriminering om hon kan motivera beslutet med någon av de omständigheter som anges i artikel 2 (2–4) i likabehandlingsdirektivet eller 15 § 2 st. jämställdhetslagen. Artikel 2 i likabehandlingsdirektivet har redan diskuterats.

15 § 2 st. jämställdhetslagen anger de fall som utgör undantag från könsdiskrimineringsförbudet. Den första punkten i 15 § 2 st. jämställdhetslagen undantar jämställdhetsfrämjande åtgärder.[1392] Den andra punkten överlämnar att i det enskilda fallet bedöma om det finns godtagbara skäl som gör att jämställdhetsintresset "uppenbarligen" bör stå tillbaka. I förarbetena anges att ett sådant särskilt intresse är t.ex. anständighetskänslan eller krav på personlig integritet som gör att det inte kan krävas att en arbetsgivare har arbetstagare av båda könen anställda på en liten fiskebåt. Detsamma skulle gälla när en teaterledning anlitar enbart manliga

[1392] Jämställdhetsfrämjande åtgärder behandlas i kapitel 9.

skådespelare för manliga roller eller ett modehus enbart har kvinnliga mannekänger.[1393] Ett annat sådant särskilt intresse som inte bör vika för jämställdhetsintresset är att många äldre inte vill ta emot social hemservice av män.[1394] I förarbetena anges också att hänsynen till religionsfriheten motiverar att ett krav på kvinnliga präster enbart kan ställas på den svenska kyrkan.[1395]

Detta innebär att en arbetsgivare, som anför skäl som är särskilt viktiga, undgår ansvar för vad som annars skulle betraktas utgöra könsdiskriminering. Denna punkt tillåter alltså undantag från könsdiskrimineringsförbudet. Arbetsmarknadspolitiska skäl, t.ex. omplaceringsfall, är därför inte skäl av särskilt intresse som medför undantag från diskrimineringsförbudet. Om en arbetsgivare kan visa att det var sådana skäl som låg bakom ett beslut och inte könstillhörighet, föreligger inte könsdiskriminering, eftersom samband med kön saknas.

Vid tillkomsten av jämställdhetslagen diskuterades huruvida en arbetsgivares ekonomiska intressen skall kunna utgöra "särskilt intresse" enligt undantagsregeln från diskrimineringsförbudet. Frågan uppkom beträffande den situation att en arbetsgivare föredrar att anställa män därför att kvinnor förväntas vara frånvarande i större utsträckning i samband med graviditet och barnafödande. Jämställdhetskommittén ansåg inte att ekonomiska intressen skulle få företräde framför jämställdhetsintresset, vilket regeringen instämde i.[1396]

I propositionen till den första jämställdhetslagen sägs att det inte behövs någon skarp gräns mellan tolkning av lagens huvudregel om diskrimineringsförbudet och vad som ryms under en undantagsregel om hänsyn till motstående särskilda intressen.[1397] Rent praktiskt kanske det inte har någon betydelse men dock systematiskt. Synsättet blir avgörande för vad som ryms inom könsdiskrimineringsbegreppet och inte. Anlitande av kvinnliga mannekänger eller manliga skådespelare nämns som exempel på en situation där undantaget kan aktualiseras eller, alternativt att man ser det som en fråga om sakliga förutsättningar för arbetet och könsdiskrimineringsförbudet följaktligen aldrig aktualiseras. Eftersom valet av person i dessa fall baseras på könstillhörighet, bör man, enligt min mening, se situationen som ett undantag. Lagstiftningen har könsneutralitet som utgångspunkt. När ett samband med kön finns är det fråga om undantag för att behandlingen skall vara tillåten. För att visa att

[1393] AU 1978/79:39 s. 17, prop. 1978/79:175 s. 124.
[1394] Prop. 1978/79:175 s. 125, SOU 1978:38 s. 101.
[1395] Prop. 1978/79:175 s. 126.
[1396] A. prop. s. 121 f., SOU 1978:38 s. 97 f.
[1397] Prop. 1978/79:175 s. 120.

ett beslut inte innebär könsdiskriminering krävs att man visar att inget samband med kön föreligger. När en manlig skådespelare väljs för en manlig roll etc. är det könet som faktiskt är avgörande. Därför anser jag det bättre att se detta som ett tillåtet undantag (även om jag medger att det kan verka något konstruerat) än att se det som att alla män har bättre sakliga förutsättningar för rollen än kvinnor och att det därför inte skulle utgöra könsdiskriminering.

I *AD 1986 nr 103* godkände domstolen arbetsgivarens invändning om särskilt intresse. Frågan var om en kvinna blivit könsdiskriminerad vid tillsättningen av en tjänst som familjerådgivare. Arbetsgivaren motiverade beslutet med att man ville driva s.k. co-terapi med terapeuter av olika kön. AD konstaterade att för att ett "särskilt intresse" skall tillåtas krävs att intresset inte kan tillgodoses på annat sätt. Domstolen konstaterade vidare att det var fråga om en seriös behandlingsform som inte gav uttryck för en fördomsfull syn på förhållandet mellan könen och godtog invändningen. Däremot avvisades arbetsgivarens invändning om att en anställning av en sämre meriterad sökande grundat sig på särskilda skäl i *AD 1989 nr 122*. Arbetsgivaren invände att patienterna behövde en manlig förebild då en majoritet av personalen var kvinnlig. Domstolen ansåg inte att det hade någon betydelse att det var fråga om en manlig vårdare. Den konstaterade, dels att patienterna var mellan 43 och 70 år, dels att det redan fanns manlig personal. Invändningen godtogs således inte.

Den senaste ändringen av jämställdhetslagen innebär i teorin att undantag numera skulle kunna vara möjliga angående förbudet mot lönediskriminering. Tidigare fanns ingen hänvisning från f.d. 18 § till f.d. 16 § 2 st., som handlade om undantag. Detta innebar att möjligheterna att beakta särskilda intressen eller tillämpa positiv särbehandling inte fanns ifråga om lön och andra anställningsvillkor. Numera stadgas vad som är direkt diskriminering i 15 § 1 st. och vilka undantag som är tillåtna enligt 15 § 2 st. Av 17 § 3 p. framgår att lönevillkor omfattas av könsdiskrimineringsförbudet. I 15 § första punkten framgår att undantag för jämställdhetsfrämjande åtgärder inte kan göras beträffande löne- och andra anställningsvillkor. Däremot finns inte motsvarande förbehåll när det gäller undantag för särskilt intresse. Regeln ger alltså intryck av att tillåta löneskillnader mellan könen med hänsyn till särskilt intresse. Denna möjlighet är emellertid endast skenbar, eftersom likalöneprincipen är utan undantag enligt EG-rätten.

8.6.6 Grundlagsstöd för undantaget för "särskilt intresse" saknas

RF 2:16 anger två specifika situationer som innebär att missgynnande p.g.a. kön är tillåtet (jämställdhetsfrämjande åtgärder och värnplikt). Vid

tillkomsten av RF 2:16 ansågs inte undantag för "biologiska skillnader" behövas då sådana inte ansågs innebära gynnande eller missgynnande.[1398] Därför infördes inte en tredje möjlighet till undantag i nämnda regel, eftersom det inte ansågs vara fråga om undantag. I avsnitt 8.4.2.3 och 8.5.3 har redan diskuterats huruvida skillnader som grundas på grundläggande biologiska skillnader utgör missgynnande. Enligt min mening kan de mycket väl vara missgynnande och är i sådana fall inte tillåtna enligt RF 2:16. I sistnämnda avsnitt konstaterar jag att RF 2:16 inte ger utrymme för undantag med hänsyn till verksamhetens "natur" eller "art" motsvarande artikel 2 (2) i likabehandlingsdirektivet. Detta konstaterande leder in på frågan om grundlagsstöd för undantaget för "särskilt intresse" i 15 § 2 st. 2 p. i jämställdhetslagen saknas.

För att undantag från förbudet mot könsdiskriminering med stöd av 15 § 2 st. 2 p. jämställdhetslagen skall aktualiseras krävs det att en särbehandling innebär missgynnande som har samband med könstillhörighet, dvs. utgör könsdiskriminering enligt huvudregeln. Undantag med stöd av 15 § 2 st. 2 för särbehandling som grundar sig på biologiska skillnader mellan könen saknar grundlagsstöd. Jämställdhetslagen 15 § 2 st. 2 p. möjliggör även andra undantag från förbudet mot könsdiskriminering. Regeln anger inte vilka intressen som kan gå före men i förarbetena nämns t.ex. äldre personers önskan att den sociala hemservicen utförs av kvinnor och respekt för invandrares trosuppfattning och kulturmönster när det gäller behandling inom sjukvården.[1399] Undantagsregeln har bedömts vara nödvändig då vissa viktiga hänsyn kan konkurrera med jämställdhetsintresset. Den saknar dock stöd i grundlagen och är därmed inte författningsenlig. Eftersom det är nödvändigt att tillåta vissa undantag från förbudet mot könsdiskriminering bör, enligt min mening, RF 2:16 ändras så att den ger stöd för de undantag som är möjliga enligt jämställdhetslagen.

8.7 Sammanfattning och diskussion

Sverige och EU har delad kompetens på arbetsrättens område och i fråga om yrkesutbildning. Sverige får meddela föreskrifter som ger ett starkare skydd mot könsdiskriminering än de EG-rättsliga reglerna. När det gäller annan utbildning, än yrkesutbildning, har Sverige (än så länge) exklusiv kompetens att reglera frågor om tillträde till och innehåll i utbildningen. Vid normgivning skall de offentliga organen inte bara respektera EG-rätten

[1398] Prop. 1975/76:209 s. 102. Se även SOU 1975:75 s. 2, 117 , 207 och kapitel 5.
[1399] Prop. 1978/79:175 s. 125.

och RF:s normgivningsregler, utan även förbuden mot könsdiskriminerande normgivning som Sverige åtagit sig att följa i de olika internationella konventionerna.

De svenska reglerna om särbehandlande föreskrifter p.g.a. kön är mer strikta än i EG-rätten och folkrätt. I dessa system tillåts nämligen att lagstiftningen förbjuder personer av visst kön att utföra visst arbete. Reglerna skall dock tolkas snävt. Trots det innebär regleringen att särbehandling som grundar sig på könsfördomar och stereotyper är tillåten så länge den är proportionerlig i förhållande till det angivna målet. Således har exempelvis särlagstiftning som förbehållit kvinnor rätten att utöva barnmorskeyrket godtagits liksom att polisväsendet och vissa försvarsuppgifter förbehållits män.

Undantagsmöjligheten enligt artikel 2 (2) i likabehandlingsdirektivet har kritiserats för att bevara stereotypa könsroller. Det har även hävdats att undantaget bör upphävas.[1400] Jag anser dock att det kan finnas situationer då det kan vara berättigat att göra undantag från förbudet mot könsdiskriminering. Följaktligen anser jag att artikel 2 (2) i likabehandlingsdirektivet bör vara kvar. Det är emellertid grundläggande att undantag för sådana intressen aldrig grundar sig på könsfördomar. Jag har därför svårt att se varför särbehandlande lagstiftning avseende tillgång till arbete skulle vara tillåtlig. Däremot kan det i enskilda fall finnas intressen som bör äga företräde framför jämställdhetsintresset. Jag är även kritisk till att EG-domstolen godtar generella antaganden om kvinnor och män beträffande undantag enligt artikel 2 (2) likabehandlingsdirektivet. Om domstolen, som den gör i fråga om jämställdhetsfrämjande åtgärder, hävdar att det är nödvändigt att varje individ prövas i varje enskilt fall, bör detta gälla även för andra undantag. Jag anser att utgångspunkten, vid bedömningen av eventuella undantag, bör vara jämställdhetsmålet. Står en särbehandling i direkt motsättning till jämställdhetsmålet, bör den inte tillåtas.

I svensk rätt hindrar RF 2:16 särbehandlande lagstiftning som utesluter ena könet från vissa arbeten. Detta gäller även om särbehandlingen grundar sig på biologiska skillnader mellan könen, eftersom ett uteslutande från en yrkesutövning är missgynnande för den som utesluts. Förarbetsuttalandena om att skillnader som beror på "biologiska skillnader" mellan könen inte utgör missgynnande, kan således inte motivera en

[1400] Se t.ex. Yotopoulos–Marangopoulos, som anser att artikeln borde upphävas, eftersom den tillåter könsdiskriminering. Hon anser att det är helt i sin ordning att utesluta varje person som inte uppfyller kriterierna för ett arbete men däremot inte att generellt utesluta personer av visst kön (Affirmative Action. Towards Effective Gender Equality, 1998, s. 60.)

sådan särbehandling. Enligt min mening bör ett ytterligare undantag införas i RF 2:16 för föreskrifter som avser att gynna kvinnor i samband med barnafödande. Även om sådana situationer inte alltid innebär ett missgynnande av män bör "för säkerhets skull" ett stöd för sådana föreskrifter finnas i grundlagen. Det skulle även motsvara likabehandlingsdirektivets undantag i artikel 2 (3).

RF 2:16 bör ändras även i ett annat avseende. 15 § 2 st. jämställdhetslagen om "särskilt intresse" syftar till att undanta situationer som utgör missgynnande p.g.a. kön från förbudet mot könsdiskriminering. Någon sådan möjlighet till undantag anger inte RF 2:16 och 15 § 2 st. 2 p. saknar således rättslig grund. Jag anser att det måste finnas fler möjligheter till undantag från könsdiskrimineringsförbudet än vid jämställdhetsfrämjande åtgärder och för att skydda gravida kvinnor. Det viktiga är *vilken* särbehandling som är tillåten och *varför* den är det. Exemplet i förarbetena med mannekänger och skådespelare visar, enligt min mening, att det är nödvändigt att tillåta att viss verksamhet utförs av personer av visst kön. Undantagsmöjligheten måste dock tillämpas mycket restriktivt och bedömningen får inte grundas på föreställningar om könen. En grundlagsändring bör därför göras.

Kapitel 9 Åtgärder som främjar jämställdhet

9.1 Inledning

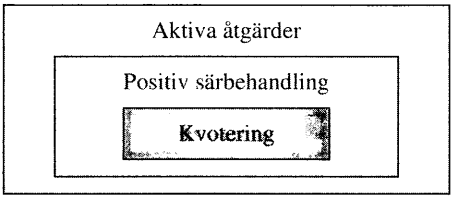
I detta kapitel skall undantag från könsdiskrimineringsförbudet i form av jämställdhetsfrämjande åtgärder behandlas. Sådana åtgärder utgör enligt det svenska och EG-rättsliga synsättet könsdiskriminering i det enskilda fallet men tillåts p.g.a. att åtgärden syftar till att främja jämställdhet. Som sagts tidigare betraktas inte saklig särbehandling som könsdiskriminering enligt folkrätten. Följaktligen utgör inte jämställdhetsfrämjande åtgärder undantag från könsdiskrimineringsförbudet, utan faller utanför begreppet "könsdiskriminering" enligt detta synsätt (i den mån de anses vara sakliga).[1401]

I kapitlet undersöks termerna aktiva åtgärder, positiv särbehandling och kvotering samt deras engelska motsvarigheter och dessutom innebörden av dem som rättsliga begrepp. Kapitlet syftar bl.a. till att visa *att* jämställdhetsfrämjande åtgärder är tillåtna i folkrätt, EG-rätt och svensk rätt samt att närmare undersöka *i vilka former* de är det. I kapitlet diskuteras även EG-rättens påverkan på svensk rätt i detta avseende samt möjligheterna att meddela föreskrifter om positiv särbehandling. Avslutningsvis diskuteras möjligheterna till positiv särbehandling vid utbildning.

Även om begreppen kommer att behandlas mer ingående i det följande vill jag inledningsvis förklara innebörden av dem. *Aktiva åtgärder* är alla åtgärder som vidtas för att främja jämställdhet t.ex. utformning av platsannonser, inrättande av barndagvård etc., positiv särbehandling och kvotering. Det som kännetecknar *positiv särbehandling* är att en person ges förtur eller en fördel p.g.a. att den tillhör underrepresenterat kön. Positiv särbehandling är en åtgärd för att främja jämställdheten och är därmed en typ av aktiv åtgärd. *Kvotering* utgör i sin tur en specialform av positiv särbehandling. Kvotering innebär att någon ges förtur p.g.a. kön till dess

[1401] Skillnaden mellan synsätt enligt folkrätt respektive svensk- och EG-rätt behandlas i kapitel 5.

en viss kvot är fylld. Förhållandet mellan begreppen kan illustreras på följande sätt:



Alla former av jämställdhetsfrämjande åtgärder kallas för aktiva åtgärder. Aktiva åtgärder kan förekomma både i form av positiv särbehandling och i form av kvotering men även andra åtgärder kan utgöra aktiva åtgärder. Det är först när aktiva åtgärder sker i form av positiv särbehandling som könsdiskrimineringsbegreppet och förbudet mot könsdiskriminering påverkas. Därför ägnas större delen av kapitlet till frågor om positiv särbehandling.

9.2 Olika former av jämställdhetsfrämjande åtgärder

9.2.1 Terminologin

9.2.1.1 Aktiva åtgärder, affirmative action och positive action

EU:s generaldirektorat om sysselsättning, arbetsmarknad och socialpolitik (DG V) har sammanställt en ordlista med jämställdhetsord i syfte att samla de termer som används på området samt för att skapa ett gemensamt språk och förståelse för termerna.[1402] Enligt denna ordlista är de engelska motsvarigheterna till "aktiva åtgärder" *affirmative action* och *positive action*.[1403]

"Affirmative action" översätts till		"Positive action" översätts till	
svenska:	*aktiva åtgärder*	svenska:	*aktiva åtgärder*
danska:	positiv saerbehandling	danska:	positive foranstaltninger
franska:	action positive	franska:	action positive
tyska:	Fördermassnahmen	tyska:	positive Aktionen/ Massnahmen

[1402] 100 jämställdhetsord och One hundred words for equality, 1998.
[1403] One hundred words for equality, 1998, s. 11 och 45.

I den svenska versionen av ordlistan översätts aktiva åtgärder till *positive action*.[1404] *Affirmative action* definieras inte utan istället hänvisas till "positive action" som i ordlistan beskrivs såsom:

> "Measures targeted at a particular group and intended to eliminate and prevent discrimination or to offset disadvantages arising from existing attitudes, behaviours and structures (sometimes referred to as positive discrimination)."[1405]

Affirmative action och *positive action* har alltså samma betydelse. Den svenska beskrivningen av "aktiva åtgärder" lyder:

> "Aktiva åtgärder är ett vittomfattande begrepp som kan avse flera olika former av åtgärder, som har det gemensamt att de syftar till att förbättra det underrepresenterade eller missgynnade könets situation på arbetsmarknaden eller förbättra dess ställning i samhället (kan gälla såväl kvinnor som män). Exempel på aktiva åtgärder är kvotering, positiv särbehandling och olika former av stimulansåtgärder (t.ex. projekt, starta eget-bidrag och utbildningsbidrag till det ena könet). Aktiva åtgärder skall i regel upphöra när det eftersträvad resultatet uppnåtts."[1406]

Dessa beskrivningar av *positive action/aktiva åtgärder* visar att begreppet inrymmer jämställdhetsfrämjande åtgärder av många olika slag och styrka.

9.2.1.2 Positiv särbehandling, preferential treatment, kvotering

Positiv särbehandling är en form av aktiv åtgärd.[1407] Enligt EU:s jämställdhetsordlista skall positiv särbehandling översättas till *preferential treatment*.[1408]

Inom unionen översätts "preferential treatment" till:	
svenska:	*positiv särbehandling*
danska:	fortrinsbehandling
franska:	traitement préférentiel
tyska:	bevorzugte Behandlung

[1404] 100 jämställdhetsord, 1998 s. 11.
[1405] One hundred words for equality, 1998 s. 45.
[1406] 100 jämställdhetsord, 1998 s. 11.
[1407] Se 100 jämställdhetsord, 1998 s. 11 och 44.
[1408] A. a. s. 44.

Preferential treatment förklaras i femte generaldiktoratets ordlista vara:

> "[t]he treatment of one individual or group of individuals in a manner which is likely to lead to better benefits, access, rights, opportunities or status than those of another individual or group of individuals. May be used positively when it implies a positive action intended to eliminate previous discriminatory or negatively where it is intended to maintain differentials or advantages of one individual/group of individuals over another."[1409]

Den svenska versionen av ordlistan beskriver *positiv särbehandling* med att en fördel ges till det underrepresenterade könet vid rekrytering och anställning vid lika meriter.[1410] Den engelska versionen säger inget om krav på lika meriter och frågan om vilka krav som EG-rätten ställer vid positiv särbehandling återkommer jag till i avsnitt 9.4.

Kvotering översätts med "*quota*" och förklaras innebära "att en viss andel av platserna eller resurserna skall tilldelas en särskild grupp, i allmänhet enligt särskilda regler eller kriterier. Syftet är att åtgärda en ojämn fördelning, vanligen när det gäller beslutsfattande ställningar eller tillgången till utbildningsmöjligheter eller arbete".[1411]

9.2.2 Aktiva åtgärder

Ovan har gjorts en terminologisk genomgång av de olika rättsliga begrepp som finns på jämställdhetsområdet. Inom både folkrätt och EG-rätt anses aktiva åtgärder vara ett vidare begrepp än positiv särbehandling. Kvinnokommittén och kommittén för de mänskliga rättigheterna har tolkat *affirmative action* som ett vitt begrepp som inbegriper tillfälliga särskilda åtgärder, aktiva statliga åtgärder, positiv särbehandling och kvoteringssystem. Positiv särbehandling benämns i dessa tolkningsuttalanden för *preferential treatment* och kvotering för *quota systems*.[1412] I en rapport, från en särskild expertgrupp, till Europarådets "Steering committee for equality between women and men" (CDEG) konstateras att "affirmative action" inbegriper en rad åtgärder för att främja jämställdhet inom arbetslivet.[1413] Av ovanstående redovisning av EU:s jämställdhetsordlista framgår att begreppet aktiva åtgärder har fått en vid betydelse inom gemenskapen.[1414]

[1409] One hundred words for equality, 1998 s. 45.
[1410] 100 jämställdhetsord, 1998 s. 44.
[1411] A. a. s. 31.
[1412] HRC General Comment 18 (1989) punkt 10 och CEDAW General Recommendation No. 5 (1988).
[1413] EG-S-PA (2000) 7, s. 37.
[1414] Beträffande EG-rätten, se vidare Peters, ELJ 1996, s. 177 ff.

I svensk rätt har begreppet aktiva åtgärder en snävare betydelse som inte inbegriper positiv särbehandling och kvotering. Jämställdhetslagen gör åtskillnad mellan aktiva åtgärder och positiv särbehandling. I den första delen av lagen anges de aktiva åtgärder som arbetsgivaren måste vidta medan den andra delen, som behandlar förbudet mot könsdiskriminering i enskilda fall, innehåller möjligheten till positiv särbehandling. De aktiva åtgärder som finns i jämställdhetslagen innebär ett åliggande för arbetsgivaren att vidta vissa specifika åtgärder. De är framåtsyftande och medför en skyldighet för arbetsgivaren att inom ramen för sin verksamhet, bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja jämställdhet i arbetslivet (3 §). Reglerna om aktiva åtgärder i jämställdhetslagen innebär att arbetsgivaren måste se till att arbetsförhållandena är sådana att de lämpar sig för båda könen (4 §), underlätta föräldraledighet (5 §), förhindra sexuella trakasserier (6 §), verka för en jämn rekrytering (7–9 §§), genomföra lönekartläggning (10–12 §§) och upprätta jämställdhetsplan (13 §). Skyldigheten att genomföra lönekartläggning och att upprätta jämställdhetsplan inträder när det finns minst tio anställda på arbetsplatsen (9 a § 2 st., 13 § 4 st.). Skyldigheten att vidta aktiva åtgärder är vitessanktionerad enligt 35 §. Någon motsvarande distinktion mellan aktiva åtgärder och positiv särbehandling existerar inte i vare sig folkrätt eller EG-rätt. Jämställdhetslagens uppdelning är motiverad av lagtekniska skäl.

Jag har valt att använda termen *aktiva åtgärder* i den betydelse begreppet har i folkrätt och EG-rätt, även om det riskerar att förvirra den som är van vid att använda termen i den betydelse den har i jämställdhetslagen. Jag övervägde att förbehålla aktiva åtgärder för den betydelse begreppet har i jämställdhetslagen och istället använda "positiva åtgärder" som motsvarighet till *affirmative/positive action*. Jag kom emellertid fram till att det inte förtydligar något, eftersom aktiva åtgärder motsvaras av engelskans *positive action*. Dessutom är den officiella översättningen av *affirmative/positive action* aktiva åtgärder inom EU och det är inte orimligt att tro att den betydelse begreppet har där kommer att göra landvinningar även i svenskt språkbruk och även rättsligt sett. Följaktligen anger jag särskilt när det är aktiva åtgärder i jämställdhetslagens snävare betydelse som avses.

9.2.3 Positiv särbehandling

I folkrätten finns inga särskilda definitioner av begreppen *affirmative action, positive measures, preferential treatment* eller *quotas*. Istället används begreppen på ett sådant sätt att det framgår att *affirmative action* och *positive measures* avser alla möjliga åtgärder för att främja jämställdhet medan *preferential treatment* används för mer specifika åtgärder. Att

preferential treatment avser fördelaktig behandling framgår av själva uttrycket.

Inte heller i EG-rätten finns någon uttrycklig definition av positiv särbehandling förutom i den ovan nämnda jämställdhetsordlistan. Där framgår att termerna positiv särbehandling och *preferential treatment* används för situationer där underrepresenterat kön ges en fördel eller förtur i förhållande till överrepresenterat kön. EG-domstolen har avgjort fyra mål som handlat om nationell lagstiftning där underrepresenterat kön givits förtur till anställning framför personer av överrepresenterat kön.[1415] De svenska översättningarna av dessa domar använder "positiv särbehandling" beträffande den aktuella lagstiftningen, vilket överensstämmer med ordlistans definition samt begreppets betydelse i svensk rätt (se nedan). De engelska översättningarna använder däremot "*positive action*" beträffande regleringen, vilket blir något förvirrande, eftersom detta begrepp normalt har en vidare innebörd.[1416] I *Kalankefallet* (C-450/93) hänvisar domstolen till rådets rekommendation "*on the promotion of positive action for women*" (84/635/EEC)[1417] där det framgår att de åtgärder som avses med "positive action" inte bara handlar om att ge underrepresenterat kön förtur utan att "general and specific measures" inbegrips. Genom att jämföra översättningarna av domarna bör man därför inte dra slutsatsen att "positive action" är detsamma som positiv särbehandling. Det är i och för sig inte fel att använda termen "positive action", eftersom detta begrepp inbegriper positiv särbehandling. "Positive action" inrymmer dock mer än så och är därför mer oprecis än begreppet positiv särbehandling.

Även svensk rätt saknar en definition av vad som exakt avses med positiv särbehandling. Begreppet används uttryckligen i HF 4:16 men inte i jämställdhetslagen. I förarbetena till den första jämställdhetslagen sades positiv särbehandling vara åtgärder där en arbetsgivare tar hänsyn till kön och låter en bättre kvalificerad arbetssökande förbigås av en mindre kvalificerad arbetssökande i syfte att bryta en uppdelning mellan kvinnor och män på en arbetsplats.[1418] Det som brukar hänföras till positiv särbehandling är de situationer som normalt skulle bedömas utgöra könsdiskriminering men som är tillåtna då åtgärderna vidtas i jämställdhetssyfte.

[1415] Se vidare avsnitt 9.4.

[1416] Ordlistan gör anspråk på att referera vad som normalt avses med begreppen, se förordet. Den franska översättningen av *Badeck* (C-158/97) använder "action positive" och den tyska "positiver Massnahmen", som i ordlistan översätts till aktiva åtgärder. I *Abrahamssondomen* (C-407/98) används däremot "discrimination positive" och "positive Diskriminierung". En uppstramning i begreppsanvändningen förefaller önskvärd.

[1417] OJ L 331 1984 s. 34–35.

[1418] Prop. 1978/79:175 s. 122 f.

I propositionen om jämställdhet mellan kvinnor och män inom utbildningsområdet definieras positiv särbehandling.

> "Med positiv särbehandling avses att en tjänst tillsätts med en kompetent sökande av underrepresenterat kön, även om vederbörande är mindre kvalificerad än medsökande av det andra könet."[1419]

Positiv särbehandling finns i olika former och grader inom svensk lagstiftning. Reglerna skiljer sig i avseende på hur stor meritskillnad mellan de sökande som tillåts. Även beaktande av den s.k. *jämställdhetsaspekten* är en form av positiv särbehandling. Det är den mildaste formen av positiv särbehandling i svensk rätt. Den har vuxit fram genom en förvaltningspraxis som sedan 1970-talet har (för hela den statliga sektorn) inneburit att när två sökande kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga i merithänseende, är det tillåtet att ge sökande som tillhör underrepresenterat kön företräde.[1420] Denna form brukar dock inte benämnas positiv särbehandling utan termen har reserverats för de starkare formerna av positiv särbehandling som exempelvis jämställdhetslagen ger möjlighet till. I samband med utvärderingen av den första jämställdhetslagen hävdade utredningen att jämställdhetsaspekten skall hållas skild från positiv särbehandling.[1421] Även om det kan ha sina poänger att inte kalla jämställdhetsaspekten för positiv särbehandling, är det emellertid ofrånkomligt att det ändå *är* en form av positiv särbehandling. För att undvika missförstånd och för att vara så tydlig som möjligt anser jag att termen *preferential treatment* bör användas för sådana situationer som innebär positiv särbehandling medan *affirmative/positive action* bör användas när man talar om aktiva åtgärder i allmänhet eller för jämställdhetsfrämjande åtgärder som inte involverar positiv särbehandling.

9.2.4 Kvotering

Varken kommittén för de mänskliga rättigheterna eller kvinnokommittén har särskilt förklarat vad de avser med "quotas" utan förefaller ta detta begrepp som självklart. EU:s jämställdhetsordlista förklarar kvotering med "att en viss andel av platserna eller resurserna skall tilldelas en särskild grupp". I svenska förarbeten har kvoteringsregler förklarats som regler som åsyftar en viss könsfördelning i resultatet, dvs. att en viss kvot av exempelvis de anställda skall tillhöra en viss könskategori.[1422]

[1419] Prop. 1994/95:164 s. 36.
[1420] Loinder, FT 1979, s. 257, SAV informerar 1988 nr 1 s. 31 ff., SOU 1989:30 s. 157, Sigeman, Tjänstetillsättning vid universitet och högskolor, 1997, s. 25.
[1421] SOU 1990:41 s. 219.
[1422] Se a. bet. s. 218.

Kvoteringsregler kan vara utformade på olika sätt. Reglerna kan vara utformade så att kvotering endast skall ske vid likvärdiga meriter eller även vid olika meriter. En kvoteringsregel kan vara absolut till sin karaktär eller medge undantag vid vissa förutsättningar. Kvoteringsregler kan vara kopplade till en viss tidsplan inom vilken de skall vara uppfyllda osv.[1423]

Enligt Westerhäll är könskvotering och positiv särbehandling två skilda företeelser.

> "Kvotering betyder att man fastställer att ett visst antal eller en viss andel personer av t.ex. ett kön (eller från en viss region, intressegrupp o.d.) skall finnas representerad i t.ex. riksdagen, en arbetsgrupp eller på en viss typ av tjänst. Personer ur olika grupper konkurrerar vid kvotering inte med varandra utan endast inbördes inom gruppen. Positiv särbehandling innebär däremot att det är tillåtet att tillsätta en tjänst med en kompetent sökande av underrepresenterat kön, även om hon/han är mindre kvalificerad än medsökanden av andra könet, *såvida* åtgärden är ett led i strävanden att åstadkomma en jämn fördelning mellan kvinnor och män på arbetsplatser."[1424]

Detta hävdades även av utredningen om översyn av den äldre jämställdhetslagen där det framhölls att det "finns anledning att skilja mellan positiv särbehandling och könskvotering".[1425] Utredningen menade att kvotering betyder att en viss kvot skall vara representerad på exempelvis en viss typ av tjänst, medan positiv särbehandling innebär att det är tillåtet att tillsätta en tjänst med en person av underrepresenterat kön som inte har de främsta kvalifikationerna av de sökande. Det förefaller således som om ingen av dessa har uppmärksammat att kvotering och positiv särbehandling är lika till sin natur.

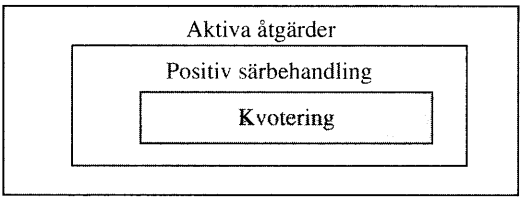
Kvoteringsregler är en specialform av positiv särbehandling. Kvoteringsregler innebär inte bara en konkurrens inom kvoten. De innebär att personer av ena könet utesluts från möjligheterna till exempelvis en anställning.[1426] Ett missgynnande av de personer som utan kvoteringen skulle ha erhållit anställningen föreligger när personerna som kvoteras in väljs p.g.a. könstillhörighet. Dessa får därigenom förtur tack vare könstillhörigheten.[1427] För att sådana regler skall vara tillåtna krävs i anställningssituationer att de utgör ett led i jämställdhetssträvanden (se 15 § 2 st. 1 p.). Kvoteringsregler som en arbetsgivare tillämpar i jämställdhetssyfte är alltså *en* form av positiv särbehandling som är tillåten enligt

[1423] För olika exempel på kvoteringsregler i Tyskland, se Schiek, ELJ 1998, s. 148–166.
[1424] Westerhäll, SvJT 1987 s. 203 f.
[1425] SOU 1990:41 s. 218.
[1426] Se även Peters, ELJ 1996, s. 178.
[1427] Detta kan jämföras med situationen att en arbetsgivare kategoriskt väljer arbetstagare av ena könet.

jämställdhetslagen. Inte heller är lagstiftaren förhindrad enligt grundlagen att införa kvoteringsregler så länge de kan motiveras av jämställdhetssträvanden (se RF 2:16). Huruvida ett sådant förfarande är förenligt med EG-rätten återkommer jag till i avsnitt 9.4.

9.2.5 Ett par terminologiska frågor

Både inom folkrätten och EG-rätten anses begreppet aktiva åtgärder inbegripa positiv särbehandling och kvotering. Man kan alltså säga att positiv särbehandling är en form av aktiva åtgärder, men alla aktiva åtgärder är inte detsamma som positiv särbehandling. På samma sätt kan man säga att kvotering är en form av positiv särbehandling men positiv särbehandling sker inte nödvändigtvis i form av kvotering.



Den ovanstående genomgången visar att termen positiv särbehandling och termen *affirmative action* (aktiva åtgärder) inte är ömsesidigt utbytbara. *Affirmative action* inbegriper *bland annat* positiv särbehandling. Därför anser jag att det är olämpligt att översätta *affirmative action* till positiv särbehandling. Ett exempel på en sådan översättning ger boken "Positiv särbehandling i Sverige och USA", där positiv särbehandling förklaras användas i en starkare och en svagare form. Den starkare formen motsvarar positiv särbehandling som begreppet används i svensk rätt, när kön ger förtur till anställning. Den svagare formen motsvarar "aktiva åtgärder" i jämställdhetslagen. Den svagare formen av positiv särbehandling förklaras inte involvera situationer där någon ges fördelar eller företräde p.g.a. kön.[1428] Jag är tveksam till lämpligheten i att använda termen positiv särbehandling på detta sätt. Av både svenska förarbeten och EG-rätten framgår att positiv särbehandling innebär att någon får företräde/förtur/fördelar som skulle anses utgöra (otillåten) diskriminering, om den inte hade bedömts vara saklig.[1429] Den "svagare"

[1428] Åsard, Runblom, Positiv särbehandling i Sverige och USA, 2000, s. 15 f.

[1429] Dessa uttalanden har förvisso rört frågor om jämställdhet och inte etnisk (m.m.) diskriminering. Att ge begreppet olika innehåll beroende på om det handlar om jämställdhet mellan könen eller jämlikhet i övrigt är inte önskvärt utan bidrar det till en ökad förvirring för förståelsen av begreppet.

form av positiv särbehandling som Åsard/Runblom talar om, innebär inte att någon ges en fördel eller förtur.

Positiv- eller *omvänd diskriminering* är exempel på termer, som i mitt tycke, är mer eller mindre olämpliga. På engelska används ibland termerna *reverse-* eller *positive discrimination.* Dessa termer innehåller som synes ordet "diskriminering". Jämställdhetsordlistan översätter "positive discrimination" till *aktiva åtgärder.*[1430] Denna översättning är, enligt min mening, ologisk, eftersom det inte är alla aktiva åtgärder – enligt samma ordlista – som innebär "diskriminering".

Det är mer logiskt att översätta *positiv särbehandling* till omvänd eller positiv diskriminering. Positiv särbehandling utgör ett undantag från förbudet mot könsdiskriminering och innebär att en person av överrepresenterat kön väljs bort p.g.a. könstillhörigheten. Detta skulle utgöra könsdiskriminering om inte undantaget fanns. På så sätt är det fråga om diskriminering som är "omvänd" eller "positiv".

Jag är emellertid kritisk till båda dessa termer. Framförallt är jag kritisk till uttrycket "positiv diskriminering", eftersom jag anser att diskriminering inte är något "positivt". Det som kännetecknar könsdiskriminering är särbehandling som missgynnar p.g.a. kön (och som inte kan förklaras sakligt). Särbehandling är inte synonymt med diskriminering. Det är det negativa elementet som gör att åtskillnaden utgör diskriminering. I alla tre rättssystemen föreligger en gemensam nämnare i att man inte ser *all* särbehandling eller åtskillnad som diskriminering. Därför blir "positiv diskriminering" ett missvisande uttryck när företeelsen anses saklig. McKean är kritisk till ett liknande uttryck, "protective discrimination", vilket han menar är förvirrande i och med att man i folkrätten uttryckligen avsatt begreppet *diskriminering* för företeelser som innebär *osaklig särbehandling*. Särskilda åtgärder som vidtas för att främja eftersatta grupper kan därför sägas utgöra en åtskillnad, men aldrig diskriminering.[1431] På detta sätt undviks uttryck som "omvänd diskriminering" och "positiv diskriminering".[1432]

[1430] I den engelska versionen av jämställdhetsordlistan görs en hänvisning vid "positive discrimination" till "positive action", men inte till "preferential treatment" som är motsvarigheten till positiv särbehandling (se s. 45). Både "positive discrimination" och "positive action" översätts till *aktiva åtgärder* på svenska. Detta tyder på att även om vi normalt avser positiv särbehandling när vi talar om positiv diskriminering, avser man med "positive discrimination" det vidare begreppet *aktiva åtgärder* inom EG-rätten.

[1431] McKean, Equality and Discrimination under International Law, 1985 s. 149 f.

[1432] Enligt Wentholt skall materiell jämställdhet vara målet och då kan inte positiv särbehandling ses som ett undantag, utan istället som en nödvändighet. Wentholt, Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality, 1999, s. 59 ff.

Därför bör man inte skapa termer som sätter ihop ordet positiv med något negativt; "diskriminering".

Uttrycket "omvänd diskriminering" är, som jag ser det, ett bättre uttryck, eftersom det kan sägas spegla regelkonstruktionen. Trots det anser jag att även detta uttryck bör undvikas. Även om den svenska rättens och EG-rättens förbud mot könsdiskriminering är uppbyggda på ett annat sätt än folkrättens, är McKeans argument träffande även här. Endast *osaklig* särbehandling utgör diskriminering, hur kan då en diskriminering vara "omvänd"?

Inte heller i de fall positiv särbehandling bedöms vara osaklig särbehandling, får uttrycken "positiv" eller "omvänd" diskriminering något meningsfullt innehåll. Om särbehandlingen är osaklig utgör den diskriminering kort och gott. Dessutom är det bästa, enligt min mening, att begagna sig av ett enda uttryck för en och samma företeelse och i detta fall föredrar jag "positiv särbehandling", eftersom syftet med undantaget genljuder i detta.

9.3 Jämställdhetsfrämjande åtgärder inom folkrätten

9.3.1 Jämställdhetsfrämjande åtgärder är tillåtna

9.3.1.1 FN-konventioner och uttalanden från olika FN-organ

Det finns flera föreskrifter och uttalanden inom folkrätten som klargör att främjande åtgärder anses vara sakliga och att de inte skall betraktas som diskriminering. bl.a. har den internationella domstolen uttalat att särbehandling i vissa fall är nödvändig för att uppnå målet. I *Minority Schools in Albania*-målet uttalade "the Permanent Court of International Justice följande: "[...] equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to attain a result which establishes an equilibrium between different situations".[1433]

Vid tillkomsten av KMPR och KESKR var det klart att endast orättfärdig särbehandling skulle vara otillåten.[1434] Förbudet mot diskriminering utesluter alltså inte "positive measures" till fördel för eftersatta grupper.[1435] Den tredje kommittén accepterade och uttalade särskilt att "åtskillnad" inte inbegriper åtgärder vidtagna för att påskynda utvecklingen av eftersatta grupper.[1436]

[1433] PCIJ. Ser. A/B. No. 64 (1935) s. 19.

[1434] Se s. 128 för en kortfattad beskrivning av diskussionen.

[1435] Se Ramcharan, Equality and Nondiscrimination, 1981, s. 259 f.

[1436] A/C3/S.R.1258 (1963) s. 245–6, A/C3/S.R.1259 (1963) s. 249. Se även McKean, 1985 s. 150.

Kommittén för de mänskliga rättigheterna har flera gånger uttalat att olika former av aktiva åtgärder inte strider mot diskrimineringsförbudet utan att de bör vidtas av staterna. Kommittén har understrukit att artiklarna 3 och 26 i KMPR inte enbart innebär ett skydd mot könsdiskriminering utan även ett krav på åtgärder som är avsedda att tillförsäkra åtnjutandet av rättigheter.[1437] I sin allmänna kommentar nr 18 från 1989 om tolkningen av "diskriminering" har kommittén för de mänskliga rättigheterna återigen yttrat att stater bör vidta aktiva åtgärder (*affirmative action*) för att åstadkomma jämställdhet. Sådana åtgärder, sade kommittén, får under en viss begränsad tidsperiod ske i form av positiv särbehandling (*preferential treatment*) utan att detta strider mot diskrimineringsförbudet i KMPR. De betraktas såsom sakliga åtskillnader enligt konventionen.[1438] I den allmänna kommentaren nr 28 angående artikel 3 i KMPR sägs:

> "The State party must not only adopt measures of protection but also positive measures in all areas so as to achieve the effective and equal empowerment of women".[1439]

McKean påpekar att om "*equality*" används i en normativ mening behöver inte "*equal treatment*" alltid enbart betyda samma eller identisk behandling. Detta medför att positiv särbehandling inte ses som ojämlik behandling.[1440] Enligt Craven framgår det av förarbetena till KESKR att diskriminering inte ansågs inbegripa aktiva åtgärder, sådana skulle vara tillåtna.[1441] Craven menar att stater, i viss mån, förväntas vidta särskilda åtgärder för att utveckla förutsättningarna för anställning för eftersatta grupper.[1442]

Underkommissionen om förebyggande av diskriminering och skydd av minoriteter har uttalat att skyddsåtgärder och kompensatoriska åtgärder som vidtas för att hjälpa eftersatta grupper att nå *equality of opportunity*

[1437] HRC General Comment 4 (1981) punkt 2. Kommittén har även tidigare framfört att artikel 3 kräver att särskilda åtgärder vidtas för att ge effekt åt principen. CCPR/C/SR.142 (1979) punkt 4. Se även Ramcharan, 1981, s. 261 ff. Det finns även enstaka uttalanden av medlemmar av kommittén för de mänskliga rättigheterna om att positiva åtgärder krävs enligt artikel 3 och 26 i KMPR. t.ex. har framhållits att aktiva åtgärder till fördel för eftersatta grupper inte utgör *omvänd diskriminering*, utan tvärtom är nödvändiga ibland. Flera andra representanter instämde i detta, däribland Sveriges. CCPR/C/SR.189 (1980) punkt 10, 14 och 16.

[1438] HRC General Comment 18 (1989) punkt 10.

[1439] CCPR General Comment 28 (2000) punkt 3.

[1440] Se McKean, 1985, s. 191.

[1441] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1998, s. 184.

[1442] Craven, 1998, s. 216.

inte skall anses utgöra diskriminering.[1443] När det gäller aktiva åtgärder i form av kvotering utdömde dock underkommissionen alla former av sådana regler med motiveringen att de bortsåg från principen om likabehandling för alla.[1444]

Enligt McKean var det en gemensam uppfattning hos staterna vid tillkomsten av kvinnodeklarationen att endast åtskillnader som grundade sig på fysiska karaktäristika var tillåtna enligt likabehandlingsprincipen (*the equality principle*) men däremot var särskilda åtgärder som gav kvinnor privilegier otillåtna.[1445] Detta synsätt förändrades med tiden och vid kvinnokonventionens tillkomst var det allmänt erkänt att generella hinder mot kvinnor att utföra vissa uppgifter med hänvisning till deras fysiska kapacitet inte längre kunde accepteras. Däremot accepterades att åtgärder som eftersträvade "reell" jämställdhet inte strider mot likhetsprincipen. Likhetsprincipen i folkrätten kräver inte identisk behandling, annan behandling är förenlig med likhetsprincipen så länge den inte fortskrider efter att behovet har upphört.[1446]

Artikel 4 i kvinnokonventionen tillåter, men kräver inte, att staterna vidtar särskilda åtgärder för att främja jämställdhet. Sådana åtgärder skall inte anses utgöra diskriminering och skall upphöra när jämställdhet i fråga om möjligheter och behandling har uppnåtts. Vid kvinnokonventionens tillkomst krävde Storbritannien och Frankrike att artikel 4 inte skulle innebära en skyldighet att vidta aktiva åtgärder i form av positiv särbehandling, utan skulle ge en möjlighet att göra detta. Andra stater instämde i att även om sådana åtgärder kan verka vara diskriminerande, är de nödvändiga för att tillrättalägga tidigare oförrätter som kvinnor fått utstå tidigare p.g.a. sitt kön.[1447] Åtgärderna får dock inte medföra "ett bibehållande av olikvärdiga eller skilda normer". Det måste alltså vara fråga om tillfälliga åtgärder. Kvinnokommittén har uppmanat staterna att vidta tillfälliga särskilda åtgärder i form av aktiva statliga åtgärder, positiv särbehandling och kvoteringssystem.[1448] Här kan även nämnas att i april 1999 godkände kommissionen för de mänskliga rättigheterna underkommitténs beslut att utse en särskild rapportör angående *affirmative action*. Rapportören skall studera konceptet och användningen av detta.[1449] Vid

[1443] E/CN.4/721 s. 5.
[1444] McKean 1985 s. 131.
[1445] A. a. s. 185 f.
[1446] A. a. s. 186 f.
[1447] E/CN.6/591 punkt 19. 48, 51, 56, 63.
[1448] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988). Kvinnokommittén har även givit en allmän rekommendation (nr 23) om "temporary special measures" för att ge lika möjligheter för kvinnor som för män i det politiska och offentliga livet (punkt 15).
[1449] E/CN.4/DEC/1999/107, E/CN.4/Sub.2/RES/1998/5.

sitt senaste möte beslutade kvinnokommittén att påbörja förberedelserna till en allmän rekommendation angående artikel 4 i kvinnokonventionen.[1450]

9.3.1.2 ILO och jämställdhetsfrämjande åtgärder

Enligt ILO-deklarationen om *Opportunity and Treatment for Women Workers* artikel 1 (2) 1975 skall "positive special treatment during a transitional period aimed at effective equality between the sexes [...] not be regarded as discriminatory".[1451] På svenska har denna artikel översatts till att "*positiv särbehandling* under en övergångstid i syfte att åstadkomma *verklig* jämställdhet mellan könen skall ej betraktas som diskriminerande" (min kursivering).[1452] Samma deklaration stadgar att staterna skall vidta positiva åtgärder för att främja lika möjligheter för kvinnor att uppnå ledande befattningar inom både den privata och offentliga sektorn (artikel 6.6).

Nielsen och Rehof anser att "positive særforanstaltninger", som tar sikte på verklig jämlikhet, inte utgör diskriminering enligt ILO-konvention nr 111. Det följer av att det finns ett krav på att en åtskillnad, uteslutning eller ett företräde skall få till *effekt* att likställdhet avseende möjligheter eller behandling i fråga om anställning eller yrkesutövning omintetgörs eller beskärs.[1453] Även Rossillion understryker att om det finns en giltig motivering (*valid justification*) för en åtskillnad är det inte fråga om diskriminering.[1454] Nielsen, Rehof och Rossillion menar att alla åtskillnader som sakligt kan motiveras faller utanför diskrimineringsbegreppet.[1455] ILO-konvention nr 111 anger uttryckligen vad som anses vara *saklig* särbehandling p.g.a. kön, vilket är i fyra situationer. Övriga åtskillnader p.g.a. kön är otillåtna och utgör könsdiskriminering.[1456]

[1450] CEDAW/C/2001/I/L.1. Det var kommitténs 24:e session som ägde rum mellan 15 januari – 2 februari 2001.

[1451] ILO, International Labour Conference 60th Session Report VIII, 1975.

[1452] Det internationella kvinnoårets världskonferens i Mexico 19 juni– 2 juli 1975 UD II:30, bilaga 1:4.

[1453] Nielsen, Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 230.

[1454] Rossillion, ILO Standards and Action for the Elimination of Discrimination and the Promotion of Equality of Opportunity in Employment, 1985, s. 26.

[1455] När det gäller behandlingen av begreppet diskriminering förefaller Rossillion inkonsekvent. Han kallar kvotering för "omvänd diskriminering". Jag finner detta lite märkligt, eftersom han inledningsvis konstaterat att "särskilda åtgärder", som enligt konventionen inte skall betraktas utgöra diskriminering, snarare sätter gränserna för diskrimineringsbegreppet än visar på tillåtliga undantag. Om det inte är fråga om ett undantag kan det väl inte heller kallas för "omvänd diskriminering", det faller ju i så fall utanför diskrimineringsbegreppet (se Rossillion, 1985, s. 30).

[1456] Se artikel 1 (2), 4 och 5. ILO, RCE, 1988, s. 137 ff.

Artikel 5 (1) i konventionen stadgar att särskilda skydds- eller biståndsåtgärder inte är att anse som diskriminering om de stadgas i någon annan ILO-konvention eller rekommendation. Enligt artikel 5 (2) får staterna därutöver komma överens med arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer om att ytterligare särskilda åtgärder för personer som generellt tillerkänns behöva särskilt skydd eller bistånd (exempelvis p.g.a. kön) inte skall betraktas vara diskriminering. Här anges explicit att särbehandling inte skall räknas som diskriminering. Denna artikel ger möjlighet att vidta åtgärder som inte sker i direkt skyddssyfte t.ex. positiv särbehandling. ILO:s expertkommitté har angivit att åtgärderna måste kunna rättfärdigas med ett skydds- eller biståndsändamål, vara proportionerliga och behovet av dem prövas regelbundet.[1457]

9.3.1.3 Europarådet och jämställdhetsfrämjande åtgärder

Europarådets sociala stadga, artikel 20, innebär att staterna skall garantera rätten till lika möjligheter och likabehandling samt skydd mot könsdiskriminering i frågor som rör anställning och yrkesutövning. I tillägget förklaras angående artikel 20 att artikeln inte hindrar särskilda åtgärder som vidtas i syfte att undanröja faktiska brister i jämställdhet. I artikel E förklaras dessutom att särbehandling som grundar sig på "*objective and reasonable justification*" inte skall anses var diskriminerande. Här öppnas alltså en möjlighet att vidta diverse aktiva åtgärder, kanske även positiv särbehandling, beroende på om det anses sakligt.

I ministerkommitténs deklaration om jämställdhet mellan kvinnor och män (1988) sägs att de program och strategier som staterna åtar sig att fullfölja och utveckla beträffande bl.a. tillgång till yrkesutövning och karriärmöjligheter bör innehålla lämpliga åtgärder, inklusive *tillfälliga särskilda åtgärder*, som syftar till att främja *de facto* jämställdhet mellan kvinnor och män.[1458]

I preambeln till det 12:e tilläggsprotokollet till EKMR sägs att åtgärder som stater vidtar för att främja "*full and effective equality*" inte utgör diskriminering under förutsättning att de kan motiveras objektivt och sakligt. I den förklarande rapporten framhålls att åtgärder som ger särskilda fördelar till eftersatta grupper är tillåtna så länge proportionalitetsprincipen beaktas. Protokollet ålägger dock inte staterna att vidta sådana åtgärder. En av orsakerna till att Sverige inte tillträtt protokollet är att det inte innehåller något stadgande om att aktiva åtgärder skall vara tillåtna.[1459]

[1457] ILO, RCE, 1988, punkt 146 och 1996, punkt 134–138.

[1458] Council of Europe, Committee of Ministers Declaration on Equality of Women and Men (1988) punkt 6 (VI) (h).

[1459] Se Sveriges förklaring i samband med undertecknandet. Explanatory Report on Protocol

9.3.2 *Vilka* jämställdhetsfrämjande åtgärder är tillåtna?

Ovanstående redogörelse för regler och yttranden visar att aktiva åtgärder är tillåtna och inte betraktas som diskriminering i folkrätten. De flesta dokumenten använder det vidare begreppet "aktiva åtgärder" (*positive action, positive measures, affirmative action* etc.). Nästa fråga är *vilka former* av aktiva åtgärder som accepteras.

Enligt Kirilova Eriksson är det först på senare år som "*affirmative action*" fått genomslag i folkrätten. Detta trots att vissa FN-organ på ett tidigt stadium accepterade jämställdhetsbegreppets dubbla natur. Däremot har inte kvoteringssystem accepterats.[1460] Exempelvis har underkommissionen om förebyggande av diskriminering och skydd av minoriteter motsatt sig att kvoteringsregler skulle vara tillåtna.[1461] Å andra sidan har åtminstone kommittén för de mänskliga rättigheterna och kvinnokommittén uttryckligen sagt att aktiva åtgärder i form av positiv särbehandling och kvotering är tillåtna.[1462] Kommittén för de mänskliga rättigheterna har flera gånger uttalat att staterna måste vidta aktiva åtgärder för att främja jämställdheten och att sådana åtgärder inbegriper positiv särbehandling.[1463] Craven framhåller att medlemmarna i KESKR-kommittén hittills inte invänt mot kvotering men att de knappast alls givit någon ledning till vad de anser vara godtagbara åtgärder.[1464]

Kvinnokommittén har uttryckt önskemål (med hänvisning till artikel 4) att staterna i större utsträckning skall använda sig av tillfälliga aktiva åtgärder, positiv särbehandling och kvoteringssystem inom bl.a. utbildning och arbetsliv för att åstadkomma *de facto* jämställdhet.[1465] Kvinnokommittén har även rekommenderat staterna att vidta ytterligare direkta åtgärder i enlighet med artikel 4 för att försäkra sig om att kvinnor har möjlighet att representera sina regeringar internationellt samt att delta i internationella organisationers arbete i enlighet med artikel 8 i

No. 12 to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (No. 177) (2000).

[1460] Kirilova Eriksson, Reproductive Freedom In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, 2000, s. 59.

[1461] McKean, 1985, s. 131.

[1462] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988) HRC General Comment 4 (1981), General Comment 18 (1989) och CCPR General Comment 28 (2000).

[1463] HRC General Comment 4 (1981), General Comment 18 (1989) och CCPR General Comment 28 (2000).

[1464] Craven, 1998, s. 187 f.

[1465] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988) Begreppet *de facto* equality behandlas i kapitel 3.

kvinnokonventionen.[1466] Att aktiva åtgärder i form av kvoteringsregler är accepterade internationellt, framgår av kvinnokommitténs yttrande över Danmarks tillbakadragande av kvoter till politiska partier. Kommittén var oroad över utvecklingen och ansåg att åtgärden skulle finnas kvar och t.o.m. kanske förstärkas.[1467] Kommittén framhöll att tillfälliga särskilda åtgärder måste finnas kvar och förstärkas bl.a. för att öka antalet kvinnliga universitetsprofessorer och forskare.[1468]

Punkt 84 i Nairobistrategierna uppmanar staterna att vidta åtgärder för att justera den obalans till följd av historisk diskriminering av kvinnor och vidta åtgärder för att främja faktisk jämställdhet. Det understryks att sådana åtgärder inte skall anses vara diskriminerande.[1469] Det förefaller som om staterna här var överens om att åtgärder som annars skulle setts som diskriminerande, bör vidtas. Det innebär alltså inte bara aktiva åtgärder i allmänhet utan även positiv särbehandling och kvotering inbegrips. Det poängteras att åtgärderna endast får vara tillfälliga och inte får bibehållas när jämställdhet har uppnåtts ifråga om möjligheter och behandling. Dessutom framhålls att staterna skall se till att den offentliga sektorn som arbetsgivare föregår med gott exempel.[1470]

Positiv särbehandling är tillåten enligt ILO.[1471] Förutom att artikel 5 (2) i ILO-konvention nr 111 tillåter "särskilda åtgärder" har ILO uttalat att särskilda kvoter vid anställning inte nödvändigtvis är diskriminerande.[1472] Kommittén har inte heller invänt mot kvotering i syfte att öka andelen kvinnor i offentlig anställning.[1473] Kvotering som är avsedd för olika befolkningsgrupper skall inte anses utgöra diskriminering om den syftar till att tillförsäkra en jämvikt mellan olika grupper och för att skydda minoriteter eller för att kompensera diskriminering av ekonomiskt mindre välsituerade grupper.[1474] Andra exempel på aktiva åtgärder finns i ILO-konventionen nr 156 (1981) som stadgar att staterna skall vidta olika lämpliga åtgärder för att möjliggöra för personer med familjeansvar (oftast kvinnor) att förena detta med lönearbete. Det kan exempelvis vara fråga om att förbättra dagbarnvården (se artikel 5).

[1466] CEDAW General Recommendation No. 8 (1988).
[1467] A/52/38/Rev.1 GAOR Suppl. 38 1997 punkt 261.
[1468] A/52/38/Rev.1 GAOR Suppl. 38 1997 punkt 267.
[1469] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985. UD II:42.
[1470] Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985 UD II:42.
[1471] ILO, RCE, 1988, punkt 148 och 1996, punkt 138.,
[1472] ILO, RCE, 1963, punkt 39 och 1988, punkt 139–150.
[1473] Se kommitténs granskning av Bangladesh rapport i ILO, RCE, 1998, s. 327.
[1474] Valticos, von Potobsky, International Labour Law, 1995, s. 122.

9.3.3 Slutkommentar

Redan i kapitel 3 konstaterades att jämställdhetsmålet i folkrätten sägs vara materiell jämställdhet. Målet är antingen den starkare formen av *equality of opportunity* eller *equality of condition* (se avsnitt 3.6.1). Mot bakgrund av det, är det inte förvånande att det i detta kapitel framgår att jämställdhetsfrämjande åtgärder är tillåtna i folkrätten. Det råder inte total enighet om *vilka* åtgärder, men de centrala rättighetsdokumenten tillåter positiv särbehandling av olika slag. Förutom de uttalanden vid dokumentens tillkomst, att enbart *osaklig* särbehandling räknas som diskriminering, finns särskilda stadganden i konventionerna om att jämställdhetsfrämjande åtgärder inte skall ses som diskriminering. Dessutom finns flera tolkningsutlåtanden från övervakningsorganen som visar att jämställdhetsfrämjande åtgärder är både accepterade och önskade och inte strider mot könsdiskrimineringsförbudet.

Av framförallt tolkningsuttalandena är det klart att både positiv särbehandling och kvotering accepteras som verktyg för att främja jämställdheten. Redan uttalandena vid de olika överenskommelsernas tillkomst ger dock vid handen att det inte enbart är mer allmänna aktiva åtgärder som är tillåtna, utan även de som involverar särbehandling av något slag. Det skulle annars vara onödigt att poängtera att saklig särbehandling är tillåten. Det är däremot inte klart i vilka former positiv särbehandling och kvotering är tillåtna. Krävs lika meriter vid anställning, kan man uppsätta absoluta kvoteringsmål etc.? Den frågan är lämnad obesvarad. Jag kan endast konstatera att det inte finns något som tyder på att folkrätten *hindrar* positiv särbehandling och kvotering som innebär att förtur ges vid anställning till personer av underrepresenterat kön, även om de har sämre meriter än den bäst meriterade.

9.4 Jämställdhetsfrämjande åtgärder inom EG-rätten

9.4.1 Jämställdhetsfrämjande föreskrifter

EU:s jämställdhetsmål är materiell jämställdhet i form av den starkare formen av *equality of opportunity* eller *equality of condition*.[1475] Det råder följaktligen inte något absolut förbud mot särbehandling p.g.a. kön i EG-rätten. Av kapitel 8 framgår att undantag kan göras med hänsyn till viss verksamhets art eller natur.[1476] Nedan framgår att särbehandling även är tillåten för att främja jämställdheten.

[1475] Se avsnitt 3.6.2.

[1476] Detta undantag kan dock inte sägas bidra till realiserandet av materiell jämställdhet.

Kompetensen är delad mellan EU och medlemsstaterna på både arbets- och utbildningsområdet (se avsnitt 8.2). Det är framförallt artikel 141 (3) i EU-fördraget som utgör rättslig grund för rådet att utfärda föreskrifter på jämställdhetsområdet, både beträffande arbete och yrkesutbildning. Med denna artikel som stöd kan alltså rådet anta direktiv som reglerar möjligheterna att tillåta positiv särbehandling och andra aktiva åtgärder till yrkesutbildning eller att i ett direktiv precisera när positiv särbehandling är tillåten på arbetsrättens område.

Sedan Amsterdamfördraget trätt i kraft finns numera en uttrycklig regel i primärrätten som tillåter att medlemsstaterna vidtar "åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären" (artikel 141.4).[1477] Artikeln handlar om att principen om likabehandling inte får hindra en medlemsstat att vidta åtgärder som gör det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären som syftar till att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet.[1478] I en särskild förklaring (nr 28) understryks att det framförallt skall vidtas åtgärder för att förbättra kvinnors situation i arbetslivet.

Av lydelsen av artikel 141 (4) framgår att det skall vara möjligt att vidta allehanda aktiva åtgärder som främjar personer av underrepresenterat kön på arbetsmarknaden. Det sägs att särskilda "förmåner" får medges för att underlätta för det underrepresenterade könet att bedriva yrkesverksamhet. Enligt min uppfattning omfattar artikeln mer än enbart positiv särbehandling. I propositionen angående Amsterdamfördraget används dock termen *positiv särbehandling.* Det sägs bl.a. att man bör betona "den handlingsfrihet som det nya fördraget ger medlemsstaterna att på nationell nivå använda positiv särbehandling av underrepresenterat kön som ett medel för att nå jämställdhet i praktiken på arbetsmarknaden."[1479] Detta tyder på att man, åtminstone från svensk sida, avsåg att även så

[1477] Det sociala protokollet avskaffades i och med Amsterdamfördraget. Protokollet innehöll en artikel 6 enligt vilken artikeln inte skulle "hindra en medlemsstat från att behålla eller införa särskilda förmåner för att göra det lättare för kvinnor att vara yrkesverksamma eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i deras yrkeskarriärer" (tredje punkten). Genom att avtalet om socialpolitik utgjorde en del av Romfördraget utvidgade den påtagligt gemenskapens kompetens på jämställdhetsområdet (SOU 1996:43 s. 37 f.)

[1478] Den engelska versionen av artikel 141 (4) lyder: "With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers."

[1479] Prop. 1997/98:58 s. 83.

långtgående aktiva åtgärder som positiv särbehandling är tillåtna. I den svenska versionen av kommissionens förslag till nytt likabehandlingsdirektiv används dock "aktiva åtgärder" i diskussionen om artikel 141 (4) och inte "positiv särbehandling".[1480] Detta kan bero på att man numera är osäker på i vilken utsträckning positiv särbehandling är tillåten medan det står klart att vissa aktiva åtgärder är tillåtna.

Enligt artikel 2 (4) i likabehandlingsdirektivet är det möjligt att göra undantag för åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män. Undantaget skall tolkas restriktivt liksom de andra undantagen.[1481] Ur praxis ger *Kommissionen mot Frankrike* (C-312/86) exempel på det. Målet handlade om att Frankrike tillät särskilda rättigheter för kvinnor som följde av kollektivavtal. EG-domstolen uttalade att undantaget i artikel 2 (4) avser åtgärder som framstår som diskriminerande men som faktiskt avser att eliminera eller minska faktisk ojämställdhet, vilket kan existera i det verkliga sociala livet. Den fann emellertid att det inte det visats i det aktuella fallet att generella förbehåll för särskilda rättigheter för kvinnor i kollektivavtal motsvarade situationen i artikel 2 (4).[1482] Det krävs således att medlemsstaten kan visa att det föreligger ett nära samband mellan den vidtagna åtgärden och den avsedda effekten.[1483]

Kommissionen har tidigare föreslagit ett förtydligande av vilka åtgärder som är tillåtna enligt artikel 2 (4). Det skulle vara fråga om:

> "the giving of preference, as regards access to employment or promotion, to a member of the under-represented sex, provided that such measures did not preclude the assessment of the particular circumstances of an individual case."[1484]

Förslaget antogs inte. I kommissionens senaste förslag till nytt likabehandlingsdirektiv är fjärde punkten ändrad.[1485] Enligt förslaget skall den ersättas med ett krav på att staterna fortlöpande rapporterar om de aktiva

[1480] KOM (2000) 334 slutlig, punkt 7 i preambeln.

[1481] *Kalanke* (C-450/93) punkt 21.

[1482] *Kommissionen mot Frankrike* (C-312/86) punkt 15.

[1483] More, Feminist Legal Studies, 1993, s. 63. EG-domstolen har tagit ställning till kvoteringsregler i mål som inte rört artikel 2 (4) utan 2 (2). Målet *Kommissionen mot Frankrike* (C-318/86) gällde separat rekrytering av kvinnor och män till arrestchefer vid fängelser. Kommissionen ansåg att den sociala utvecklingen innebar att det inte längre var motiverat med undantag enligt artikel 2 (2) i detta fall. Domstolen ansåg att det i och för sig var ett godtagbart undantag men att *sättet* som de aktuella kvoterna fastställdes på, var för ogenomskinligt för att kunna accepteras. Lagstiftningen innehöll inte några kriterier för hur fastställandet av kvoterna skulle ske. Följaktligen stred kvoteringssystemet mot likabehandlingsdirektivet (punkt 16–30).

[1484] COM (96) 93 final.

[1485] KOM (2000) 334 slutlig.

åtgärder de vidtagit i enlighet med artikel 141 (4) i syfte att kunna göra jämförelser. Kommissionen anser att undantaget i artikel 2 (4) är överflödigt efter tillkomsten av artikel 141 (4).[1486]

Europaparlamentet har framhållit kvotering som ett sätt att uppnå reell jämställdhet.[1487] Rådet har också uppmuntrat medlemsstaterna att vidta aktiva åtgärder (*positive action*) inom både den privata och offentliga sektorn.[1488] Rekommendationen anger dock inte uttryckligen positiv särbehandling som en tänkbar åtgärd.[1489] Det femte generaldirektoratet har dock uttalat sig angående positiv särbehandling. "Positiv särbehandling och stimulerande åtgärder (positiv handling) kan behövas för att kompensera tidigare och nuvarande diskriminering."[1490] Här kan noteras att ett EU-organ framhållit att positiv särbehandling för att *kompensera historisk diskriminering* inte bara är tillåten, utan även att det finns ett behov av den.

EU:s stadga om grundläggande rättigheter innehåller ett uttryckligt stadgande om att principen om jämställdhet inte hindrar medlemsstaterna att behålla eller vidta åtgärder som innebär *särskilda förmåner* för det underrepresenterade könet (artikel 23 st. 2). Detta kan tolkas så att förmåner som ges till det underrepresenterade könet i form av positiv särbehandling inte strider mot principen om jämställdhet.

Det finns inga möjligheter till positiv särbehandling i fråga om lön enligt EG-rätten. EG-rätten medger att aktiva åtgärder vidtas så länge de inte innebär undantag från förbudet mot lönediskriminering. Här kan i och för sig framhållas att likalöneprincipen *i sig* siktar mot reell jämställdhet i och med att den är resultatinriktad, till skillnad mot likabehandlingsprincipen i likabehandlingsdirektivet. Av den anledningen behövs inte positiv särbehandling för att uppnå lika lön. Att positivt särbehandla personer av underrepresenterat kön i fråga om lön skulle däremot även kunna fungera som ett verktyg för att locka personer av underrepresenterat kön till anställning och därigenom utjämna könsfördelningen på arbetsplatsen. En sådan metod är dock inte tillåten.

EG-domstolens praxis angående artikel 141 och likalönedirektivet visar att undantag inte kan medges. Det är inte troligt att artikel 141 (4) medför någon förändring i detta avseende eftersom punkt 4 handlar om

[1486] KOM (2000) 334 slutlig, punkt 7 i preambeln.
[1487] OJ C 46 1984 s. 42, s. 53.
[1488] OJ L 331 1984 s. 34–35.
[1489] Rådet har senare uppmanat staterna att öka könsbalansen inom bl.a. utbildningsområdet för att öka möjligheterna till olika karriärsval (OJ C 203 1986 s. 2–4).
[1490] DG V, Vägledning för konsekvensanalys ur jämställdhetsperspektiv, 1999, s. 3.

möjligheter att bedriva en yrkesverksamhet och villkor för yrkeskarriären, alltså fråga om anställning, befordran etc. och inte om lönefrågor.[1491]

9.4.2 EG-domstolens avgöranden avseende positiv särbehandling

EG-domstolen har prövat regler som inneburit positiv särbehandling i fyra mål. Tre av dessa gällde tyska kvoteringsregler, det fjärde gällde Thamförordningen och HF 4:16 (f.d. 4:15 a). I det första målet *Kalanke* (C-450/93) underkände domstolen lagstiftningen i delstaten Bremen om positiva åtgärder i jämställdhetssyfte vid tjänstetillsättning. Lagstiftningen innebar att om de sökande hade likvärdiga meriter och det var mindre än hälften kvinnor på arbetsplatsen, skulle en kvinna anställas. Domstolen ansåg att lagstiftningen var för absolut och ovillkorlig och att den gick längre än att erbjuda kvinnor och män lika möjligheter.[1492] Domstolen följde därmed GA Tesauros resonemang där han gjorde skillnad mellan åtgärder utformade för att undanröja hinder för kvinnor att uppnå samma resultat på lika villkor (alltså åtgärder som ger *lika möjligheter*) och åtgärder som gav dem resultatet direkt (åtgärder som ger *likhet i resultat*).[1493] Lagstiftningen gick därför utöver den tillåtna gränsen för undantag enligt artikel 2 (4).[1494] Domstolen framhöll att artikel 2 (4) innebär att ett system med positiv särbehandling endast får syfta till lika möjligheter och inte till lika resultat.[1495]

Domen kritiserades mycket för att den innebar att kvinnors möjligheter till verklig jämställdhet minskade.[1496] Som en direkt reaktion på domen antog kommissionen snabbt en rekommendation på hur den ansåg att domen skulle tolkas. Kommissionen ansåg att domen skulle tolkas på så sätt att endast sådan strikt kvotering, såsom i det aktuella fallet, inte skulle vara tillåten, medan andra former av kvoteringssystem skulle vara tillåtna.[1497] Rättsläget klarnade något efter det andra fallet från Tyskland beträffande kvoteringsregler.

I fallet *Marschall* (C-409/95) både följde och övergav domstolen tidigare resonemang. Den ifrågasatta lagstiftningen påminde om den i

[1491] Jfr dock Maier som menar att eftersom lika lön för kvinnor och män kan ses som en specifik form av likabehandling utgör artikel 141 (4) ett undantag från likalöneprincipen, vilket innebär att medlemsstaterna under vissa förutsättningar kan främja det ena könet, även om detta avviker från likalöneprincipen. Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, 2000, s. 374.

[1492] *Kalanke* (C-450/93) punkt 22.

[1493] Se *Kalanke* (C-450/93) GA Tesauros yttrande punkt 22.

[1494] *Kalanke* (C-450/93) punkt 22.

[1495] *Kalanke* C-450/93) punkt 23.

[1496] Cabral ELR 1998, s. 484.

[1497] COM (96) 88 final.

Kalankefallet. Reglerna innebar att om det fanns färre kvinnor inom den aktuella arbetstagarkategorin, skulle en kvinna anställas under förutsättning att hon var lika kvalificerad för arbetet som de medsökande och såvida det inte fanns speciella skäl som vägde till fördel för en viss man. Marschall, som arbetade som lärare, ansökte om en befordran men en kvinna utsågs till följd av lagstiftningen. Domstolen följde resonemanget i Kalankedomen på så sätt att den såg till regelns karaktär och fann att den westfaliska lagen inte var av samma absoluta karaktär som lagstiftningen i Kalankemålet. Det fanns möjlighet till undantag och därmed stod den inte i strid med direktivet. Samtidigt övergav domstolen tanken att åtgärder inte skall få avse likhet i resultatet utan endast beträffande möjligheterna. GA Jacobs ville underkänna den westfaliska lagen på samma grunder som den i Bremen. Jacobs ansåg att åtgärderna gick längre än att främja lika möjligheter genom att den sökte direkt åstadkomma jämställd representation, alltså likhet i resultat.[1498] Att det i förevarande fall fanns möjligheter till undantag, ändrade enligt generaladvokaten inte regelns "diskriminerande natur".[1499]

Domstolen framhöll att fördomar och stereotypa föreställningar om kvinnorollen och kvinnors kapacitet i arbetslivet gör att många arbetsgivare tenderar att ge manliga sökanden företräde. Därför, menade domstolen, är det inte säkert att två sökande av olika kön med likvärdiga meriter har lika möjligheter.[1500] Nationella regler som ger kvinnor företräde vid likvärdiga meriter kan därför omfattas av artikel 2 (4) under förutsättning att regeln kan fungera som motvikt till de negativa verkningar som följer av ovanstående föreställningar.[1501] Domstolen tog därmed hänsyn till sociala strukturer och diskriminerande beteendemönster i samhället. Kvoteringsreglerna får dock inte undantagslöst och ovillkorligt garantera kvinnor företräde utan måste, som den westfaliska lagstiftningen, ge möjlighet till en objektiv bedömning där samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas. Kvinnliga sökande skall inte ges företräde om ett eller flera kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas. Domstolen underströk dock att sådana kriterier inte i sig får vara diskriminerande.[1502]

Följden av Marschalldomen är alltså att åtgärder som går längre än till att endast åsyfta lika möjligheter, utan som särskilt syftar till att uppnå jämställdhet i representationen som resultat, är tillåtna enligt direkti-

[1498] *Marschall* (C-409/95) GA:s yttrande punkt 31–32.
[1499] *Marschall* (C-409/95) GA:s yttrande punkt 34.
[1500] *Marschall* (C-409/95) punkt 29–30.
[1501] *Marschall* (C-409/95) punkt 31.
[1502] *Marschall* (C-409/95) punkt 33.

vet.[1503] Förutsättningen är att kvoteringen inte sker automatiskt utan att en prövning sker där samtliga kandidaters enskilda särdrag tas i beaktande och att man kan frångå kvoteringen om det finns skäl till det.

Resultatet av domstolens resonemang i dessa båda mål är att regler som ger underrepresenterat kön förtur inte får:

1. vara helt *automatiska* och *absoluta* och
2. måste kunna ge möjlighet till *undantag* i varje enskilt fall.

Följande mål, *Badeck* (C-158/97) var också från Tyskland och gällde även det kvoteringsregler för offentliga tjänster vid lika meriter. Reglerna innefattade befordringsplaner med bindande målsättningar. Bl.a. stadgades att i varje befordringsplan skulle mer än hälften av tjänsterna i en sektor avsättas för kvinnor om de var underrepresenterade. Förtur skulle ges vid lika meriter. Domstolen konstaterade att den i Marschallfallet ansett att en åtgärd som syftar till att i första hand befordra kvinnliga sökande (om de var underrepresenterade) var förenlig med EG-rätten och undersökte om de två (ovan nämnda) förutsättningarna var uppfyllda. Domstolen erinrade att den funnit att en kvinnlig sökande *inte* skall ges företräde om ett eller flera av de kriterier som avser sökandenas person föranleder att en manlig sökande bör väljas.[1504] I den nationella lagstiftningen fanns fem grupper av regler som kunde motivera att regeln om förtur för kvinnor *inte* tillämpades. Domstolen ansåg därför att de aktuella reglerna inte var tvingande och ovillkorliga på det sätt som avsågs i Kalankefallet.[1505] Domstolen godkände kvoteringsreglerna och uttalade att kön *får* vara avgörande för tillsättningen när de sökande har likvärdiga meriter när:

- det är nödvändigt för att uppnå målsättningarna i en befordringsplan för kvinnor,
- något mer tungt vägande rättsligt skäl inte talar emot det och när
- bestämmelserna garanterar att det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.[1506]

Av domen framgår också att det inte strider mot artikel 2 (4) att garantera att personer av det kön som är underrepresenterat kallas till anställningsintervjuer. EG-domstolen framhöll att sådana bestämmelser inte efter-

[1503] Cabral, ELR 1998, s. 485.
[1504] *Badeck* (C-158/97) punkt 22.
[1505] *Badeck* (C-158/97) punkt 35–36.
[1506] *Badeck* (C-158/97) punkt 38.

strävar ett bestämt resultat utan erbjuder ytterligare möjligheter för underrepresenterat kön för att underlätta inträde på arbetsmarknaden.[1507]

Det senaste målet som EG-domstolen prövat i frågan om positiv särbehandling var det s.k. *Abrahamssonfallet* (C-407/98) som gällde svensk lagstiftning. Därför behandlas detta rättsfall efter beskrivningen av de svenska reglerna om positiv särbehandling (avsnitt 9.8.1).

9.4.3 Inrättande av tjänster för personer av visst kön

För att EG-rätten skall tillåta att en arbetsgivare tillsätter tjänster med personer av enbart ena könet krävs att detta kan motiveras av något av undantagen i likabehandlingsdirektivet eller artikel 141 (4) EU-fördraget. Hittills har domstolen prövat den nationella lagstiftningen förenlighet med artikel 2 (4) i likabehandlingsdirektivet, eftersom tolkningsfrågorna ställts om i första hand artikel 2 (4). Därefter har undersökts om artikel 141 (4) utgjort hinder mot den aktuella lagstiftningen.[1508]

Kalanke- och *Marschallfallen* handlade inte om att vissa tjänster inrättades enbart för kvinnor men av domarna framgår att kvoteringssystem inte får innebära att män helt utesluts från möjligheterna till anställning. Inte heller *Badeckmålet* (C-158/97) handlade om tjänster enbart för kvinnor men frågan var om bindande målsättningar enligt en befordringsplan, som kan sägas ha inneburit att anställningar "avsattes" för kvinnor, var förenliga med EG-rätten. Domstolen godtog systemet, eftersom det inte var för automatiskt och villkorslöst. En objektiv bedömning måste garanteras. Kraven är fortfarande att män skall kunna konkurrera om anställningen. Likaså godkände domstolen bestämmelser enligt vilka bindande målsättningar i en befordringsplan för kvinnor skulle antas beträffande tillfälliga vetenskapliga tjänster och vetenskapliga assistenttjänster. Enligt bestämmelserna skulle dessa innehas av en andel kvinnor som motsvarade minst den andel kvinnor som utexaminerades, doktorerade och studerade vid varje fakultet. Regeln tillämpades vid lika meriter. Domstolen konstaterade att de allmänna övervägandena beträffande den bindande karaktären av målsättningarna gällde även i detta hänseende. Fakta användes endast som kvantitativa parametrar för att gynna kvinnor och fastställde således inte någon absolut gräns, vilket inte föranledde några invändningar. Systemet godkändes därför.[1509] I *Abrahamssonmålet* (C-407/98) underkändes reglerna om positiv särbehandling, oavsett om

[1507] *Badeck* (C-158/97) punkt 56–63.
[1508] *Badeck* (C-158/97) punkt 13–14 och *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 54.
[1509] *Badeck* (C-158/97) punkt 38 och 41.

den avsåg ett begränsat antal platser eller inte, beroende på meritvärderingssystemets utformning.[1510]

För att kunna avsätta tjänster till ena könet krävs således att åtgärden kan motiveras med artikel 2 (2) med hänvisning till "verksamhetens natur".[1511] Det är inte möjligt att motivera en sådan åtgärd med att den syftar till att främja jämställdheten.

9.5 Jämställdhetsfrämjande åtgärder enligt jämställdhetslagen

9.5.1 Undantag från förbudet mot diskriminering p.g.a. kön

Även i Sverige är jämställdhetsmålet materiell jämställdhet (se avsnitt 3.6.3). Som tidigare påpekats innehåller jämställdhetslagens första del krav på att arbetsgivare vidtar aktiva åtgärder för att främja jämställdhet medan den andra delen innehåller reglerna om förbud mot könsdiskriminering i det enskilda fallet och därtill hörande undantag.[1512] Reglerna hör dock samman. Inom ramen för aktiva åtgärder kan sägas att det föreligger utrymme för positiv särbehandling i och med att 9 § ålägger arbetsgivaren att aktivt verka för att en jämn könsfördelning uppnås på arbetsplatsen. Ett sätt att uppnå jämn könsfördelning är att tillämpa positiv särbehandling. Jag kommer inte att behandla aktiva åtgärder enligt jämställdhetslagen något ytterligare, eftersom dessa inte påverkar gränserna för vad som räknas som könsdiskriminering. Jag vill dock poängtera att aktiva åtgärder i jämställdhetslagens bemärkelse inte enbart är tillåtna, de är påbjudna.

Enligt 15 § jämställdhetslagen föreligger könsdiskriminering när en arbetssökande eller en arbetstagare behandlas mindre förmånligt än arbetsgivaren skulle ha behandlat en person av motsatt kön. Det kan exempelvis ske när en person förbigås vid anställning fastän den hade bättre sakliga förutsättningar för anställningen än den som anställdes.[1513]

[1510] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 57–59, se vidare avsnitt 9.8.1.

[1511] Se kapitel 8.

[1512] Se avsnitt 9.2.2.

[1513] Den norska Likestillingsloven har ett vidare tillämpningsområde än jämställdhetslagen och tillåter positiv särbehandling i jämställdhetssyfte enligt 3 §. Det finns även särskilda föreskrifter om särbehandling av män. Enligt dessa skall företräde kunna ges till en man, som har i det närmaste lika meriter som en kvinnlig sökande, när det gäller undervisning av barn eller barnomsorg. Positiv särbehandling kan tillämpas både vid antagning till utbildning för undervisning av barn och barnomsorg och vid anställning som innebär arbetsuppgifter som medför i huvudsak undervisning av barn eller barnomsorg (2–4 §§ Forskrift om særbehandling av menn. 17.07.1998 nr 622).

I första punkten 15 § 2 st. framgår att förbudet mot könsdiskriminering inte gäller när beslutet fattats som ett led att främja jämställdhet i arbetslivet. Regeln är fakultativ och möjliggör således positiv särbehandling men ställer inga krav att arbetsgivaren skall tillämpa sådan.[1514] Eftersom reglerna i jämställdhetslagen är i lagform och utformade på ett sådant sätt att de kan tillämpas direkt, krävs inga ytterligare föreskrifter för att en arbetsgivare skall få tillämpa positiv särbehandling i enlighet med lagen.

Enligt äldre jämställdhetslagen var undantaget för positiv särbehandling tillämpligt enbart när de sökande hade olika meriter. Det föll sig naturligt så, eftersom det inte förelåg något förbud mot könsdiskriminering vid lika meriter. Därmed fanns inte heller något behov för arbetsgivaren att rättfärdiga sitt val genom positiv särbehandling i sådana situationer. Genom 1991 års ändring av jämställdhetslagen infördes ett skydd mot könsdiskriminering även vid lika meriter samt en möjlighet för arbetsgivaren att förklara sitt handlande med att det utgjorde ett led i jämställdhetssträvanden. Arbetsgivarens fria anställningsrätt hindrar inte att könsdiskriminering föreligger även när de sökande har lika meriter, om anställningsbeslutet har samband med personernas könstillhörighet.

9.5.2 Förutsättningar för positiv särbehandling

För att positiv särbehandling skall utgöra ett godtagbart skäl till avsteg från könsdiskrimineringsförbudet i jämställdhetslagen krävs att den är ett led i jämställdhetssträvanden, alltså att det rör sig om en systematisk verksamhet i syfte att främja jämställdheten i stort.[1515] Om åtgärden ingår i ett planmässigt främjande av jämställdheten är den godtagbar, men inte om det rör sig om enstaka åtgärder som inte kan passas in i ett mönster av positiva jämställdhetssträvanden.[1516] Arbetsgivaren kan visa att så är fallet genom att t.ex. hänvisa till jämställdhetsavtal, regler och riktlinjer i en jämställdhetsplan eller till annat samarbete mellan arbetsgivaren och

[1514] Se SOU 1990:41 s. 218. Här understryks att positiv särbehandling *inte* innebär att personer utan tillräcklig kompetens skall kunna tillsättas p.g.a. att de tillhör ett visst kön.

[1515] Prop. 1978/79:175 s. 124. RF 1:2 talar om att det "allmänna skall tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter". Detta hindrar inte att normgivningsorganen tillåter positiv särbehandling i jämställdhetssyfte enligt RF 2:16. (Observera att RF 1:2 är ett allmänt målsättningsstadgande medan RF 2:16 är bindande för de normgivande organen.) Enligt M. Lundström måste det "stå utom allt tvivel att jämställdheten faktiskt ökar till följd av att individer diskrimineras" för att positiv särbehandling skall vara förenlig med regeringsformen. I annat fall "kränks individens grundlagsfästa medborgerliga rättigheter". (Se Lundström, M., Jämställdhet eller sexistisk rättvisa?, 1996, s. 52.) Här kan anmärkas att positiv särbehandling faktiskt är förenlig med regeringsformen så länge syftet med den är det rätta, dvs. att främja jämställdheten. Regeringsformen innehåller inte ett krav på att åtgärderna måste *de facto* vara effektiva för att vara tillåtna.

[1516] Laurén, Lavén, Nya jämställdhetslagen, 1992, s. 169.

arbetstagarnas organisationer på personalpolitikens område.[1517] Detta innebär inte att arbetsgivaren måste tillämpa positiv särbehandling vid varje anställningstillfälle även om det finns ett planmässigt jämställdhetsarbete. Det är en möjlighet som kan tillämpas vid enstaka tillfällen.

Frågan om positiv särbehandling har bara berörts i AD ett par gånger. I *AD 1981 nr 171* anförde arbetsgivaren att anställningen av en man till ett kvinnodominerat verksamhetsområde skulle tjäna som bevis för att kommunen inte agerade könsdiskriminerande utan att agerandet var förenligt med jämställdhetslagen. Arbetsgivaren hänvisade till kommunens jämställdhetsarbete genom en arbetsgrupp, som lämnat information om jämställdhetslagen samt upprättat ett förslag om kommunens jämställdhetsmålsättning. AD ansåg att detta jämställdhetsarbete inte var tillräckligt aktivt för att undantagsregeln kunde bli aktuell. I *AD 1982 nr 139* framhöll domstolen att hänvisningar till ett aktivt och verksamt jämställdhetsarbete närmast är av betydelse för anställningsrutinerna. En arbetsgivare som aktivt eftersträvar en jämställd könsfördelning skall, enligt domstolen, kunna behålla ett enklare system för urval och anställning av arbetskraft. När det gäller kvalificerade befattningar (fallet rörde en studierektortjänst) krävs däremot en noggrann prövning av de sökandes sakliga förutsättningar. Domstolen kom fram till att arbetsgivaren inte förmått bryta presumtionen. Det är alltså svårare att tillämpa positiv särbehandling vid mer kvalificerat arbete än vid enklare arbete.[1518] I *AD 1990 nr 34* ansåg AD att jämställdhetsavtalet för byggnadsindustrin inte innebar en *skyldighet* för arbetsgivaren att tillämpa positiv särbehandling.

9.5.3 Positiv särbehandling i andra situationer än anställning

Äldre jämställdhetslagen tillät positiv särbehandling enbart beträffande anställning, befordran m.m. I och med ändringen av lagen 1991 öppnades möjlighet för positiv särbehandling även vid arbetsledning och uppsägning, däremot inte beträffande lön och andra anställningsvillkor. Enligt nuvarande jämställdhetslag får positiv särbehandling, enligt lagutformningen, ske i alla de situationer som omfattas av diskrimineringsförbudet utom vid löne- och anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga (se 15 och 17 §§). Förslaget var från

[1517] SOU 1999:91 s. 62, Laurén, Lavén, 1992, s. 169.

[1518] För frågor om olika meritvärderingsskalor, se avsnitt 9.8.2.5. *AD 1989 nr 122* angränsar till frågan om positiv särbehandling då arbetsgivarsidan anförde som särskilt skäl för att bryta presumtionen om könsdiskriminering att den vårdande personalen främst bestod av kvinnor och att de utvecklingsstörda patienterna behövde en manlig förebild. AD tillmätte inte invändningen någon betydelse då patienterna var mellan 43 och 70 år och det redan fanns manlig personal.

början att undantag för jämställdhetsfrämjande åtgärder skulle kunna göras även beträffande lönevillkor.[1519] Detta skulle kunna exempelvis vara aktuellt för att locka personer av underrepresenterat kön. Förslaget ändrades efter att utskottet påpekat att ändringen inte var lämplig. Utskottet framhöll att löneskillnader endast får förekomma av skäl som är oberoende av kön.[1520] Dessutom är likalöneprincipen enligt EG-rätten utan undantag. Andra anställningsvillkor än beträffande lön har sedan äldre jämställdhetslagens tillkomst behandlats tillsammans med lönevillkoren. Den EG-rättsliga likalöneprincipen lägger inte hinder i vägen för positiv särbehandling avseende andra anställningsvillkor än lön, vilket innebär att det är möjligt att tilllämpa positiv särbehandling avseende anställningsvillkoren.

Vid ändringen av äldre jämställdhetslagen verkar det som om positiv särbehandling vid arbetsledning blev möjlig enligt lagtexten även om det inte var det som avsågs. I propositionen till nya jämställdhetslagen anges att hänvisningen till f.d. 16 § 2 st. gjordes för att motbevisningen även skulle omfatta indirekt diskriminerande handlingar. Om avsikten endast var att påvisa arbetsgivarens möjlighet att bryta presumtionen genom att visa att samband med kön saknades, hade det varit lämpligt med en hänvisning till 16 § 2 st. 1 p. som behandlade detta. De två följande punkterna rörde möjligheterna till undantag varav punkten 2 gällde positiv särbehandling. Av ordalydelsen framgick att arbetsgivaren kunde undgå ansvar om hon kunde visa att förhållandena var sådana som angavs i *andra stycket*. Att andra stycket innehöll tre punkter varav en möjliggjorde positiv särbehandling kommenterades inte.[1521]

Inte heller efter den senaste ändringen av jämställdhetslagen förefaller det finnas några hinder mot att arbetsgivaren tillämpar positiv särbehandling avseende anställningsvillkoren eller i sin arbetsledning och arbetsfördelning. Eftersom det kan föreligga svårigheter att dra en skarp gräns mellan anställningsfall och arbetsledning (se avsnitt 6.2.1.3), är det rimligt att anta det vara möjligt att arbetsgivaren kan tillämpa positiv särbehandling i båda fallen, utan att ställas till ansvar för könsdiskriminering.

Arbetsgivaren kan enligt jämställdhetslagen även tillämpa positiv särbehandling vid uppsägning (etc. se 17 § 5 p.). Detta innebär att arbetsgivaren kan låta kön vara avgörande vid uppsägning. Detta var möjligt redan före den senaste ändringen av jämställdhetslagen (f.d. 20 § 2 st.) Det anges uttryckligt i propositionen till den andra jämställdhetslagen att

[1519] Prop. 1999/2000:143 s. 6.
[1520] AU 2000/01:3, s. 26.
[1521] Prop. 1990/91:113 s. 111.

en åtgärd som arbetsgivaren vidtar kan ske för att främja jämställdheten varför en hänvisning i lagtexten gjordes direkt till (f.d.) 16 § 2 st. 2 och 3 p.[1522] Således har arbetsgivaren inte gjort sig skyldig till otillåten könsdiskriminering om hon kan visa att åtgärden ingick i jämställdhetssträvanden eller att åtgärden var motiverad av ett särskilt intresse.

Eklund menar att det är en öppen fråga huruvida lagstiftningen är logiskt övervägd.[1523] Enligt 2 § LAS skall föreskrifter i annan lag eller förordning som avviker från LAS ha företräde. Jämställdhetslagen innehåller ingen föreskrift om förhållandet till regler i andra lagar. Samtidigt anges det i förarbetena till första jämställdhetslagen att vanliga tolkningsregler skall tillämpas i konkurrenssituationer, t.ex. *lex specialis*-principen.[1524] Vidare anges att jämställdhetslagen inte är avsedd att äga företräde när arbetstagarintressen har stöd i lag.[1525] När det gäller reglerna om aktivt jämställdhetsarbete "är det tydligt att strävandena att tillgodose jämställdhetsintresset måste samordnas med andra intressen, bland dem arbetstagarintressen."[1526] Det innebär enligt propositionen att när arbetsrättsliga regler "ger direkta anvisningar om hur en viss avvägningsfråga skall avgöras, gäller de anvisningarna utan att jämställdhetslagens regler ingriper däri".[1527] Som exempel nämns reglerna om turordning i LAS som alltså skall äga företräde framför jämställdhetslagens regler om aktiva åtgärder. Innebär detta att reglerna i LAS är *lex specialis* även i förhållande undantagen från könsdiskrimineringsförbudet i 15 § 2 st.? Om så är fallet bryter en arbetsgivare mot turordningsreglerna i LAS om hon tillämpar positiv särbehandling vid uppsägning, permittering m.m., men inte mot könsdiskrimineringsförbudet i jämställdhetslagen. Möjligheten till positiv särbehandling är i så fall även i denna situation endast skenbar. Det är dock möjligt för kollektivavtalsparterna att avtala om en turordningslista som innebär att positiv särbehandling tillämpas.

[1522] Prop. 1990/91:113 s. 112.

[1523] Eklund, Gender-based affirmative action, 1996 s. 38 f. Eklund påpekar även det faktum att kvinnor ofta har kortare anställningstid och därför är mer utsatta än män vid tillämpning av "sist in – först ut" principen enligt 22 § LAS.

[1524] Prop. 1978/79:175 s. 111.

[1525] A. prop. s. 112.

[1526] A. st.

[1527] A. st.

9.6 Särskilt om positiv särbehandling vid offentlig anställning

9.6.1 Objektivitetsprincipen

Regler om offentliga tjänstemäns anställning har tidigare betraktats som offentligrättsliga men har gradvis blivit alltmer civilrättsliga.[1528] Exempelvis är själva anställningsavtalet en civilrättslig angelägenhet. Likaså tillhör lönefrågor den avtalbara, civilrättsliga sektorn.[1529] Däremot vilar själva tjänstetillsättningen på offentligrättslig grund. Myndigheters beslut att anställa någon utgör ett myndighetsbeslut och betraktas som myndighetsutövning.[1530]

Reglerna om beslut om anställning av statliga tjänstemän anses vara viktiga ur både allmän och individuell synvinkel och har motiverats av hänsynen till den enskildes skydd mot godtycke och förvaltningens behov av kunnig personal.[1531] Offentliga arbetsgivare måste beakta RF 1:9 vid tjänstetillsättningar. Förutsättningen för att en offentlig arbetsgivare skall kunna beakta könstillhörighet vid anställning är således att det finns föreskrifter som tillåter detta. Vad gäller statlig anställning föreskrivs i RF 11:9 st. 2 att endast sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet får beaktas. Detta gäller inte bara nyrekrytering utan även befordran, internrekrytering etc.[1532] Denna bestämmelse är ytterligare ett uttryck för objektivitetsprincipen. Stadgandet är inte avsett att i första hand vara ett förbud mot diskriminering, utan avser att garantera statsnyttans intresse av att allmänna funktioner utövas av dem som är bäst skickade för uppgifterna.[1533]

Förtjänst mäts normalt i tjänstgöringstid. Det som avses är den rutin och förtrogenhet som förvärvats genom föregående tjänstgöring. Om man tjänstgjort tidigare inom samma verksamhetsområde som den tjänst det är fråga om brukar detta värderas högre än annan tjänstgöring.[1534] Även föräldraledighet och fullgjord forskarutbildning kan (i viss utsträckning) räknas som förtjänst. Myndigheten får själv bestämma vad som är relevant för den sökta anställningen när det saknas författningsbestämmelser.[1535] Med *skicklighet* menas lämpligheten för befattningen,

[1528] Se Marcusson, Statstjänstemannen – en art i utdöende?, 1996, s. 195 – 207.
[1529] Prop. 1971:30 s. 332 och prop. 1993/94:65 s. 30.
[1530] Prop. 1993/94:65 s. 30, Marcusson, 1996, s. 202 f.
[1531] Marcusson, 1996, s. 203.
[1532] SAV 1988 nr 1 s. 12.
[1533] Prop. 1985/86:116 s. 4.
[1534] Holmberg, Stjernquist, Grundlagarna med tillhörande författningar, 1980, s. 387.
[1535] Hinn, Aspegren, Offentlig anställning. Kommentar till nya LOA, 1996, s. 20 f.

ådagalagd genom teoretisk och praktisk utbildning samt den dittillsvarande verksamhetens art.[1536] Detta inbegriper att personen besitter allmänna eller speciella insikter som har betydelse för befattningen, såsom studiebakgrund och utbildningsmeriter samt lämplighet för befattningen.[1537] Skicklighet inbegriper all relevant tidigare erfarenhet och skall bedömas genom en helhetsbedömning. Även personliga egenskaper som har betydelse för förmågan att fylla de krav som anställningen innebär ingår, t.ex. prestationsförmåga och ledaregenskaper.[1538] Skickligheten skall sättas främst.[1539] Oavsett anställningsnivå bör "förtjänst" endast vara utslagsgivande när de sökande har lika eller i stort sett lika skicklighet.[1540] Det är inte möjligt att avtala bort regeln om sakliga grunder och inte heller att genom avtalsreglering "fylla ut" den.[1541]

Genom att använda formuleringen "endast vid sakliga grunder *såsom* förtjänst och skicklighet" ges en möjlighet att ta hänsyn till andra faktorer än endast förtjänst och skicklighet. Sådana faktorer nämns i förarbetena till RF 11:9 vara arbetsmarknadspolitiska eller lokaliseringspolitiska hänsyn.[1542] Det är med andra ord möjligt att med hänvisning till könsfördelningen på arbetsmarknaden ge företräde åt personer av ett underrepresenterat kön. Könsbalans i ett visst yrke kan alltså främjas utan att detta strider mot grundlagen.[1543] KU markerade vikten av att arbetsmarknadspolitiska skäl måste utnyttjas på ett sätt så att den enskildes rättssäkerhet inte äventyras.[1544]

Även enligt 4 § lagen om offentlig anställning (LOA) skall avseende endast fästas vid sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet.[1545] Andra stycket anger att skicklighet skall sättas främst om det inte finns särskilda skäl för något annat. "Såsom" innebär även här att det finns en möjlighet att beakta arbetsmarknadsmässiga hänsyn vid tillsättande.[1546] 4 § LOA gäller inte kommuner. Detta betyder emellertid inte att dessa är helt fria att avgöra vem som skall få en anställning, de måste fortfarande iaktta objektivitetsprincipen i RF 1:9.

[1536] Prop. 1973:90 s. 405 f.
[1537] Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 387.
[1538] Prop. 1985/86:116 s. 7, Hinn, Aspegren, 1996, s. 20.
[1539] Se Westerhäll SvJT 1987 s. 208.
[1540] Prop. 1985/86:116 s. 7, Andersson, Arbetsrätten i staten, 1996 s. 97.
[1541] Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 387.
[1542] Prop. 1973:90 s. 406.
[1543] Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 387, se vidare avsnitt 9.6.2.1.
[1544] KU 1973:26 s. 72.
[1545] SFS 1994:260.
[1546] Prop. 1993/94:65 s. 120.

Enligt anställningsförordningen (1994:373) skall *jämställdhetsmål* utgöra en saklig grund att beakta vid anställning. Förordningen gäller arbetstagare hos myndigheter under regeringen samt försäkringskassorna (1 §). Bedömningsgrunderna vid anställning är, förutom förtjänst och skicklighet, andra sakliga grunder som överensstämmer med bl.a. allmänna jämställdhetsmål (4 §).

Tidigare fanns ett krav genom 3 § förordningen om jämställdhet i statlig verksamhet (1984:803) att statliga myndigheter skulle se till att det fanns personer av båda könen att välja emellan när de skulle föreslå eller ge någon ett uppdrag. Det krävdes dock att detta kunde ske inom ramen för sakliga urvalsgrunder.[1547] Förordningen är numera upphävd och har inte ersatts med någon ny.[1548]

Anställning som lärare vid universitet och högskolor är särskilt reglerad. Av HF 4:1 framgår att de olika lärarkategorierna är professorer, lektorer, adjunkter, forskarassistenter, timlärare och gästlärare. För anställning av lärare krävs att den sökande har behörighet. Behörighetskraven för de olika lärarkategorierna uppställs i HF 4:1–10. Bedömningsgrunderna vid anställning är, enligt HF 4:15, graden av skickligheten för behörighet (framförallt vetenskaplig och pedagogisk skicklighet) samt graden av administrativ och annan skicklighet. Även graden av skicklighet att utveckla och leda verksamhet och personal ingår i bedömningen.[1549] Ett tecken på att skillnaden i meriter inte är så stor, är enligt Sigeman, att rangordningen mellan de sökande vid meritbedömningen inom högskolans område är olika för de olika sakkunniga. Ett annat är att sakkunniga velat jämställa de sökande.[1550]

Kommunerna faller utanför tillämpningsområdet för både RF 11:9 och LOA.[1551] Att kommunerna inte får ta otillbörlig hänsyn till de sökandes könstillhörighet framgår dock av RF 1:9.

[1547] Falk, Rättsliga regler i högskolan, 1997, s. 9.

[1548] Detta krav har inte ersatts någon annanstans. I verksförordningen (1995:1322) sägs endast i 7 § 6 p. att myndighetens chef skall "beakta de krav som ställs på verksamheten när det gäller [...] jämställdheten mellan kvinnor och män [...]". Detta stadgande fanns redan innan förordningen om statlig anställning togs bort.

[1549] Av 3:2 HL framgår att tjänsten som professor är den främsta lärartjänsten.

[1550] Sigeman, 1997, s. 26 f.

[1551] Enligt 2 § gäller vissa föreskrifter i LOA även kommuner, landsting och kommunalförbund.

9.6.2 Utrymmet för positiv särbehandling

9.6.2.1 Jämställdhetsaspekten

JÄMSTÄLLDHETSINTRESSET SOM SAKLIG GRUND

Jämställdhetshänsyn kan utgöra en av flera sakliga grunder som kan fälla avgörandet vid offentlig anställning.[1552] Kravet på saklig grund är inte detsamma som krav på saklighet. RF 11:9 innehåller inget annat saklighetskrav än att man skall beakta sakliga grunder vid statlig anställning. Lagtexten exemplifierar sakliga grunder med "förtjänst och skicklighet". Propositionen till RF 11:9 anger arbetsmarknads- och lokaliseringspolitiska skäl som sakliga grunder men anger inte uttryckligen att jämställdhetsintresset utgör en saklig grund.[1553] KU nämnde inte något om jämställdhetsintresset som saklig grund vid tillkomsten av RF 11:9. Utskottet underströk dock vikten av att arbetsmarknadspolitiska skäl inte får utnyttjas på sådant sätt att den enskildes rättssäkerhet sätts i fara.[1554] Petrén och Ragnemalm tog fasta på detta uttalande och drog slutsatsen att detta innebär att det krävs "någorlunda likvärdiga" meriter för att jämställdhetsintresset skall få vägas in.[1555] De understryker i sin grundlagskommentar att det inte är könet *i sig* som utgör saklig grund. De framhåller att för att man skall kunna främja personer av ena könet måste *jämställdhetsaspekten* betraktas som saklig grund.[1556]

I propositionen om meritvärdering i statlig tjänst sägs att jämställdhetsintresset anses kunna överväga "den gradskillnad i fråga om förtjänst och skicklighet eller bådadera som föreligger mellan sökande av olika kön, när deras kvalifikationer är i stort sett om också inte helt lika. Den tillämpade principen har också uttryckts så att jämställdheten skall betraktas som en av flera sakliga grunder som kan fälla avgörandet, när sökandena bedöms vara jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga".[1557]

Tillvägagångssättet bör vara att man först tar hänsyn till enbart förtjänst och skicklighet och därefter tar ställning till eventuellt andra sakliga grunder.[1558] Eftersom förbudet mot könsdiskriminering i äldre

[1552] Westerhäll SvJT 1987 s. 206.
[1553] Prop. 1973:90 s. 405 f.
[1554] KU 1973:26 s. 72.
[1555] Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 1980, s. 289.
[1556] Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 289. (Detsamma gäller 4 § LOA, se Sigeman, 1997, s. 25).
[1557] Prop. 1985/86:116 s. 5.
[1558] Loinder, FT 1979 s. 261, Westerhäll SvJT 1987 s. 207.

jämställdhetslagen förutsatte en tydlig meritskillnad, behövde inte undantagsregeln åberopas vid tillämpning av jämställdhetsaspekten.[1559] Även efter införandet av förbudet mot könsdiskriminering vid lika meriter (se f.d. 17 §) ansågs inte beaktande av jämställdhetsaspekten behöva motiveras med stöd av jämställdhetslagen när offentlig anställning skedde enligt RF 11:9. Detta stadgande är grundlag och innebär genom sin högre valör att jämställdhetsaspekten därigenom kan tillämpas oberoende av reglerna i vanlig lag. Inte heller kräver beaktande av jämställdhetsaspekten enligt RF 11:9 något författningsstöd enligt RF 2:16.[1560]

I högskoleförordningen kommer jämställdhetsaspekten till uttryck i 4:15 st. 2, där det sägs att *jämställdhet* är en av flera sakliga grunder som skall beaktas och som kan fälla avgörandet. När man har i princip likvärdiga meriter med förtjänst och skicklighet å ena sidan och jämställdhetsintresset å andra sidan, skall jämställdhetsintresset kunna väga över både förtjänst och skicklighet eller dessa var för sig.[1561] Dessa regler är fakultativa och ålägger således inte arbetsgivaren att beakta jämställdhetsaspekten. Enligt Sigeman betyder detta att myndigheten har frihet att väga in olika slag av sakliga grunder utan att vara tvungen att ge avgörande vikt åt jämställdhetsintresset.[1562] Det organ som föreslår vilken sökande som främst bör komma i fråga för anställning skall, om både kvinnor och män har sökt anställningen, ange *hur* jämställdhetsaspekten har beaktats (HF 4:26 st. 3).

Den vedertagna uppfattningen är således att det är tillåtet att beakta jämställdhetsaspekten vid offentlig anställning, vilket innebär att förtur till anställning kan ges till en sökande av underrepresenterat kön som har jämbördiga meriter med övriga sökande.

Är jämställdhetsaspekten begränsad till "jämbördiga meriter"?

I 4 § 2 st. LOA framgår det av lagtexten att om det inte finns särskilda skäl för annat skall skickligheten sättas främst. Av detta följer att olika sakliga grunder inte väger lika tungt. Skickligheten är viktigast. Propositionen till LOA anger uttryckligen jämställdhetssträvanden som exempel på en saklig grund och hänvisar till RF 11:9. Av LOA 4 § 2 st. framgår att jämställdhetsintresset inte kan gå före kravet på skicklighet. Jämställdhetsintervallet begränsas därmed genom lagtexten.

[1559] Prop. 1978/79:175 s. 84.
[1560] SOU 1989:30 s. 160.
[1561] Hinn, Aspegren, 1996, s. 20.
[1562] Sigeman, 1997, s. 27.

Till skillnad mot LOA härrör jämställdhetsintresset som saklig grund enligt RF 11:9 ur en *tolkning* av RF 11:9 som inte har vare sig direkt stöd eller motsägs av lagtexten eller förarbetena till lagtexten. Det framgår inte vare sig av lagtexten eller förarbetena till RF 11:9 att jämställdhetsintresset utgör saklig grund eller vilket jämställdhetsintervall som anses sakligt.[1563] Algotsson anmärker att det här föreligger en "låg grad av rättsstatlighet i bemärkelsen av klar och tydlig lag" och konstaterar att varken lagtext, förarbeten eller vanlig lag ger några klara hållpunkter.[1564] Jämställdhetsaspekten har sitt ursprung i regeringens praxis vid tillsättningsärenden och bekräftas i senare förarbeten och doktrinen. På olika håll hävdas att gränsen för vad som är sakligt är att de sökande har *i princip jämbördiga meriter.*[1565] Det innebär att jämställdhetsintresset får väga över när de sökandes meriter inte är helt, men i stort sett lika. Westerhäll hävdar dock att positiv särbehandling i större utsträckning än vid "i det närmaste jämbördiga" meriter är grundlagsenliga och pekar bl.a. på att det i regeringspraxis förekommit fall där det förelegat en större skillnad i meriter än den s.k. jämställdhetsaspekten.[1566] Algotsson konstaterar att rättsläget är oklart beträffande problemet om hur stor skillnaden i kompetens får vara.[1567]

Frågan om förarbetenas betydelse vid grundlagstolkning har varit och är en fråga som är föremål för debatt.[1568] Denna debatt rör sig huvudsakligen kring frågan om förarbeten till grundlag överhuvudtaget skall ha någon betydelse vid tolkning av grundlagen och om de t.o.m. skall få företräde framför ordalydelsen i lagtexten. Enligt min mening är det därför tveksamt att man skulle kunna använda *andra* förarbeten som tolkningsinstrument för grundlagen.

Loinder påpekar att jämställdhetsförfattningar inte kan vara avsedda att avgöra hur RF skall tolkas.[1569] Detsamma måste, enligt min mening, anses gälla även andra författningar. LOA:s regel (och förarbetsuttalanden) om att skickligheten skall sättas främst kan således inte automatiskt anses gälla även RF 11:9. Som Loinder framhåller är RF 11:9 avfattad på ett sådant sätt att skickligheten och förtjänsten skall bedömas först,

[1563] Detta diskuteras av Loinder FT 1979 s. 255–261 och Westerhäll SvJT 1987 s. 200–210.
[1564] Algotsson, Sveriges författning efter EU-anslutningen, 2000, s. 306.
[1565] Se prop. 1985/86:116 s. 5, KU 1984/85:35 s. 21 f., SOU 1989:30 s. 156 ff., Petrén, Ragnemalm, 1980, s. 289, Sigeman, 1997, s. 24 f.
[1566] Westerhäll SvJT 1987 s. 207 ff.
[1567] Algotsson, 2000, s. 306.
[1568] Se t.ex. Vängby SvJT 1996 s. 892–897, Bengtsson SvJT 1996 s. 898–899, Lind JT 1996–97 s. 352–270 och Nergelius FT 1997 s. 33–55.
[1569] Med "jämställdhetsförfattningar" avser han den äldre jämställdhetslagen samt förordningen om jämställdhet mellan kvinnor och män i statlig tjänst samt cirkuläret om arbetet med detta (dessa är numera upphävda), Loinder FT 1979 s. 256 f.

därefter övriga sakliga grunder.[1570] När denna bedömning är gjord kvarstår dock frågan hur de olika grunderna skall viktas mot varandra, i vilken utsträckning jämställdhetsintresset väger lika tungt eller tyngre än förtjänst och/eller skicklighet.

Doktrinen är oenig beträffande utrymmet för positiv särbehandling enligt RF 11:9. Kvar som tolkningsverktyg finns regeringens praxis. Regeringen kan inte ändra grundlagen utan endast *initiera* grundlagsändringar och dess föreskriftsmakt sträcker sig till att utfärda förordningar. Att tillmäta regeringens praxis sådan betydelse att den skulle vara avgörande för innehållet i grundlagen anser jag därför vara tveksamt. Som Westerhäll visar har även denna praxis i något fall inneburit en större skillnad än att meriterna var "jämbördiga".[1571] Detta innebär att det är *möjligt* att ge RF 11:9 en annan tolkning (än den av många förespråkade) utan att det strider mot regelns ordalydelse.

Regeln skulle t.ex. kunna tolkas så att den *inte* inbegriper jämställdhetsintresset som en saklig grund. Omvänt skulle jämställdhetsintresset kunna ges större betydelse än hittills. Det innebär att man förutom att erkänna jämställdhetsintresset som saklig grund dessutom skulle kunna ändra synen på vad som är sakligt beträffande jämställdhetsintervallet. Betydelsen av kön omvärderas till något som bör prioriteras. Det blir sakligt att ge könstillhörighet ett högre värde än andra sakliga grunder och får därigenom större betydelse vid bedömningen av de sökande till ett arbete. Genom en sådan värdering av vad som är sakligt kan positiv särbehandling tillämpas även vid större skillnader i merithänseende. Ett argument för en sådan tolkning är att jämställdhetssträvanden numera är en allmän målsättning som skall genomsyra all offentlig verksamhet. Jämställdhetsarbetet har utvecklats mycket sedan tillkomsten av grundlagsstadgandet. I propositionen om meritvärdering i statlig anställning sägs dock att RF 11:9 inte tillkom för att skydda mot diskriminering utan för att tillvarata det allmännas intresse av att allmänna funktioner utövas av dem som är bäst skickade för uppgifterna.[1572] Dessutom talar det faktum att de sakliga grunderna "förtjänst" och "skicklighet" nämns i lagtexten till skillnad mot den sakliga grunden "jämställdhetsintresset" för att de två förstnämnda skall värderas högre. Önskemål om enhetlighet i systemet talar också mot en vidgad tolkning i och med att LOA sätter skickligheten främst.

Enligt nuvarande ordning skall de sakliga grunderna "förtjänst och skicklighet" sättas främst varvid jämställdhetsintresset vägs in i bedöm-

[1570] Loinder FT 1979 s. 261.
[1571] Westerhäll SvJT 1987 s. 207 ff.
[1572] Prop. 1985/86:116 s. 4.

ningen när de sökande har jämbördiga meriter. Det finns dock inget som säger att det *måste* vara så. Det avgörande är vad som anses vara sakligt och denna bedömning kan variera över tid och rum.

9.6.2.2 Positiv särbehandling utöver jämställdhetsaspekten

HF 4:16 och Thamförordningen

Jämställdhetsaspekten, i sin vedertagna betydelse, är den mildaste formen av positiv särbehandling i svensk rätt. I de mer långtgående formerna av positiv särbehandling läggs större vikt vid jämställdhetsintresset. Det blir sidoordnat eller t.o.m. överordnat skickligheten och får mer karaktären av att utgöra en primär bedömningsgrund.[1573] Den skillnad i merithänseende som får föreligga mellan de sökande kallas *jämställdhetsintervallet.*[1574] En sådan starkare form av positiv särbehandling är den variant som framgår av HF 4:16.[1575] Enligt denna föreskrift har högskolorna en möjlighet att besluta att positiv särbehandling får tillämpas. I andra stycket nämnda stadgande anges sedan vad som i så fall skall gälla. För det första krävs att personen av underrepresenterat kön har *tillräckliga* kvalifikationer för anställningen. För det andra får inte positiv särbehandling tillämpas om skillnaderna i kvalifikationer mellan personerna är så stora att saklighetskravet åsidosätts om man anställer personen av underrepresenterat kön. Det krävs dessutom att positiv särbehandling sker i arbetsgivarens planmässiga jämställdhetsarbete.

Detta är en form av positiv särbehandling där de sökandes kvalifikationer inte behöver vara "i det närmaste jämbördiga" men ändå "inte får strida mot kravet på saklighet". Denna form av positiv särbehandling hamnar någonstans mellan jämställdhetsaspekten och den positiva särbehandling som 15 § 2 st. jämställdhetslagen tillåter. Det bör observeras att både 15 § 2 st. jämställdhetslagen och 4:16 HF är fakultativa regler som står till arbetsgivarens förfogande.

En ytterligare form av positiv särbehandling har existerat i svensk rätt genom förordning (1995:936) *om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte* (här: Thamförordningen) Förordningen var tidsbegränsad och gällde enbart de anställningar som professorer och forskarassistenter som det anvisades medel för under budgetåret 1995/96 (1 §). Vad gäller själva meriteringskravet var det detsamma som HF 4:16; tillräckliga kvalifikationer men skillnaden ej så stor att den strider mot saklighetskravet. Det som skiljer denna

[1573] Sigeman, 1997, s. 28.
[1574] SOU 1989:30 s. 161.
[1575] Denna regel fanns ursprungligen i HF 4:15 a.

förordning från övriga regler om positiv särbehandling är att regeln var tvingande. Om förutsättningarna var uppfyllda *skulle* positiv särbehandling ske. På detta sätt gick regeln längre än de övriga. Å andra sidan fanns ett tak för hur stor skillnaden i kvalifikationer fick vara i och med att tillämpningen inte fick stå i strid med kravet på saklighet. Detta kan jämföras med 15 § jämställdhetslagen som tillåter "en klart urskiljbar skillnad" i meriter – under förutsättning att det sker som ett led i jämställdhetssträvanden. Dessa reglers förenlighet med EG-rätten diskuteras i avsnitt 9.8.

FÖRORDNINGARNAS FÖRENLIGHET MED GRUNDLAGEN

Anställningar vid universitet och högskolor är statliga och omfattas av RF 11:9. Enligt HF 4:16 och Thamförordningen tillåts ett större jämställdhetsintervall än att de sökandes meriter är i princip jämbördiga, så länge det inte strider mot saklighetskravet att anställa personen i fråga. Detta medför alltså att jämställdhetsintresset kan utgöra saklig grund för statlig anställning även vid *en viss skillnad i meriter* mellan de sökande. Texten i de nämnda förordningarna säger uttryckligen att det får föreligga en skillnad i meriter så länge det inte strider mot saklighetskravet. Var går denna gräns?

Som redan diskuterats ger RF 11:9 inget svar på vad som är sakligt. Inte heller RF 1:9 ger någon vägledning för frågan var gränsen för vad som är sakligt går. RF 1:9 innebär att den offentliga makten skall utövas så att alla är lika inför lagen.[1576] Detta omfattar kravet på saklighet och opartiskhet.[1577] Myndigheterna skall inte göra någon skillnad mellan individer utöver vad som följer av gällande rättsregler.[1578] RF 1:9 riktar sig inte till lagstiftaren, det anges tvärtom i förarbetena att särbehandlande lagstiftning i vissa fall är både önskvärd och nödvändig.[1579] Följaktligen får myndigheter särbehandla individer när det är tillåtet i gällande rättsregler. (RF 2:16 möjliggör rättsregler som särbehandlar p.g.a. kön.) Om det finns rättsregler som tillåter särbehandling, blir det rättsreglerna som avgör hur pass olik behandling som är tillåten. HF 4:16 tillåter olikbehandling. Alltså står det inte att finna i RF 1:9 vilken skillnad i meriter som är saklig, detta stadgande förbjuder ju, som huvudregel, att man låter en person med sämre meriter få anställning. Det enda som återstår är förordningstexten och praxis av vad som brukar anses vara sakligt.

[1576] Prop. 1975/76:209 s. 39.
[1577] Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 57.
[1578] Prop. 1973:90 s. 235.
[1579] Prop. 1975/76:209 s. 97 ff., se även Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 46.

Inte heller RF 2:16 anger vad som är sakligt. Tillämpning av könsdiskriminerande lagar är otillåtet om de strider mot RF 2:16. Förordningarna strider inte mot RF 2:16, eftersom aktuella åtgärder utgör led i jämställdhetssträvanden.

ÖNH uppgav i målet *Abrahamsson* (C-407/98) att kravet på saklighet vid tillsättningen inte är berörd i några rättskällor.[1580] ÖNH antog att det var meningen att jämställdhetsintresset skulle vägas mot önskemålet om största möjliga effektivitet inom forskning och högskoleutbildning. ÖNH menade att om en det förelåg en risk för en "mer påtaglig effektivitetsförlust" var gränsen för saklighetskravet överskriden om den mest kvalificerade sökanden inte utsågs.[1581] Det förefaller således som att kravet på saklighet i högskole- respektive Thamförordningarna är innehållslöst. Det överlämnas helt till tillämpningen att avgöra vad som är sakligt.

Även om reglerna i förordningarna förefaller gå längre än den tolkning som givits RF 11:9 i senare förarbeten och doktrin beträffande jämställdhetsintervallet, strider de varken mot ordalydelsen i RF 11:9 eller dess förarbeten. Förordningarna går dock längre än vad 4 § LOA tillåter avseende jämställdhetsintervallet. Här föreligger således en normkonflikt mellan en lagregel och en föreskrift i en förordning. För att förordningarna (eller nyare regler med samma jämställdhetsintervall) skall bli föremål för lagprövning enligt RF 11:14 krävs att skillnaden är uppenbar.

9.6.2.3 Offentlig anställning och positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen

Jämställdhetslagens regel om positiv särbehandling tillåter "klart urskiljbara skillnader" i meriter vid jämställdhetsfrämjande åtgärder. Vid kommunal anställning måste arbetsgivaren följa kraven på saklighet och opartiskhet enligt RF 1:9. Stadgandet hänför sig till tillämpning av lag men inte till själva innehållet i lagen. I den mån särbehandling är tillåten enligt lag, finns således inga hinder mot att sådana hänsyn tas. Följaktligen är kommuner fria att tillämpa positiv särbehandling i enlighet med jämställdhetslagen och kan gå längre än att endast tillämpa jämställdhetsaspekten.

Hur förhåller sig då RF 11:9 och 4 § LOA till jämställdhetslagen? RF 11:9 hindrar inte uttryckligen att positiv särbehandling tillämpas vid klart urskiljbara meriter. En sådan tolkning överensstämmer dock inte med rättstillämpningen. Tvärtom är det tydligt att det krävs att den som får anställningen p.g.a. könstillhörighet har i princip lika meriter som övriga

[1580] *Abrahamsson* (C-407/98) diskuteras mer utförligt i avsnitt 9.8.1.

[1581] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 25. EG-domstolens syn på denna lagstiftning diskuteras i avsnitt 9.8.

sökande (en liten skillnad är tillåten) för att jämställdhetsintresset skall anses utgöra saklig grund för anställning. Det är dock allt. Lagtexten i LOA hindrar uttryckligen att någon annan faktor än skickligheten sätts främst. Det är också tydligt att varken HF 4:16 eller Thamförordningen tillåter meritskillnader i samma utsträckning som jämställdhetslagen.

Av detta kan man dra slutsatsen att positiv särbehandling enligt 15 § jämställdhetslagen får liten (om överhuvudtaget någon) betydelse vad gäller statlig anställning. 15 § möjliggör positiv särbehandling men tolkningen av RF 11:9 och 4 § LOA sätter gränserna för hur långtgående denna särbehandling kan vara som således stannar vid jämställdhetsaspekten.[1582] Lagrådet, som har till uppgift att granska lagars grundlagsenlighet, hade inget att erinra vid första jämställdhetslagens tillkomst. Ett uttalande av lagrådsledamot Petrén tyder tvärtom på att även positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen (alltså vid "klart urskiljbara skillnader) skulle kunna tillämpas vid statlig anställning. Petrén uttalade att det inte finns "tillräcklig grund för att påstå att positiv könsdiskriminering på den statliga arbetsmarknaden skulle generellt sett vara grundlagsstridig. En bedömning från fall till fall blir nödvändig."[1583]

Jag vill understryka att frågan inte är huruvida 15 § jämställdhetslagen är grundlagsstridig. Regeln är fakultativ och öppnar möjligheter för arbetsgivare att tillämpa positiv särbehandling. Statliga arbetsgivare är alltså inte tvungna att tillämpa positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen. Lagen ger endast en möjlighet att göra det. Detta står inte i strid med grundlagen. Regelns tillämpningsområde begränsas dock av grundlagen. En tillämpning av 15 § jämställdhetslagen kan vara i strid med grundlagen om den tillämpas utan beaktande av RF 11:9. Som tidigare sagts tillåter tolkningen av RF 11:9 att en person får förtur p.g.a. kön endast när skillnaden i meriter mellan de sökande är mycket liten, för att inte säga marginell. 15 § jämställdhetslagen tillåter däremot att en klart sämre meriterad person får anställning om det sker i syfte att främja jämställdheten på arbetsplatsen. En åtgärd som innebär att en statlig anställning går till en person av underrepresenterat kön med klart sämre meriter än sina medsökande är i strid med tolkningen av RF 11:9 (men inte ordalydelsen).

[1582] Prop. 1994/95:164 s. 36.
[1583] Prop. 1978/79:175 s. 168.

9.7 Positiv särbehandling i föreskrifter och tillämpning

9.7.1 Möjligheter att meddela föreskrifter om positiv särbehandling

Det finns inget generellt stadgande i RF som hindrar lagstiftaren eller andra normgivande organ att införa regler som innebär för- eller nackdelar för en viss grupp av befolkningen. Således är det tillåtet att införa diskriminerande regler. Det får dock inte förekomma positiv särbehandling inom den statliga sektorn av arbetsmarknaden, om det inte finns författningsstöd för det.[1584] RF 2:16 möjliggör sådant stöd.[1585] När det finns regler om befordringsgrunder och meritvärdering i exempelvis en förordning, krävs att regler om positiv särbehandling meddelas i en författning av minst samma valör.[1586] I RF 2:16 sägs att föreskrifter inte får missgynna någon på grund av kön, *om* inte föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor.[1587] Det finns således rättsligt stöd i grundlagen för att meddela föreskrifter som innebär positiv särbehandling. Undantaget i 15 § 2 st. 1 p. jämställdhetslagen för positiv särbehandling har därmed stöd i grundlagen.

I förarbetena till RF 2:16 konstateras att särbehandlande föreskrifter som meddelas enligt denna paragraf inte utgör rättighetsbegränsningar. Det medför att RF 2:16 inte hindrar att regeringen meddelar vissa föreskrifter till följd av bemyndigande enligt RF 8:7 eller direkt p.g.a. RF 8:13.[1588] Regeringen kan alltså i vissa fall meddela föreskrifter som innebär positiv särbehandling.

9.7.2 Den rättsliga formen för föreskrifter om positiv särbehandling

9.7.2.1 Civil anställning

Regler om jämställdhetsfrämjande åtgärder och andra arbetsrättsliga regler som rör förhållandet mellan enskilda arbetsgivare och arbetstagare gäller enskildas inbördes förhållanden och hör således till det obligatoriska

[1584] SOU 1989:30 s. 160.
[1585] Förbud mot könsdiskriminerande normgivning behandlas även i avsnitt 8.2.
[1586] SOU 1989:30 s. 160.
[1587] Vad som utgör ett "missgynnande" behandlas i kapitel 5.
[1588] Prop. 1975/76:209 s. 158.

lagområdet enligt RF 8:2.[1589] Därför är delegation till regeringen i dessa fall inte möjlig. Regeringen har följaktligen endast kompetens att besluta om verkställighetsföreskrifter i förordning enligt RF 8:13 p. 1. Regeringen kan inte meddela föreskrifter angående positiv särbehandling vid privat anställning, såvida inte sådana föreskrifter redan finns i lagform och regeringens föreskrifter endast preciserar tillämpningen av dessa. Enligt Strömberg förekommer verkställighetsföreskrifter mycket sparsamt inom privaträttens område.[1590]

9.7.2.2 Offentlig anställning

När det gäller offentlig anställning är det hela lite mer komplicerat, eftersom förhållandet mellan offentliga arbetsgivare och deras anställda både har civilrättsliga och offentligrättsliga inslag. De regler som gäller endast för arbetstagare i offentlig tjänst hör inte i sin helhet till lagområdet, vilket betyder att de uppfattas som offentligrättsliga till sin natur.[1591] Själva ingåendet av anställningsavtal vid offentlig anställning har offentligrättsliga inslag och har formen av myndighetsbeslut. Däremot är det enskilda anställningsavtalet mellan den anställde och den offentliga arbetsgivaren civilrättsligt.[1592]

Bestämmelser som primärt faller inom regeringens restkompetens kan även riksdagen besluta om med stöd av RF 8:14. Till viss del har staten underkastat sig en omfattande civilrättslig lagreglering av tjänstemännens villkor. I dessa fall har staten således intagit en ställning som "enskild" i den mening detta uttryck har i RF 8:2.[1593] RF 8:3 kan inte bli aktuell då offentlig anställning inte kan anses utgöra ett "åliggande" för den anställde, eftersom anställningen är frivillig från dennes sida.[1594] I den mån det är fråga om det obligatoriska lagområdet har regeringen enbart möjlighet att meddela verkställighetsföreskrifter i enlighet med RF 8:13 st. 1 p. 1. Verkställighetsföreskrifter får inte medföra att något väsentligt nytt tillförs regleringen och inte innebära något nytt åliggande eller ingrepp.[1595] Alla offentligrättsliga föreskrifter som är "berättigande" eller

[1589] Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 1999, s. 157.
[1590] A. a. s. 133.
[1591] Dessa regler finns i LOA och i regeringsförordningar. Strömberg, 1999, s. 157, Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 390.
[1592] Prop. 1993/94:65 s. 30.
[1593] Holmberg, Stjernquist, 1980, s. 390.
[1594] Strömberg, 1999, s. 158.
[1595] Prop. 1973:90 s. 211.

"neutrala" faller utanför det primära lagområdet och således under regeringens restkompetens.[1596]

När det gäller *kommunalt* anställdas rättsställning sägs i RF 8:5 att "grunderna för kommunernas organisation och verksamhetsformer" skall meddelas i lag.[1597] Av förarbetena till RF 8:5 framgår att man ansåg att arbetsrättsliga regler faller under regeringens restkompetens.[1598] Även Strömberg menar att det förefaller ansträngt att hänföra arbetsrättsliga regler under "organisation och verksamhetsformer".[1599] Det föreligger således inget krav på lagform utan arbetsrättsliga regler när det gäller kommunal anställning faller under regeringens restkompetens. Strömberg påpekar dock att utrymmet för regeringens restkompetens är ytterst begränsat då kommunalanställda är underkastade allmänna arbetsrättsliga regler som således begränsar regeringens utrymme.[1600] Även om detta område är lagreglerat till stor del kan det, åtminstone teoretiskt sett, finnas utrymme för regeringen att meddela föreskrifter om positiv särbehandling vid kommunal anställning.

RF 11:10 reglerar *statlig anställning*. Enligt denna regel skall grundläggande bestämmelser om statstjänstemännens rättsställning meddelas i lag. Regeringen har enbart möjligheter att meddela verkställighetsföreskrifter beträffande detta område. Däremot kan regeringen meddela föreskrifter med stöd av restkompetensen beträffande sådant som inte är grundläggande för statstjänstemännens rättsställning.[1601] Denna bestämmelse gäller för alla statsanställda oavsett vilka arbetsuppgifter de utför.[1602] Grundläggande bestämmelser om statstjänstemännens rättsställning finns bl.a. i LOA.[1603] Anställningsförordningen, högskoleförordningen och Thamförordningen är exempel på föreskrifter som regeringen meddelat som tillåter positiv särbehandling i olika grad.

Avgörande för frågan i vilken utsträckning regeringen kan meddela föreskrifter om positiv särbehandling vid statlig anställning är huruvida

[1596] Prop. 1973:90 s. 210.

[1597] A. prop. s. 302.

[1598] A. prop. s. 306. I propositionen sägs att regeringen är kompetent att meddela bestämmelser "av den art" som fanns i stadgan (1965:602) om vissa tjänstemän hos kommuner m.fl. Bestämmelserna i denna stadga var av arbetsrättslig natur.

[1599] Strömberg, 1999, s. 158.

[1600] A. st.

[1601] A. a. s. 158 f. Delegation är varken nödvändig eller tillåten på detta område. LOA innehåller bemyndiganden för regeringen, men Strömberg menar att dessa får "uppfattas som erinringar om den restkompetens som riksdagen har lämnat kvar åt regeringen". Detsamma måste enligt min mening gälla ifråga om HL 3:6.

[1602] Prop. 1993/94:65 s. 31. År 1971 erhöll alla statligt anställda tjänstemannaställning, Adlercreutz, Svensk arbetsrätt, 2000, s. 15.

[1603] Marcusson, 1996, s. 207.

sådana regler anses vara grundläggande för de statligt anställdas rättsställning eller inte (RF 11:10). Regeln att "sakliga grunder" (såsom jämställdhetsintresset) får beaktas vid offentlig anställning finns i lag (4 § LOA). Även universitetslärares grundläggande rättsställning regleras i lagform, eftersom anställning inom universitet och högskola är en statlig anställning (HL). Av HL 3:6 framgår att närmare föreskrifter om vilka lärarkategorier som skall finnas utöver professorer och lektorer samt vilka behörighetskrav och bedömningsgrunder som skall gälla vid anställning av lärare bestäms av regeringen eller varje högskola själv, om regeringen inte meddelat sådana föreskrifter. HL 3:6 innehåller ingen regel om positiv särbehandling vid anställning till högskola eller universitet. Regeringen har emellertid utfärdat regler som rör positiv särbehandling både i HF (4:16) och Thamförordningen.[1604] Dessutom finns 4 § anställningsförordningen (1994:373) enligt vilken myndigheten skall beakta sådana sakliga grunder som överensstämmer med bl.a. allmänna jämställdhetsmål. Har regeringen haft kompetens att meddela dessa förordningar eller borde de ha meddelats i lagform?

Den regel som föregick RF 11:10 fanns i förra regeringsformens 36 §. Vid tillkomsten av denna regel anfördes som exempel på grundläggande bestämmelser om statstjänstemännen bl.a. bestämmelser om tjänstetillsättning och upphörande av anställningen.[1605] Dessutom kan hävdas att regler om vilka faktorer som får läggas till grund för en offentlig anställning finns för att tillgodose det allmännas intresse av en effektiv förvaltning och är således grundläggande. Det allmänna har intresse av att verksamheten sköts av den mest kompetenta personalen (på samma sätt som vid RF 11:9). Detta talar för att regler om positiv särbehandling är "grundläggande" och således kräver lagform.

Det som talar mot en sådan tolkning är att LOA är avsedd att reglera arbetstagarnas grundläggande rättsställning och att denna lag inte innehåller något särskilt stadgande om positiv särbehandling. I propositionen till LOA sägs att kravet på lagform beträffande statsanställda har som huvudsyfte att tillgodose de allmänintressen som blir aktuella vid utövandet av statlig verksamhet. Det är *inte* i första hand åsyftat att reglera förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.[1606]

Strömberg kommenterar att arbetsrättsliga regler utgör detaljföreskrifter beträffande kommunaltjänstemännens rättsställning beroende på att sådana regler inte kan hänföras till *grunderna* för kommunernas organisation

[1604] Se avsnitt 9.6.2.2.
[1605] Prop. 1964:140 s. 90.
[1606] Prop. 1993/94:65 s. 32.

och verksamhetsformer.[1607] Frågan är om arbetsrättsliga regler utgör detaljföreskrifter även vid statlig anställning genom att inte utgöra *grundläggande* bestämmelser om statstjänstemännens rättsställning. Det är inte lika tydligt att arbetsrättsliga regler inte ingår i "grundläggande bestämmelser om statstjänstemännens ställning". Strömberg förefaller anse att det är fråga om detaljföreskrifter som faller under restkompetensen även i detta fall. Han påpekar att anställningsförordningen tillkommit med stöd av regeringens restkompetens.[1608] Dessutom kan konstateras att HF anger vilka behörighetskrav som uppställs för lärare vid universitet och högskola. Om regler om positiv särbehandling i samband med anställning och uppsägning utgör regler som rör de statsanställdas grundläggande rättsställning, skulle även dessa regler kräva lagform, eftersom de anger förutsättningarna för anställning till universitet och högskola.

Med tanke på innehållet i LOA, att kriterierna för anställning som lärare vid universitet ges i en förordning samt det faktum att regeringen faktiskt har meddelat föreskrifter om positiv särbehandling vid statlig anställning (även i andra förordningar) tyder det mesta på att den allmänna uppfattningen är att regler som uppställer kriterier för anställning och uppsägning inte rör de statsanställdas grundläggande rättsställning. Min slutsats är att regeringen således har rätt att meddela föreskrifter om positiv särbehandling vid anställning och uppsägning av statligt anställda.

9.7.2.3 Utbildning

Föreskrifter om förhållandet mellan det allmänna och enskilda som gäller åliggande eller ingrepp i den enskildas personliga förhållanden skall meddelas i lag enligt RF 8:3. Att delta i högre utbildning räknas inte som ett åliggande. Följaktligen kräver inte föreskrifter om högre utbildning lagform utan kan regleras i förordning med stöd av restkompetensen i RF 8:13.[1609] I den utsträckning det rör sig om ofördelaktiga föreskrifter måste dock regeringen ha ett bemyndigande för att få meddela föreskrifter om ämnet redan regleras i högskolelagen.[1610] Föreskrifter om positiv särbehandling är ofördelaktiga för dem som får träda tillbaka på grund av åtgärden. I HL 4:2 och 3 finns ett bemyndigande för regeringen att meddela föreskrifter om behörighet och urval. Följaktligen får föreskrifter om positiv särbehandling vid antagning till högre utbildning meddelas i förordning. Även utbildning på gymnasienivå är frivillig och föreskrifter

[1607] Strömberg, 1999, s. 158.
[1608] A. a. s. 159.
[1609] Se Strömberg Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 1995, s. 108.
[1610] Strömberg, 1999, s. 160 f.

om även denna faller under restkompetensen.[1611] På samma sätt som beträffande högskolan kan vissa föreskrifter kräva bemyndigande.[1612] I skollagen finns ett bemyndigande i 5:15 st. 3 för regeringen att meddela föreskrifter om urval mellan behöriga sökanden till gymnasieskolan. Regeringen kan alltså meddela föreskrifter om positiv särbehandling i samband med utbildning på både gymnasie- och högskolenivå.

9.7.3 Möjligheter att besluta om positiv särbehandling

9.7.3.1 Arbetsgivarens rekryteringspolitik

Arbetsgivare kan uppställa interna regler angående villkoren för rekrytering. Låt säga att en arbetsgivare beslutar om en sådan "anställningspolicy" med interna föreskrifter om att vissa typer av anställningar enbart skall ges till personer av ena könet. Föreskrifterna kan antingen vara av permanent eller av temporär art. Är detta tillåtet enligt svensk rätt och är det någon skillnad mellan privat och offentlig arbetsgivare?

En *permanent* anställningspolicy som helt utesluter personer av ena könet från vissa typer av anställningar som en offentlig arbetsgivare beslutar om, strider mot RF 2:16, eftersom den missgynnar ena könet.[1613] Policyn kan inte godkännas med hänvisning till att det är i jämställdhetsfrämjande syfte när den är permanent. Detta gäller alla offentliga arbetsgivare, även kommuner. Dessutom kräver både RF 11:9 och LOA att endast sakliga grunder ligger till grund för ett anställningsbeslut och att skickligheten sätts framför kön. Att tillämpa en sådan anställningspolicy skulle även strida mot kravet på saklighet enligt RF 1:9. Om en privat arbetsgivare beslutar om en sådan permanent anställningspolicy kan inte själva riktlinjerna som sådana angripas. Däremot kan de utgöra bevisning för att könsdiskriminering föreligger i enskilda mål om könsdiskriminering.

En permanent anställningspolicy är dessutom i strid med kravet på aktiva åtgärder i jämställdhetslagen. 7 § stadgar att arbetsgivaren skall vidta åtgärder för att "främja en jämn fördelning mellan kvinnor och män i skilda typer av arbete och inom olika kategorier av arbetstagare". Fördelningen skall vara jämn inom varje typ av arbete och inom varje kategori av arbetstagare. En jämn könsfördelning anses vara uppnådd när vartdera könet är representerat av minst 40 procent av arbetstagarna inom en viss kategori av arbetstagare.[1614] En rekryteringspolitik som innebär

[1611] Se Strömberg, 1995, s. 108.
[1612] Strömberg, 1999, s. 160 f.
[1613] Se även avsnitt 8.3.3.
[1614] Prop. 1978/79:175 s. 85 och 168, SOU 1989:30 s. 159.

att enbart personer av ena könet anställs åsyftar inte en jämn könsfördelning.

En *temporär* anställningspolicy, som innebär att vissa anställningar skall förbehållas personer av visst kön, kan dock vara tillåten för en offentlig arbetsgivare. Förutsättningen för det är att anställningspolicyn kan motiveras med att den utgör ett led i jämställdhetssträvanden i enlighet med RF 2:16. Vid eventuella mål om könsdiskriminering kan arbetsgivaren undgå ansvar genom att hänvisa till särskilt intresse eller jämställdhetssträvanden (15 § 2 st. jämställdhetslagen). För privata arbetsgivare gäller samma sak som vid en permanent anställningspolicy. Själva riktlinjerna kan inte angripas, men dessa kan utgöra bevisning för att könsdiskriminering föreligger i enskilda mål om könsdiskriminering.

En anställningspolicy, som av jämställdhetsskäl utesluter ena könet från att komma ifråga för anställning, är emellertid inte tillåten enligt EG-rätten, oavsett om den är permanent eller temporär.[1615]

9.7.3.2 Enstaka anställningsbeslut

Istället för en allmän rekryteringspolitik med interna föreskrifter om anställning kan tänkas att en arbetsgivare bestämmer sig för att vid vissa enstaka tillfällen anställa personer av enbart ena könet eller att skapa en anställning för en viss person.[1616] Anställningsbeslut som en privat arbetsgivare fattar måste vara förenliga med gällande regler. Det krävs, med andra ord, att arbetsgivaren kan motivera sitt anställningsbeslut med något av undantagen i 15 § 2 st. jämställdhetslagen, om det annars skulle vara fråga om könsdiskriminering. För att en åtgärd skall anses ingå som "ett led i jämställdhetssträvanden" krävs att arbetsgivaren antingen har stöd i en jämställdhetsplan eller kan hänvisa till ett jämställdhetsavtal. Sporadiska jämställdhetsåtgärder som innebär diskriminering godtas inte enligt 15 § 2 st. 1 p. jämställdhetslagen.[1617]

RF 1:9 uppställer ett allmänt krav på beaktande av allas likhet inför lagen och innebär att en offentlig arbetsgivare endast får beakta könstillhörighet vid tjänstetillsättning i den utsträckning den offentligrättsliga regleringen tillåter detta. Kommuner träffas inte av RF 11:9 eller LOA och kan därför tillämpa positiv särbehandling i samma utsträckning som privata arbetsgivare. Även om statliga arbetsgivare kan vidta åtgärder i jämställdhetssyfte enligt jämställdhetslagen, har dessa ytterligare krav på

[1615] Se avsnitt 9.4. Uteslutande av ena könet med hänvisning till "verksamhetens art" (artikel 2.2) är dock tillåten, se avsnitt 8.3.2.

[1616] Jfr SOU 1989:30 s. 164 där det föreslås att personliga professurer för kvinnliga forskare inrättas, se även SOU 1996:166 s. 88 och 95.

[1617] SOU 1999:91 s. 62. Se avsnitt 9.5.

sig vid anställandet. RF 11:9 och 4 § LOA hindrar att en statlig anställning *utlyses* enbart till personer av ena könet, eftersom dessa ställer krav på att skickligheten skall sättas före jämställdhetsintresset. Därför kan en statlig arbetsgivare inte i förväg besluta att en viss anställning skall tillsättas med en person av visst kön. Dessa stadganden tillåter dock att jämställdhetsintresset beaktas vid själva anställningsbeslutet, vilket innebär att en statlig arbetsgivare kan ge företräde för en person av underrepresenterat kön med ungefär jämbördiga meriter som medsökande av motsatt kön.[1618]

9.8 Jämförelse mellan svensk rätt och EG-rätt

9.8.1 Abrahamssonmålet

9.8.1.1 EG-domstolens bedömning av Thamförordningen

Det senaste mål som EG-domstolen prövat angående positiv särbehandling, *Abrahamsson* (C-407/98), var på begäran om förhandsbesked från ÖNH. Målet gällde dels Thamförordningens förenlighet med EG-rätten, dels HF 4:16 om möjlighet för högskolorna att tillämpa positiv särbehandling i vissa fall.

Förordningarna har det gemensamt att de kräver att den som ges förtur skall ha *tillräckliga* kvalifikationer för tjänsten samt att skillnaderna i meriter inte får vara så stora att det strider mot saklighetskravet. ÖNH framhöll att det sistnämnda kravet inte är belyst i några rättskällor. Nämnden antog att kriteriet innebär att positiv särbehandling inte skall tillämpas i det fall det innebär en risk för en mer påtaglig effektivitetsförlust om inte den mest kvalificerade sökanden utses.[1619] Det som skiljer de två förordningarna är att Thamförordningen var tvingande, utan möjlighet till undantag medan HF 4:16 innebär att det är *tillåtet* att ge företräde för underrepresenterat kön.

EG-domstolen inledde med att konstatera att lagstiftningen i förevarande mål skilde sig från tidigare mål angående positiv särbehandling på så sätt att den tillät företräde för sökande av underrepresenterat kön som hade tillräckliga kvalifikationer, men inte likvärdiga med de kvalifikationer som medsökande av motsatt kön hade.[1620] Domstolen framhöll att

[1618] Beträffande EG-rättens krav för att tillåta undantag för positiv särbehandling, se avsnitt 9.4.
[1619] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 25.
[1620] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 45.

tillämpningen av de kriterier som ligger bakom en tjänstetillsättning skall redovisas öppet och kunna "bli föremål för prövning för att förhindra godtyckliga bedömningar av de sökandes kvalifikationer".[1621] När domstolen bedömde Thamförordningen ansåg den att den oklarhet som förelåg vid bedömningen av de sökandes kvalifikationer gjorde att det inte stod klart att bedömningen görs utifrån klara och tillförlitliga kriterier (som kan förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för personer av det underrepresenterade könet).[1622] Domstolen kommenterade att "[t]värtom framgår det av lagstiftningen att en sökande till en statlig tjänst av underrepresenterat kön och med tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts [...] Av detta följer att den lagstiftning som är aktuell i ärendet vid överklandenämnden automatiskt ger företräde åt sökande av underrepresenterat kön om dessa har tillräckliga kvalifikationer".[1623]

Därefter konstaterade EG-domstolen att Thamförordningen strider mot likabehandlingsdirektivets artikel 2(1) och 2(4). Detta beror enligt domstolen på att;

1. det inte går att exakt fastställa innebörden av villkoret att en tjänstetillsättning inte får strida mot saklighetskravet, vilket innebär att
2. valet i sista hand grundas enbart på sökandens kön (bland dem med tillräckliga kvalifikationer).
3. Det görs inte heller någon objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.[1624]

Första och tredje punkten relaterar till domstolens tidigare uppsatta regler för positiv särbehandling (reglerna får inte vara helt *automatiska* och *absoluta* utan måste kunna ge möjlighet till *undantag* i varje enskilt fall).[1625] Tidigare i domen har domstolen konstaterat att det faktum att meritbedömningen skedde på ett otydligt sätt samt att regeln var obligatorisk innebar att den var "automatisk".[1626] När domstolen radade upp orsakerna till att förordningen inte är förenlig med likabehandlingsdirektivet angav den *enbart* att otydligheten i tillämpningen av urvalskriterierna ledde till att regeln är för "automatisk". Den nämnde inte att regeln är obligatorisk.

[1621] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 49.
[1622] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 50.
[1623] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 51–52.
[1624] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 53.
[1625] Se avsnitt 9.4.2.2.
[1626] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 50–52.

Domstolen framhöll därefter att otydligheten i meritbedömningen leder till att det är *könstillhörigheten som blev avgörande* i en tillsättningsfråga. Domstolen framställde detta faktum som någonting otillåtet. Detta anser jag är något förvånande. Även i den mildaste formen av positiv särbehandling, som domstolen tidigare haft att bedöma och också godkänt (förtur vid lika meriter), blir könstillhörigheten den sista avgörande faktorn. I *Badeckmålet* framhöll EG-domstolen särskilt att kön, under vissa förutsättningar, får vara det sista avgörande kriteriet.[1627] I den utsträckning domstolen anser att positiv särbehandling är tillåten *måste* den acceptera att könstillhörigheten blir avgörande. Det är ju själva kärnan i positiv särbehandling. En person som tillhör underrepresenterat kön får förtur p.g.a. sin könstillhörighet för att uppnå de eftersträvade jämställdhetsmålet.

Till sist tog domstolen upp sitt andra kriterium för att godkänna positiv särbehandling; regleringen måste kunna ge möjlighet till *undantag* i varje enskilt fall. Domstolen ansåg att förordningen inte innebär en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden. Förordningen lämnade inte någon möjlighet att göra undantag.

Efter att ha kommit fram till att Thamförordningen inte kunde stödjas på artikel 2 (4) i likabehandlingsdirektivet prövade domstolen om förordningen istället kunde grundas på artikel 141 (4) i EU-fördraget. I en enda punkt konstaterade domstolen att urvalsmetoden "under alla omständigheter" inte stod i proportion till det mål som eftersträvades. Närmare hur denna proportionalitetsbedömning gått till förklarade inte domstolen.[1628]

9.8.1.2 EG-domstolens bedömning av högskoleförordningen 4:16 och jämställdhetsaspekten

Vid prövningen av HF 4:16 framhöll EG-domstolen att "en sådan åtgärd för positiv särbehandling som den som är aktuell i förevarande mål inte upphör att vara tvingande och oproportionerlig bara genom att dess tillämpningsområde begränsas".[1629] EG-domstolen godkände emellertid den s.k. jämställdhetsaspekten så länge det görs en objektiv bedömning

[1627] Se *Badeck* (C-158/97) punkt 38.

[1628] *Abrahamsson* (C-407/98 punkt 55.

[1629] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 58. Precis som Numhauser–Henning kommenterar ger denna formulering intryck av att domstolen missförstått HF 4:16s fakultativa karaktär (Numhauser–Henning, EG-domstolen om Tham-professur, Lex Lundensis Nr 1 not 6). Så torde emellertid inte vara fallet, eftersom domstolen förhört sig i frågan hos svenska regeringen samt att i domstolen fanns en svensk domare (Ragnemalm).

av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.[1630] EG-domstolen klargjorde även att det saknar betydelse om ett ärende gäller lägre rekryteringstjänst eller sluttjänst.[1631]

9.8.2 Kommentar till Abrahamssonmålet

9.8.2.1 Förhållandet till tidigare mål

I de tre tidigare målen har lagstiftningen endast tillåtit positiv särbehandling vid lika meriter.[1632] Domstolen har därför inte tidigare bedömt regler som tillåter särbehandling vid olika meriter. Enligt Sigeman skall domen tolkas så att det krävs likvärdiga meriter för att könstillhörighet skall få beaktas (dvs. det som motsvarar den svenska "jämställdhetsaspekten").[1633] Sigeman anser att domstolen uppställt detta villkor i punkt 45 i domen, där domstolen hänvisar till att tidigare praxis rört frågor om positiv särbehandling vid lika meriter.[1634] Enligt min mening understryker domstolen endast att det föreligger en skillnad mellan *Abrahamssonfallet* och de tidigare målen, genom att lagstiftningen som skall prövas i det förstnämnda fallet tillåter skillnader i meriter, medan lagstiftningen i de tidigare målen inte gjorde det. Domstolen säger inget normerande i denna punkt.

9.8.2.2 Domstolens resonemang

EG-domstolen föreföll använda de kriterier den satt upp i tidigare mål angående hur absoluta och automatiska reglerna var och om det fanns möjlighet till undantag i det enskilda fallet. När domstolen först resonerade om huruvida regeln var för *automatisk* nådde den denna slutsats med hänvisning, dels till att meritvärderingen (liksom gränsen för sakligheten) skedde på ett så otydligt sätt, dels att regeln var obligatorisk.[1635] När domstolen sedan sammanfattade varför Thamförordningen strider mot likabehandlingsdirektivet hävdade den att regeln var för automatisk *enbart* med hänvisning till den otydliga meritvärderingen. Regelns tvingande karaktär utelämnades.

Med tillämpning av domstolens tidigare formulerade regler för positiv särbehandling hade även min slutsats varit att Thamförordningen stred

[1630] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 62.
[1631] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 65.
[1632] *Kalanke* (C-450/93), *Marschall* (C-409/95) och *Badeck* (C-158/97).
[1633] Sigeman, Positiv särbehandling vid Uppsala universitet, 2000, s. 7.
[1634] Sigeman, 2000, s. 7.
[1635] *Abrahamsson* (C-407/98), punkt 50–52.

mot EG-rätten. Enligt min mening framgår att regeln var för automatisk redan av det faktum att förordningen var obligatorisk utan möjlighet till undantag i det enskilda fallet. En kvinna skulle tillsättas om hon hade tillräckliga kvalifikationer. Villkoret att meritskillnaden inte fick vara för stor utgjorde inget undantag utan var en förutsättning för tillämpning av regeln.[1636]

EG-domstolen verkar emellertid inte ha brytt sig om reglernas utformning i detta avseende. I sådana fall skulle den inte ha ansett att även HF 4:16 är för ovillkorlig när denna regel på intet sätt är tvingande. Domstolen fann istället att reglerna är för ovillkorliga och undantagslösa enbart p.g.a. att meritvärderingen inte skedde på ett tillräckligt objektivt och transparent sätt och att könstillhörigheten blir den avgörande faktorn.[1637]

Numhauser–Henning menar att det domstolen vände sig mot var just det faktum att urvalskriterierna innebar att könstillhörigheten blev avgörande och inte den typ av öppna och kontrollerbara kriterier som förekom i *Badeck*.[1638] Hon menar att domstolen inte accepterade konstruktionen av urvalsmetoden – "att den lägger (underrepresenterat) kön till grund för urvalet".[1639] Även JämO tolkar domen så att regler om positiv särbehandling är för *automatiska* om könstillhörighet är det *enda* avgörande kriteriet.[1640] Enligt min mening är det just meritvärderingen som gör att varken Thamförordningen eller HF 4:16 godkänts av domstolen. Den sker utan fasta, kontrollerbara urvalskriterier. Domstolen har uttryckligen accepterat att kön blir avgörande vid positiv särbehandling vid lika meriter i tidigare mål. Det förefaller därför osannolikt att domstolen menar att kön aldrig skall få fungera som det avgörande kriteriet. Det skulle innebära att domstolen förbjuder all positiv särbehandling, även vid lika meriter. Uttalandet om att könstillhörighetens betydelse måste istället ses mot bakgrund av domstolens kritik av hela urvalsförfarandet. Könstillhörigheten får inte bli ensamt, avgörande kriterium när det är otydligt vilka övriga kriterier som har beaktats. Det *hindrar* dock inte att kön kan bli avgörande kriterium även vid en skillnad i meriter. Förutsättningen är att det klart framgår hur meritbedömningen gått till.

[1636] Jfr Sigeman som verkar mena att detta utgjorde ett undantag. Se Post och Inrikes Tidningar den 4 september 2000, s. 1 och 3.
[1637] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 53.
[1638] Numhauser–Henning, Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön, 2000, s. 165 f.
[1639] Numhauser–Henning, 2000, s. 167.
[1640] JämO, Positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten, 2000, s. 8.

9.8.2.3 *Förslaget att ändra meritvärderingen så att den (delvis) gynnar kvinnor*

De meritvärderingsnormer som domstolen föreslår skall inte sammanblandas med frågan om positiv särbehandling. I *Badeck* kom domstolen fram till att vissa kriterier generellt kan gynna kvinnor och missgynna män fast de till sin utformning är könsneutrala. Det kan exempelvis vara fråga om beslut att tjänsteår, ålder och dagen för senaste befordran endast skall beaktas om det har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter eller att ledigheter för vård av barn eller vårdbehövande närstående inte skall ha negativa inverkningar (etc.).[1641] Det kan i och för sig anses revolutionerande att ha möjlighet att beakta faktorer vid en meritbedömning som tidigare inte ansetts vara objektivt sakliga. (Detta är ett tydligt exempel på att det är en värderingsfråga vad som är att anse som sakligt, jämför diskussionen s. 368 ff.) Det svarar emellertid inte på frågan i vilken grad positiv särbehandling är tillåten enligt EG-domstolen.

Numhauser–Henning menar att detta rör sig om "positiv särbehandling inom ramarna för begreppet indirekt diskriminering".[1642] Jag håller inte med. Numhauser–Henning m.fl. påpekar att de könsneutrala urvalskriterier som generellt sett gynnar kvinnor skulle kunna utgöra indirekt diskriminering, eftersom de i motsvarande mån missgynnar män.[1643] Det är helt riktigt. Jag vänder mig emellertid emot användandet av begreppet "positiv särbehandling" i denna situation, eftersom resultatet av omvärderingen av urvalskriterierna inte är att en person av underrepresenterat kön därmed får förtur. Resultatet är precis vad Numhauser–Henning själv anför, nämligen att "meritvärderingsekvationen hyfsas". Det är först när meritvärderingen är avklarad som frågan om positiv särbehandling blir aktuell. Om företräde då ges till en person av underrepresenterat kön, är det fråga om positiv särbehandling.

Det kan kallas för en "aktiv åtgärd" om en arbetsgivare beslutar att omvärdera meritvärderingen i syfte att öka underrepresenterat köns chanser, men detta har inget att göra med frågan om huruvida positiv särbehandling är tillåten. En sådan föreslagen åtgärd förändrar rådande syn på meritvärdering och möjliggör en "uppvärdering" av personer som t.ex. varit föräldralediga men innebär inte på något sätt en positiv särbehandling, ens i den svagaste formen. Det är först när meritvärderingen är avklarad som frågan om positiv särbehandling uppkommer. Det är först

[1641] *Badeck* (C-158/97) punkt 31–32.
[1642] Numhauser–Henning, 2000, s. 166.
[1643] Numhauser–Henning, Lex Lundensis Nr 1, punkt 8, JämO, 2000, s. 8, Sigeman, 2000, s. 7.

då det är dags att avgöra vem som skall få anställningen. Domstolen understryker f.ö. själv att de "nya" meritkriterierna är *könsneutrala*. Det kan med andra ord inte vara fråga om positiv särbehandling.

Kriterier som innebär beaktande av de personliga förhållanden som föreslås innebär att följande situationer kan föreligga vid en tillsättning:

1) Två sökande har lika meriter och de nya meritkriterierna förändrar inte detta.	2) Två sökande med olika meriter förblir olika.
3) Två sökande med olika meriter "blir" likvärdiga.	4) Den ena av två sökande "förhöjs" tack vare de nya normerna.

Första och tredje situationen innebär att två sökande har likvärdiga meriter efter meritbedömningen. I den första situationen påverkas inte meriterna av en uppvärdering enligt nya meritkriterier. I den tredje situationen förhöjs den ena sökandes meriter så att han eller hon hamnar på samma nivå som sin konkurrent. Positiv särbehandling sker enbart om valet mellan de två likvärdiga sökande styrs av vederbörandes könstillhörighet.

I situation nummer två förändrar inte en uppvärdering, enligt nya meritkriterier, det faktum att den ena sökande är bättre kvalificerad än den andra. I fjärde situationen förhöjs en av de sökande, från att ha ansetts som jämbördig till att anses som bättre meriterad, tack vare de nya meritkriterierna. I dessa situationer är de sökande inte jämbördiga i slutändan, utan den ena anses bättre kvalificerad. Om den bäst kvalificerade erhåller anställningen sker ingen positiv särbehandling. Positiv särbehandling sker enbart om den sämre kvalificerade sökande blir anställd p.g.a. att han eller hon tillhör underrepresenterat kön. Det är alltså först när meritbedömningen är avklarad, som frågan om positiv särbehandling blir aktuell.

9.8.2.4 EG-domstolens behandling av artikel 141 (4)

När EG-domstolen skulle pröva om Thamförordningen kunde rättfärdigas med stöd av artikel 141 (4) i EU-fördraget konstaterade den bara att urvalsmetoden inte stod i proportion till det eftersträvade målet, utan att närmare förklara varför.[1644] Domstolen har först konstaterat att gränsen

[1644] *Abrahamsson* (C-407/98) punkt 55.

för saklighetskravet inte framgår tillräckligt tydligt i förordningarna och angivit detta som skäl för att underkänna reglerna. Därpå avger domstolen alltså detta kryptiska uttalande att reglerna är oproportionerliga utan att ge någon vägledning till vari det oproportionerliga faktiskt består.

JämO har tolkat detta som att domstolen ansåg att Thamförordningen var för diskriminerande mot individer i förhållande till sitt ändamål. "Tillsättandet av trettio professurer är inte tillräckligt för att förbättra den sneda könsbalansen i vetenskapssamhället".[1645] Jag tvivlar på att domstolen skulle ha ansett att förordningen varit proportionerlig om tillsättandet istället rört, låt säga, 100 professurer. Det var m.a.o. inte antalet professurer som avgjorde om förordningen var proportionerlig eller inte. Det är tänkbart att domstolen menade att det var tillåtandet av skillnad i meriter mellan de sökande som gjorde att reglerna var oproportionerliga men det sägs inte. Av tidigare genomgång framgår att domstolen underkände hela urvalsförfarandet och inte tillåtandet av en meritskillnad. Domstolen ger inga ledtrådar till hur den gör proportionalitetsbedömningen eller ens vad ändamålet är. Det hade varit önskvärt att domstolen varit mer utförlig när den för första gången tolkade artikel 141 (4).

9.8.2.5 Slutsats

Domstolen uttalar sig inte om vilken skillnad i meriter som är tillåten. Punkt 45 i domen är enbart ett påpekande om att lagstiftningen som behandlas i målet skiljer sig från tidigare mål. Domstolens resonemang visar att det är själva urvalsförfarandet som inte håller måttet. Då detta system underkänts pekar domstolen på sätt att förtydliga meritvärderingssystemet samtidigt som förslaget förväntas gynna kvinnor. Förslaget säger dock inget om positiv särbehandling och tillåten skillnad i merithänseende. Domstolens uttalanden om att kön inte får vara det enda avgörande kriteriet hänger samman med det otydliga urvalsförfarandet. Domstolen har tidigare samma år uttryckligen framhållit att kön får vara avgörande. Domen vore dessutom helt inkonsekvent om domstolen å ena sidan hävdar att kön inte får vara det avgörande kriteriet samtidigt som den å andra sidan accepterar kön som avgörande kriterium beträffande jämställdhetsaspekten.

Domen i *Abrahamssonfallet* förtjänar kritik av den anledningen att domstolen försuttit en chans att klargöra rättsläget. Exempelvis anser domstolen att reglerna är för automatiska men är otydlig i resonemanget om varför. Det framgår inte heller av domen att domstolen var klar över skillnaden mellan Thamförordningen och HF 4:16, tvärtom ger formule-

[1645] JämO, 2000, s. 9.

ringarna intrycket av att domstolen missat detta. Dessutom är domstolens uttalande om att könstillhörighet inte får bli avgörande ägnade att skapa förvirring när den samtidigt accepterar jämställdhetsaspekten.

Som jag har sagt, har domstolen inte klargjort hur stor jämställdhetsintervall som är tillåtet enligt EG-rätten. Av tidigare mål framgår att positiv särbehandling kan tillåtas vid lika meriter. Genom domen i *Abrahamssonfallet* är nu klart att positiv särbehandling även kan accepteras när meriterna är även "i det närmaste" jämbördiga. Det återstår att se hur domstolen behandlar lagstiftning som uppfyller domstolens krav på transparents, tydlighet och möjligheter till undantag, men som tillåter positiv särbehandling vid en tydlig skillnad i meriter. Än så länge finns det sålunda inget som hindrar positiv särbehandling vid olika meriter. Förutsättningen för detta är dock att det inte sker rutinmässigt, att det sker enligt tydliga kriterier och att det i varje enskilt fall finns möjlighet att välja den bäst meriterade personen av överrepresenterat kön.

Regeringen har ännu inte ändrat HF 4:16, vilket jag anser är förvånande.[1646] Även om domen på många sätt är otydlig står det klart att EG-domstolen underkände både Thamförordningen och HF 4:16. I HF 4:15 anges de kriterier som skall beaktas vid anställning av lärare till universitet och högskola. För att kunna beakta ytterligare kriterier måste dessa framgå i förordningen. Mot bakgrund av att EG-domstolen underkände HF 4:16 för att inte vara tillräckligt tydlig, krävs enligt min uppfattning, en förändring av regeln som innebär att de faktorer som skall få beaktas för att ge förtur till underrepresenterat kön klarare måste framgå.

Ett alternativ till den typ av meritvärdering som sker enligt HF är vad Sigeman kallar för "terrasserad skala". Han kallar det meritvärderingssystem som finns inom det svenska universitetsväsendet för en "kontinuerlig skala". Denna innebär att även små skillnader redovisas efter en helhetsbedömning. En terrasserad skala innebär istället att redovisningen av meriter sker i etapper där det kan råda betydande nivåskillnader mellan "terrasserna".[1647] Det medför att personer som exempelvis avlagt en viss universitetsexamen och arbetat ett visst antal år anses ha likvärdiga meriter, vilket de inte skulle enligt den svenska modellen.

Detta kan jämföras med svenska förhållanden när det rör sig om icke-kvalificerat arbete. I *AD 1982 nr 139* sade domstolen att arbetsgivaren kunde använda enklare system för urval och anställning beträffande enklare sysslor i syfte att eftersträva en jämn könsfördelning medan mer kvalificerade befattningar däremot krävde en noggrann prövning av de

[1646] 2001-05-20.
[1647] Sigeman, 2000, s. 7.

sökandes sakliga förutsättningar.[1648] Domstolens synsätt verkar vara att när det är fråga om enklare arbete, är alla som klarar kraven ungefär lika meriterade.

I de tyska målen som EG-domstolen prövat har det varit fråga om en terrasserad skala.[1649] Ingen har ifrågasatt delstaternas rätt att själva besluta om typ av meritvärderingssystem. Det är något förvånande, anser jag, att EG-domstolen framhåller vikten av tydliga och klara meritvärderingsnormer och efterlyser genomskinlighet, samtidigt som den accepterar ett meritvärderingssystem som buntar ihop alla som har en viss utbildning och anställningstid till att ha "likvärdiga meriter". EG-domstolen har understrukit vikten av den enskildes rätt till bedömning i varje enskilt fall så att personliga förhållanden hos en sökande av överrepresenterat kön kan bli avgörande för tillsättningen. Detta förefaller motsägelsefullt i förhållande till nämnda meritvärderingssystem. Det kan ifrågasättas om ett sådant system är mer öppet och objektivt än de svenska reglerna som ändå innebär en ingående prövning av de sökandes vetenskapliga meriter.

Man kan fråga sig om detta meritvärderingssystem skulle kunna vara ett alternativ för Sverige. Som redan sagts accepterar AD att det räcker med att sökande har tillräckliga meriter för att betraktas som likvärdiga när det gäller enklare sysslor. Vid mer kvalificerade arbeten bör dock en kontinuerlig skala vara att föredra av samma skäl som EG-domstolen förespråkar, nämligen tydlighet och klarhet. Effektivitetskrav och intresset av att få bäst den kvalificerade personen anställd talar också för att den svenska modellen bör bibehållas.

9.8.3 Positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen

Jämställdhetslagen förefaller uppfylla EG-domstolens uppställda kriterier på regler som tillåter positiv särbehandling.

Utmärkande för positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen är att;

1) det får föreligga en skillnad i meriter mellan de sökande,
2) det är arbetsgivaren som avgör om positiv särbehandling skall tillämpas och
3) den måste ske planmässigt.

När det gäller kriteriet att en regel om positiv särbehandling inte får vara för *automatisk och absolut* kan konstateras att regeln i 15 § 2 st. 2 p. jämställdhetslagen inte är tvingande utan utgör en möjlighet för arbetsgivaren.

[1648] *AD 1982 nr 139* s. 1100.
[1649] *Kalanke* (C-450/93), *Marschall* (C-409/95) och *Badeck* (C-158/97).

Kriteriet att det skall finnas *utrymme för undantag* från den positiva särbehandlingen förefaller uppfyllt. Förutsättningen för att positiv särbehandling skall vara tillåten enligt jämställdhetslagen är att den sker planmässigt. Det hindrar emellertid inte att arbetsgivaren i varje enskilt fall avgör om en person av överrepresenterat kön skall tillsättas eller inte. Det finns således utrymme för att beakta personliga förhållanden vid varje enskilt anställningstillfälle. Jämställdhetslagen förefaller således motsvara EG-domstolens uppsatta krav på positiv särbehandling.

HF 4:16 var också fakultativ men blev ändå underkänd. Problemet var, som framgår ovan, att meritvärderingen skedde på ett oklart sätt. Innebär *Abrahamssondomen* att man kan dra slutsatsen att även jämställdhetslagens kriterier på meritbedömningen är för oklara? Sigeman hävdar att EG-rätten "*kräver* att kriterierna för positiv särbehandling *bör* anges i nationell rätt och vara tydliga och kontrollerbara" (min kursivering).[1650] Han hänvisar till konstitutionella principer, EG-rättens krav och rättssäkerhetskrav för att motivera varför kriterierna skall framgå i HF 4:16. Sigeman verkar dock inte mena att det är ett absolut krav att kriterierna framgår av lagtexten utan föreslår, som alternativ, att en hänvisning om att handlingsfriheten är begränsad enligt EG-rätten införs i föreskriften.

Skillnaden mellan HF och jämställdhetslagen är att den förstnämnda uppställer vilka kriterier som överhuvudtaget får beaktas vid anställning som lärare vid universitet och högskola. Det är därför inte underligt att en möjlighet till undantag som inte närmare anger när undantag är tillåtna, inte godkändes av domstolen. Denna regel bör därför ändras. Med jämställdhetslagen förhåller det sig annorlunda. Det är inte möjligt att införa vilka kriterier som skall beaktas i jämställdhetslagen, eftersom denna äger generell tillämplighet på alla typer av arbete. Det kan vara fråga om enklare arbete där meritvärderingen sker på så sätt att alla som uppfyller kraven betraktas som likvärdiga. Det kan också vara fråga om mer kvalificerat arbete såsom chefsposter. Det är arbetsgivaren som avgör vilka kriterier som är meriterande. Jag är av den uppfattningen att EG-rätten inte ställer krav på att urvalskriterierna måste framgå direkt av lagtexten. En hänvisning i jämställdhetslagen till att EG-rätten ställer vissa krav för att tillåta positiv särbehandling är dock önskvärd, även om den inte är nödvändig.

EG-rätten ställer krav på att meritbedömningen är genomskinlig. Något motsvarande krav framgår inte uttryckligen i jämställdhetslagen. Det sägs i utvärderingen av första jämställdhetslagen att skillnaden i meriter inte får vara alltför stor och att positiv särbehandling inte får innebära att någon utan tillräcklig kompetens tillsätts på grund av att han

[1650] Sigeman, Lag och avtal, nr 2, 2001, s. 6.

eller hon tillhör ett visst kön.[1651] Dessa krav skulle kunna införas i lagtexten. Likaså skulle man kunna fylla på med förtydligande i lagtexten att arbetsgivare måste genomföra en meritvärdering som är klar och tydlig och som därmed är *genomskinlig*. Som jag ser det är det emellertid inte *nödvändigt* att införa detta i lagtexten. Det framgår inte av EG-domstolens domar att lagstiftningen uttryckligen måste föreskriva att meritvärdering skall vara genomskinlig. Det som är av vikt är att arbetsgivarens meritvärdering faktiskt kan bedömas i efterhand. Därför är min slutsats att *Abrahamssondomen* inte innebär att jämställdhetslagen måste ändras.[1652]

9.9 Positiv särbehandling vid antagning till utbildning

9.9.1 Positiv särbehandling vid grundläggande utbildning

9.9.1.1 Folkrätt

Inom folkrätten finns flera bevis för att positiv särbehandling vid antagning till utbildning är något som accepteras (och t.o.m. efterfrågas) så länge det sker under en begränsad tid. Kvinnokonventionen anger uttryckligen i artikel 4 att tillfälliga åtgärder som vidtas för att åstadkomma reell jämställdhet inte strider mot förbudet mot diskriminering av kvinnor (se avsnitt 9.3). Enligt artikel 10 i konventionen skall kvinnor ha *samma* möjligheter, *lika* tillträde (etc.) till utbildning som män. Artikeln innehåller inte något stadgande om att kvinnor skall eller får ges företräde till utbildning, men denna möjlighet framgår som sagt redan av artikel 4. Dessutom kräver artikel 10 (f) att staterna vidtar särskilda åtgärder för att minska antalet avhopp av kvinnliga elever. I den allmänna rekommendationen nr 5 (1988) uppmanar kvinnokommittén staterna att använda tillfälliga aktiva åtgärder i form av bl.a. positiv särbehandling och kvotering för att förhöja kvinnors integration inom bl.a. utbildning och för att åstadkomma *de facto* jämställdhet mellan kvinnor och män.[1653]

Målsättningen sägs i KESKR-kommitténs allmänna kommentar nr 13 (1999) vara reell jämställdhet. Därför anser kommittén att tillfälliga

[1651] SOU 1990:41 s. 218.

[1652] Om det däremot i framtiden skulle visa sig att EG-rätten enbart tillåter positiv särbehandling vid i princip jämbördiga meriter löper Sverige risk att få en fördragsbrottstalan emot sig om jämställdhetslagen inte ändras, se artikel 226 och 227 EU-fördraget.

[1653] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988).

åtgärder inte strider mot artikel 13 i konventionen. Bl.a. uttalar kommittén att:

> "The adoption of temporary special measures intended to bring about de facto equality for men and women and for disadvantaged groups is not a violation of the right to non-discrimination with regard to education, so long as such measures do not lead to the maintenance of unequal or separate standards for different groups, and provided they are not continued after the objectives for which they were taken have been achieved."[1654]

UNESCO uttalade redan 1979 att tills "full equality" är uppnådd i utbildningssystem finns behov av särskilda program för flickor och kvinnor för att möjliggöra en reducering och slutligen eliminera gapet.[1655] 1994 förklarade ministrarna vid den internationella konferensen om utbildning att de avsåg att vidta åtgärder för att eliminera all direkt och indirekt diskriminering av flickor och kvinnor i samband med utbildning samt att de skulle vidta särskilda åtgärder (*specific measures*) för att försäkra att dessa kan utveckla sin fulla potential (artikel 2.3).[1656]

Artikel 20 i den europeiska sociala stadgan handlar om likabehandling avseende anställning och yrkesutövning. Detta inbegriper yrkesutbildning och vidareutbildning. I tillägget till stadgan förklaras att artikel 20 inte hindrar att "särskilda åtgärder vidtas i syfte att undanröja faktiska brister i jämställdhet".

9.9.1.2 EG-rätt

1985 antog rådet en resolution om ett handlingsprogram för lika möjligheter för flickor och pojkar i undervisning.[1657] Programmet syftade bl.a. till att eliminera stereotyper och att motivera både pojkar och flickor att göra otraditionella val i utbildning och yrkesutbildning. Även kommissionens rekommendation från 1987 uppmanar medlemsstaterna att vidta åtgärder för att uppmuntra unga och vuxna kvinnor att utbilda sig för ett yrke, framförallt beträffande yrken där kvinnor är underrepresenterade.[1658]

Artikel 141 (4) i EU-fördraget anger att åtgärder som rör särskilda förmåner får vidtas för att underlätta för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet. När det gäller yrkesutbildning förefaller det

[1654] CESCR General Comment 13 (december 1999) punkt 32.
[1655] E/CN.6/632. 21 punkt 92.
[1656] UNESCO Declaration and Integrated Framework of Action on Education for Peace, Human Rigths and Democracy (1994).
[1657] OJ C 166 1985 s. 1 – 4.
[1658] OJ L 342 1987 s. 35–37.

således finnas grund för positiv särbehandling redan i fördraget, eftersom yrkesutbildning är en grundläggande förutsättning för att kunna utöva en yrkesverksamhet.[1659] Åtgärder som inbegriper positiv särbehandling beträffande yrkesutbildning kan därmed stödjas på fördragsregeln, som till skillnad mot övriga här nämnda stadganden, är bindande. Även artikel 2 (4) i likabehandlingsdirektivet är bindande. Direktivet omfattar uttryckligen yrkesutbildning (artikel 4) och artikel 2 (4) anger att direktivet inte skall hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män.[1660] Positiv särbehandling beträffande annan utbildning än yrkesutbildning kan däremot inte stödjas på vare sig artikel 141 (4) i EU-fördraget eller artikel 2 (4) i likabehandlingsdirektivet.

Rätten till utbildning framgår i EU:s stadga om mänskliga rättigheter i artikel 14. Artikel 23 anger därefter att jämställdhet mellan kvinnor och män skall säkerställas på *alla* områden och att särskilda förmåner som ges till underrepresenterat kön inte skall anses strida mot principen om jämställdhet. Artikeln förefaller ge utrymme för positiv särbehandling i och med att den inte anger att förmåner i form av positiv särbehandling är förbjudna.

9.9.1.3 Svensk rätt

Eftersom det råder allmän skolplikt i grundskolan, kan positiv särbehandling inte vara aktuell där. Vid antagning till gymnasiet är det annorlunda. Enligt skollagen 1:2 och läroplanerna skall alla barn och ungdomar, oberoende av kön, ha *lika tillgång* till utbildning i det offentliga skolväsendet. I propositionen om jämställdhetspolitiken inför 90-talet sägs att det långsiktiga målet är en jämn könsfördelning i alla utbildningar i gymnasieskolan. Precis som i arbetslivet uppställs ett mål på att inget kön skall vara representerat med mindre än 40 %.[1661] Departementschefen uttalade i samband med stadgandets tillkomst att "lika tillgång till utbildning" innebär mer än att alla skall ha samma formella möjligheter att få utbildning. Alla huvudmän har ansvar för att utforma sitt skolväsende och sin utbildning på sådant sätt att inte något barn eller någon ungdom i realiteten förhindras att få del av utbildning på grund av sitt kön. Bestämmelsen innebär att kön inte får utgöra grund för eller rent faktiskt leda till särbehandling. Enligt föredragande statsråd kan detta innebära att de elever, som i något avseende är missgynnade, särskilt

[1659] I avsnitt 8.2.1.2 behandlas frågan om EU:s kompetens att meddela föreskrifter beträffande tillträde till utbildning.
[1660] För en mer utförlig genomgång av artikeln se avsnitt 9.4.
[1661] Prop. 1987/88:105 s. 47 och 79.

måste stödjas.[1662] Stadgandet får alltså inte tolkas på så sätt att den skulle hindra skolhuvudmännen att vidta särskilda åtgärder för att få barn och ungdomar att delta i utbildning som de annars skulle kunna förväntas avstå p.g.a. kön.[1663]

Enligt skollagen 5:8 skall i första hand sökande som är hemmahörande i kommunen som anordnar utbildningen (eller i kommun som tillhör samverkansområde) antas. Regeringen får meddela föreskrifter om urval mellan behöriga sökanden (5:15). När dessa antas och antalet platser är färre än antalet sökande skall platserna fördelas med betygen som grund (6:4 gymnasieförordningen 1992:394). Om antalet platser är färre än antalet sökande skall en s.k. *fri kvot* avsättas för dem som av "särskilda omständigheter bör ges företräde" framför övriga sökande (6:2 och 6:3 st. 1 p. 1). Det finns inte några regler för frikvotsbedömning men en praxis, som bygger på Kommunförbudets handledning, har utvecklats. Den fria kvoten används när en sökande måste bedömas individuellt, t.ex. på grund av sociala, ekonomiska skäl, att personen haft anpassad studiegång, saknar fullständigt betyg eller har utländska betyg.[1664] (När dessa tagits emot får kommunen, enligt 6:1 gymnasieförordningen, ta emot andra behöriga sökande). Beslut om intagning får inte överklagas (skollagen 5:15 och gymnasieförordningen 12:1). Även vid kommunal vuxenutbildning och påbyggnadsutbildning kan en *fri kvot* avsättas till dem som av särskilda omständigheter bör ges företräde enligt 3:11 förordningen om kommunal vuxenutbildning (1992:403).

Det har tidigare funnits regler om positiv särbehandling och kvotering av underrepresenterat kön vid antagning till gymnasieutbildning. Positiv särbehandling förekom på så sätt att den sökande kunde tillgodoräkna sig 0,2 extrapoäng vid urvalet, om andelen intagna elever av ett kön på en linje var mindre än 30 procent i hela landet. Kvotering infördes i samband med försöken med de treåriga yrkesförberedande utbildningarna. Vissa utbildningar skulle kvoteras genom att minst 20 procent av det underrepresenterade könet skulle återfinnas på linjen.[1665]

1995 ändrades skolagen 1:2 och 1:9 genom ett tillägg att de som verkar inom skolan har en särskild plikt att bl.a. *främja* jämställdhet mellan könen. Detta gäller såväl det offentliga skolväsendet för barn och ungdom som det offentliga skolväsendet för vuxna. Denna skyldighet fanns redan enligt läroplanerna men regeringen ansåg att detta ansvar var så

[1662] Prop. 1990/91:18 s. 27.

[1663] Vogel, Skollag, Karnov, 2000/01, s. 4153.

[1664] Werner, Skolledarpraktika. Vad varje rektor måste veta om skolans regler och hur de hanteras till vardags, 1998, 13:E, s. 16.

[1665] Prop. 1994/95:164 s. 19.

viktigt att det borde framgå direkt av lagen.[1666] Samtidigt som detta tillägg infördes uttalades i propositionen att positiv särbehandling inte kan tillåtas, eftersom 1:2 det stadgar att alla barn och ungdomar skall ha *lika* tillgång till utbildning i det offentliga skolväsendet oberoende av kön.[1667] I propositionen sägs även att regeringen övervägde att återinföra ett system med extrapoäng för underrepresenterat kön vid antagningen till gymnasieskolan (alltså positiv särbehandling) men avstod av samma skäl.[1668] Eftersom dessa regler även gäller fristående skolor, kan inte heller dessa tillämpa positiv särbehandling vid antagning.[1669]

Inom arbetslivet accepteras positiv särbehandling som ett medel för att åstadkomma jämställdhet. Ett tecken på jämställdhet anses vara könsfördelningen inom varje arbetskategori på arbetsplatsen. Trots att jämställdhetsmålen är desamma vad gäller gymnasial utbildning förkastas medlet positiv särbehandling för att uppnå målet med hänvisning till att det förhindrar *lika tillgång* till utbildning. Detta argument kan även användas (och används) för att kritisera positiv särbehandling i arbetslivet. Omvänt måste då de argument som motiverar positiv särbehandling i arbetslivet också kunna motivera positiv särbehandling vad gäller utbildning.

Ett av de stora problemen beträffande könsdiskriminering är just den könssegregerade arbetsmarknaden med bl.a. olika lön för kvinnor och män som följd.[1670] Utbildning är förutsättningen för att ha lika möjligheter på arbetsmarknaden. Ett sätt att förändra en könsstereotyp syn på arbetsmarknaden och uppdelningen av denna skulle kunna vara att underlätta tillgången till utbildning där ena könet är kraftigt underrepresenterat. En jämförelse kan göras med Norge där det finns en särskild förordning om positiv särbehandling av män till arbeten inom barnomsorg och undervisning, men också för utbildning till sådant arbete.[1671]

9.9.2 Högre utbildning

9.9.2.1 Folkrätt

Gemensamt för de internationella instrumenten som behandlar högre utbildning är att de stadgar att tillträde till sådan skall grundas på de

[1666] Prop. 1994/95:164 s. 11.
[1667] A. prop. s. 19 f.
[1668] A. prop. s. 20.
[1669] Fristående gymnasieskola behandlas i avsnitt 6.3.1.3.
[1670] Mer om detta i kapitel 4 om socialt kön.
[1671] 2 § Forskrift om særbehandling av menn (Fastsatt ved kgl. Res. 17 juli 1998 med hjemmel i lov av 9 juni 1978 nr 45 om likestilling mellom kjønnene § 3 fjerde ledd. Fremmet av Barne- og familiedepartementet).

sökandes kvalifikationer. Den universella förklaringen om mänskliga rättigheter föreskriver att högre utbildning skall vara lika tillgänglig för alla grundat på *kvalifikationer* (artikel 26(1)). KESKR uttrycker att högre utbildning skall finnas tillgänglig för alla på grundval av *kapacitet* (artikel 13). Kvinnokonventionen artikel 10 inleds med att staterna skall garantera kvinnor samma rättigheter som män beträffande utbildning. Enligt artikel 10 i den europeiska sociala stadgan åtar sig staterna att tillförsäkra tillgänglighet av högre teknisk- och universitetsutbildning baserat på personlig *skicklighet*. I UNESCO-deklarationen om högre utbildning (1998) erinras om den universella förklaringen samt artikel 4 i utbildningskonventionen som ålägger staterna att göra högre utbildning tillgänglig för alla "*on the basis of individual capacity*".[1672]

Enligt Craven måste artikel 13 (2) (c) KESKR förmodligen tolkas så att den utesluter möjligheten till kvotering, eftersom den uttryckligen stadgar att antagningen till högre utbildning skall ske efter "kapacitet".[1673] Med samma argument borde därmed även positiv särbehandling i andra former vara utesluten. Samtidigt påpekar han att ett argument för att kvotering ändå skulle vara tillåten är det faktum att artikeln är "*open to progressive achievement*". Det skulle innebära att en kvotering för en viss grupp av studenter skulle kunna rättfärdigas om det går att visa att den skulle bidra till "lika tillgång" till utbildning grundat på kapacitet i framtiden.[1674] KESKR-kommitténs tolkning av diskrimineringsförbudet och rätten till utbildning avser även högre utbildning och visar att kravet på "kapacitet" inte hindrar att tillfälliga åtgärder i form av positiv särbehandling eller kvotering vidtas.[1675] Staterna kan därmed vidta positiv särbehandling under en begränsad tid i syfte att åstadkomma reell jämställdhet utan att det strider mot konventionen. Likaså har kvinnokommittén uppmanat staterna att vidta tillfälliga åtgärder i form av positiv särbehandling och kvotering för att öka kvinnors integration i bl.a. utbildning.[1676]

ILO-konvention nr 111 omfattar högre utbildning när sådan är nödvändig för att kunna få en viss anställning eller kunna utöva visst yrke.[1677] Artikel 5 (2) anger uttryckligen att särskilda åtgärder får vidtas. Enligt expertkommittén inbegriper detta positiv särbehandling som alltså

[1672] UNESCO World Declaration on Higher Education, Paris, 1998.
[1673] Craven, 1998, s. 187.
[1674] A. a. s. 187.
[1675] CESCR General Comment 13 (december 1999) punkt 32.
[1676] CEDAW General Recommendation No. 5 (1988).
[1677] Nielsen, H.K. ICLQ 1994, s. 832.

får vidtas vid yrkesutbildning.[1678] Artikel 3 (d) utbildningskonventionen förbjuder däremot att fördelar ges till elever enbart p.g.a. att de tillhör en viss grupp. Således tillåter inte utbildningskonventionen positiv särbehandling.

I UNESCO-deklarationen om högre utbildning (1998)[1679] erinrar staterna i preambeln om att högre utbildning skall vara tillgänglig för alla, baserat på meriter eller kapacitet som det står i den universella förklaringen och artikel 4 i utbildningskonventionen. Deklarationen innehåller inte något stadgande om att det är tillåtet för staterna att vidta positiv särbehandling för att öka kvinnors tillgång till högre utbildning (se artikel 4). Däremot sägs i artikel 3 (d) att tillgången till högre utbildning skall "aktivt underlättas" (*be actively faciliated*) för vissa utsatta grupper, eftersom sådana grupper, både som kollektiv och individer, kan besitta erfarenheter och talanger som kan vara av stort värde för utvecklingen. Exempel på sådana grupper sägs vara ursprungsbefolkning, kulturella och språkliga minoriteter, eftersatta grupper, ockuperade grupper och invalider. Kvinnor nämns inte men borde kunna inrymmas i "eftersatta grupper". Vad som menas med att tillgången till utbildning aktivt skall underlättas framgår dock inte, och med preambeln i minnet torde det inte avse positiv särbehandling utan andra åtgärder för att öka tillgången till högre utbildning.

Artikel 20 i europeiska sociala stadgan föreskriver likabehandling vid yrkesutbildning och vidareutbildning. Det anges inte vilken nivå som avses så artikeln torde inte utesluta högre sådan utbildning. Som redan framhållits anger tillägget till artikeln att särskilda åtgärder får vidtas i syfte att åstadkomma faktisk jämställdhet. I ministerkommitténs deklaration om jämställdhet mellan kvinnor och män (1988) sägs att staterna åtar sig att fullfölja och utveckla program och strategier som syftar till att åstadkomma verklig jämställdhet mellan könen. Det sägs även att sådana program bör innehålla lämpliga åtgärder inklusive *tillfälliga särskilda åtgärder* som syftar till att främja *de facto* jämställdhet mellan kvinnor och män avseende bl.a. tillgång till utbildning och yrkesutbildning.[1680]

Europarådets ministerkommitté har uppmanat staterna att förbjuda könsdiskriminering i högre utbildning.[1681] I tillägget till denna rekommendation definieras "*equal opportunities*" som något som eftersträvar

[1678] ILO, RCE, 1988, punkt 146–150. Se även Nielsen, Rehof, 1998, s. 230. Se avsnitt 9.3.1.2.

[1679] UNESCO World Conference on Higher Education, Paris, 1998.

[1680] Council of Europe, Committee of Ministers Declaration on Equality of Women and Men (1988) punkt 6 (V) (a) och 6 (VI) (d).

[1681] Recommendation No. R (98) 3 of the Committee of Ministers to Member States on Access to Higher Education (1998), sektion 3 i tillägget till rekommendationen.

fullständig och effektiv jämlikhet när det gäller personers möjligheter att utveckla sin fulla potential. Detta kan innebära att särskilda åtgärder som beaktar en viss grupps specifika villkor vidtas om det är nödvändigt och förenligt med icke-diskrimineringsprincipen. För att veta om detta uttalande innebär att positiv särbehandling är tillåten, krävs att det är klart vad icke-diskrimineringsprincipen innebär. I tillägget till den sociala stadgan anges att särbehandling som grundar sig på "*objective and reasonable justification*" inte utgör diskriminering (artikel E). Denna syn på vad som utgör diskriminering torde vara allmängiltig inom Europarådet. Det är därför möjligt att positiv särbehandling faller utanför icke-diskrimineringsprincipen under förutsättning att den anses vara saklig. Således är det inte uteslutet att rekommendationen tillåter positiv särbehandling avseende tillträde till högre utbildning.

9.9.2.2 EG-rätt

Likabehandlingsdirektivet omfattar enligt artikel 4 yrkesutbildning. I artikel 4 sägs särskilt att likabehandlingsprincipen skall tillämpas i fråga om tillgång till alla typer och alla nivåer av bl.a. högre utbildning. Eftersom artikel 2 (4) tillåter olika aktiva åtgärder kan sådana tas inom området för högre yrkesutbildning.[1682]

I *Badeckfallet* (C-158/97) hade EG-domstolen inget att invända mot en antagningsordning till utbildning för kvalificerade yrkesgrupper som innebar att hälften av platserna förbehölls kvinnor när kvinnor var underrepresenterade. Domstolen konstaterade att män inte uteslöts från utbildningen, eftersom kvoten endast avsåg utbildningsplatser som staten inte hade monopol på. Domstolen menade att "åtgärderna syftade till att avlägsna orsaker till att kvinnor har mindre möjligheter att få arbete och att göra karriär" och att "förbättra kvinnors möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och att göra karriär på samma villkor som män".[1683] Antagningssystemet stred inte mot artikel 2 (4) i likabehandlingsdirektivet.[1684]

9.9.2.3 Svensk rätt

Enligt HL 1:4 skall verksamheten vid universitet och högskolor avpassas så att en hög kvalitet nås i både utbildning, forskning och det konstnärliga utvecklingsarbetet. Enligt HL 4:1 skall högskolorna ta emot sökande som uppfyller behörighetskraven för studierna så långt det är möjligt

[1682] För en mer utförlig genomgång av artikel 2 (4) se närmare avsnitt 9.4.
[1683] *Badeck* (C-157/98) punkt 53–54.
[1684] *Badeck* (C-157/98) punkt 55.

med hänsyn till kvalitetskraven i 1:4. I högskolans antagningsordning skall anges behörighetskraven och undantag från behörighetsvillkoren (HF 6:3 st. 2). Om inte alla behöriga sökande kan antas skall urval göras (HL 4:3). Vid sådana tillfällen får endast urvalsgrunderna betyg, högskoleprov, annat särskilt prov, tidigare utbildning samt arbetslivserfarenhet användas. Särskilda skäl för undantag kan åberopas.[1685] Jämställdhetshänsyn utgör dock inte särskilda skäl.

HL 1:5 stadgar att jämställdhet mellan kvinnor och män alltid skall iakttas och främjas i högskolornas verksamhet. I motiven till lagen understryks att detta inte innebär att någon mindre meriterad som tillhör ett underrepresenterat kön skall kunna ges försteg. "En sådan ordning vore direkt stridande mot kravet på hög kvalitet i verksamheten. Däremot får inte vid meritvärderingen finnas grunder, som med fog kan anses tjäna till att ensidigt gynna eller missgynna endera könet."[1686] Enligt HF 7:3 får dock högskolan besluta om undantag från något eller några behörighetsvillkor vid intagning till *grundläggande högskoleutbildning*. HF 7:10 stadgar att de sökandes meriter skall styra urvalet och anger betyg, högskoleprov m.m. som urvalsgrunder. Vid likvärdiga meriter får hänsyn tas till kön i syfte att förbättra rekryteringen av studenter från det underrepresenterade könet (HF 7:10 st. 3). Jämställdhetsaspekten kan alltså ha betydelse även vid antagning till högre utbildning. Det bör dock noteras att här krävs likvärdiga meriter, vilket kan jämföras med RF 11:9 där det räcker med ungefär jämbördiga meriter.

Till skillnad mot grundläggande högskoleutbildning öppnar HF inga möjligheter att beakta jämställdhetsaspekten eller tillämpa positiv särbehandling vid antagning till *forskarutbildningen*. Ordnad studiefinansiering är en förutsättning för att antagning skall ske och ett sätt att främja sökande av ett underrepresenterat kön till forskarutbildningen är att tillämpa positiv särbehandling vid tillsättande av doktorandtjänster. Kapitel 4 i HF innehåller regler om positiv särbehandling bl.a. i form av jämställdhetsaspekten. Dessa avser emellertid anställning av lärare och inte anställning av doktorander som behandlas i kapitel 5. Vid tillsättning av doktorandtjänster kan jämställdhetsaspekten tillämpas enligt RF 11:9. Även jämställdhetslagen är tillämplig men enligt min mening hindrar tolkningen av RF 11:9 och 4 § LOA positiv särbehandling i större utsträckning än vid i princip "jämbördiga" meriter.

[1685] Prop. 1992/93:1 s. 46 f.

[1686] A. prop. s. 80. Detta kommenteras inte i propositionen (1996/97:141) som hör till ändringen om att jämställdhet även skall *främjas* i högskolornas verksamhet. Detta uttalande innebär att de ändrade meritvärderingsnormer som föreslogs i *Abrahamssonfallet* (C-407/98) inte kan bli aktuella när det gäller antagning till högskolan, eftersom sådana justeringar förväntas gynna kvinnor.

Enligt 6 § 2 st. i förslaget till lag om likabehandling i högskolan skall det finnas ett undantag från förbudet mot diskriminering om den aktuella behandlingen "är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskrimineringen i högskolan". I detta ligger att högskolan kan tillämpa positiv särbehandling.[1687]

9.10 Sammanfattning

Även om termen aktiva åtgärder har fått en begränsad betydelse i jämställdhetslagen inbegriper den, i både folkrätt och EG-rätt, alla åtgärder som främjar jämställdhet. Således inbegriper den begreppet positiv särbehandling, som i sin tur innebär att underrepresenterat kön på något sätt ges fördelar i förhållande till överrepresenterat kön. En specialform av positiv särbehandling är kvotering, som innebär att positiv särbehandling skall eller får vidtas till dess en viss kvot är uppfylld. Alla tre rättssystemen tillåter aktiva åtgärder men det är mer oklart i vilka specifika former och grader som dessa är tillåtna.

Det finns både stadganden och uttalanden som visar att folkrätten tillåter positiv särbehandling. Kommittén för de mänskliga rättigheterna och kvinnokommittén har uttryckligen efterlyst positiv särbehandling och kvoteringssystem. I övrigt verkar det föreligga en något restriktiv hållning inom folkrätten gentemot kvoteringssystem. Inom EG-rätten är det däremot enbart kvoteringssystem som uttryckligen godkänts medan andra former av positiv särbehandling hittills inte har godtagits.

Det intressanta är emellertid inte om det är just kvoteringsregler eller andra former av positiv särbehandling som är tillåtna, utan vilka kriterier som uppställs för att överhuvudtaget tillåta positiv särbehandling, oavsett form. I både folkrätt och i EG-rätten är det ännu oklart exakt vad som krävs för att positiv särbehandling skall vara tillåten. EG-domstolen har uppställt krav på att reglerna är flexibla, transparenta och tydliga samt att de garanterar att varje enskilds förhållanden beaktas i urvalet. Domstolen har dock inte ännu klargjort huruvida EG-rätten utesluter positiv särbehandling vid olika meriter mellan de sökande. Domstolen uttryckte i *Abrahamssonmålet* att skälet till att tillåta urvalskriterier som generellt sett gynnar kvinnor är ett reellt jämställdhetsmål. Vidare har domstolen i tidigare mål understrukit vikten av att åstadkomma reell jämställdhet och att fördomar och stereotypa föreställningar om kvinnorollen och kvinnors kapacitet i arbetslivet gör att många arbetsgivare tenderar att ge

[1687] Ds 2000:71 s. 57.

manliga sökanden företräde, vilket enligt domstolen medför att två sökande av olika kön med likvärdiga meriter inte säkert har lika möjligheter.[1688] Det förefaller vara ett yttrande som erkänner strukturella hinder för kvinnor att ha samma möjligheter på arbetsmarknaden som män. Trots det ger EG-domstolens domar känslan av att domstolen är restriktiv vad gäller att tillåta positiv särbehandling.

EG-domstolens dom i *Abrahamssonmålet* medför, enligt min uppfattning, att HF 4:16 måste ändras p.g.a. att meritvärderingssystemet är för otydligt. Ett sätt att i framtiden underlätta för positiv särbehandling är att övergå från den kontinuerliga meritvärderingsskala som idag tillämpas vid universitet och högskolor till att istället använda en terrasserad skala som innebär att personer som inte har lika meriter enligt den kontinuerliga skalan betraktas som likvärdiga genom att ha nått samma utbildnings- eller tjänstenivå.

Förutom vid anställning och befordran tillåter jämställdhetslagen positiv särbehandling vid arbetsledning och uppsägning. AD har ännu inte prövat något fall angående detta, vilket inte heller EG-domstolen har. Det är således oklart om EG-rätten kan tillåta positiv särbehandling i någon annan situation än anställning och befordran. Av fördragstexten i artikel 141 EU-fördraget kan man dra slutsatsen att det inte finns något som hindrar att sådana åtgärder vidtas.

Tillämpningen av jämställdhetsaspekten enligt LOA och tolkningen av RF 11:9 sätter gränserna för hur stor meritskillnaden får vara vid offentlig anställning. Det innebär att jämställdhetslagen inte tillför några nya möjligheter till positiv särbehandling vid sådan anställning. Även Thamförordningen och HF 4:16 strider mot tolkningen av RF 11:9 i och med att de tillåter en större skillnad i meriter mellan de sökande än tillämpningen av RF 11:9 inneburit. Det är dock inte oförenligt med ordalydelsen i RF 11:9 att tillämpa positiv särbehandling vid skillnader i meriter. (Däremot är det oförenligt med LOA, eftersom det framgår av lagtexten att skickligheten värderas högst.)

Det är inte aktuellt med positiv särbehandling till grundskolan, eftersom vi har allmän skolplikt i Sverige. Beträffande antagning till gymnasium hävdas i förarbeten att kravet på "lika tillgång" förhindrar positiv särbehandling. Liknande påståenden finns i samband med högskoleförordningen, men den tillåter ändå att förtur ges till underrepresenterat kön vid likvärdiga meriter. Yrkesutbildning sker både vid gymnasium och högskola. Här föreligger en skillnad med EG-rätten som tillåter positiv särbehandling vid yrkesutbildning (alltså även vid gymnasieutbildning). Det är dock oklart huruvida EG-rätten tillåter positiv särbehandling vid

[1688] *Marschall* (C-409/95) punkt 29.

skillnader i meriter. Det finns inte några möjligheter att tillämpa positiv särbehandling vid antagning till forskarutbildning. Den möjlighet som finns är att bistå med finansiering till personer av underrepresenterat kön. Vid fördelningen av doktorandtjänster kan positiv särbehandling tillämpas enligt jämställdhetslagen. RF 11:9 och 4 § LOA innebär dock att de sökandes meriter är jämbördiga för att förtur skall kunna ges till underrepresenterat kön.

Åtgärder i form av positiv särbehandling förutsätter att det finns *ett behov* av sådana åtgärder. Folkrätten kräver att positiv särbehandling inte fortgår längre än den behövs. Det finns således krav på att den är tidsbegränsad. Även jämställdhetslagens undantag kan sägas vara begränsat i och med att det krävs att det är fråga om underrepresenterat kön för att positiv särbehandling skall få tillgripas. Om könsrepresentationen uppgår till 40 % anses könsfördelningen vara jämn och positiv särbehandling är därmed inte tillåten.

DEL IV

Diskussion

Kapitel 10 Avslutande synpunkter

10.1 Inledning

I inledningskapitlet angav jag att mitt huvudsyfte med denna avhandling var att redogöra för hur själva könsdiskrimineringsbegreppet och förbudet mot könsdiskriminering är konstruerade i gällande rätt samt att klargöra begreppsbildningen. I detta kapitel skall jag sammanfatta vissa skillnader mellan de tre rättssystemen samt mellan rätten till utbildning och rätten till arbete. Jag för även en mer allmän diskussion om könsdiskrimineringsbegreppet.

Skyddet mot könsdiskriminering är allmänt erkänt som en grundläggande mänsklig rättighet som tillkommer alla människor. Den är inte en separat rättighet utan ingår i övriga fri- och rättigheter och är på så sätt vidare än dessa. Om ena könet utesluts från skydd mot viss behandling eller inte åtnjuter en rättighet i samma utsträckning som det andra könet, föreligger inte enbart ett brott mot den aktuella rättigheten, utan även ett brott mot skyddet mot könsdiskriminering. Vikten av kvinnors och mäns lika rättigheter och skyddet mot könsdiskriminering bekräftas ständigt i olika internationella överenskommelser. Kvinnors och mäns lika rättigheter samt skyddet mot könsdiskriminering framhålls som prioriterade målsättningar i syfte att åstadkomma fred och utveckling. Det är därför nödvändigt, enligt min uppfattning, att ge skyddet mot könsdiskriminering en vid tolkning som främjar åtnjutandet av mänskliga rättigheter för alla människor. Ytterligare ett argument i denna riktning är att det på vissa håll hävdas att skyddet mot könsdiskriminering uppnått status som *ius cogens* och således är överordnat andra folkrättsliga regler.[1690]

I det följande diskuterar jag bl.a. en sammanslagning av begreppen direkt och indirekt könsdiskriminering, det materiella tillämpningsområdet för könsdiskrimineringsförbudet, bedömningen av sakliga skäl för särbehandling, jämställdhetsmålet och en utvidgning av könsdiskrimineringsbegreppet.

[1690] Se avsnitt 1.3.

10.2 Könsdiskriminering

I både folkrätten, EG-rätten och svensk rätt är kärnan i könsdiskrimineringsbegreppet att någon form av negativ särbehandling, som har ett samband med könstillhörighet, har ägt rum. Synen på vad som faller inom begreppet könsdiskriminering skiljer sig åt i vissa avseenden och likaså föreligger skillnader mellan konstruktionen av direkt respektive indirekt könsdiskriminering, men det mest grundläggande är:

negativ särbehandling + kön = könsdiskriminering

Den stora skillnaden mellan synsätten på vad som utgör könsdiskriminering i de olika rättssystemen är att folkrätten endast ser *osaklig* negativ särbehandling p.g.a. kön som könsdiskriminering. Saklig särbehandling utgör enligt folkrätten inte diskriminering. Utgångspunkten är alltså inte att all särbehandling utgör könsdiskriminering. Detta är ett snävare synsätt på vad som utgör könsdiskriminering jämfört med svensk rätt och EG-rätt, som båda har som utgångspunkt att all negativ särbehandling som har samband med kön utgör könsdiskriminering. Där finns istället utrymme för tillåtna undantag.

Vissa regler inom folkrätten anger uttömmande de situationer som anses vara sakliga och när särbehandling således är tillåten, medan andra regler inte ger några ledtrådar alls till denna bedömning. KMPR, KESKR och EKMR lämnar öppet för bedömning vilka situationer som faller under begreppet (köns-)diskriminering, vilket innebär att många situationer kan bedömas vara sakliga och därmed tillåtna. Kvinnokonventionen och ILO-konvention nr 111 anger däremot explicit de situationer som inte skall anses utgöra (köns-)diskriminering, vilket påminner mer om EG-rätten och svensk rätt. De situationer som anges i dessa konventioner framstår som undantag från ett förbud mot all särbehandling p.g.a. kön. Den viktiga skillnaden är emellertid att dessa konventioner inte ser "undantagen" som könsdiskriminering. Istället anges uttryckligen att aktuell särbehandling inte anses utgöra diskriminering.

Det svenska och EG-rättsliga synsättet kan förefalla ge ett starkare skydd mot könsdiskriminering, eftersom utgångspunkten är att *all* negativ särbehandling som har samband med kön är otillåten. Skillnaderna mellan dessa synsätt har dock ingen praktisk betydelse. Resultatet blir detsamma, viss särbehandling är tillåten. En likhet mellan ILO-konvention nr 111 och EG-rätt/svensk rätt är att de uttömmande anger vilken särbehandling som är tillåten, medan det är mer oklart i vilka situationer en särbehandling anses vara saklig enligt övriga konventioner.

En annan skillnad mellan rättssystemen är att indirekt könsdiskriminering inte definieras i något av konventionerna i folkrätten, vilket görs i

både EG-rätten och svensk rätt. Konventionerna förbjuder dock även indirekt könsdiskriminering. Jämställdhetslagens definition är en direkt återspegling av definitionen i bevisbördedirektivet.

10.3 Konstruktioner av könsdiskrimineringsförbud

I det följande skall jag säga något om förhållandet mellan direkt och indirekt diskriminering. Även om alla tre rättssystemen omfattar skydd mot både direkt och indirekt könsdiskriminering är utgångspunkten i denna diskussion EG-rätt och svensk rätt, eftersom dessa regler är mer konkreta och skall vara överensstämmande.

Från att könsdiskrimineringsbegreppet endast har avsett situationer där ett missgynnande haft ett direkt samband med könstillhörighet har begreppet utvidgats till att även omfatta situationer där sambandet är indirekt. Påståenden om att EG-domstolens tolkning av begreppet indirekt diskriminering gjort könsdiskriminering ursäktlig antyder att begreppet indirekt könsdiskriminering har begränsat förbudet mot könsdiskriminering jämfört med tidigare.[1691] Enligt min mening är det viktigt att framhålla att indirekt könsdiskriminering innebär ett utökat skydd mot könsdiskriminering jämfört med tidigare, även om det också kan finnas anledning att vara kritisk till att möjligheten inte har tillämpats till sin fulla potential.[1692] Att införandet av begreppet indirekt könsdiskriminering de facto skulle ha begränsat förbudet mot könsdiskriminering, anser jag inte vara riktigt.

Är det verkligen nödvändigt att ha två former av könsdiskriminering eller är det möjligt att slå ihop dem? Det handlar om osaklig särbehandling p.g.a. kön i båda fallen. Varför inte konstatera att *all* särbehandling som på något sätt har samband med kön utgör könsdiskriminering? I sådant fall blir exempelvis diskussionen om vilken form av könsdiskriminering som gravida drabbas av överflödig (se avsnitt 5.4.2.6). Detsamma gäller diskussionen om huruvida lönediskriminering vid likvärdigt arbete alltid innebär indirekt diskriminering (se avsnitt 6.2.2.7).

Det innebär dock svårigheter att förena förbuden mot direkt och indirekt könsdiskriminering till en gemensam definition av (och ett enhetligt förbud mot) könsdiskriminering, om förutsättningen är att dagens innebörd av begreppen skall bevaras. Gemensamt för begreppen direkt och indirekt könsdiskriminering är att båda innebär att en *negativ särbehandling som har samband med könstillhörighet* resulterar i könsdiskriminering

[1691] Se Fransson, Lönediskriminering, 2000, s. 278.

[1692] Se Christensen, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, 2000, s. 46.

(om den inte sakligt kan förklaras). Vad som faller under "könstillhörighet" är också gemensamt för de två. En markant skillnad mellan de två begreppen är att indirekt könsdiskriminering sker genom könsneutrala regler medan det vid direkt könsdiskriminering finns en direkt koppling till kön i regeln, förfaringssättet (etc.). Det innebär att det nödvändiga orsakssambandet är konstruerat på helt olika vis när det gäller direkt och indirekt könsdiskriminering. Vid direkt könsdiskriminering föreligger ett direkt samband mellan missgynnande och könstillhörighet, medan det vid indirekt könsdiskriminering uppkommer en presumtion om könsdiskriminering när en väsentligt större andel personer av ena könet drabbas av den neutrala regeln eller tillämpningen jämfört med det motsatta könet.

Regeln som förbjuder indirekt könsdiskriminering enligt jämställdhetslagen lyder:

> "En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som *neutralt* men som i praktiken *särskilt* missgynnar *personer* av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med kön" (min kursivering).[1693]

Om man utifrån denna regel skulle baka in även direkt könsdiskriminering krävs vissa justeringar. Jag har kursiverat de rekvisit som innebär problem. För att få in sättet för negativ särbehandling i båda formerna skulle första ledet kunna ändras till:

> "En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som missgynnar personer av det ena könet (även om bestämmelsen, ett kriteriet eller förfaringssättet framstår som neutralt) [...]"

Genom denna ändring inbegrips både könsneutrala och andra förfaringssätt (etc.) i bestämmelsen. För att detta skulle vara möjligt krävdes dock en förflyttning av satsen att "en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt [...]" för att göra plats för även icke-neutrala kriterier (etc.). Genom att föra in satsen på slutet omfattas både direkt diskriminerande och formellt könsneutrala kriterier (etc.) av regeln.

Nästa problem är att definitionen anger "personer", dvs. pluralis. För att direkt könsdiskriminering skall föreligga räcker det med att *en* person är drabbad.

[1693] 16 § jämställdhetslagen.

Detta måste framgå.

> "En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som missgynnar en eller flera personer av det ena könet (även om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet framstår som neutralt) [...]"

En sådan ändring innebär att det har skett en förändring av begreppet indirekt könsdiskriminering. Ändringen medför nämligen att även neutrala regler som drabbar enbart en person kan utgöra könsdiskriminering. (Alternativet vore att låta "personer" kvarstå och sålunda kräva ett missgynnande av *flera personer* för att direkt könsdiskriminering skulle kunna föreligga.) Det sista problemet anknyter till detta. Som regeln om indirekt könsdiskriminering ser ut i sin nuvarande utformning krävs att kriteriet, förfaringssättet (etc.) *särskilt* skall missgynna personer av ena könet. Det innebär just att det inte är möjligt att anse enbart enstaka personer som indirekt könsdiskriminerade (jfr EG-rättens krav på en "väsentligt större andel..."). För att en sammanslagning av reglerna om direkt och indirekt könsdiskriminering skall vara möjlig krävs således att antingen direkt könsdiskriminering ändras till att kräva att fler personer är drabbade, eller till att indirekt könsdiskriminering kan förekomma även när enbart en eller några enstaka personer är missgynnade. Eftersom jag föredrar en vidgad innebörd av könsdiskrimineringsbegreppet, skulle detta ge följande regel:

> "En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som missgynnar en eller flera personer av det ena könet (även om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet framstår som neutralt), såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med kön."

Även det sista ledet skiljer sig från dagens regler om direkt könsdiskriminering. Vid indirekt könsdiskriminering ställs, enligt nuvarande regler, krav på att de könsneutrala skäl som svaranden anför är lämpliga och nödvändiga. Något sådant krav på svarandens motbevisning vid direkt könsdiskriminering finns inte. Ovanstående sammanslagning av reglerna innebär att det även vid direkt könsdiskriminering krävs att de könsneutrala skäl som svaranden anför som motbevisning är lämpliga och nödvändiga. Något sådant krav finns inte idag.

Är då en förändring enligt ovan önskvärd? Enligt min mening bör skyddet mot könsdiskriminering innebära att *all* (osaklig negativ) särbehandling som på något sätt har samband med kön är otillåten. Jag anser dock inte att en sammanslagning av begreppen tillför något. Tvärtom

skulle en sådan ändring göra den skillnad som faktiskt föreligger mellan de två typerna av diskriminering otydlig. Problematiken kvarstår; i vissa fall finns ett direkt samband med kön och i vissa fall är sambandet endast indirekt. Den ena utvidgningen, som mitt ovanstående förslag till gemensam regel innebär, kan genomföras ändå. Följaktligen anser jag att det finns skäl att överväga möjligheten att låta skyddet mot indirekt könsdiskriminering gälla i fall där ett till synes neutralt förfaringssätt enbart missgynnar en person, utan krav på att även andra drabbas. Däremot anser jag inte att det finns skäl att införa krav på att de skäl som anförs för att bryta ett orsakssamband vid direkt könsdiskriminering skall vara lämpliga och nödvändiga. Vid direkt könsdiskriminering handlar det om att visa att den förment diskriminerade inte befinner sig i en likartad situation som en jämförelseperson, eller att jämförelsepersonerna har olika sakliga förutsättningar för arbetet, dvs. att beslutet fattats på någon annan grund än kön. Det blir därmed överflödigt att dessutom kräva att den grund, som beslutet fattades på, var lämplig och nödvändig. Det är tillräckligt att visa att det inte finns något samband med kön. Vid indirekt könsdiskriminering sker istället saklighetsbedömningen utifrån *målsättningen* med förfaringssättet (m.m.). Genom att detta lämnar större utrymme att förklara särbehandlingen med könsneutrala skäl, är det lämpligt att det sker en proportionalitetsbedömning av valda medel i förhållande till föresatt målsättning.

En annan fråga beträffande en sammanslagning av direkt och indirekt könsdiskriminering är om detta skulle öppna upp för större möjligheter att *rättfärdiga* särbehandling? Svaranden kan alltid anföra könsneutrala skäl som bryter orsakssambandet, både i fall om direkt och indirekt könsdiskriminering. På så sätt kan påstådd könsdiskriminering, så att säga, rättfärdigas. Dessutom tillåts rena undantag från könsdiskrimineringsförbudet vid direkt könsdiskriminering, något som aldrig är aktuellt vid indirekt könsdiskriminering. Direkt könsdiskriminering kan alltså rättfärdigas (däremot inte när det gäller lönediskriminering). Farhågor att en sammanslagning av begreppen skulle *införa* en möjlighet att rättfärdiga direkt könsdiskriminering är därför inte befogade.[1694] Finns det däremot en risk att befintliga möjligheter att rättfärdiga särbehandling *utökas* jämfört med idag? Det föreligger skillnader mellan direkt och indirekt könsdiskriminering beträffande vilka sakliga skäl som accepterats för att bryta ett orsakssamband. Vid indirekt könsdiskriminering har ekonomiska skäl godtagits för att bryta orsakssambandet, något som inte varit fallet vid direkt könsdiskriminering. Det finns i och för sig inget som säger att man utan vidare kan anta att en sammanslagning av direkt och

[1694] Jfr Fransson, 2000, s. 278.

indirekt könsdiskriminering skulle innebära en omvärdering om vad som är sakliga skäl och tillämpa dem i situationer som i nuläget inte har varit fallet. Det är dock tänkbart att det finns en risk för att en sammanslagning av begreppen direkt och indirekt könsdiskriminering skulle medföra att synsättet på vad som är sakligt i de olika situationerna förändras så att t.ex. ekonomiska skäl anses vara sakliga och könsneutrala även vid direkt könsdiskriminering. Detta skulle leda till att området för vad som faller inom könsdiskriminering krymper, eftersom det skulle bli lättare att bryta orsakssambandet och en negativ särbehandling inte skulle anses utgöra könsdiskriminering. Helt säkert är det dock inte.

Ett särhållande mellan begreppen direkt och indirekt könsdiskriminering hindrar inte att de tillsammans innebär att all osaklig särbehandling som har samband med kön utgör könsdiskriminering. En utvidgning av dagens könsdiskrimineringsbegrepp är ändå möjlig.

10.4 Tillämpningsområdet

10.4.1 Arbetsrätt – utbildning

Det materiella tillämpningsområdet för förbudet mot könsdiskriminering är både i EG-rätten och svensk rätt framförallt arbetslivet. I folkrätten omfattar begreppet könsdiskriminering mycket mer än så. Kvinnokonventionen förbjuder diskriminering av kvinnor inom alla samhällsområden. KMPR och EKMR skyddar mot könsdiskriminering beträffande medborgerliga och politiska rättigheter medan KESKR och Europarådets sociala stadga skyddar mot könsdiskriminering beträffande sociala rättigheter. ILO:s konventioner begränsar sig till arbetsrättsliga frågor men där inbegrips även utbildningsfrågor under könsdiskrimineringsförbudet avseende rätten till arbete.[1695] I folkrätten finns både *rätten till* utbildning och arbete samt *förbud* mot könsdiskriminering vid utbildning och arbete uttryckt. Utöver EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, som inte är rättsligt bindande, och RF 2:21 (om barns rätt till grundutbildning) finns inga särskilda stadganden om rätten till utbildning i varken EG-rätt eller svensk rätt. Inte heller finns något uttryckligt förbud mot könsdiskriminering vid utbildning i svensk rätt. Likabehandlingsprincipen i RF 1:9 hindrar dock könsdiskriminering vid tillämpning av skollagen och högskolelagen. Dessutom föreskriver dessa lagar i sig likabehandling vid utbildning. EG-rätten skiljer sig från svensk rätt på så sätt att den, liksom ILO, ser ett nära samband mellan utbildning och arbete.

[1695] Se t.ex. ILO:s expertkommittés kommentarer angående staternas rapporter.

Följaktligen omfattar likabehandlingsdirektivets förbud mot könsdiskriminering också yrkesutbildning. Däremot saknas förbud mot könsdiskriminering beträffande övrig utbildning.

Det är endast i jämställdhetslagen som det funnits en rättslig definition av begreppet könsdiskriminering i svensk rätt. Numera framgår enbart förbuden mot direkt och indirekt könsdiskriminering, som i och för sig kan sägas definiera könsdiskriminering. I grundlagen finns förbud mot könsdiskriminerande normgivning. I övrigt finns stadganden om likabehandling i t.ex. RF 1:2, 1:9 och skollagen 1:2 men det är endast jämställdhetslagen som *uttryckligen* förbjuder könsdiskriminerande handlande. Jämställdhetslagen avser arbetslivet men inte utbildning. Regleringen innebär dock att könsdiskriminering inte heller är tillåten i fråga om tillgång till utbildning. Kopplingen mellan utbildning och arbete och vikten av jämställdhet inom dessa områden bör förstärkas i svensk rätt. Skäl för detta är att arbete i de flesta fall förutsätter utbildning, att många situationer beträffande utbildning och arbete är likartade och att synen inom ILO och EU innebär att det finns ett nära samband mellan de två områdena.

Tillämpningsområdet för könsdiskrimineringsförbudet kan vidgas mer än så. Inom EU diskuteras huruvida likabehandlingsprincipen mellan kvinnor och män skall utvidgas genom nya direktiv, vilka skall omfatta andra områden än arbetslivet. Detta ger anledning för den svenska lagstiftaren att överväga ytterligare uttryckliga förbud mot könsdiskriminering.

10.4.2 Situationerna

Jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering är begränsat till att endast avse vissa situationer, nämligen anställning, befordran, bestämmande av anställnings- och lönevillkor, arbetsledning/arbetsfördelning och uppsägning/avskedande (och liknande). Sexuella trakasserier omfattas inte. Sexuella trakasserier skall dock motarbetas och förhindras inom både utbildningsväsendet och arbetslivet, men det saknas uttryckliga förbud mot sexuella trakasserier. En skillnad mellan rättssystemen är att både folkrätt och EG-rätt betraktar sexuella trakasserier som en form av könsdiskriminering, medan de i jämställdhetslagen faller utanför könsdiskrimineringsbegreppet. Sexuella trakasserier kan utgöra ett missgynnande som innebär könsdiskriminering under förutsättning att trakasserierna företas i någon av de nämnda situationerna, men inte annars. Jag är av den uppfattningen att sexuella trakasserier, som en arbetsgivare företar mot anställda, *i sig* bör räknas som könsdiskriminering, eftersom det är fråga om missgynnande p.g.a. kön.

En skillnad mellan reglerna om antagning till utbildning respektive anställning är att antagning till utbildning alltid skall ske på grundval av de sökandes kvalifikationer. Så är fallet även vid offentlig anställning men vid privat anställning finns inget sådant krav. Arbetsgivarens fria anställningsrätt innebär att han eller hon inte behöver anställa den bäst kvalificerade sökanden utan får välja fritt bland de sökande, så länge valet inte styrs av de sökandes könstillhörighet. Vid antagning till utbildning och vid offentlig anställning är utrymmet för positiv särbehandling begränsat till att de sökande har likvärdiga meriter, medan jämställdhetslagen innebär att en privat arbetsgivare kan tillämpa positiv särbehandling även vid en skillnad i meriter.

10.5 Sakliga skäl för särbehandling

10.5.1 Brist på samband med kön

All negativ särbehandling utgör inte könsdiskriminering. Sakliga skäl som förklarar särbehandlingen, kan på olika sätt leda till att det inte är fråga om otillåten könsdiskriminering. Antingen saknas samband med kön, genom att den som påstås diskriminera kan motivera särbehandlingen med andra skäl, vilket gör att orsakssambandet bryts, eller så finns ett samband med kön, men den aktuella särbehandlingen kan motiveras med skäl som gör den tillåten.

Vid direkt könsdiskriminering går motbevisningen ut på att styrka att personerna som jämförs inte befinner sig i en likartad situation, att deras sakliga förutsättningar för arbetet motiverar en särbehandling eller att det finns någon annan utomstående könsneutral grund för behandlingen. Vid indirekt könsdiskriminering handlar motbevisningen i stället om arbetsgivarens målsättning. Är särbehandlingen lämplig och nödvändig i förhållande till detta mål? Det är således inte individernas sakliga förutsättningar för arbetet som jämförs utan istället mer allmänna skäl såsom socialpolitiska, ekonomiska eller liknande, för att behandla olika grupper olika. Vid indirekt könsdiskriminering framstår de flesta skäl (åtminstone vid en första anblick) som könsneutrala. Därför blir utrymmet större vid indirekt könsdiskriminering att motivera en till synes könsbunden särbehandling. De skäl som anförs måste emellertid alltid vara könsneutrala, både vid direkt och indirekt könsdiskriminering.

Ett sätt att undgå ansvar för direkt könsdiskriminering är att visa att jämförelsepersonerna inte befinner sig i en likartad situation. Denna bedömning är det första steget mot att avgöra huruvida könsdiskriminering föreligger. Krav på jämförelseobjekt och valet av detta blir avgörande för

huruvida könsdiskriminering föreligger. Beträffande gravida kvinnor eller kvinnor som fött barn har EG-domstolen ansett att det inte finns något jämförelseobjekt. Det anser jag vara en rimlig slutsats under själva graviditeten och under en viss tid efter graviditeten. Så småningom kommer man dock till en tidpunkt då det inte är rimligt att skilja mellan mödrar och fäder. Även pappor har intresse av föräldraledighet med samma möjligheter till ersättning som mammor har. Det är inte enbart män som kan sägas missgynnas av könsbundna antaganden om föräldrarollen. Även kvinnor har intresse av att inte automatiskt förutsättas vara de som skall vara föräldralediga.

Om personerna befinner sig i en jämförbar situation måste de skäl som motiverar en särbehandling vara könsneutrala. En godtagbar invändning är exempelvis att ena sökanden inte uppfyller kraven på kroppsstorlek och/eller muskelstyrka, om dessa krav är nödvändiga för det arbete som skall utföras. Om kraven egentligen inte behövs, är det inte en könsneutral invändning. Andra exempel på könsneutrala invändningar är att en arbetsgivare vill anställa en släkting eller att personerna har olika anställningstid/ålder som motiverar löneskillnader.

Det finns anledning, enligt min mening, att ifrågasätta hur könsneutrala vissa invändningar egentligen är. Ett exempel är arbetsmarknadsskäl och kollektivavtal som könsneutrala faktorer. Av olika skäl är arbetsmarknaden könssegregerad, både vertikalt och horisontellt, på så vis att kvinnor och män till stora delar arbetar i olika yrken och sektorer samt på olika positioner inom dessa. Kvinnors arbete värderas generellt lägre än mäns arbete.[1696] Kan man då säga att lönesättningen på arbetsmarknaden verkligen är könsneutral? Om inte, skall en lönesättning som baserar sig på det arbetsmarknadsvärde som en kvinna respektive en man har, kunna användas som ett könsneutralt skäl för att undgå ansvar för lönediskriminering? Samma fråga kan ställas beträffande kollektivavtal (jfr *AD 2001 nr 13*).

Hur förändrar man könsdiskriminerande samhällsstrukturer? Problemet är att om domstolar skulle börja ifrågasätta könsneutraliteten i arbetsmarknadsskäl eller kollektivavtal, skulle de samtidigt lägga sig i den fria lönebildningen. Detta är i strid med den svenska avtalsfriheten på arbetsrättens område. Denna frihet är emellertid inte obegränsad. När lagstiftaren bedömde att jämställdhetsarbetet gick för långsamt infördes jämställdhetslagen, trots att arbetsmarknadsparterna ansåg sig bättre lämpade att sköta denna fråga. Om löneförhandlingar resulterar i att arbetsmarknaden fortsätter att vara lönemässigt könssegregerad, finns skäl för

[1696] Se SOU 1997:139, SOU 1998:6 s. 76 ff., Fransson, 2000, s. 54 f., s. 402 ff.

lagstiftaren att vidta ytterligare åtgärder. Det handlar om vad som värderas högst – jämställdhetsintresset eller arbetsmarknadsparternas fria förhandlingsrätt. Genom att ålägga domstolarna att bedöma när olika arbeten är likvärdiga och huruvida det finns könsneutrala skäl för särbehandling av personer med olika kön, blir domstolarnas uppgift att ändra lönebildningen om den är könsrelaterad. Jämställdhetsintresset har därmed värderats högre av statsmakten än arbetsmarknadsparternas fria förhandlingsrätt.

10.5.2 Undantag

De skäl som svaranden kan anföra, som har samband med kön men som ändå tillåts, kan delas in i tre huvudgrupper. Det är fråga om skäl som avser att *skydda kvinnor* i samband med graviditet och moderskap eller deras reproduktionsförmåga i största allmänhet. Det är också fråga om att kvinnor eller män är *bättre lämpade för ett visst yrke*. (Ibland sammanfaller detta med avsikten att skydda kvinnor i samband med graviditet/moderskap.) Slutligen kan det vara fråga om skäl som har att göra med ett *jämställdhetsfrämjande syfte*, dvs. positiv särbehandling.

Sveriges inställning är att så långt som möjligt ha könsneutral lagstiftning. Därför vill man undvika särlagstiftning för kvinnor. Samtidigt behandlas frågan om särbehandling av kvinnor i samband med graviditet som något som aldrig kan utgöra könsdiskriminering, eftersom de befinner sig i en unik situation. En skillnad mellan rättssystemen är att både folkrätten och EG-rätten tillåter att lagstiftningen förbehåller vissa yrken för personer av ena könet. I Sverige är det bara möjligt att i varje enskilt fall anföra skäl för särskilt intresse, vilket kan medföra att personer av ena könet inte anställs. Det kan t.ex. vara fråga om att äldre inte vill få social hemservice av män.

Beträffande de skäl som har samband med kön och som ändå anses vara sakliga kan konstateras att de många gånger kan relateras till det sociala könet (dvs. vad som förväntas av kvinnor och män). Att förbehålla möjligheten att arbeta i vissa yrken för ena könet visar tydligt en förutfattad mening om mäns och kvinnors lämplighet respektive olämplighet för dessa yrken. Kvinnors förväntade moderskap har inneburit att det varit legitimt att särbehandla dem ifråga om tillgång till visst arbete, som ansetts farligt för reproduktionsförmågan, utan att fråga om de individuella kvinnornas önskan att bli mödrar. Mäns faderskap har däremot inte lyfts fram som något skyddsvärt, eftersom det inte funnits motsvarande regler om tillgång till arbete som inverkar negativt på mäns reproduktiva förmåga. Kvinnor har även setts som bräckliga och rent allmänt utsatta för större hot än män, vilket motiverat förbud mot nattarbete och

arbete under jord. Däremot har det funnits undantag från nattarbetsförbudet för arbete inom hotell och restaurangbranschen, sjukvården och nöjesbranschen, vilket kvinnor följaktligen måste ha ansetts vara lämpade för oavsett tid på dygnet, kroppsstyrka eller hotbild.

Det finns situationer där det onekligen kan vara berättigat att göra skillnad p.g.a. kön. Det får emellertid inte vara könsfördomar som ligger till grund för att sådan särbehandling tillåts. Möjligheterna till undantag är mer begränsade i svensk rätt jämfört med folkrätten och EG-rätten. Eftersom föreställningar om könsroller kan ligga bakom de skäl om undantag för "särskilt intresse" enligt jämställdhetslagen som en svarande anför, finns dock anledning för domstolarna att genomföra en noggrann prövning av sådana skäl.

I alla tre rättssystemen görs klart att åtgärder som vidtas för att främja jämställdhet är tillåtna och inte strider mot förbudet mot könsdiskriminering. Det är många termer som florerar beträffande jämställdhetsfrämjande åtgärder. En stor skillnad mellan folkrätten respektive EG-rätten i förhållande till svensk rätt är innebörden av termen "aktiva åtgärder" (*affirmative action, positive action, positive measures*). I de två förstnämnda rättssystemen har begreppet en vidsträckt betydelse som innefattar alla jämställdhetsfrämjande åtgärder medan aktiva åtgärder enligt jämställdhetslagen enbart avser vissa angivna åtgärder som arbetsgivare har skyldighet att vidta. Det förefaller mer eller mindre råda enighet om att positiv särbehandling (*preferential treatment*) innebär att underrepresenterat kön ges förtur eller fördelar på annat sätt i förhållande till överrepresenterat kön. Här varierar ibland översättningar genom att "positiv särbehandling" översätts med termen "affirmative action" vilken, som begrepp, har en vidare betydelse. Detta har bidragit till den begreppsförvirring som råder. Kvotering har i sin tur beskrivits som något annat än positiv särbehandling, vilket inte är riktigt enligt min mening. Som kvotering beskrivs i de tre rättssystemen innebär företeelsen att positiv särbehandling tillämpas till dess en viss kvot är uppfylld. Påståenden om att kvotering och positiv särbehandling är skilda företeelser blir därför också förvirrande.

I svensk rätt och EG-rätt finns positiv särbehandling som en *möjlighet* medan det finns uttalanden i folkrätten som mer *uppmuntrar* och t.o.m. *kräver* positiv särbehandling. I folkrätten råder dock olika meningar om exempelvis kvotering och det är inte heller klart om positiv särbehandling är tillåten vid skillnader i kvalifikationer mellan jämförelsepersonerna. EG-rätten utesluter inte möjligheten, men EG-domstolen förefaller restriktiv med att tillåta positiv särbehandling. EG-domstolen har dock inte uteslutit möjligheterna att använda kvotering i jämställdhetsfrämjande syfte. Inom EG-rätten är det klart att positiv särbehandling är

tillåten vid jämbördiga meriter men det är mer osäkert om EG-rättens likabehandlingsprincip tillåter positiv särbehandling även vid skillnader i meriter.

I svensk rätt är utrymmet för positiv särbehandling större för privata arbetsgivare än för offentliga. Jämställdhetslagen tillåter positiv särbehandling även vid olika meriter. Det är oklart, enligt min mening, huruvida EG-domstolen helt avvisar all positiv särbehandling som sker i fall där de sökande har olika meriter. Det finns ännu inte något uttalande från EG-domstolen som innebär att 15 § 2 st. 1 p. jämställdhetslagen är oförenlig med EG-rätten. Det är därför fortfarande möjligt för en privat arbetsgivare att välja någon med sämre meriter än den bäst sökande i syfte att utjämna könsfördelningen på arbetsplatsen.

EG-domstolen har sagt vid flera tillfällen att alla undantag från likabehandlingsprincipen skall tillåtas restriktivt. Domstolen har dock behandlat undantagen olika. Den har krävt en noggrann individuell prövning för att tillåta undantaget positiv särbehandling, men däremot accepterat generella antaganden om kvinnors och mäns lämplighet vid undantag för "verksamhetens art eller natur". Detta anser jag vara inkonsekvent.

Vid en bedömning av vad som är sakligt (oavsett om det är fråga om att bryta ett orsakssamband eller om det rör sig om undantag), anser jag att utgångspunkten för bedömningen bör vara jämställdhetsmålet.[1697] Är det fråga om en särbehandling som främjar jämställdhetsmålet? Är det en särbehandling som i vart fall inte är "emot" jämställdhetsmålet, eller är det en särbehandling som strider mot jämställdhetsmålet då den bevarar uppfattningar om kvinnligt och manligt? EU säger sig ha *verklig* jämställdhet som målsättning. En lagstiftning som förbjuder ena könet att utöva visst yrke med hänvisning till verksamhetens "art eller natur" har sin grund i det sociala könet och kan därför inte, enligt min mening, anses vara saklig. Sådana undantag bevarar könsfördomar och stereotyper och strider därmed mot jämställdhetsmålet. Generella antaganden om kvinnors och mäns kapacitet och lämplighet skall således inte kunna motivera särbehandling utan en individuell prövning måste äga rum.

Särbehandling som inte har sin grund i sådana uppfattningar eller som syftar till att främja jämställdheten kan däremot tillåtas. Mot bakgrund av jämställdhetsmålet kan således argumenteras för att undantag i form av jämställdhetsfrämjande åtgärder genom positiv särbehandling inte skall tolkas restriktivt, under förutsättning att de faktiskt bidrar till att uppfylla jämställdhetsmålet. Det är intressant att notera att AD uttalat sig om positiv särbehandling i termer av att sådana utgör *skydd* mot könsdiskri-

[1697] EG-domstolen har inte varit främmande för ändamålsresonemang, se *Murphy* (C-157/86) punkt 10 och *Marshall II* (C-271/91) punkt 24.

minering.[1698] Ett sådant synsätt innebär att positiv särbehandling inte kan utgöra "omvänd könsdiskriminering" eller undantag. I doktrinen har ifrågasatts om positiv särbehandling skall anses utgöra ett undantag från förbudet mot könsdiskriminering. Det framförs dels, att positiv särbehandling skall anses ingå som en del av likabehandlingsprincipen, i och med att det är fråga om åtgärder vilka syftar till att eliminera orättvisa skillnader i utgångsläget och dels att det inte kan vara fråga om undantag när åtgärderna åsyftar det materiella jämställdhetsmålet.[1699]

Skillnaden i synsätt mellan folkrätten som enbart ser *osaklig* särbehandling som könsdiskriminering, och EG-rätt och svensk rätt som även betraktar *saklig* särbehandling som könsdiskriminering har ingen betydelse för ansvarsfrågan. Det som avgör huruvida en särbehandling är otillåten och en eventuell rättsföljd inträder, är huruvida särbehandlingen bedöms vara saklig. Saklighetsbedömningen är avgörande både för frågan om det föreligger ett samband mellan ett missgynnande och könstillhörigheten och för frågan huruvida särbehandlingen skall tillåtas även om det finns samband mellan missgynnandet och könstillhörigheten. Denna bedömning är inte självklar utan varierar över tid och rum. En annan fråga är *vem* som avgör vad som är sakligt.

10.6 Könstillhörighet

En förutsättning för att en negativ särbehandling som har samband med kön skall räknas som könsdiskriminering är att situationen faller in under det materiella tillämpningsområdet dvs. arbetslivet (i svensk rätt och EG-rätt). Mer bestämt måste det vara fråga om någon av de situationer som anges i reglerna (anställning, lön etc.) för att könsdiskriminering skall föreligga.

Grundförutsättningen är emellertid, som redan sagts, att det handlar om en negativ särbehandling som har samband med *kön*. Med detta avses framförallt biologiskt kön, dvs. kvinna/man genetiskt sett. I både EG-rätten och svensk rätt har dock detta synsätt vidgats. Numera räknas även transsexualitet som en fråga om könstillhörighet. Det innebär att när någon särbehandlas negativt p.g.a. sin transsexualitet, är det fråga om könsdiskriminering. Däremot ses inte homosexualitet som en fråga om könstillhörighet. I svensk rätt finns lagstiftning som förbjuder diskrimi-

[1698] Se *AD 1990 nr 34* s 221.

[1699] Se Prechal, CML Rev., 1996 s. 1255, Yotopoulos–Marangopoulos, Affirmative Action. Towards Effective Gender Equality. 1998, s. 52 f., Ellis, CML Rev., 1998 s. 406, Numhauser–Henning, Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön, 2000, s. 172. Jfr dock Mulder, How Positive Can Equality Measures Be?, 1999, s. 69.

nering p.g.a. sexuell läggning, men EG-domstolen har varit avvisande beträffande skyddet mot diskriminering för homosexuella. I folkrätten finns däremot exempel på att diskriminering p.g.a. sexuell läggning setts som en form av könsdiskriminering. Europadomstolen behandlar dock både transsexualitet och homosexualitet som separata frågor som inte berör frågan om könsdiskriminering.

Det är inte så komplicerat att inordna transsexualitet under könstillhörighet, eftersom det genom könsbyte eller fastställelse blir klarlagt vilket traditionellt kön (dvs. kvinna eller man) en person tillhör. Anledningarna till motståndet mot att räkna diskriminering p.g.a. sexuell läggning som könsdiskriminering är säkert många. Det är, enligt min mening, inte orimligt att hävda att ett missgynnande av en person som är homosexuell hör samman med personens kön, eftersom det är könet i förhållande till hans eller hennes partners könstillhörighet som är avgörande för särbehandlingen.

En intressant fråga är hur rättssystemen förhåller sig till negativ särbehandling av hermafroditer. Om personer med dubbla könsegenskaper avstår från operationer, hormonbehandling (etc.), vad är i sådana fall förutsättningarna för att könsdiskriminering skall kunna konstateras? Även om en person har en rättslig könstillhörighet (genom fastställelse) som kvinna eller man, kan problem uppstå, exempelvis ifråga om krav på jämförelseperson. Detta är frågor som jag inte funnit några svar på. Denna problematik kan utgöra skäl för att övergå till en prövning av hur man *skulle* ha blivit behandlad utan den könsrelaterade faktorn, istället för att söka konkreta eller hypotetiska jämförelsepersoner av motsatt kön innan könsdiskriminering kan fastställas.

Det finns skäl att ompröva den nuvarande snäva tolkningen av könsdiskrimineringsbegreppet för att effektivisera skyddet mot könsdiskriminering i alla situationer där det föreligger ett missgynnande som har samband med personens kön.

10.7 Likabehandlingsprincipen och jämställdhetsmålet

Som framgår av kapitel 3 anges återkommande i både folkrätt, EG-rätt och i svensk rätt och i den politiska debatten att jämställdhetsmålet innebär att könsdiskriminering skall upphöra och *verklig, materiell, de facto*-jämställdhet skall inträda. Även om det kan råda delade meningar om vad man lägger i begreppet "materiell jämställdhet", kan konstateras att det råder enighet om att sådan inte enbart innebär en formell likabehand-

ling.[1700] Det krävs således mer än enbart formella förbud mot könsdiskriminering för att uppnå verklig jämställdhet. Staterna måste vidta olika åtgärder för att aktivt arbeta för jämställdhet. Reglerna och rättstillämpningen innebär i alla tre rättssystemen att särbehandling (dvs. motsatsen till lika behandling) *är* tillåten. I EG-rätt och svensk rätt finns dock inte något krav på särbehandling.

Som reglerna är utformade i alla tre rättssystemen motsvarar målsättningen, enligt min mening, det som kallas *substantive equal opportunity* eller den starkare formen av *equality of opportunity*. Denna form av *equality* innebär mer än ett krav på likabehandling mellan individer. Den innebär att "möjligheter" skall ges ett meningsfullt innehåll som innebär att individer verkligen har samma förutsättningar att konkurrera (m.m.) och inte enbart skenbart lika möjligheter.[1701] Denna form kräver aktiva åtgärder av olika slag och t.o.m. särbehandling. Visserligen innehåller varken EG-rätten och svensk rätt *krav* på särbehandling, men under vissa förutsättningar *tillåts* sådan i syfte att främja jämställdheten. Eftersom särbehandling är tillåten, kan det därför inte vara fråga om den svagare formen av *equal opportunity*.

I både folkrätt, inom EU och i Sverige anförs strukturella hinder (bl.a. bestående av könsfördomar och stereotyper) som skäl för att det inte råder jämställdhet.[1702] Mot bakgrund av att målet sägs vara verklig jämställdhet och att strukturella hinder bekräftas existera och måste elimineras, uppkommer frågan om hur jämställdhetsmålet skall uppnås. Förbuden mot direkt och indirekt könsdiskriminering resulterar i formell likabehandling och är därmed otillräckliga för att uppnå jämställdhetsmålet. Förbudet mot indirekt könsdiskriminering är förvisso ett steg mot att bekämpa diskriminerande strukturer och på det sättet främjar verklig jämställdhet. Trots det ryms den inom ramen för den formella likabehandlingsprincipen. Både direkt och indirekt könsdiskriminering syftar till likabehandling; lika fall skall behandlas lika och olika fall olika.[1703]

I de tre rättssystemen erkänns den formella likabehandlingsprincipen vara otillräcklig för att uppnå verklig jämställdhet. Utbildning, information, en medvetenhet om könsrollerna och andra aktiva åtgärder är grund-

[1700] Se t.ex. ILO, RCE, 1998, s. 345, Council of Europe, Gender mainstreaming Conceptual framework, methodology and presentation of good practice (1998), s. 11, EU-rådets resolution "on the promotion of equal opportunities for women" OJ C 203 1986, s. 2–4, Ds 1997:56 s. 33.

[1701] Se avsnitt 3.4.3.

[1702] Se t.ex. deklarationen och handlingsplanen från kvinnokonferensen i Peking (1995), COM (2000) 335 final, s. 4, Skr. 1999/2000:24 s. 5 f.

[1703] Christensen kommenterar att indirekt diskriminering inte inneburit något genombrott för den reella jämställdheten. Christensen, 2000, s. 61 f.

läggande för att en förändring skall kunna ske. *Mainstreaming* efterlyses i folkrättsliga sammanhang och både EU och Sverige har antagit program för att tillämpa *mainstreaming*. Längre gående åtgärder, som i sig kan uppfattas som diskriminerande (dvs. positiv särbehandling) är tillåtna så länge de vidtas för att främja jämställdheten.

Positiv särbehandling hävdas av förespråkarna vara ett medel för att övervinna strukturella hinder på arbetsmarknaden. Motståndarna hävdar att den innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen och skyddet mot könsdiskriminering. En formell likabehandlingsprincip förutsätter att alla fall alltid behandlas lika. I sådana fall finns det aldrig utrymme för särbehandling. Jag kan inte besvara frågan huruvida positiv särbehandling verkligen är en effektiv metod för att uppnå verklig jämställdhet (eller en lämplig sådan). Jag ifrågasätter dock påståenden om att positiv särbehandling inte kan vara förenlig med likabehandlingsprincipen. Den likabehandlingsprincip som reglerna ger uttryck för är, som redan sagts, den starkare formen av *equality of opportunity* (dvs. materiell likabehandling). Denna princip tillåter särbehandling. Påståenden om att likabehandlingsprincipen förbjuder särbehandling är därmed inte helt riktiga. Det är den formella likabehandlingsprincipen som förbjuder särbehandling. Varken jämställdhetsmålet eller gällande rätt innebär att formell likabehandling eftersträvas.

Likabehandlingsprincipen kan inte heller sägas sätta gränsen till att positiv särbehandling enbart kan vara tillåten när två arbetssökande har lika meriter. Eftersom den materiella likabehandlingsprincipen tillåter särbehandling, kan sådan ske även vid skillnader i meriter. Förutsättningen för sådan särbehandling är att den (även fortsättningsvis) anses vara saklig. Det återstår dock att utveckla närmare principer för tillämpningen av en sådan särbehandling. Målsättningen är materiell jämställdhet. *Om* det är så att positiv särbehandling faktiskt är en effektiv metod för att uppnå jämställdhetsmålet, kan det, mot bakgrund av jämställdhetsmålet, dessutom sägas finnas ett *krav* på (positiv) särbehandling.

I den mån positiv särbehandling godtas som en saklig särbehandling, är det väsentligt att sådan särbehandling inte tillåts i vidare utsträckning än att den fungerar som ett verktyg för att uppnå jämställdhetsmålet. I den stund positiv särbehandling inte längre behövs, blir den en osaklig särbehandling som utgör diskriminering, om den fortsätter att tillämpas. Generellt sett är det naturligtvis svårt att avgöra *när* jämställdhetsmålet har nåtts. I fråga om att ge personer förtur till utbildning eller anställning måste dock könsbalans beträffande representation räcka som mått på jämställdhet. Följaktligen kan positiv särbehandling vara tillåten endast så länge det råder en obalans i kvinnors och mäns representation.

10.8 Ändring av könsdiskrimineringsbegreppet

Avslutningsvis vill jag lansera ett ändrat synsätt på vad som utgör könsdiskriminering. Jag ifrågasätter lämpligheten i att betrakta saklig särbehandling p.g.a. kön som könsdiskriminering. Inom folkrätten betraktas endast *osaklig* särbehandling som diskriminering. Detta tilltalar mig, eftersom jag anser att diskriminering skall förbehållas negativt handlande. Diskriminering kan, enligt min mening, inte vara något neutralt eller positivt. Det är inte tilltalande att tala om "tillåten" och "otillåten" könsdiskriminering som var fallet i jämställdhetslagen före den senaste ändringen. Den nuvarande regelkonstruktionen i jämställdhetslagen innebär dock fortfarande att det är fråga om "tillåten" könsdiskriminering vid saklig särbehandling p.g.a. kön.

Resultatet av en ändring i synsätt är att nuvarande undantag faller utanför begreppet könsdiskriminering. Positiv särbehandling faller därmed utanför könsdiskrimineringsbegreppet (så länge den betraktas som saklig). Detsamma gäller undantaget för "särskilt intresse".[1704] I folkrätten ses inte regler som förbjuder ena könet att utföra visst arbete som könsdiskriminering. Eftersom sådan lagstiftning inte är tillåten i Sverige, innebär ett ändrat synsätt på könsdiskrimineringsbegreppet inget problem i detta avseende.

En omdefiniering av könsdiskrimineringsbegreppet till att enbart avse *osaklig* särbehandling innebär att fokus inte längre är på individen, utan på vad som bedöms vara saklig eller osaklig särbehandling. Förändringen i synsätt innebär emellertid inte någon ändring i sak. Positiv särbehandling och "särskilt intresse" har ju redan bedömts vara sakliga skäl för särbehandling. Skillnaden är mer en fråga om inställning. Om en särbehandling är saklig, skall den inte kallas för "diskriminering". Detta kan i och för sig angripas för att vara en kosmetisk förändring, eftersom den avgörande frågan alltid är vad som anses vara sakligt. Förslaget utgör dock en mer adekvat beskrivning av normsystemet, enligt min mening, och ger uttryck för det som redan är accepterat. Av ovan nämnda skäl anser jag därför att det finns anledning att överväga ett ändrat synsätt.

Mitt nyss nämnda förslag innebär på sätt och vis en minskning av vad som faller inom begreppet könsdiskriminering (till enbart *osaklig* särbehandling). När det gäller själva tillämpningsområdet för förbudet mot könsdiskriminering anser jag däremot att det finns anledning att överväga om detta borde utvidgas. Det grundlagsskydd som finns idag (RF

[1704] I kapitel 8 hävdar jag att undantaget för "särskilt intresse" i 15 § jämställdhetslagen bör finnas kvar och att RF 2:16 därför bör ändras. Denna, och liknande synpunkter, har jag fört fram under förutsättningen att synen på könsdiskrimineringsbegreppet inte förändras. En ändring medför, som sagt, att undantag blir överflödiga.

2:16) är relativt svagt. Det finns därför anledning att överväga ett generellt förbud mot könsdiskriminering i grundlagen med tanke på att det är fråga om en grundläggande mänsklig rättighet. Beträffande könsdiskrimineringsbegreppet i jämställdhetslagen har jag också framfört att detta bör utvidgas till att omfatta sexuella trakasserier. Ett ytterligare sätt att utvidga skyddet mot könsdiskriminering är att tillåta jämförelser mellan olika arbetsgivare ifråga om anställningsvillkor (lön). På så sätt skulle lönediskrimineringen som sker till följd av den könssegregerade arbetsmarknaden kunna angripas.

Könsdiskrimineringsbegreppets tillämpningsområde är beroende av vad som anses falla under "könstillhörighet" och hur sambandet med detta fastställs. Genom att behandla transsexualitet som en fråga som rör könstillhörigheten, har begreppet könsdiskriminering utvidgats i förhållande till en strikt syn på könstillhörighet (begränsad till biologiskt kön). Detsamma gäller graviditet. Genom att se missgynnande p.g.a. graviditet som könsdiskriminering, har könsdiskrimineringsförbudet fått en vidare tillämpning. Graviditet hör naturligtvis samman med biologiskt kön. Skyddet mot könsdiskriminering kan dock begränsas genom resonemang om att gravida kvinnor inte befinner sig i en likartad situation som icke-gravida kvinnor eller män och därmed inte kan kräva likabehandling. Att se negativ särbehandling vid graviditet som könsdiskriminering, innebär därför att könsdiskrimineringsbegreppet inte tolkats snävt. Likaså kan man säga att könsdiskrimineringsbegreppet fått en vidgad omfattning i och med att olika regler, beroende på civilstånd, utgör könsdiskriminering. Här finns dock det biologiska könet med i bakgrunden, eftersom ett krav är att reglerna enbart skall träffa ena könet för att utgöra könsdiskriminering.

Ytterligare sätt att utvidga tillämpningsområdet för begreppet könsdiskriminering (och därmed även förbudet mot könsdiskriminering) är att inte tillåta negativ särbehandling som har samband med könsroller. Som jag redan framfört, bör negativ särbehandling inte kunna motiveras av skäl som grundar sig på föreställningar om kvinnligt och manligt. Det innebär att förbudet mot könsdiskriminering bör omfatta särbehandling som grundar sig på sådana förutfattade meningar, t.ex. i fråga om vilka yrken kvinnor och män är lämpade för. En arbetsgivare skall alltså inte kunna motivera negativ särbehandling vid ett anställningstillfälle med att män är mer tekniska eller att kvinnor har bättre vårdegenskaper.

Enligt min mening, är olika anställningsvillkor beträffande kvinnors och mäns klädsel på arbetsplatsen en fråga om könsdiskriminering enligt jämställdhetslagen. När en arbetsgivare väljer en person för anställning skall beslutet inte få grunda sig på att en arbetssökande inte håller sig inom normen för hur kvinnor och män skall se ut. Uppfattningar om vad

som är passande klädsel, frisyr, smycken m.m. för kvinnor respektive män, skall inte tillåtas påverka arbetsgivarens beslut i förhållande till den arbetssökande eller arbetstagaren. Att tillåta sådan särbehandling skulle innebära att arbetsgivare tillåts ha olika urvalskriterier och villkor för kvinnor och män.

För att dra det hela lite längre, menar jag att all negativ särbehandling som har sin grund i att en kvinna eller man inte motsvarar förväntningarna på respektive könsroll, utgör könsdiskriminering. Om en person inte motsvarar arbetsgivarens uppfattning om hur en kvinna eller man bör se ut eller "vara", anser jag att det finns ett samband mellan missgynnande och könstillhörighet. Om en arbetsgivares beslut att inte anställa en man beror på att han ter sig feminin (t.ex. har spensliga drag och ljus röst) och därmed inte är tillräckligt "manlig", utgör detta könsdiskriminering. På samma sätt får en kvinnas "manhaftighet" inte påverka ett anställningsbeslut eller hennes arbetsvillkor. Här uppstår dock frågor om vem som avgör vad som är kvinnligt eller manligt. Sådana bedömningar kan vara högst personliga, men också kulturellt betingade. Principiellt anser jag dock att det fortfarande rör sig om könsdiskriminering när sådana kriterier avgör hur den arbetssökande eller arbetstagaren behandlas.

Jag inser att dessa ståndpunkter kan tyckas kontroversiella. Jag menar dock att om man verkligen vill uppnå jämställdhet och ett samhälle fritt från diskriminering, krävs att könsfördomar, stereotyper och könsbundna förväntningar elimineras. Detta innebär att allt som hänför sig till "typiskt" kvinnligt eller manligt är irrelevanta fakta som inte kan ligga till grund för särbehandling. Genom att det är fråga om en verkligt grundläggande mänsklig rättighet, anser jag att det finns skäl för lagstiftaren att ta intiativ för att påverka människors attityder i denna fråga.

Avslutningsvis kan jag konstatera att vissa skillnader föreligger mellan de tre rättssystemen men att svensk rätt på det hela taget är väl förenlig med internationella åtaganden. Inte heller anser jag att det finns anledning att rikta någon allvarligare kritik mot utformningen av förbuden mot könsdiskriminering. Det är istället framförallt en ändrad tillämpning av förbuden som medför ett starkare skydd mot könsdiskriminering.

Summary

Discrimination on grounds of Sex – an Analysis of (Swedish) National Law and International Law

Part I Introduction and general background

Chapter 1 Introduction

On international, as well as national level, the issue of gender equality and discrimination based on sex has increased in importance on the political agenda. Gender equality is recognised as a cornerstone for peace and development, and different actions to promote gender equality are increasingly warranted for. The object of this thesis is to analyse the legal concept of sex discrimination. What is its meaning in Swedish law compared to EU-law and international (human rights) law? The study also serves a specific purpose in analysing the different expressions and concepts that are used in this area such as *affirmative action, preferential treatment, quotas* and their Swedish equivalents, in order to bring some clarity to how they should be used and translated.

Chapter 2 paragraph 16 in the Instrument of Government (*regeringsformen*), which is one out of four constitutional laws, prohibits legislation that discriminates on the grounds of sex. Naturally, sex discrimination is not allowed in other areas either. However, it is only in this statute and in the Act concerning Equality between Men and Women (*jämställdhetslagen* 1991:433, here: the Equality Act) where sex discrimination is expressly prohibited in Swedish law. The Equality Act is limited to prohibit sex discrimination in employment. This is the only legal act where sex discrimination has been defined. Therefore, the study focuses on labour law, but it encompasses the area of education as well since these two are closely interrelated.

International law consists of different organisations and many different treaties. It is, however, possible to treat the different rules as components of one legal system since they all regard human rights and are as such universal.

The study does not have a gender perspective since the purpose is not to show the implications of the concept on men and women, but to analyse its legal meaning. The object of the study is limited to sex discrimination and hence discrimination on other grounds is excluded, as well as so-called multiple-discrimination. The thesis does not include comparisons with any other national legal system, since it compares the Swedish legislation with EU-law and international law.

Chapter 2 About the three legal systems

This chapter aims at giving a general background on the position of international human rights law and EU-law in Sweden. The development concerning legislation about sex discrimination and gender equality in the different systems is also described.

The Swedish legal system is a so-called dualist system. Consequently international treaties need to be either incorporated or transformed into Swedish national law in order for individuals to be able to rely on them in Swedish courts. On occasion, to avoid norm conflicts, the general principle is for the court or authority to interpret the Swedish law in the spirit of the treaty (*fördragskonform tolkning*). Where conflicts cannot be avoided, general principles for legal interpretation apply, i.e. *lex specialis, lex posterior* etc. In the end, Swedish law takes precedence over international law, but not over EU-law.

The development in international law is that treaty making has declined or even stopped concerning non-discrimination and gender equality issues, while non-binding declarations, plans for action etc. have increased, focusing on women's situation. EU-law has also expanded in this area foremost through the treaty of Amsterdam as the Council now has increased possibilities to initiate legislation and whereby equality between men and women now is considered to be a major goal of the union. The latest change in the Swedish Equality Act came into effect January 1st 2001. The act was changed to better correspond to the equal treatment principle required by EU-law. The aim and objectives of the Equality Act are to achieve gender equality. In Swedish education legislation there is no expressed prohibition against sex discrimination. However, a recent proposal suggests that a prohibition against sex discrimination in higher education should be introduced.

Since the UN conference on women in Beijing 1995, the importance of mainstreaming has been emphasised as an important tool for advancing equality. In both the EU and Sweden this has been taken seriously and is now employed.

Chapter 3 The Concept of Equality

This chapter deals with different concepts of equality and what the goals of equality are in the three legal systems. The concept of equality is full of nuances. In the Swedish language the word is translated into two words; *jämlikhet* and *jämställdhet*. It is sometimes held that these two words have different meanings. I consider the two to have the same meaning but the latter (*jämställdhet*) is usually reserved for situations concerning equality between the sexes while *jämlikhet* concerns any relationship. More important is the distinction between formal and substantive equality. Formal equality corresponds to non-discrimination. The prohibition against discrimination means that equal situations must be treated equally and unequal situations differently. This results in a formal principle of equality. Substantive equality means more than just equal treatment and involves an element of quality in result. Therefore it allows differential treatment. All three legal systems claim substantive equality as their goal. This goal can also be called a stronger form of equality of opportunity. The goal is neither formal equality, nor equality in a statistical, numerical sense. In all systems representation is used as a measure and a tool for achieving gender equality. It cannot, however, be the final measurement to assess when gender equality is achieved. Other factors play a role as well.

Part II Discrimination on the grounds of sex

Chapter 4 The concept of "sex"

In this chapter the meaning of "sex" is analysed. The chapter deals with biological sex discussing the position of transsexuals, hermaphrodites and homosexuals. It also describes the concept of "gender" and discusses the possibilities to regard sex discrimination as gender-discrimination.

In all three legal systems the basic components of sex discrimination are that someone has suffered an adverse differential treatment and that that treatment somehow is related to the sex of that person. The common point of departure for what is meant by "sex" is biological sex, i.e. traditional "men" and "women". The concept has expanded though. Both EU-

law and Swedish law include transsexuality in "sex". Consequently adverse treatment based on transsexuality is a form of sex discrimination. Adverse differential treatment on the grounds of homosexuality is on the contrary seen as a separate form of discrimination. In international law the Human Rights Committee has expressed that the reference to "sex" in the International Covenant on Civil and Political Rights includes sexual orientation. Hence, discrimination based on homosexuality is seen as a form of sex discrimination. The European Court of Human Rights has given "sex discrimination" the narrowest interpretation, excluding both transsexuality and homosexuality from the concept. In my opinion transsexuality is definitely a question about "sex" and adverse treatment based on transsexuality is therefore a form of sex discrimination. Moreover, I hold that adverse treatment based on homosexuality very well can be seen as sex discrimination. This is because the basic reason for the adverse treatment is that the sex of the person in question is "wrong" in relation to his or her partner's sex.

I have found no indication of how international law or EU-law deals with adverse treatment of hermaphrodites. In Sweden the legal sex is determined at birth and may subsequently be changed. The person is regarded as being of the registered sex in all legal matters. Interesting questions arise on this issue though. For example: what sex should the comparator be of, in a case of sex discrimination according to the Equality Act?

There seems to be an emerging trend to use the word "gender" instead of "sex". "Gender" encompasses more than just biological sex and includes what is considered to be male or female behaviour. The gender concept is used to show that "sex" is a historical, social and cultural construction. So far none of the three systems forbids *gender* discrimination to its full extent. Different dress codes for men and women would most likely be considered unlawful sex discrimination according to the Swedish Equality Act. However, other situations related to "gender" still fall outside the scope of this act, e.g. adverse treatment based on the fact that a person does not fulfil the expectations of persons belonging to that sex. Hence, when a man is suffering disadvantages because he is perceived as "feminine" or a woman as "masculine", this is not regarded as sex discrimination. I argue that all adverse treatment that can be related to a person's sex should be regarded as sex (or "gender") discrimination.

Chapter 5 The concept of sex discrimination

There are many prohibitions against discrimination on the grounds of sex in international law, but few definitions of what the concept means. EU-law defines indirect discrimination, but not direct discrimination. The

Swedish Equality Act defines both. This chapter deals with the various requirements for a situation to fall under the prohibition of sex discrimination. As already mentioned the most basic components of sex discrimination in all three legal systems are: *adverse differential treatment + sex*. The difference between cases of direct sex discrimination and indirect sex discrimination is discussed in terms of the causation, the question of the need for a discriminatory intent and the need for a comparator.

The major difference between the three systems is that in international law only unreasonable (*osaklig*) differential treatment can constitute discrimination, whereas both EU-law and Swedish law consider all adverse differential treatment to be sex discrimination. The result of this difference is that in the two latter systems there is room for justifiable exceptions while international law considers such differential treatment as falling outside the scope of discrimination. It needs to be pointed out however, that this difference between the systems does not affect the question of when differential treatment is considered to be unlawful. The question of which treatment is considered acceptable, and which is not, always depends on whether it is seen as reasonable (*saklig*) or not.

Indirect sex discrimination also consists of adverse differential treatment based on sex. The difference between this form of discrimination compared to direct discrimination is that the adverse treatment takes place through an apparently neutral provision, criterion or practice and that the causation between the disadvantage and the sex only is indirect. The rules are construed in a way that excludes indirect discrimination when a neutral provision disadvantages only one or a few persons. The connection to sex arises first when a considerable percentage of the group concerned consists of men or women.

None of the systems requires a discriminatory intent to regard a situation as sex discrimination. The discriminatory effect is sufficient. Since one component of sex discrimination is differential treatment it is natural to look for a comparator when assessing if a treatment is "different". The choice of comparator is very important. In the cases concerning differential treatment of homosexuals the Court of Justice has argued that homosexual men and women are treated alike and consequently, there can be no sex discrimination. In cases with pregnant women the court has argued that pregnancy is unlike every other situation and so closely linked to the biological sex of a woman that an adverse treatment of pregnant women constitutes direct sex discrimination, without making a comparison with anyone else. The latest change in the Swedish Equality Act means that a tangible comparator of the opposite sex no longer is required. A hypothetical comparator is sufficient, even in cases involving the principle of equal pay.

Chapter 6 The area of application of the prohibition against sex discrimination

This chapter describes the different situations where sex discrimination is expressly forbidden in the Equality Act and the equivalent provisions in international law and EU-law. The chapter deals with the right to work, equal access to work, promotion, equal pay etc. The chapter also describes the right to education, statutes concerning this right and the lack of a prohibition against sex discrimination in this area. Finally, provisions concerning sexual harassment are described, and it is discussed whether this should be seen as a form of sex discrimination.

All three legal systems protect the right to work without sex discrimination. This right includes equal access to work, to promotion, to equal conditions for work and equal protection against dismissal. Separate provisions between men and women depending on e.g. marriage, pregnancy or maternity are not allowed. The Court of Justice has given the concept of pay a broad definition which has entailed a broader area of application for the non-discrimination principle on the grounds of sex. The EU-law has also lead to changes in the Swedish Equality Act concerning the right to equal pay for work of equal value. Recently the Swedish Labour Court (*arbetsdomstolen*) for the first time concluded that two completely different jobs were of equal value. The difference in pay was justified, however, by reasons of the compared persons' value on the labour market, the collective agreements and their different age.

In Swedish educational law the principle of equal treatment is expressed, but there is no expressed prohibition against sex discrimination. In international law and EU-law the connection between education and work is much stronger than in Swedish law. The Equal Treatment Directive (76/207) includes vocational training, which is not the case with the Swedish Equality Act. The proposed act on equal treatment in higher education comprises a prohibition against direct and indirect sex discrimination. However, currently there are no possibilities to pursue a claim concerning access to vocational training by judicial process, which means that Sweden has failed to fully implement the Equal Treatment Directive. All persons involved in education are expected to actively promote gender equality. The curriculum must counteract gender stereotypes, and promotion of gender equality is considered to be a goal in both elementary, secondary and higher education. Here I argue that the principle of non-discrimination on the grounds of sex takes precedence over the rights of parents to choose education for their children on moral,

religious or philosophical grounds. Such grounds cannot be used to discriminate between girls' and boys' from neither access to education, nor the curriculum.

According to Swedish law sexual harassment has to be prevented and combated in educational establishments and workplaces. However, there is no expressed prohibition against sexual harassment and unlike international law and EU-law, sexual harassment is not considered to be a form of discrimination based on sex. I argue that sexual harassment should be included in the concept of discrimination on the grounds of sex since it is an adverse differential treatment based on sex.

Part III Accepted differential treatment

Chapter 7 Differential treatment on other grounds than sex

This chapter deals with the question of causation. What sex neutral grounds can be accepted to breach a *prima facie* sex discrimination? Initially the rules of burden of proof in the Equality Act are described. They have been changed to better correspond to the provisions in the EU-directive on the burden of proof (97/80). Neither the Swedish Labour Court nor the Court of Justice has accepted objections that are too general. References to the labour market have been accepted as sex-neutral reasons for differences in pay, both in cases concerning direct and indirect discrimination. Economic reasons and social policy have been accepted in cases of indirect discrimination.

There is a difference between the objections accepted in cases of direct sex discrimination and cases of indirect sex discrimination. In cases of direct discrimination the focus is on the question of whether the persons compared, are in an equal and comparable situation or not, and whether their personal qualifications justify different treatment or not. In cases of indirect sex discrimination the focus lies on the aim sought by the respondent. It is not the qualifications of the individuals that are compared. This is the reason why indirect discrimination tends to be easier to justify with sex neutral factors.

I challenge statements which declare that it is possible to justify indirect discrimination but impossible to justify direct discrimination. I hold that adverse treatment can be justified with sex neutral factors in both cases. An important difference between the two is, however, that it is not possible to make exceptions to indirect discrimination. This is simply because when a differential treatment can be explained by sex neutral factors, there is no causation. Hence, there is no discrimination to make

exceptions from. Direct discrimination may, on the other hand, be justified by sex-related factors, and consequently allows exceptions. This is only the case concerning the Equal Treatment Directive though, which allows exceptions in three different situations. The equal pay principle never allows exceptions and differential treatment can only be justified with sex neutral factors.

Chapter 8 Differential treatment based on certain interests

Initially this chapter discusses the question of legal competence to enact laws concerning non-discrimination. There are situations where it is justified to treat men and women differently even though the reasons for this are sex-related. In the chapter, two out of three main types of grounds for differential treatment are discussed. Either differential treatment is accepted on grounds related to women's reproduction, or it is accepted as protecting a certain interest.

Lawful differential treatment that is related to pregnancy and maternity is most common in international law. The Equal Treatment Directive only allows differential treatment (due to pregnancy and maternity) that favours women. This is seen as an exception to the prohibition against discrimination on the grounds of sex. The equal pay principle, however, does not allow exceptions. To be able to treat women more favourably than men during maternity leave, without infringing the equal pay principle, the Court of Justice has argued that pregnant women, or women on maternity leave, are in a non-comparable situation. Consequently, there is no need for an exception to the prohibition against sex discrimination regarding pay. In Sweden the standpoint is that separate legislation for women is to be avoided. In cases where women are favoured because of pregnancy (etc.), it is not considered a disadvantage to men and consequently no exceptions are needed in the legislation. The Equality Act does not encompass an exception corresponding to article 2 (3) in the Equal Treatment Directive.

Both international law and EU-law allow legislation that excludes one sex from performing a certain job. This is not possible in Sweden. In the Instrument of Government, there is a prohibition against legislation that disadvantages one sex. Exclusion from certain work without individual examination is not in accordance with that provision. In each individual case, the respondent may justify the differential treatment with reasons that are weightier than the interest of equality between men and women.

Chapter 9 Measures to promote gender equality

This chapter deals with the third type of situation where sex-related reasons are accepted as justifying differential treatment, namely actions to promote gender equality. The chapter begins with a terminological discussion comparing English terminology with Swedish and the legal meaning of the concepts. Affirmative action and positive action are synonyms. They are described as the widest concept including any action promoting equality. Preferential treatment is a narrower concept and refers to a specific kind of action and is a special form of affirmative action. Preferential treatment refers to the situation where one sex is given advantages, e.g. is given priority regarding access to work. An even more specific figure is quota systems which are, in their turn, a specific form of preferential treatment. Quotas mean that priority is given persons of the under-represented sex until a defined share of places (etc.) is filled. Consequently the concepts are interrelated where quotas are a specific type of preferential treatment, which, in turn, is a specific type of affirmative action.

All three legal systems allow affirmative action. There are some differences though, concerning what types of actions that are allowed and under what conditions. International organisations have demanded affirmative action, preferential treatment and even quotas, although there seem to be different opinions about the admissibility of the latter. It is not clear, however, under what conditions preferential treatment is allowed. Can preference be given to a sufficiently qualified job-applicant of the under-represented sex even though there is a better-qualified candidate of the over-represented sex? The Court of Justice has not made any definite statement on this issue, although it has applied the exception restrictively and formed certain requirements for preferential treatment to be acceptable. So far the court has only accepted preferential treatment where the applicants have had equal qualifications. Two Swedish regulations have been deemed contrary to EU-law. The main problem was the non-transparency in the regulations of the assessment of the qualifications. In Swedish law preferential treatment has existed in different strengths. The Equality Act is the most progressive, allowing an employer to apply preferential treatment even where there is a clear difference between the applicants' qualifications, on condition that it is part of a gender equality promoting programme. When it comes to access to education there are no possibilities to apply preferential treatment regarding access to secondary school. There are limited possibilities for preferential treatment to higher education though. Preferential treatment is lawful when the applicants'

qualifications are equal. A precondition for admission to postgraduate studies is that the funding is arranged. Access to such studies for the under-represented sex can only be promoted through preferential treatment regarding the funding.

Chapter 10 Concluding remarks

In this final chapter the main differences between the legal systems are discussed as well as the major differences between legislation regarding education compared to legislation regarding work.

The possibility of merging direct and indirect discrimination into one concept is discussed where I conclude that this cannot be done without changes to the definitions of one of them. As I argue that the concept of sex discrimination should be given a wide interpretation, my view is that all adverse treatment on the grounds of sex should be seen as sex discrimination. An amalgamation does not necessarily work to this effect. In my view the concepts of direct and indirect discrimination serve such different purposes that it is motivated to keep them separated. However, I propose that a widening of the concept of indirect discrimination to encompass individual cases, without considerations of what proportion of a group is affected, should be considered.

The reasons justifying differential treatment are also discussed. Are they really as gender-neutral as is claimed? The labour market should not, without reflection, be accepted as a gender-neutral ground for differential pay, since the labour market is sex-segregated and women's pay is generally lower. The same goes for collective agreements. To what extent should differential treatment, which really is related to sex, be accepted? What it really comes down to is the question of what is reasonable and what is not. In my opinion the point of departure for this assessment should be the aim pursued. The aim in all three systems is proclaimed to be substantive equality. In all three systems there are statements that non-discrimination clauses are not enough to achieve substantive equality. Consequently one has to ask whether a differential treatment works to promote the aim or if it is contradictory to it. It is clear that the prohibition of direct and indirect sex discrimination is insufficient to achieve substantive equality since it results in the formal principle of equality. Equal situations should be treated equally and unequal situations differently. Other actions are needed. If preferential treatment actually is an effective way of reaching the goal, it can be deemed reasonable, regardless of whether it is applied in situations where the persons compared are equally qualified.

The discussion also focuses on the area of application of the prohibition against sex discrimination. The differences between the systems are highlighted. I argue that the concept of sex discrimination should be extended to comprise gender-discrimination. The main argument for this is that non-discrimination is a fundamental human right, which is recognised in all human rights documents. In the UN Charter, equality between men and women is put forward as one of the objectives of the organisation. Gender equality has repeatedly been described as crucial to development and peace. It is a core human right and a part of every other human right since these rights are universal and must be enjoyed by everyone. Some writers even suggest that the principle of non-discrimination on the grounds of sex has reached status as *ius cogens*. Even if this would not be the case, the principle is universally accepted and there is a constant demand and promotion of gender equality. Therefore there is no reason, as I see it, to give this fundamental principle of human rights a narrow interpretation. I suggest that *all* adverse differential treatment on the grounds of gender should be prohibited, unless it is a measure taken to promote equality. I also propose a change of the concept of sex discrimination in Swedish law to only encompass *unreasonable* adverse treatment on the grounds of sex, which would correspond to the concept in international law. In my view this is preferable to dealing with "lawful" and "unlawful" sex discrimination, as is the case now.

Finally, I conclude that there are some differences between the three legal systems. Even so, Swedish law seems to correspond well to the requirements in EU- and international law. There is no reason to criticise the way in which the prohibitions against sex discrimination are elaborated. Instead it is most of all the application of them, that can entail a stronger protection against discrimination on the grounds of sex.

Källförteckning

Folkrättsligt material

FN-material

Generalförsamlingen

A/RES/2263 (XXII) Declaration on the Elimination of Discrimination against Women, 1967
A/CONF. 32/41 Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 1968
A/S-23/10/Rev.1 UN Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the twenty-third special session of the General Assembly, Further actions and initiatives to implement the Beijing declaration and the Platform for Action (2000)
A/Res/54/4 Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1999)
The United Nations and the Advancement of Women 1945–1995, United Nations Blue Book Series Vol. VI
The United Nations and Human Rights 1945–1995, United Nations Blue Books Series, Vol. VII

Tredje kommittén

A/C.3/SR.1183 (1962) Draft International Covenants on Human Rights (continued)
A/C3/S.R.1203 (1962) Draft International Covenants on Human Rights (continued)
A/C3/S.R.1204 (1962) Draft International Covenants on Human Rights (continued)
A/C3/S.R.1205 (1962) Draft International Covenants on Human Rights (continued)
A/C3/S.R.1258 (1963) Draft International Covenants on Human Rights (continued)
A/C3/S.R.1259 (1963) Draft International Covenants on Human Rights (continued)
A/C3/S.R.1444 (1966) Draft Declaration on the Elimination of Discrimination against Women (continued)

Kommissionen för mänskliga rättigheter

E/CN.4/RES/1994/45 Question of integrating the rights of women into the human rights mechanisms of the United Nations and the elimination of violence against women

E/CN.4/DEC/1999/107 The concept and practice of affirmative action, Commission on Human Rights decision 1999/107

E/CN.4/RES/1999/25 Question of the realization in all countries of the economic, social and cultural rights contained in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, and study of special problems which the developing countries face in their efforts to achieve these human rights

E/CN.4/2000/6 (1 February 2000) Commission on Human rights 56th session, Progress report of the Special Rapporteur on the right to education, Katarina Tomasevski, submitted in accordance with Commission on Human Rigths resolution 1999/25

E/CN.4/2001/52 (11 January 2001) Annual report of the Special Rapporteur on the right to education, Katarina Tomasevski, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2000/9

Underkommissionen för förhindrande av diskriminering och skydd av minoriteter

E/CN.4/721 Report of the 8th session of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to the Commission on Human Rights (1956)

E/CN.4/Sub.2/335 Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities 35th meeting. Manifistations of anti-Semitism and other forms of racial prejudice and religious intolerance of a similar nature (1961)

E/CN.4/Sub.2/1998/5 Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities 50th session, Working paper prepared by Mr. Marc Bossoyt on the concept of affirmative action

E/CN.4/Sub.2/RES/1998/5, The concept and practice of affirmative action, Sub-Commission resolution 1998/5

Kommissionen för kvinnors status

E/CN.6/591 International Instruments relating to the status on Women, Draft Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, 26th session (1976)

E/CN.6/632 Report of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization on its Activities of Special Interest to Women (1979)

Kommittén för de mänskliga rättigheterna

CCPR/C/SR.142 (1979) Consideration of reports submitted by State parties under article 40 of the Covenant: initial reports of States parties due in 1977 and 1978 (*continued*)

CCPR/C/SR.189 (1980) Consideration of reports submitted by State parties under article 40 of the Covenant (*continued*)

HRI/GEN/1/Rev.3 HRC General Comment 4, Article 3, 13th session (1981)

A/36/40, Annex XIII (1981) Views of the Human Rights Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights concerning Communication No. R.9/35 Submitted by Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women

A/42/40 (1987) Annex VIII, B, Communication No 172/1984, S. W. M. Broeks v. the Netherlands

A/42/40 (1987) Annex VIII, D, Communication No 182/1984, F. H. Zwaan-de Vries v. Netherlands

HRI/GEN/1/Rev.3 HRC General Comment 18, Non-discrimination, 37th session (1989)

CCPR/C/50/D/488/1992 (4 April 1994) Annex, Views of the Human Rights Committee under article 5 paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 50th session Communication No. 488/1992 Submitted by Nicholas Toonen

CCPR/C/94/Add.3 (15 October 1997) Third periodic reports of States parties due in 1994: Belgium. 15/10/97

CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, CCPR General Comment 28, Equality of rights between men and women (article 3) (2000)

KESKR-kommittén

E/C.12/1987/SR.5 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1st session, Summary Record of the 5th meeting (1987)

E/C.12/1988/SR.3 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2nd session, Summary Record of the 3rd meeting (1988)

E/C.12/1990/SR.16 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 4th session, Summary Record of the 16th meeting (1990)

E/C.12/1990/SR.42 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 5th session, Summary Record of the 42nd meeting (1990)

E/C.12/1991/SR.3 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 6th session, Summary Record of the 3rd meeting (1991)

E/C.12/1991/1 (17 June 1991) Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

E/C.12./1993/7 (9 June 1993) Consideration of reports submitted by states parties under articles 16 and 17 of the covenant concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Iran

E/C.12/1999/4, CESCR General Comment 11, Plans of action for primary education (art.14) (1999)
E/C.12/1999/10, CESCR General Comment 13, The right to education (Art. 13) (1999)

Kvinnokommittén

HRI/GEN/1/Rev.3, CEDAW General Recommendation No. 5 Temporary special measures (1988)
HRI/GEN/1/Rev.3, CEDAW General Recommendation No. 8 Implementation of article 8 of the Convention (1988)
HRI/GEN/1/Rev.3, CEDAW General Recommendation No. 13 Equal remuneration for work of equal value (1989)
HRI/GEN/1/Rev.3, CEDAW General Recommendation No. 19 Violence against women (1992)
A/48/38 Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Twelfth session), GAOR 48th Session Suppl. No. 38 (1994)
A/52/38/Rev.1 Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 16th and 17th sessions (1997)
CEDAW/C/2001/I/L.1, Draft Report, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 24th session, 15 January–2 February 2001

Övrigt

E/RES/1990/15 Recommendations and conclusions arising from the 1st review and appraisal of the implementation of the Nairobi Forward-looking Strategies for the Advancement of Women to the year 2000
HRI/GEN/1/Rev.3 CERD General Recommendation XIV on article 1, paragraph 1, of the Convention, 42nd session (1993)
A/CONF.177/20/Rev.1, United Nations Report of the fourth World Conference on Women, Beijing, 4–15 September 1995
Fourth World Conference on Women Beijing, China 4–15 September 1995 Platform for Action and the Beijing Declaration, UN Department of Public Information 1996
ST/LEG/SER.E/18 (Vol. I), United Nations, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General. Status as at 31 December 1999, Volume I Part I, Chapters I to XI (2000)
A/55/18 Recommendation XXV (56) Gender-related dimensions of racial discrimination (2000)
CRC/GC/2001/1, CRC General comment No. 1 The Aims of Education (2001)

ILO-material

Konventioner, rekommendationer och deklarationer

Convention No. 13 concerning the Use of White Lead in Painting, International Labour Conference 3rd Session (1921)
Convention No. 45 concerning the Employment of Women on Underground Work in Mines of all Kinds, International Labour Conference 19th Session (1935)
Constitution of the International Labour organisation (1944)
Declaration concerning the aims and purpose of the International Labour Organization (1944)
Convention No. 89 concerning Night Work of Women Employed in Industry, International Labour Conference 31st Session (1948)
Convention No. 100 concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value, International Labour Conference 34th Session (1951)
Recommendation R90 concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value, International Labour Conference 34th Session (1951)
Convention No. 103 concerning Maternity Protection, International Labour Conference 35th Session (1952)
Convention No. 111 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, International Labour Conference 42nd Session (1958)
Recommendation R111 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, International Labour Conference 42nd Session (1958)
Convention No. 117 concerning Basic Aims and Standards of Social Policy, International Labour Conference 46th Session (1962)
Convention No. 122 concerning Employment Policy, International Labour Conference 48th Session (1964)
Convention No. 136 concerning Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene, International Labour Conference 56th Session (1971)
Declaration on Equality of Opportunity and Treatment for Women Workers, International Labour Conference 60th Session (1975)
Convention No. 156 concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities, International Labour Conference 67th Session (1981)
Convention No. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, International Labour Conference 68th Session (1982)
Recommendation R166 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, International Labour Conference 68th Session (1982)
Convention No. 171 concerning Night Work, International Labour Conference 77th Session (1990)

Convention No. 175 concerning Part-Time Work, International Labour Conference 81st Session (1994)
Convention No. 177 concerning Home Work, International Labour Conference 83rd Session (1996)
Declaration on fundamental principles and rights at work, International Labour Conference 86th Session (1998)
Convention No. 183 concerning the revision of the Maternity Protection Convention (Revised) 1952, International Labour Conference 88th Session (2000)

Övrigt

Equal Remuneration for Women and Women Workers for Work of Equal Value, International Labour Conference 34th Session, Report VII (2), 1951
Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part IV), International Labour Conference 47th Session 1963
Equality of Opportunity and Treatment for Women Workers, International Labour Conference 60th Session Report VIII 1975
Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. General Report and Observations concerning Particular Countries, Report III (Part 4 A), International Labour Conference 63rd Session 1977
Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. General Report and Observations concerning Particular Countries, Report III (Part 4 A), International Labour Conference 67th Session 1981
General Survey, Equal Remuneration, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4 B), International Labour Conference 72nd Session, 1986
Equality in Employment and Occupation, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, Report by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4 B), International Labour Conference 75th session, 1988
Protection against Unjustified Dismissal, International Labour Conference 82nd Session 1995
Equality in Employment and Occupation, Special Survey on Equality in Employment and Occupation in respect of Convention No. 111, Report by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4 B), International Labour Conference 83rd session 1996
Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. General report and observations concerning particular countries, Report III (Part 1 A), International Labour Conference 86th session 1998

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. General report and observations concerning particular countries, Report III (Part 1 A), International Labour Conference 87th session 1999

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. General Report and observations concerning particular countries, Report III (Part 1 A), International Labour Conference 89th session 2001

Material från UNESCO

Världskonferensen utbildning för alla, Jomtien, Thailand, 5–9 mars 1990, Svenska unescorådets skriftserie. Nr 4/1991 FNs internationella läskunnighetsår 1990

Declaration and Integrated Framework of Action on Education for Peace, Human Rigths and Democracy, 44th session of the International Conference on Education (Geneva October 1994)

ED-98/CONF.202/3 World Conference on Higher Education. Higher Education in the Twenty-First Century: Vision and Action, Paris October 1998

World Declaration on Higher Education For the Twenty-First Century: Vision and Action, World Conference on Higher Education, Higher Education in the Twenty-First Century: Vision and Action, Paris, 5–9 October 1998 ED-98/CONF.202/3

Recommendation No. R (98) 3 of the Committee of Ministers to Member States on Access to Higher Education (1998),

Technical and Vocational education and Training: A Vision For the Twenty-first Century, Recommendations, Second International Congress on Technical and Vocational Education 26–30 April 1999, Seoul, Republic of Korea

Europarådet

Ministerkommittén

Statute of the Council of Europe (ETS No. 1) (1949)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5) (1950)

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 9) (1954)

European Social Charter (ETS No. 35) (1961)

Additional Protocol to the European Social Charter (ETS No. 128) (1988)

Declaration on Equality of Women and Men adopted by the Committee of Ministers on 16 November 1988 at its 83rd Session

European Social Charter (revised) (ETS No. 163) (1996)

Equality and democracy: Utopia or challenge? Conference organised by the Council of Europe as a contribution to the preparatory process of the United Nations 4th World Conference on Women (Beijing, 4–15 September 1995), Declaration on Equality between Women and Men as a Fundamental Criterion of Democracy, 4th European Ministerial Conference on Equality between Women and Men, Istanbul (13–14 November 1997)
Recommendation No. R (98) 3 of the Committee of Ministers to Member States on Access to Higher Education (1998)
Recommendation No. R (98) 14 of the Committee of Ministers to member States on gender mainstreaming. (Adopted by the Committee of Ministers on 7 October 1998 at the 643rd meeting of the Ministers' Deputies)
Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177) (2000)
Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (No. 177) (2000)

Europarådets parlamentariska församling

Parliamentary Assembly Recommendation 924 (1981) on discrimination against homosexuals
Parliamentary Assembly Resolution 855 (1986) on equality between men and women
Parliamentary Assembly Recommendation 1117 (1989) on the condition of transsexuals
Parliamentary Assembly Recommendation 1146 (1991) on equal opportunities and equal treatment for women and men on the labour-market
Parliamentary Assembly Resolution 1018 (1994) on equality of rights between men and women
Parliamentary Assembly Recommendation 1229 (1994) on equality of rights between men and women
Parliamentary Assembly Recommendation 1281 (1995) on gender equality in education
Parliamentary Assembly Recommendation 1354 Future of the European Social Charter (1998)
Parliamentary Assembly Recommendation 1415 Additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning fundamental social rights (1999)

Övrigt

Commission Decision on Application No. 17678/91 by B.N. and S.N. against Sweden (30 June 1993)
Women in the working world, equality and protection within the European Social Charter. Human rights Social Charter monographs – No. 2, Council of Europe Publishing, 1995

Council of Europe EG-S-MS (1998) Gender mainstreaming Conceptual framework, methodology and presentation of good practice. Final Report of Activities of the Group of Specialists on Mainstreaming
Human Rights Information Bulletin No 46 March–June 1999
Equality between women and men in the European Social Charter, Human rights Social Charter monographs – No. 2, Council of Europe Publishing, 2000
Council of Europe, EG-S-PA (2000) 7 Positive action in the field of equality between women and men

EG-rättsligt material

Rådet – bindande akter

Direktiv 75/117 (10/02/1975) Council Directive on the appromixation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45 1975 s. 19–20
Direktiv 76/207 (09/02/1976) Council Directive on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions. OJ L 39 1976 s. 40–42
Direktiv 79/7 (19/12/1978) Council Directive on the progressive implementation of the principle of equal treatment form men and women in matters of social security OJ L 6 1979 s. 24–25
Direktiv 80/154 (21/01/1980) Council Directive concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in midwifery and including measures to facilitate the effective exercise of the right to establishment and freedom to provide services, OJ L 33 1980 s. 1–7
Direktiv 86/378 (24/07/1986) Council Directive on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, OJ L 225 1986 s. 40–42
Direktiv 86/613 (11/12/1986) Council Directive on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, OJ L 359 1986 s. 56–58
Direktiv 89/48 (21/12/1988) Council Directive on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three years' duration, OJ L 19 1989 s. 16–23
Direktiv 92/51 (18/06/1992) Council Directive on a second general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48EEC, OJ L 209 1992 s. 25–45

Direktiv 92/85 (19/10/1992) Rådets direktiv om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, EGT L 348 1992 s. 1–8
Direktiv 93/16 (05/04/1993) Council Directive to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications, OJ L 165 1993 s. 1–24
Direktiv 96/34 (03/06/1996) Rådets direktiv om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, EGT L 145 1996 s. 4–9
Direktiv 96/97 (20/12/1996) Council Directive amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, OJ L 46 1997 s. 20–24
Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, signed at Amsterdam, 2 October 1997, OJ C 340 1997 s. 1–308
Direktiv 97/80 (15/12/1997) Council directive on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14 1998 s. 6–8
Direktiv 97/81 (15/12/1997) Rådets direktiv om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, EGT L 14 1997 s. 9–14
Direktiv 98/5 (16/02/1998) Directive of the Parliament and of the Council to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained, OJ L 77 1998 s. 36–43
Direktiv 2000/78 (2/12/2000) Rådets direktiv om inrättande av en allmän ram för likabehandling, EGT L 303 2000 s. 16–22

Rådet – icke bindande akter

84/635/EEC: Council recommendation of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women OJ L 331 1984 s. 34–35
Resolution of the Council and of the Ministers for Education meeting within the Council, of 3 June 1985 containing an action programme on equal opportunities for girls and boys in education, OJ C 166 1985 s. 1–4
Second Council Resolution of 24 July 1986 on the promotion of equal opportunities for women, OJ C 203 1986, s. 2–4
Council Resolution of 29 May 1990 on the protection of the dignity of women and men at work, OJ C 157 1990 s. 112–113
Council declaration of 19 December 1991 on the implementation of the Commission Recommendation of the dignity of women and men at work, including the code of practice to combat sexual harassment, OJ C 27 1992 s. 1
96/694/EC: Council Recommendation of 2 December 1996 on the balanced participation of women and men in the decisionmaking process OJ L 319 1996 s. 11–15

Ordförandeskapets slutsatser, Europeiska rådet i Nice den 7, 8 och 9 december 2000, Nr 400/1/00
Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 364 2000 s. 1–22

Kommissionen

COM (81) 758 final, The Community Action Programme on the Promotion of Equal Opportunities for Women 1982–1985
COM (85) 801 final, Equal Opportunities for Women Medium-Term Community Programme 1986–1990
Commission Recommendation (87/567/EEC) of 24 November 1987 on vocational training for women, OJ L 342 1987 s. 35–37
COM (90) 449 final 1, Equal opportunities for Women and Men. The third medium-term community action programme 1991–1995
Commission Recommendation (92/131/EEC) of 27 November 1991 on the protection of the dignity of women and men at work, Annex A code of practice on measures to combat sexual harassment, OJ L 49 1992 s. 83–84
COM (95) 381 final, Proposal for a Council Decision on the fourth medium-term Community action programme on equal opportunities for women and men (1996–2000)
COM (96) 88 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgement of the Court of Justice on 17 October 1995 in Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen
COM (96) 93 final, Proposal for a Council Directive amending Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ C 179 1996 s. 8
Lika möjligheter för kvinnor och män i Europeiska unionen. Årsberättelse 1997.
KOM (1998) 394 slutlig, förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EEG) nr 1612/68 för fri rörlighet inom gemenskapen för arbetstagare
European Commission, One hundred words for equality. A glossary of terms on equality between women and men, Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs Unit V/D.5, 1998
Europeiska kommissionen, 100 jämställdhetsord. En ordlista om jämställdhet mellan kvinnor och män. Generaldirektoratet för sysselsättning, arbetsmarknad och socialpolitik. Enhet V/D. 5, 1998
Vägledning för konsekvensanalys ur jämställdhetsperspektiv, Generaldirektoratet för sysselsättning, arbetsmarknad och socialpolitik. Enhet V/D.5, 1999
KOM (2000) 334 slutlig, Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av rådets direktiv76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

COM (2000) 335 final, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a Community Framework Strategy on Gender Equality (2001–2005)
KOM (2000) 559 slutlig, Meddelande från kommissionen om Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, Bryssel den 13.9.2000

Europaparlamentet

Resolution on the situation of women in Europe, OJ C 46 1984, s. 42–62
Resolution on equal rights for homosexuals and lesbians in the EC, OJ C 61 1994, s. 40
Resolution on the Commission Communication – Incorporating equal opportunities for women and men into all Community policies and activities – "mainstreaming", OJ C 304 1997 s. 50
Resolution on equal rights for gays and lesbians in the EC, OJ C 313 1998 s. 186
Resolution on respect for human rights in the European Union, OJ C 98 1999 s. 43

Offentligt tryck – Sverige

Propositioner

1964:140	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till vissa grundlagsändringar
1971:30	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m.m.
1972:6	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, m.m.
1973:90	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
1975/76:133	om utbyggnad av föräldraförsäkringen m.m.
1975/76:173	om kvinnor i statlig tjänst
1975/76:209	om ändring i regeringsformen
1976/77:149	om arbetsmiljölag m.m.
1977/78:185	om anställning av kvinnor som befäl inom det militära försvaret m.m.,
1978/79:175	med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.
1978/79:195	om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.
1985/86:116	om meritvärdering i statlig tjänst m.m.

1987/88:105	om jämställdhetspolitiken inför 90-talet
1990/91:18	om ansvaret för skolan
1990/91:113	om en ny jämställdhetslag, m.m.
1992/93:1	om universitet och högskolor – frihet för kvalitet
1992/93:220	En ny läroplan för grundskolan och ett nytt betygssystem för grundskolan, sameskolan, specialskolan och den obligatoriska särskolan
1993/94:65	En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl.
1993/94:114	Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen
1993/94:117	Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
1993/94:147	om jämställdhetspolitikens utformning. Delad makt delat ansvar
1994/95:164	Jämställdhet mellan kvinnor och män inom utbildningsområdet
1996/97:141	Högskolans ledning, lärare och organisation
1997/98:55	Kvinnofrid
1997/98:58	Amsterdamfördraget
1997/98:82	Europarådets sociala stadga
1997/98:180	Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning
1999/2000:143	Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

Regeringens skrivelser

1996/97:41	Jämställdhetspolitiken
1999/2000:24	Jämställdhetspolitiken inför 2000-talet

Utskottsbetänkanden

SoU 1972:2	i anledning av Kungl. Maj:ts proposition 1972:6 med förslag till lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, m.m. jämte motion
KU 1973:26	med anledning av propositionen 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m. jämte motioner
AU 1978/79:39	med anledning av propositionen 1978/79:1975 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m. jämte motioner
KU 1984/85:35	med anledning av granskning av statsrådens tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning
AU 1990/91:17	Ny jämställdhetslag m.m.
KU 1993/94:21	Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen
UbU 1999/2000:11	Jämställdhetsfrågor inom utbildningsväsendet
AU 2000/01:3	Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

Betänkanden

Ds 1993:77	EG-domstolen och jämställdheten: en rättsfallsöversikt 1993
Ds 1996:26	Genusperspektiv i forskningen
Ds 1997:56	Jämställdhet för kunskap, insikt och kvalitet. Slutrapport från JÄST-gruppen
Ds 1997:65	Europarådets sociala stadga. Godkännande av en reviderad europeisk social stadga samt av ett tilläggsprotokoll till den europeiska sociala stadgan om ett kollektivt klagomålsförfarande
Ds 2000:71	Åtgärder mot diskriminering i högskolan
SOU 1974:100	Internationella överenskommelser och svensk rätt
SOU 1975:75	Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen. Betänkande av 1973-års fri- och rättighetsutredning
SOU 1978:38	Jämställdhet i arbetslivet
SOU 1989:30	Professorstillsättning. En översyn av proceduren vid tillsättning av professorstjänster
SOU 1990:41	Tio år med jämställdhetslagen, utvärdering och förslag
SOU 1990:44	Demokrati och Makt i Sverige. Maktutredningens huvudrapport
SOU 1993:7	Löneskillnader och lönediskriminering. Om män och kvinnor på arbetsmarknaden
SOU 1993:40	Fri och rättighetsfrågor. Del B. Inkorporering av Europa-konventionen. Delbetänkande av Fri- och rättighetskommittén
SOU 1993:117	EG, kvinnorna och välfärden. Social välfärd och jämställdhet mellan kvinnor och män i ett europeiskt perspektiv
SOU 1995:60	Kvinnofrid (Del A)
SOU 1995:110	Viljan att veta och viljan att förstå. Kön, makt och den kvinnovetenskapliga utmaningen i högre utbildning
SOU 1996:43	Jämställdheten i EU. Spelregler och verklighetsbilder
SOU 1996:166	Lärare för högskola i utveckling
SOU 1997:83	Om makt och kön i spåren av offentliga organisationers omvandling
SOU 1997:137	Glastak och glasväggar? Den könssegregerade arbetsmarknaden
SOU 1997:175	Förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning
SOU 1998:6	Ty makten är din... Myten om det rationella arbetslivet och det jämställda Sverige (Kvinnomaktutredningen)
SOU 1999:91	En översyn av jämställdhetslagen

SÖ

SÖ 1936:14	Konvention angående användande av kvinnor till arbete under jord i gruvor av alla slag
SÖ 1947:16	Akt av år 1946 angående ändringar i Internationella arbetsorganisationens stadga
SÖ 1954:16	Konventionen om kvinnans politiska situation
SÖ 1958:27	Konvention om gifta kvinnors medborgarskap
SÖ 1962:53	Konvention (nr 100) angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde
SÖ 1962:54	Konvention (nr 111) angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning
SÖ 1964:29	Konvention angående samtycke till minimiålder för samt registrering av äktenskap
SÖ 1969:64	Konvention mot diskriminering inom undervisningen
SÖ 1971:41	Internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
SÖ 1971:42	Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter
SÖ 1980:8	Konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor
SÖ 1982:48	Konvention (nr 156) om jämställdhet mellan manliga och kvinnliga arbetstagare. Arbetstagare med familjeansvar.
SÖ 1983:38	ILO:s konvention (nr 158) om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ

Övrigt

Det internationella kvinnoårets världskonferens i Mexico 19 juni–2 juli 1975. Aktstycken utgivna av utrikesdepartementet. Ny serie II:30, Stockholm 1976

Förenta Nationernas kvinnokonferens i Nairobi 15–26 juli 1985. Aktstycken utgivna av utrikesdepartementet. Ny serie II:42

Sveriges Delegation vid FN:s Kvinnokonferens i Peking, Rapport från FN:s fjärde kvinnokonferens Peking den 4–15 september 1995.

Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens, Peking den 4–15 september 1995. Aktstycken utgivna av Utrikesdepartementet. Ny serie II:51, Stockholm 1996

Rättsfall

Permanent Court of International Justice

PCIJ. Ser. A/B. No. 64 (1935) Minority Schools in Albania 344

Europadomstolen

Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium", 23 juli 1968, Serie A Nr 6 (*cit. Belgiska språkmålet*) 52, 130 f.
The case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pederson, 7 december 1976, Serie A Nr 23 100, 236
The Dudgeon case, 22 oktober 1981, Serie A Nr 45 101
The Rasmussen case, 28 november 1984, Serie A Nr 87 100, 131
The Rees case, 17 oktober 1986, Serie A Nr 106, 92, 95
The Norris case, 26 oktober 1988, Serie A Nr 142 101
The case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali, 28 maj 1985, Serie A Nr 94 (*cit. Abdulaziz*) 52, 98, 131, 303 f.
The Cossey case, 27 september 1990, Serie A Nr 184 92, 95
The case of B. v. France, 25 mars 1992, Serie A Nr . 232-C, (*cit. B mot Frankrike*) 94
The case of Schuler-Zgraggen v. Switzerland, 24 juni 1993, Serie A Nr 263 131, 271 f.
The case of Burghartz v. Schweiz, 22 februari 1994, Serie A Nr 280-B 131
The case of Karlheinz Schmidt v. Germany, 18 juli 1994, Serie A Nr 291-B (*cit. Karlheinz Schmidt*) 52, 131, 308
The case of X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, Reports of Judgements and Decisions, 1997 II 95
Case of Petrovic v. Austria, 28 mars 1998, Reports of Judgements and Decisions, 1998-II 131, 272, 317
The case of Sheffield och Horsham v. the United Kingdom, 30 juli 1998, Reports of Judgements and Decisions, 1998 V 92, 95
Nylynd v. Finland, 29 juni 1999 273
Case of Smith and Grady v. the United Kingdom, 27 september 1999 101, 320
Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, 27 september 1999 101, 228, 320
Case of Sutherland v. the United Kingdom, 27 March 2001 101

EG-domstolen

6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L. (1964) ECR – 585 99
80/70 Gabrielle Defrenne v Belgian State (1971) ECR – 445, (*cit. Defrenne I*) 136, 193–196, 199
20/71 Luisa Sabbatini, née Bertoni, v European Parliament (1972) ECR – 345 (*cit. Sabbatini*) 56
21/74 Jeanne Airola v Commission of the European Communities (1975) ECR – 221 (*cit. Airola*) 56
43/75 Gabrielle Defrenne v Sociéte anynyme belge de navigations aérienne Sabena (1976) ECR – 455 (*cit. Defrenne II*) 45, 56 ff., 159, 164, 191

149/77 Gabrielle Defrenne v Sociéte anynyme belge de navigations aérienne Sabena(1978) ECR – 1365 (*cit. Defrenne III*) 45, 56, 70, 200, 214 f.
129/79 Macarthys Ltd v Wendy Smith (1980) ECR – 1275, (*cit. Macarthys*) 58, 159, 164, 200, 273, 289
69/80 Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v Lloyds Bank Limited (1981) ECR – 767 (*cit. Worringham*) 58, 135, 193, 196–197, 202 f.
96/80 J. P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd, (1981) ECR – 911(*cit. Jenkins*) 58, 147, 150 f., 159, 161, 191, 200, 278
12/81 Eileen Garland v British Rail Engineering Limited, (1982) ECR – 359 (*cit. Garland*) 191, 194, 199
19/81 Arthur Burton v British Railways Board (1982) ECR – 555, (*cit. Burton*) 77, 160, 195, 221, 227
58/81 Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg (1982) ECR – 2175 285
61/81 Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northen Ireland (1982) ECR – 2601 165, 205
75/82 and 117/82 C. Razzouck and A. Beydon v Commission of the European Communities (1984) ECR – 1509 (*cit. Razzouck och Beydon*) 56, 70, 196
163/82 Commission of the European Communities v Italian Republic (1983) ECR – 3273 215
165/82 Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northen Ireland (1983) ECR – 3431 59, 111, 187, 286, 320 f.
14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen (1984) ECR –1891 (*cit. von Colson*), 60, 81, 181, 187
23/83 W. G. M. Liefting m.fl. v Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam (1984) ECR – 3225 (*cit. Liefting*) 135, 195, 197
79/83 Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH (1984) ECR – 1921 (*cit. Harz*) 60, 81
143/83 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark (1985) ECR – 427 165, 203
184/83 Ulrich Hofmann v Barmer Ersatzkasse (1984) ECR – 3047 (*cit. Hofmann*) 215, 304, 313 f.
248/83 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (1985) ECR – 1459 59, 181, 187, 191, 304 f.
151/84 Joan Roberts v Tate & Lyle Industries Limited (1986) ECR – 703 221, 227 f., 285
152/84 Marshall v Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching) (1986) ECR – 723 (*cit. Marshall I*) 60, 136, 221, 227, 238

170/84 Bilka Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz (1986) ECR – 1607 147 f., 151, 160, 196–197, 278
222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR – 1651 (*cit. Johnston*) 60, 111, 304, 310, 313, 320 f.
262/84 Vera Mia Beets-Proper v F. Van Lanschhot Bankiers NV(1986) ECR – 773 (*cit. Beets-Proper*) 221, 227
192/85 George Noel Newstead v Department of Transport and Her Majesty's Treasury (1987) ECR – 4753 (*cit. Newstead*) 59, 197
237/85 Gisela Rummler v Dato-Druck GmbH (1986) ECR – 2101 (*cit. Rummler*) 203
157/86 Mary Murphy and others v An Bord Telecom Eireann (1988) ECR – 673 (*cit. Murphy*) 160, 201, 203, 419
312/86 Commission of the European Communities v French Republic (1988) ECR – 6315 353
318/86 Commission of the European Communities v French Republic (1988) ECR – 3559 304–305 321 f.
242/87 Commission of the European Communities v Council of the European Communities (1989) ECR – 1425 238, 296, 298
109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Danfoss (1989) ECR – 3199 (*cit. Danfoss*) 274 f., 282 f.
171/88 Ingrid Rinner-Kühn v FWW Special-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG (1989) ECR – 2743 (*cit. Rinner-Kühn*) 145, 148, 160, 195, 198, 284
177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (1990) ECR – I-3941 (*cit. Dekker*) 138, 154, 160, 162 f., 167, 171, 181, 224, 276, 305
179/88 Handels- og Kontrofunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk arbejdsgiverforening (1990) ECR – I-3979 (*cit. Hertz*) 139, 154 ff., 162, 225, 285
262/88 Douglas Harvey Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR – I-1889 (*cit. Barber*) 136, 148, 191, 194–196, 198, 221
33/89 Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg (1990) ECR – I-2591(*cit. Kowalska*) 145, 150, 191, 194, 198, 221, 284
184/89 Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg (1991) ECR – I-0297 145, 150, 282
229/89 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium (1991) ECR – 2205 121 ff.
345/89 Criminal proceedings against Alfred Stoeckel (1991) ECR – 4047 (*cit. Stoeckel*) 46, 60, 220, 308
360/90 Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e. V. v Monika Bötel (1992) ECR – I-3589 (*cit. Bötel*) 199, 281

63, 64/91 Sonia Jackson and Patricia Cresswell v Chief Adjudication Officer (1992) ECR – I-4737 238, 304
109/91 Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf (1993) ECR – I-4879 (*cit. Ten Oever*) 137, 191, 194, 196, 198
110/91 Michael Moroni v Collo Gmbh (1993) ECR – I-6591 136, 194–196
152/91 David Neath v Hugh Steeper Ltd,(1993) ECR – I-6935 (*cit. Neath*) 136, 194, 197, 277
158/91 Criminal proceedings against Jean-Claude Levy (1993) ECR – I-4287 (*cit. Levy*) 46, 220, 285, 309
173/91 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium (1993) ECR – I-0673 135 f., 194–195, 198
189/91 Petra Kirshammer-Hack v Nurhan Sidal (1993) ECR – 6185 168, 286
200/91 Coloroll Pension Trustees Limited v James Richard Russell and others (1994) ECR – I-4389 (*cit. Coloroll*) 136–137, 191, 195–197
217/91 Kingdom of Spain v Commission of the European Communities (1993) ECR – I-3923 289
271/91 M. H. Marshall v Southampton and South West Area Health Authority (1993) ECR – I-4367 (*cit. Marshall II*) 60, 419
127/92 Dr Pamela May Enderby v Frenchay Health authority and Secretary of State for health (1993) ECR – I-5535 (*cit. Enderby*) 145, 203, 268 f., 270, 273, 276, 278 f., 287 f.
132/92 Birds Eye Walls Ltd v Friedel M. Roberts (1993) ECR – I-5579 279 f., 288 f.
343/92 M. A. De Weerd, née Roks, and others v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and others (1994) ECR – I-571 (*cit. De Weerd*) 145
399/92, 409/92, 425/92, 34/93, 50/93, 78/93 Stadt Lengerich and Others v Angelika Helmig and Others (1994) ECR – I-5727 165
408/92 Constance Christina Ellen Smith and Others v Advel Systems Limited (1994) ECR – I-4435 (*cit. Smith m.fl*) 136, 288
421/92 Gabriele Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e V (1994) ECR – I-1657 138, 160, 162, 167, 181, 224, 277, 314
7/93 Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds v G. A. Beune (1994) ECR – I-4471 (*cit. Beune*) 191, 195–196
13/93 Office National de l'Emploi v Madeleine Minne (1994) ECR – I-0371 (*cit. Minne*) 309
28/93 Maria Nelleke Gerda van den Akker and Others v Stichting Shell Pensioenfonds (1994) ECR – I-4527 (*cit. van den Akker*) 136
32/93 Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd, (1994) ECR – I-3567 138, 160, 162, 167, 171, 224, 277

57/93 Anna Adriaantje Vroege v NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV and Stichting Pensioenfonds NCIV (1994) ECR – I-4541 (*cit. Vroege*) 137, 151, 197
128/93 Geertruida Catharina Fisscher v voorhuis Hengelo BV and Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel (1994) ECR – I-4583 (*cit. Fisscher*) 137, 196–197
278/93 Edith Freers and Hannelore Speckmann v deutsche Bundespost (1996) ECR – I-1165 (*cit. Freers och Speckman*) 199, 281
279/93 Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker (1995) ECR – I-225 153
297/93 Rita Grau-Hupka v Stadtgemeinde Bremen (1994) ECR – I-5535 (*cit. Grau-Hupka*) 285
317/93 Inge Nolte v Landesversicherungsanstalt Hannover (1995) ECR – I-4625 145
342/93 Joan Gillespie and Others v Northern Health and Social Services Board and Others (1996) ECR – I-0475 (*cit. Gillespie*) 60, 118, 138, 153, 160, 165 ff., 195, 198
400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S (1995) ECR – I-1275 (*cit. Royal Copenhagen*) 203, 276
435/93 Francina Johanna Maria Dietz v Stichting Thuiszorg Rotterdam (1996) ECR – I-5223 (*cit. Dietz*) 137, 197
450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen (1995) ECR – 3051 81, 304, 339, 353, 355, 358, 385, 391
457/93 Kuratorium für dialyse und Nierentransplantation e.V. v Johanna Lewärk (1996) ECR – I-243 (*cit. Lewark*) 281
13/94 P. v S. and Cornwall County Council (1996) ECR – I-2143 93, 96, 99, 104 f., 112, 163, 169, 228
1/95 Hellen Gerster v Freistaat Bayern (1997) ECR – I-5253 139, 182, 187, 191, 215, 283
100/95 Brigitte Kording v Senator für Finanzen (1997) ECR – I-5289 141, 150 f., 153, 182, 282
136/95 Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (CNAVTS) v Évelyne Thibault (1998) ECR – I-2011 (*cit. Thibault*) 81, 139, 181 f., 314
147/95 Dimossia Epicheirissi Iliktrismou (DEI) v Efthimios Evrenopoulos (1997) ECR – I-2057 (*cit. Evrenopoulos*) 137, 196
180/95 Nils Draehmpaehl v Uraniea Immobilienservice OHG (1997) ECR – I-2195 181, 305
243/95 Kathleen Hill and Ann Stapleton v the Revenue Commissioners and Department of Finance (1998) ECR – I-3739 (*cit. Hill och Stapleton*) 278, 283

400/95 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, acting on behalf of Helle Elisabeth Larsson v Dansk Handel & Service, acting on behalf of Føtex Supermarked A/S (1997) ECR – I-2757 (*cit. Larsson*) 139, 225, 285
409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen (1997) ECR – I-6363 81, 355 f., 358, 385, 391
50/96 Deutche Telekom AG v Lilli Schröder (2000) ECR – I-743 (*cit. Schröder*) 57, 197
66/96 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, acting on behalf of Berit Høj Pedersen v Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger and Dansk Tandlægeforening and Kristelig Funktionær-Organisation v Dansk Handel & Service (1998) ECR – I-7327 (*cit. Rasmussen*) 138, 155, 165, 195
197/96 Commission of the European Communities v French Republic (1997) ECR – I-1489 309
207/96 Commission of the European Communities v Italian Republic (1997) ECR – I-6869 309
234/96, 235/96 Deutsche Telekom AG v Agnes Vick and Ute Conze (2000) ECR – I-799 (*cit. Vick*) 197
246/96 Mary Teresa Magorrian and Irene Patricia Cunningham v Eastern Health and Social Services Board and Department of Health and Social Services (1997) ECR – I-7153 (*cit. Maggorian*) 197
249/96 Lisa Jacqueline Grant v South West Trains Ltd (1998) ECR – I-0621 60, 102, 104 f., 168, 170
394/96 Mary Brown v Rentokil Ltd (1998) ECR – I-4185 (*cit. Rentokil*) 139, 155, 162, 181, 225 f., 277
411/96 Margaret Boyle and others v Equal Opportunities Commission (1998) ECR – I-6401 167, 195, 198
158/97 Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen (2000) ECR – I-1875 (*cit. Badeck*) 81, 293, 339, 357 f., 384 ff., 391, 400
167/97 Regina v Secretary of state for Employment (1999) ECR – I-623 (*cit. Seymour-Smith*) 61, 145 f., 198, 221–222, 279, 281, 284
249/97 Gabriele Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG (1999) ECR – I-5295 144, 167
270/97, 271/97 Deutsche Post AG v Elisabeth Sievers och Brunhilde Schrage (2000) ECR – I-929 (*cit. Sievers och Schrage*) 57, 197
273/97 Angela Maria Sirdar v The Army Board, Secretary of State for Defence (1999) ECR – I-7403 111, 320, 322
281/97 Andrea Krüger v Kreiskrankenhaus Ebersberg (1999) ECR – I-5127 150, 199, 281 f.
309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse v Wiener Gebietskrankenkasse (1999) ECR – I-2865 201, 203, 275
333/97 Susanne Lewen v Lothar Denda (1999) ECR – I-7243 199

187/98 Commission of the European Communities v Hellenic Republic (1999) ECR – I-7713 137, 198, 277 f., 285
207/98 Silke-Karin Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern (2000) ECR – I-549 181, 277, 314 f.
218/98 Oumar Dabo Abdoulaye and Others v Régie nationale des usines Renault SA (1999) ECR – I-5723 (*cit. Abdoulaye*) 167, 195, 198, 218, 317 f.
226/98 Birgitte Jørgensen v Foreningen af Speciallaeger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg (2000) ECR – I-2447 (*cit. Jørgensen*) 145, 148, 270, 278, 280
236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro läns landsting (2000) ECR – I-2189 (*cit. JämO*) 199, 210, 215, 286
285/98 Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland (2000) ECR – I-69 322
322/98 Bärbel Kachelmann v Bankhaus Hermann Lampe KG (2000) ECR – I-7505 (*cit. Kachelmann*) 151, 226
407/98 Katarina Abrahamson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist (2000) ECR – I-5539 (*cit. Abrahamsson*) 81, 149, 239, 339, 358 f., 373, 382 ff., 401
457/98 Commission of the European Communities v Hellenic Republic (2000) ECR – 0000 (dom den 14 december 2000) 196
50/99 Jean-Marie Podesta v Caisse de retraite par répartition des ingénieurs cadres & assimilés (CRICA) and Others (2000) ECR – I-4039 (*cit. Podesta*) 195–196
79/99 Julia Schnorbus v Land Hessen (2000) ECR – 0000 (dom den 25 maj 2000) 135, 143 f., 146, 149, 280
122/99 P och 125/99 P D och Konungariket Sverige mot Europeiska unionens råd (2001) ECR – 0000 (dom den 31 maj 2001) 103
166/99 Marthe Defreyn v Sabena SA (2000) ECR – I-6155 198
379/99 Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse V.V.a.G mot Hans Menauer, förslag till avgörande av generaladvokat Antonia Tizzano (27 mars 2001) (*cit. Menauer*) 191
381/99 Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkasse, förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed (15 mars 2001) 275, 283

Rättsfall från förstainstansrätten

T-45/90 Alicia Speybrouck v European Parliament 224
T-264/97 D mot Europeiska gemenskapens råd 103

Rättsfall från högsta domstolen och regeringsrätten

NJA 1973 s. 423 39
NJA 1988 s. 572 40
NJA 1991 s. 188 40
NJA 1992 s. 532 40
NJA 1993 s. 109 40
NJA 1993 s. 111 40

RÅ 1974 ref. 61 39
RÅ 1991 not 552 97
RÅ 1993 not 379 97
RÅ 1994 not 670 97
RÅ 1996 not 198 97
RÅ 1997 ref. 65 42

Rättsfall från arbetsdomstolen

AD 1972 nr 5 39
AD 1981 nr 169 184–186
AD 1981 nr 171 184, 186, 361
AD 1982 nr 17 219, 222, 284
AD 1982 nr 102 185
AD 1982 nr 139 184, 274, 361, 390 f.
AD 1983 nr 50 186
AD 1983 nr 104 185, 279
AD 1984 nr 6 183, 219
AD 1984 nr 12 186
AD 1984 nr 22 186
AD 1984 nr 79 325
AD 1984 nr 120 217
AD 1984 nr 140 165, 202, 276
AD 1985 nr 134 140, 167, 194, 198, 318
AD 1986 nr 84 186
AD 1986 nr 103 184, 330
AD 1987 nr 1 186
AD 1987 nr 3 219, 286
AD 1987 nr 35 163, 183, 185
AD 1987 nr 51 274
AD 1987 nr 67 186
AD 1987 nr 83 274
AD 1987 nr 98 219, 222, 253–254, 256
AD 1987 nr 132 140, 167, 194, 198, 319
AD 1988 nr 50 186
AD 1989 nr 122 330, 361
AD 1990 nr 34 361, 420
AD 1991 nr 62 165, 192, 202, 274, 276
AD 1991 nr 65 254
AD 1991 nr 111 252
AD 1993 nr 30 254, 257
AD 1995 nr 74 254
AD 1995 nr 158 135, 165, 206, 211, 274, 279
AD 1996 nr 10 254
AD 1996 nr 41 165, 206, 208, 276
AD 1996 nr 55 254

AD 1996 nr 79 113, 165, 207, 211
AD 1997 nr 16 184, 186
AD 1997 nr 68 135, 165, 202, 276
AD 1998 nr 66 199, 215
AD 1999 nr 51 140
AD 1999 nr 103 135, 146
AD 2001 nr 13 207–209, 211, 276, 279, 283, 416
AD 2001 nr 51 279

Rättsfall från länsrätt och kammarrätt

Länsrätten i Skåne län, mål nr 88-00 (2000-02-17) 259
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3308-1999 (2000-03-14) 259

Litteratur

Adlercreutz, A., Svensk arbetsrätt, 11:e uppl., Norstedts juridik, 2000
Algotsson, K-G., Sveriges författning efter EU-anslutningen, SNS Förlag, 2000
Alvesson, Sköldberg, Tolkning och reflektion, Studentlitteratur, 1994
Alvesson, M., Due Billing, Y., Kön och organisation, Studentlitteratur, 1997
Andersson, A., m.fl., Arbetsrätten i staten, Studentlitteratur, 1996
Arajärvi, P., *Article 26,* The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary, Scandinavian University Press, Eide m.fl. (red.), 1992 s. 405–428
Arajärvi, P., *Article 26,* The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Alfresson, Eide (red.), Martinus Nijhoff Publishers, 1999, s. 551–574
Arbetarskyddsstyrelsens allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om åtgärder mot kränkande särbehandling i arbetslivet, 1993
Bengtsson, B., *Replik till frågan om 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen*, SvJT 1996 s. 898–899,
Bernitz, U., och Kjellgren, A., Europarättens grunder, Norstedts juridik, 1999
Blanpain, Equality of Treatment in Employment, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XV, Chapter 10, Martinus Nijhoff Publishers, 1990
Blanpain, European Labour Law, 7:e uppl., Kluwer Law International, 2000
Blanpain, Nyström, EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad, uppl. 1:2, Publica,1995
Boch, Ch. *Official: During Pregnancy, Females are Pregnant*, European Law Review No 5, 1998, s. 488–494
Bolin Pennegård, A.M., Kvinnans rättigheter, UD info, juni 1999
Bonniers synonymordbok, 1991
Bring, Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Norstedts Juridik, 1998

Bull, *Diskriminering och dekonstruktion: Om positiv faderskapstalan*, Tidskrift for Rettsvitenskap 3–4/2000, s. 693–737
Byre, A., *Equality and Non-Discrimination*, Homosexuality: a European Community issue : essays on lesbian and gay rights in European law and policy, Waaldijk och Clapham (red), Nijhoff, 1993, s. 207–219
Cabral, P., *A Step Closer to substantive Equality*, European Law Review No 5 1998, s. 481–487
Calleman, C., *Arbetsdomstolen och sexismen*, SvJT 2000, s. 685–694
Cameron, An Introduction to the European Convention on Human rights, 3:e uppl., Iustus, 1998
Cameron, *The Swedish Experience of the European Convention on Human Rights Since Incorporation*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, 1999, s. 20–56
Caracciolo di Torella, E., *Maternity and Equal Treatment*, European Law Review No 2, 1998, s. 165–170
Charlesworth, H, *What are "Women's International Human Rights"?*, Human Rights of Women. National and International Perspectives, Cook (red.), University of Pennsylvania Press, 1994, s. 58–84
Charlesworth, H., Chinkin, C., Wright, S., *Feminist Approaches to International Law,* American Journal of International Law 1991, s. 613–645
Craven, M. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development, Clarendon Press, 1998
Christensen, A., *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser*, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Numhauser-Henning (red.), Juristförlaget i Lund, 2000, s. 35–65
Danelius H., Mänskliga rättigheter, 5:e uppl., Norstedts juridik, 1993
Danelius, H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, Norstedts Juridik, 1997
Denys, Ch., *Homosexuality: a non-issue in Community Law?* European Law Review Vol. 24 No 4, 1999, s. 419–425
Droege, Lysén, Introduktion till EU och EG-rätten, Iustus, 1997
Dworkin, R., En fråga om jämlikhet – Rättsfilosofiska uppsatser, Daidalos, 2000
Eek, *"Détournement de pouvoir" i svensk förvaltningsrätt*, FT 1944, s. 65–83
Eide, Alfredsson, The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary, Scandinavian University Press, 1992
Ekelöf P-O., Boman, R., Rättegång. Fjärde häftet, Norstedts juridik, 1992
Eklund R., *Gender-based affirmative action*, Lex Ferenda, 1996, s. 29–51
Ellis, E., *The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law*, European Law Review Vol. 19 No 6, 1994, s. 563–580
Ellis, E., EC Sex Equality Law, 2:a uppl. Oxford EC Law Library, 1998
Ellis, E., *Recent developments in european community sex equality law*, Common Market Law Review, 1998, s. 379–408

Evju, *The European Social Charter*, The Council of Europe and The Social Challenges of the XXIst Century, Blanpain (red), Kluwer Law International, 2001, s. 19–32
Falk. J., Rättsliga regler i högskolan, Liten handbok för ledamöter i högskoleorgan, 5:e uppl., Publica,1997
Flodgren, *Könsdiskriminering vid tjänstetillsättning*, Lag & Avtal Årsbok, 1983
Fransson, S., *Lönediskriminering – fenomen och strategi*, 13 kvinnoperspektiv på rätten, Nordborg (red.), Iustus förlag, 1995
Fransson, S., Lönediskriminering, Iustus förlag, 2000
Ghebali, The International Labour Organization. A Case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies, Martinus Nijhoff Publishers, 1989
Gullberg H., Rundqvist, K-I, Arbetsmiljölagen: kommentarer och författningar, 11:e uppl., Norstedts juridik, 1999
Hartley T. C., The Foundations of Eropean Community Law, 4:e uppl., Oxford University Press, 1998
Hellner, J., Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, Praktik, teori och teknik, Juristförlaget, 1990
Hervey, T., Justifications for sex discrimination in employment, Butterworths, 1993
Hinn E., Aspegren L., Offentlig anställning: kommentar till nya LOA, Publica, 1996
Hirdman, Y., *Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning*. Kvinnovetenskaplig tidskrift Nr 3, 1988, s. 49–63
Holmberg, Stjernquist, Grundlagarna med tillhörande författningar, Norstedts & söners förlag, 1980
Honeyball, S., *Pregnancy and Sex Discrimination*, Industrial Law Journal, Vol. 29, No 1, 2000, s. 43–52
Högskoleverkets rapportserie 2000:17 R, Sexuella trakasserier mot studenter. – Högskolornas åtgärder
Iseskog, T., Aktivt jämställhetsarbete, För jämställt arbetsliv och jämställda arbetsplatser, 3:e uppl., fakta info direkt, 2000
Julén, *Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande,* Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Numhauser-Henning (red.), Juristförlaget i Lund, 2000, s. 111–147
Kirilova Eriksson, Skydd av mänskliga rättigheter. Det interamerikanska systemet,2:a uppl., Iustus förlag, 1994
Kirilova Eriksson, Reproductive Freedom In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2000
Källström, *Article 23*, The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary, Eide, Alfredsson (red), Scandinavian University Press, 1992

Källström, Eide, *Article 23*, The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Alfredsson, Eide (red), Martinus Nijhoff Publishers, 1999

Laurén R., Lavén H., Nya jämställdhetslagen Kommentar och handledning i jämställdhetsarbetet, Publica, 1992

Laurén R., *Lönediskriminering av kvinnor – ett svårlöst problem*, Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av arbetsrättsliga föreningen, Iustus, 1993

Laurén R., *Lönediskriminering på grund av kön – några kommentarer*, JT 1998/99 s. 265–269

Lind, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*, JT 1996/97 s. 352–270

Loinder, U., *Tjänstetillsättning och jämställdhet. En redogörelse för några nya regeringsbeslut där hänsyn kan ha tagits till jämställdhetsaspekten*, FT 1979, s. 255–261

Lundgren-Gothlin, E., Kön eller genus? Nationella sekretariatet för genusforskning, 1999

Lundström, K., Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys. Iustus förlag, 1999

Lundström, K., *Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning*, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Numhauser-Henning (red.), Juristförlaget i Lund, 2000, s. 91–109

Lundström M., Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? – en kritisk studie av svensk jämställdhetspolitik, SNS förlag, 1996

Lysén, Europas grundlag, Europakonventionen om mänskliga rättigheter, (rev. och utök.) 2:a uppl., Iustus, 1994

Madell, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts juridik, 1998

Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2000

Mahoney, K. E., *Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts*, Human Rights of Women National and International Perspectives, Cook (red.), University of Pennsylvania Press, 1994, s. 437–462

Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7:e uppl., Routledge, 1997

Mancini. G.F., O'Leary S.O., *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, European Law Reveiw Vol. 24 No 4, 1999, s. 331–353

Marcusson, L., *Statstjänstemannen – en art i utdöende?*, Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskolleger i Uppsala, De lege, 1996, s. 195–207

Mathijsen, A Guide to European Union Law, 7:e uppl., Sweet & Maxwell, 1999

McGlynn, C., *Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law*, European Law Journal Vol. 6, 2000, s. 29–44
McIntyre, *Backlash against Equality: The Tyranny of the Politically Correct*, McGill Law Journal 1993, Vol. 38, s. 1–63
McKean, W. Equality and Discrimination under International Law, Clarendon Press, Oxford, 1983
Melin, Schäder, EU:s konstitution. Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna, 4:e uppl., Norstedts Juridik, 1999
More, G., *"Equal Treatment" of the Sexes in European Community Law: What does "Equal" Mean?*, Feminist Legal Studies Vol. 1 No. 1, 1993, s. 45–74
Morsink, J, The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent, University of Pennsylvania Press, 1999
Mulder, L., *How Positive Can Equality Measures Be?*, Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, Loenen, Rodrigues (red.), Kluwer, 1999, s. 65–75
Nationalencyklopedin Band 1, Bra böcker, 1989
Nationalencyklopedin Band 8, Bra böcker, 1992
Nationalencyklopedin Band 10, Bra böcker, 1993
Nationalencyklopedin Band 15, Bra böcker, 1994
Nationalencyklopedin Band 18, Bra böcker, 1995
Nergelius, *Några synpunkter på grundlagsskyddet för den kommunala självstyrelsen,* FT 1997 s. 33–55
Nergelius, Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt, Norstedts juridik, 2000
Nielsen, H., K., *The Concept of Discrimination in ILO Convention No 111*, International and Comparative Law Quarterly. Vol. 43, 1994, s. 827–856
Nielsen, H., K., Rehof, L., A., International arbejdsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1998
Nielsen, R., *Case C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Vowassenen and Case C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforning*, Common Market Law Review, Vol. 29, 1992, s. 160–169
Nielsen, R., Szyszczak, E., The Social Dimension of the European Union, 3:e uppl., Handelshøjskolens Forlag, 1997
Norstedts stora engelsk-svenska ordbok, 2:a omarbetade upplagan 1996
Norstedts stora svenska ordbok 1986
Nousiainen, *Rättens system och kvinnans vardag*, 13 kvinnoperspektiv på rätten, Nordborg (red.), Iustus, 1995, s. 305–335
Nowak, M., U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Engel Publisher, 1993
Nowak, M., *The Right to Education*, Economic, Social and Cultural Rights a Textbook, Eide, Krause och Rosas (red.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 189–211

Numhauser-Henning *EG-domstolen om Tham-professur*, Lex Lundensis, Nr 1, 2000
Numhauser-Henning, *Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön,* Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Numhauser-Henning (red.), Juristförlaget i Lund, 2000, s. 149–183
NUTEK, R 1999:19, Jämställdhet och lönsamhet
Nyström B., EU och arbetsrätten, 2:a uppl. Norstedts Juridik, 1999
Peters, A., *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law A Conceptual Analysis*, European Law Journal 1996, s. 177–196
Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, Liber förlag, 1980
Phillips, *Violence in the Workplace: Sexual Harassment*, Women and International Human Rights Law, Vol. 1, Askin och Koenig (red.), Transnational Publishers, 1999, s. 257–285
Pojman, Westmoreland, Equality Selected Readings, Oxford University Press, 1997
Polyviou, P., The Equal Protection of the Laws, Duckworth, 1980
Prechal, S., *Case Law, Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestdt Bremen. [1995] ECR I-3051*, Common Market Law Review 1996, s. 1245–1259
Ramcharan, B. G. *Equality and Nondiscrimination*, The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights, Henkin (red), Columbia University Press, 1981, s. 246–269
Rehof, Guide to the Travaux Préparatiores of the United Nations Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women, Martinus Nijhoff Publishers, 1993
Reid, *Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism.*, Transsexualism, medicine and law XXIIIrd Colloquy on European Law Amsterdam 1993, Council of Europe (1995)
Rossillion, C. *ILO Standards and Action for the Elimination of Discrimination and the Promotion of Equality of Opportunity in Employment*, Bulletin of Comparative Labour Relations. Equality and Prohibition of Discrimination in Employment. Blanpain (red), Bulletin 14 – 1985, s. 19–38
Ryman S-H., *Lönediskriminering på grund av kön*, JT 1997/98 s. 769–794
Sanders, D., *Getting Lesbian and Gay Issues on the International Human Rights Agenda*, Human Rights Quarterly Vol. 18 No 1, 1996, s. 67–106
SAV informerar 1988 nr 1
Schiek, D., *Sex Equality Law After Kalanke and Marschall*, European Law Journal Vol. 4, 1998, s. 148–166
Schmidt, m.fl. Löntagarrätt, rev. uppl., Juristförlaget, 1994
Schömer, E., Konstruktion av genus i rätten och samhället. En tvärvetenskaplig studie över svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem, Iustus förlag, 1999
Seth, T., EGs arbetsrätt, Studentlitteratur, 1992

Sigeman T., Tjänstetillsättning vid universitet och högskolor. Rättsfrågor i överklagandenämndens praxis, Iustus förlag, 1997
Sigeman T., Utlåtande till Uppsala universitets konsistorium Dnr UFV 2000/1355, Positiv särbehandling vid Uppsala universitet
Sigeman T., Post och Inrikes Tidningar den 4 september 2000, s. 1 och 3
Sigeman, *EU-spärr kan vara kompromiss*, Lag och avtal, nr 2, 2001, s. 6
Skidmore, P., *Sex, Gender and Comparators in Employment Discrimination,* Industrial Law Journal, Vol. 26, 1997, s. 51–61
Skogly, S., *Article 2*, The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Alfredsson och Eide (red.), Martinus Nijhoff Publishers 1999, s. 75–87
Somek A., *A Constitution for Antidiscrimination: Exploring the Vanguard Moment of Community Law.* European Law Journal Vol. 5 1999 s. 243–271
Spiliopoulou Åkermark, *Minority Women: International Protection and the Problem of Multiple Discrimination*, Hannikainen, Nykänen (red.) New Trends in Discrimination Law – International Perspectives, Turku Law School, 1999, s. 85–119
Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 2:a uppl., Juristförlaget i Lund, 1995
Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3:e uppl., Juristförlaget i Lund, 1999
Strömberg, Allmän förvaltningsrätt, 19:e uppl., Liber Ekonomi, 1998
Strömberg, Nya stora synonymordboken, Strömbergs Bokförlag 2:a uppl., 1998
Strömberg, Melander, Folkrätt, 5:e uppl., Studentlitteratur, 1989
Strömholm, *Har den komparativa rätten en metod?,* SvJT 1972 s. 456–465
Sullivan, D., *The Public/Private Distinction in International Human Rights Law* i Women's Rights Human Rights International Feminist Perspectives, Peters, J., Wolper, A. (red.), Routledge 1995, s. 126–134
Sundberg H. G. F., Allmän förvaltningsrätt, Norstedts & söners förlag, 1955
Sundberg H. G. F., De allmänna grunderna av offentlig rätt, Norstedts & söners förlag, 1963
Sundberg-Weitman, Saklighet och godtycke i rättskipning och förvaltning, Norstedts, 1981
Svensson, E-M., Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten, Iustus förlag, 1997
Tersmeden, Werner, Skollagstiftningens grunder. Kommentarer till skollagen – motiv och praxis, Publica, 1995
The Concise Oxford Dictionary of current english, Clarendon Press, 1976
Tomasevski, K., *Women,* Economic, Social and Cultural Rights a Textbook, Eide, Krause och Rosas (red.), Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 273–288

Valticos, von Potobsky, International Labour Law, 2:a uppl., Kluwer, 1995
van Beuren, Annual review of international family law, International Survey of Family Law, Bainham ed. Martinus Nijhoff Pulishers, 1996, s. 1–11
van Dijk and van Hoof, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 3:e uppl. Kluwer, 1998
Vängby, *Till frågan om 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen,* SvJT 1996 s. 892–897
Vogel, H-H., Skollag, Karnov, del 3, 2000/01, s. 4153–4179
Weatherill, EC law, the essential guide to the legal workings of the European Community, 2:a upplagan, Pengiun, 1995
Webster's Synonyms Antonyms and Homonyms (1994)
Wennergren, *Förvaltningens fria skön,* FT 1984 s. 378–392
Wennergren, *Den svenska modellen och grundlagen*, FT 1998 s. 97–119
Werner, L. (red), Skolledarpraktika. Vad varje rektor måste veta om skolans regler och hur de hanteras till vardags, Publica, 1998
Werner, Tryblom, Utbildningsväsendets författningsböcker, Rättspraxis i skolan UFB Del 6, 1998/99, Norstedts Juridik, 1999
Wentholt, *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality,* Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, Loenen, Rodrigues (red.), Kluwer, 1999, s. 53–64
Westerhäll, L., *Jämställdheten och grundlagen*, SvJT 1987 s. 200–210
Wintermute, R., Sexual Orientation and Human Rights, The United States Constitution, the European Convention and The Canadian Charter, Clarendon press, 1995
Wintermute, R., *When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?*, Industrial Law Journal, Vol. 27 No 1, 1998, s. 23–36
Whitworth, Feminism and International Relations. Towards a Polical Economy of Gender in Interstate and Non-Governmental Institutions, MacMillan, 1994
Yotopoulos-Marangopoulos, Affirmative Action. Towards Effective Gender Equality. Sakkoulas/Bruylant, 1998
Åsard, Runblom (red.), Positiv särbehandling i Sverige och USA, Carlssons, 2000

Sakregister

A

affirmative action 36, 335 ff., 344 ff., 418
aktiva åtgärder 36, 52, 65, 80, 85, 256, 260, 298, 335 ff., 344 ff., 351 ff., 380, 387, 418, 422
androgyn 94
anställning 59, 126, 178 ff., 186 ff., 214, 237, 260, 361, 364, 372, 374 ff., 414
anställningsintervju 127, 181, 183 f., 274, 357
anställningspolicy 380 f.
anställningstid 150, 182, 275, 282 f., 416
anställningsvillkor 59, 213 ff., 260, 276, 279, 361 f., 414, 425
arbetsfördelning (se arbetsledning)
arbetsgivare 164 f., 182, 188, 191 f., 380 f.
arbetsledning 126, 182 f., 216 ff., 361 f., 414
arbetslöshetsersättning 135, 197 f.
arbetsmarknad 207–208, 278, 304, 329, 365, 416
arbetsmiljö 246, 249 f., 260, 317
arbetstagare 186 ff., 232, 299
arbetstidsförkortning 199, 215
arbetsvillkor (se anställningsvillkor)
arbetsvärdering 189, 203 ff.
avgångsvederlag 167, 198
avskedande 58 ff., 168, 216, 220 ff., 252, 254 f., 281, 361 ff., 414

B

befordran 59, 178 ff., 260, 280, 357, 361, 364, 414
bevisbörda 184, 268 ff., 273
bevisbördedirektivet 62, 119, 124, 141 f., 145, 147, 159, 268, 270, 287, 290
Bill of Rights 28, 47
but for-test 169, 172

C

civilstånd 118, 135 ff., 178 f., 220, 223 ff., 425

D

deltidsanställning 149 ff., 168, 226, 281, 283
direkt effekt 43 f., 58, 60, 62, 202
disciplinåtgärder 138, 257 ff.

E

egenföretagare 297
equality Kapitel 3
– absolute 72
– de facto 73, 77 ff.
– de jure 73, 77 ff.
– numerical 72
– of condition 72 f., 75, 80, 82, 84, 351
– of consideration 72, 74
– ontological 72
– of opportunity 72 f., 74 f., 80, 82, 84, 345, 351, 422
– of result 72, 75, 80, 84
– of satisfaction 72

F

familjebidrag 197
fördragskonform tolkning 40 f., 44 f.
föräldraledighet (se mammaledighet)
föräldrapenning (se havandeskapsersättning)

G

gender (se genus)
genus 91, 106 ff.
graviditet 137 ff., 153 ff., 160 f., 163, 165, 170 f., 223 ff., 309 ff., 416 f., 425

H

havandeskapsersättning 194 f., 272, 317 ff.
heltidsanställning 149 ff.
hermafroditism 93 ff., 97, 99 f., 421
homosexualitet (se sexuell läggning)

I

illojal maktanvändning 326 f.
inkorporering 39 ff.
intersexualitet 93 ff., 98 ff.
ius cogens 30, 407

J

julbonus 199, 281
jämförelseperson 162 ff., 223
jämlikhet Kapitel 3
JämO 65, 140, 206, 386, 389
jämställdhet Kapitel 3
– de facto 74 f., 348 f., 393, 399, 421
– de jure 74
– formell 38, 64, 72 ff.
– materiell 64, 72 ff., 157, 359, 421
– reell 75, 110, 354, 393
– verklig 75, 347, 399, 419, 421 ff.
jämställdhetsaspekten 340, 367 ff., 371, 384–385, 401
jämställdhetsintervall 368, 370 f.
jämställdhetsmål 77 ff., 332, 359, 366, 378, 393, 419, 421 ff.

K

klädföreskrifter 111, 216 f., 220, 228, 425 f.
kollektivavtal 59, 150, 191, 203, 205 f., 207 f., 209 f., 276, 416
kommuner 366, 373, 377 f., 380
kompensation 279, 345
kvinnor
– skydd av 137, 305, 307 ff., 348
kvotering 36, 75, 81, 129, 335 ff., 344 ff., 357, 393, 396, 398, 418
kön Kapitel 4
– biologiskt 91, 106 ff., 173, 420, 425
– genetiskt 91
– socialt 91, 106 ff.
– somatiskt 91
– traditionellt 92 f., 421
könsbyte 96 ff., 163, 228, 421

L

likhetsprincipen 82, 324 ff., 346

M

mainstreaming 25, 47, 49, 57, 66, 300, 423
mammaledighet 153, 165 ff., 170 f., 181, 225, 280, 310 ff., 364, 416
meritkrav 142, 146, 184 ff., 368 ff., 382, 398
missgynna 124 ff., 184 f., 217–218, 253, 316
moderskap 137 ff., 220, 223 ff., 302, 310 ff., 417

N

Nairobistrategierna 48, 79, 136, 178, 241, 303, 350
nattarbete 46, 157, 220, 307 ff., 312, 417
naturaförmån 192 f., 199
NUTEK 85

O

objektivitetsprincipen 326 f., 364 ff., 372
ogiltighet 133

omplacering 216, 257, 329
omvänd diskriminering 36, 343 f., 420

P

pension 195 ff.
– avgift till -system 197
– efterlevande- 137, 196
– frivilligt -sparande 196
– förtids- 279
– rätt att tillträda ett -system 197
– tilläggs- 196
platsannons 65, 181, 183, 186
positiv diskriminering 36, 343 f.
positiv särbehandling 35 f., 64, 74–76, 78 ff., 129, kapitel 9, 417, 419, 423–424
positive action 335 ff., 354, 418
positive measures 52, 338 ff., 344, 349, 418
preferential treatment 36, 335 ff., 418
primärmål 86
primärrätt 61
proportionalitetsprincipen 130 f., 135, 146 ff., 302 f., 304, 327, 348, 384, 388 f., 412

Q

quotas (se kvotering)

R

representation 72, 82 ff., 380, 395, 423
rättsföljd 133 f.

S

sekundärrätt 61
sexuell läggning 96, 100 ff., 168 ff., 228, 303, 420 f.
sexuella trakasserier 243 ff., 414, 425
skadestånd 133, 256
småföretag 168, 187, 286, 320
socialt kön 106
statstjänstemäns rättsställning 377 ff.
suspect classification 98, 131, 303

T

Thamförordningen 371 ff., 382 ff.
tolkningsmarginal 95, 98, 131, 271 f., 304, 317
trakasserier 126, 222, 247, 251 f.
transformation 40
transsexualitet 93 ff., 98 f., 108, 112, 163, 168 ff., 303, 420 f., 425
transsexuella 168
transvestism 94, 103, 111

U

ultimärmål 86
uppsägning (se avskedande)

W

women empowerment 69, 345

Y

yrkessegregering 109, 140, 179, 208 ff., 230, 303
yrkesutbildning 59, 62, 121 f., 180, 201, 229 f., 232, 237 ff., 274 f., 296 ff., 352, 394 f., 400, 414

Å

ålder 135 ff., 207, 226 f., 271, 282 f., 416
åldersvillkor 135, 195

Ä

äktenskap (se civilstånd)
änka 137
änkling (se änka)

Ö

ÖNH 239, 373, 382
övertidsersättning 165, 199

Könsdiskriminering och jämställdhet är alltjämt lika viktiga frågor som får allt större utrymme på den politiska agendan, både nationellt och internationellt sett. Den centrala frågeställningen i boken är vad som menas med *könsdiskriminering* i svensk rätt, EG-rätt och folkrätt. Under vilka förutsättningar utgör ett handlande könsdiskriminering i lagens mening? Begreppen direkt och indirekt könsdiskriminering jämförs, liksom skillnader i synsätt i Sverige, EU, Europarådet och FN. I boken diskuteras vad som menas med *kön* och förutsättningarna för att diskriminering skall anses bero på könstillhörighet. Boken behandlar även vad som anses falla utanför könsdiskrimineringsbegreppet och vad som anses utgöra tillåtna undantag från förbud mot könsdiskriminering, exempelvis positiv särbehandling.

Framställningen innehåller även en terminologisk och begreppsmässig redogörelse inom området för jämställdhetsfrämjande åtgärder. Där behandlas t.ex. *affirmative action*, *preferential treatment*, *omvänd diskriminering* och *kvotering*. Avslutningsvis diskuteras bl.a. förbuden mot könsdiskriminering i förhållande till uppsatta jämställdhetsmål.

Lotta Lerwall är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Akademisk avhandling.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK
16000 002737962

ISSN
0282-2040

ISBN
91-7678-480-0