



**LUNDS**  
UNIVERSITET

Ekonomihögskolan  
Institutionen för handelsrätt  
HAR161 Handelsrättslig specialkurs  
Magisteruppsats

VT 2006

# Positiv särbehandling

– diskriminering eller ett nödvändigt  
led i jämställdhetsarbetet?

Handledare: Lea Hatzidaki-Dahlström

Författare: Lisa Larsson

# Sammanfattning

För att uppnå riksdagens antagna jämställdhetsmål är den svenska jämställdhetslagen uppdelad i två regelkomplex, vilka är *aktiva åtgärder* för att främja jämställdhet samt ett förbud mot *könsdiskriminering*. Då männen trots åtgärder fortfarande har ett stort försteg på arbetsmarknaden finns det i jämställdhetslagen även ett undantag från diskrimineringsförbudet, vars syfte är att driva på jämställdhetsarbetet och som vanligtvis kallas för *positiv särbehandling*. Bestämmelserna om positiv särbehandling innebär att arbetsgivaren kan välja att anställa en person från det underrepresenterade könet trots att hon eller han har sämre meriter än arbetssökande av motsatt kön.

Syftet med denna uppsats är att utreda innebörden och tillämpningsområdet av positiv särbehandling för att senare ge insikt i argumentationen kring behovet av dess tillämpning. Frågorna som behandlas i uppsatsen är därför: *Vad har positiv särbehandling för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning? Var går gränsen mellan positiv särbehandling och könsdiskriminering? Är positiv särbehandling rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen?*

För att få förståelse för positiv särbehandlings innebörd och juridiska grund måste man gå tillbaka i tiden och undersöka utvecklingen av jämställdhetslagstiftningen inom såväl svensk rätt som EG-rätt. Den svenska praxisen kring tillämpningen av positiv särbehandling är emellertid i det närmaste obefintlig. Det är i stället i EG-domstolen som frågan behandlats för att ge medlemsländerna riktlinjer. Det är framför allt fyra mål som har kommit att vara avgörande. I Kalanke-målet, Marschall-målet, Badeck-målet samt Abrahamsson-målet tolkade EG-domstolen följaktligen EG-rättens utrymme för tillämpningen av positiv särbehandling. Diskussionen kring bruket av positiv särbehandling har dock varit livlig och kritiken har varit omfattande. Många har sett positiv särbehandling som omvänd diskriminering där vi får tillbaka den diskriminering som vi initialt har avvisat.

Nyckelord: Positiv särbehandling, Diskriminering, Jämställdhet, Likabehandling, Aktiva åtgärder.

# Abstract

To achieve the goals that the government has put in place for equal opportunities in the labour market, the Swedish law is divided into two separate regulatory frameworks. One is positive action to promote equal opportunities and the other is the prohibition of sexual discrimination. Since males, despite the measures taken so far, still have a great advantage on the labour market, the law concerning equal opportunities has an exception from the prohibition of sexual discrimination, whose purpose is to promote the progress of equal opportunities, also known as preferential treatment. The regulations concerning preferential treatment allow the employer to hire a less qualified person from an underrepresented gender in spite of the presence of higher qualified applicants of the overrepresented gender.

The purpose of this paper is to investigate the meaning and the application of preferential treatment as well as to give an insight to the argumentation around its application. The questions that will be dealt with in this paper are the following: What is the legal significance and base of preferential treatment? Where is the line drawn between preferential treatment and sexual discrimination? Is preferential treatment the right way to go to reach equal opportunities in the labour market?

To gain comprehension of the legal meaning of preferential treatment, the historic developments of the legal frameworks dealing with equal opportunities in the labour markets on both the national as well as a European level need to be considered. The Swedish case-law regarding the application of preferential treatment are close to non-existing. Instead the question has been handled in the European Union court to give the member countries principles. Four cases in particular have been conclusive. In the Kalanke-case, Marschall-case, Badeck-case, and the Abrahamsson-case the European Union court interpreted the legal space for application of preferential treatment. The discussion around the usage of preferential treatment has been lively and the criticism extensive. Many have seen preferential treatment as converted discrimination which takes us back to the discrimination we once rejected.

# Förkortningar

AD	Arbetsdomstolens domar
DN	Dagens Nyheter
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta nationerna
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
LO	Landsorganisationen i Sverige
Prop.	Regeringens proposition
REG	Rättsfallsamling från Europeiska Gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
UNDP	United Nations Development Program

# Innehåll

## Förkortningar

1	Inledning	6
	1.1 Syfte och frågeställningar	7
	1.2 Metod	8
	1.4 Avgränsningar	9
	1.5 Disposition	9
2	Vad har positiv särbehandling för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning?	11
	2.1 Positiv särbehandling, ett undantag från likabehandlings- och diskrimineringslagstiftningen	11
	2.2 Positiv särbehandling i backspegeln	12
	2.2.1 Från jämlikhet till jämställdhet	13
	2.2.2 1979 års jämställdhetslag	14
	2.2.3 Jämställdhetslagen utvärderas och kritiseras	16
	2.2.4 1991 års jämställdhetslag	17
	2.2.5 EG-rätt i svensk rätt	18
	2.3 Positiv särbehandling i svensk rätt	20
	2.3.1 EG-rättens regler om positiv särbehandling	21
	2.3.2 Jämställdhetslagen	23
	2.3.3 Särskilt om positiv särbehandling vid offentlig anställning	24
3	Var går gränsen mellan positiv särbehandling och könsdiskriminering?	26
	3.1 Direkt diskriminering och positiv särbehandling	26
	3.2 Arbetsdomstolens praxis	27
	3.3 EG-domstolens praxis	29
	3.3.1 <i>Kalanke-målet</i> Positiv särbehandling; ej per automatik	30
	3.3.2 <i>Marschall-målet</i> Objektiv bedömning av meriter	32
	3.3.3 <i>Badeck-målet</i> Bedömning skall präglas av öppenhet	35
	3.3.4 <i>Abrahamsson-målet</i> Positiv särbehandling i proportion till det mål som eftersträvas	37
	3.3.5 Analys av EG-domstolens tillämpningsområde för positiv särbehandling	40
4	Är positiv särbehandling rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen?	42
	4.1 Könstillhörighetens betydelse	42
	4.1.1 Kritikerna	43
	4.1.2 Förespråkarna	44
	4.2 Kompetensförlust	45
	4.2.1 Kritikerna	45
	4.2.2 Förespråkarna	47

4.3 Kollektiv likabehandling framför individuell	48
4.3.1 Kritikerna	48
4.3.2 Förespråkarna	50
<b>5 Sammanfattande slutsatser</b>	<b>52</b>
<b>6 Diskussion</b>	<b>56</b>
6.1 Positiv särbehandling som en undantagsregel	56
6.2 Jämställdhetslagen som könsneutral	57
6.3 Positiv särbehandling i framtiden	58
<b>Referenser</b>	<b>60</b>

# 1 Inledning

De av riksdagen antagna övergripande målen för jämställdspolitik är att kvinnor och män skall ha samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter inom alla arbetslivets områden. För att uppnå dessa mål är den svenska jämställdhetslagen uppdelad i två regelkomplex, vilka är *aktiva åtgärder* för att främja jämställdhet samt ett förbud mot *könsdiskriminering*. De aktiva åtgärderna kan ses som lagens viktigaste instrument för att bryta könssegregeringen på arbetsmarknaden. En arbetsgivare skall genom de aktiva åtgärderna anstränga sig för att anställa personer från det underrepresenterade könet för att uppnå en jämn könsfördelning på arbetsplatsen.<sup>1</sup> Trots att utvecklingen i jämställdhetsfrågan har gått framåt har männen fortfarande ett stort försteg på arbetsmarknaden. Av denna anledning finns det i jämställdhetslagen även ett undantag från diskrimineringsförbudet vars syfte är att driva på jämställdhetsarbetet och som vanligtvis kallas för *positiv särbehandling*.<sup>2</sup>

Bestämmelserna om positiv särbehandling innebär att arbetsgivaren kan välja att anställa en person från det underrepresenterade könet trots att hon eller han har sämre meriter än arbetssökande av motsatt kön.<sup>3</sup> Begreppet positiv särbehandling kan sägas ha fyra bärande beståndsdelar eller utmärkande drag. För det första utgör positiv särbehandling ett undantag från principen om likabehandling och för det andra är målgruppen en grupp av människor som är underrepresenterad eller eftersatt när det gäller lika behandling. För det tredje är syftet att uppnå reell jämställdhet eller jämlikhet i praktiken, vilket inte alltid sammanfaller med formell jämlikställdhet. För det fjärde och sista skall åtgärder som innebär positiv särbehandling endast vara tillåtna så länge de behövs.<sup>4</sup>

Positiv särbehandling har emellertid blivit ett begrepp som ofta har förknippats med särbehandling i negativ mening då könets betydelse har ifrågasatts vid exempelvis rekryterings- och beföringssammanhang. Diskussionen om bruket

---

<sup>1</sup> H. Göransson, A. Karlsson, Diskrimineringslagarna – En praktisk kommentar, 2006 s. 27 ff.

<sup>2</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 205 ff.

<sup>3</sup> H. Göransson, A. Karlsson, Diskrimineringslagarna – En praktisk kommentar, 2006 s. 33.

<sup>4</sup> SOU 2004:55 s. 196 ff.

av positiv särbehandling har därför kommit att bli omfattande och kritiken har varit hård. Somliga ser rätt när positiv särbehandling kommer på tal och anser att det är ett brott mot rättsstaten, demokratin och den individuella friheten. Andra känner i stället lättnad över att något äntligen görs åt situationen och åter andra lägger pannan i djupa veck.<sup>5</sup> Frågorna kring positiv särbehandling är många och de är i hög grad aktuella än i dag. Frågan kring positiv särbehandling har nämligen på nytt väckts liv då ett lagförslag nyligen framlades om positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet i arbetslivet.<sup>6</sup>

## 1.1 Syfte och frågeställningar

Komplexiteten i frågan kring positiv särbehandling ligger följaktligen i balansen mellan å ena sidan strävan efter jämlikhet mellan människor oberoende kön och å andra sidan strävan mot jämställdhet mellan könen. För att få förståelse för diskussionen om bruket av positiv särbehandling måste man således först kartlägga vad positiv särbehandling egentligen innebär och hur omfattande dess tillämpningsområde är. *Syftet* med denna uppsats är därför just att utreda innebörden och tillämpningsområdet av positiv särbehandling för att senare ge insikt i argumentationen kring behovet av dess tillämpning. En frågeställning och två inledningskapitel är delvis utformade på ett provokativt sätt, där positiv särbehandlings förhållande till diskriminering belyses, vilket syftar till att ställa problematiken kring positiv särbehandling på sin spets.

Med utgångspunkt från ovan angivna syfte har jag preciserat mina frågeställningar:

- 1. Vad har positiv särbehandling för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning?*
- 2. Var går gränsen mellan positiv särbehandling och könsdiskriminering?*
- 3. Är positiv särbehandling rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen?*

---

<sup>5</sup> F. Bondestam, *Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik*, 2003, s. 26 f.

<sup>6</sup> LO-kongressen säger nej till positiv särbehandling. [www.lo.se](http://www.lo.se).



## 1.2 Metod

Positiv särbehandling är ett begrepp som inte uttryckligen används vid regleringen av dess innebörd. I stället regleras positiv särbehandling som ett undantag från likabehandlingsprincipen och diskrimineringskyddet. Positiv särbehandling är dessutom en företeelse som är reglerat på en rad ställen inom svensk lagstiftning, vilket i dag även inkluderar EG-rätt. Då jag vill kartlägga innebörden av begreppet måste jag följaktligen även kartlägga var och hur positiv särbehandling är reglerat i svensk lagstiftning.

För att kunna göra denna kartläggning använder jag mig av rättsdogmatisk metod, vilket innebär att jag studerar redan befintliga rättskällor. Rättsdogmatik går ut på att fastställa vilka rättsregler som finns, borde finnas och preciserar hur dessa skall förstås och tillämpas.<sup>7</sup> Detta synsätt kan ses som ett ”inifrånperspektiv” då man utgår från juridikens rättsreglers innehåll och därefter undersöker hur de skall tolkas. Betraktelsesättet skiljer sig mot rättsociologi som i stället beaktar rättssystemet utifrån och sedan ställer frågor kring vilka orsaker och konsekvenser rättsreglerna har.<sup>8</sup> Jag har följaktligen med hjälp av svenska lagar, EG-rättsliga bestämmelser, förarbeten, doktrin och praxis fastställt vilka bestämmelser som finns kring positiv särbehandling samt dess tillämpningsområde i praktiken. I EG-rätt finns det inte som i svensk rätt några utförliga förarbeten, vilket har gjort att EG-domstolens praxis samt generaladvokaternas yttrande har fått stor betydelse vid utformningen av positiv särbehandlings tillämpningsområde. Jag har inte i större utsträckning belyst vilka regler som borde finnas utan har i stället fokuserat mig på de rättsregler som finns.<sup>9</sup>

Jag har i kapitel fyra, i analogi med rättsdogmatiken, även sökt kunskaper om den verklighet som regeln fungerar i för att bättre förstå rättsregelns praktiska funktion. Detta har jag gjort genom att sammanställa litteratur och artiklar vilka har uttryckt åsikter om positiv särbehandling. Genom att sammanställa dessa åsikter har jag dels fått fram de värderingar som uppbär regeln samt dessa ståndpunkters betydelse för hur regeln skall tillämpas, dels sammanställt de värderingar som är emot en tillämpning av positiv särbehandling. På så sätt får man en tydlig bild av fördelarna och problematiken kring positiv särbehandling.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> B. Lerberg, Praktisk juridisk metod, 2001, s. 38.

<sup>8</sup> H. Hydén, Rättsregler – En introduktion till juridiken, 2001, s. 11.

<sup>9</sup> B. Lerberg, Praktisk juridisk metod, 2001, s. 38.

<sup>10</sup> Ibid. s. 38.

## 1.3 Avgränsningar

Frågorna kring positiv särbehandling är många och diskussioner kring dess innebörd, tillämpningsområde och nyttjande kan ta sig åtskilliga vägar. Därför har det i uppsatsen varit nödvändigt med vissa avgränsningar. För det första behandlar uppsatsen enbart positiv särbehandling mellan könen. För det andra begränsar jag mig till regleringen av positiv särbehandling i svensk rätt och därmed givetvis också EG-rätt. Jag kommer däremot inte att gå in på konventioner och andra folkrättsliga förbindelser som Sverige har förbundit sig till.

Vad som också är viktigt att poängtera är att uppsatsen kommer att behandla positiv särbehandling ur ett allmänt arbetsrättsligt perspektiv. Med allmänt arbetsrättsligt perspektiv menar jag att uppsatsen inte kommer att gå in djupare på särskilda förordningar eller specifika yrkesgrupper. Det är dock inom den akademiska världen som positiv särbehandling diskuterats flitigast och därmed har mycket av litteraturen behandlat just detta område. Meningen med denna uppsats är emellertid att klargöra rättsläget för hela arbetsmarknaden vad gäller bruket av positiv särbehandling. Det är dock oundvikligt att vissa yrkeskategorier och regleringar används vid exempelfiering av problematiken, vilket i synnerhet görs i det avslutande diskussionskapitlet.

I det andra kapitlet har jag en historisk del som beskriver positiv särbehandlings framväxt samt utveckling av dess innebörd. Denna historik skulle kunna gå länge bakåt i tiden då jämlikhetstanken kom mycket tidigare än under trettioalet. Det är dock under denna tid som tanken kring jämlikhet börjar utvecklas till en jämställdhetstanke, vilket är grunden för positiv särbehandling. Jag avgränsar mig därför till att påbörja den historiska delen vid denna tidpunkt. Att ha en historisk del i denna uppsats anser jag dock som nödvändigt då de argument som till en början bar fram positiv särbehandling är aktuella än idag. Dessutom existerar en företeelse som positiv särbehandling enbart på grund av den historisk utveckling i samhället.

## 1.4 Disposition

I kapitel två utreder jag frågan kring vad positiv särbehandling har för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning. Jag har i kapitlet en historisk del som beskriver framväxten av positiv särbehandling i såväl svensk rätt som EG-rätt.

Därutöver har jag en del som behandlar positiv särbehandlings grund i svensk rätt i dag.

I kapitel tre utreder jag frågan var gränsen går mellan positiv särbehandling och diskriminering. För att kunna utreda denna fråga måste man kartlägga positiv särbehandlings tillämpningsområde. Det gör jag i detta kapitel både var gällande aktuella domar från arbetsdomstolen och EG-domstolen. Då det är EG-domstolen som i huvudsak har utrett frågan kring var gränser går mellan positiv särbehandling och diskriminering är det dessa domar som tar störst del av detta kapitel.

I kapitel fyra utreder jag frågan om positiv särbehandling är rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen. Detta kapitel är ett diskussionskapitel där jag ställer kritikers åsikter mot förespråkares åsikter för att på så sätt få en klar bild av problematiken. Diskussionen utgår från främst tre aspekter, vilka är könstillhörighetens betydelse, kompetensförlust samt kollektiv likabehandling framför individuell.

I kapitel fem sammanställer jag de slutsatser som jag har kommit fram till i kapitel två, tre och fyra. Detta kapitel är med andra ord en sammanfattning av svaren på mina tre frågeställningar.

Avslutningsvis kommer jag i kapitel sex att diskutera några av mina egna åsikter kring positiv särbehandling. Min diskussion kommer att bygga på tre rubriker: Positiv särbehandling som en undantagsregel, Jämställdhetslagen som könsneutral samt Positiv särbehandling i framtiden.

## 2 Vad har positiv särbehandling för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning?

I dag är positiv särbehandling ett undantag i lagstiftningen mot diskriminering på grund av kön, vilket finns i syfte att främja jämställdhet mellan könen på arbetsmarknaden. För att få förståelse för när och hur positiv särbehandling kan användas måste man först reda ut dess juridiska innebörd och grund. Då positiv särbehandlings rättsliga utveckling är synnerligen viktig för dess tillämpning i dag, kommer det här kapitlet att behandla såväl positiv särbehandlings juridiska framväxt som dess aktuella grund i den svensk lagstiftning. Frågan är därför: *Vad har positiv särbehandling för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning?*

### 2.1 Positiv särbehandling, ett undantag från likabehandlings- och diskrimineringslagstiftningen

En grundläggande princip i den svenska rättsordningen är alla människors lika värde. Denna princip kommer till uttryck i bland annat 1 kap. 2 § regeringsreformen<sup>11</sup> där det anges att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors värde. Vidare skall det allmänna dels verka för att alla människor skall kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället, dels motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationalitet eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilda som person. Mer specifika skydd mot diskriminering på grund av kön i arbetslivet finns bland annat i 2 kap. 16 § regeringsreformen, artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 141 i EG-fördraget och i jämställdhetslagen.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> SFS 1974:152, senast omtryckt i SFS 2003:593.

<sup>12</sup> SFS 1991:433.

Den juridiska grunden är således att alla människor skall behandlas lika oberoende av kön i arbetslivet men ändå finns det ett undantag i dessa lagar mot könsdiskriminering, vilket brukar kallas för positiv särbehandling. Principen om jämställdhet skall inte enligt detta undantag få utgöra ett hinder för att behålla eller vidta åtgärder som innebär särskilda förmåner för det underrepresenterade könet.<sup>13</sup> Positiv särbehandling är därmed ett undantag från en grundläggande princip om likabehandling och diskrimineringskydd i den svenska rättsordningen.

Positiv särbehandling är ett undantag i jämställdhetslagstiftningen i syfte att aktivt vidta åtgärder för jämställdhet mellan kvinnor och män som grupper i arbetslivet. Reglerna tar inte i första taget sikte på att skydda den enskilda arbetstagaren utan avser ett målinriktat jämställdhetsarbete med inriktning på främst att bryta den könsuppdelade arbetsmarknaden.<sup>14</sup> Positiv särbehandling ger i svensk rätt arbetsgivaren möjlighet att anställa en arbetssökande av det underrepresenterade könet trots att arbetstagaren har sämre meriter, förutsatt att det rör sig om en systematisk verksamhet i syfte att främja jämställdheten i stort.<sup>15</sup> Arbetsgivaren kan därmed missgynna en arbetssökande genom att behandla honom eller henne mindre förmånligt än vad han skulle ha behandlat en person i motsatt kön i en likartad situation, vilket är direkt diskriminering om positiv särbehandling inte tillämpas.<sup>16</sup> Därmed kan en person helt lagligt diskrimineras på grund av kön i syfte att främja jämställdheten.

Det kan tyckas som om lagstiftningen har valt att prioritera jämställdhetsintresset framför likabehandling, då likabehandling innebär att lika fall skall behandlas lika och att ingen skall ges företräde framför någon annan, oavsett skäl.<sup>17</sup> För att få riktig förståelse för motivet bakom och innebörden i positiv särbehandling bör man dock först få inblick i framväxten av jämställdhetslagstiftningen och därmed också positiv särbehandling.

## 2.2 Positiv särbehandling i backspegeln

Då härkomsten och utvecklingen av positiv särbehandling är av största betydelse för dess tillämpning i dag, kommer detta avsnitt att behandla framväxten av

---

<sup>13</sup> Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna artikel 23.

<sup>14</sup> SOU 2004:55 s. 77.

<sup>15</sup> E. Schömer, Konstruktion av genus i rätten och samhället, 1999, s. 153.

<sup>16</sup> SFS 1991:433 15 §, senast ändrad genom SFS 2005:476.

<sup>17</sup> E. Schömer, Konstruktion av genus i rätten och samhället, 1999, s. 153.

positiv särbehandling ur juridiskt bemärkelse. Dessutom kommer förändringen av positiv särbehandling som strategi att belysas. Utan förståelse för framväxten av den rättsliga innebörden i begreppet positiv särbehandling är det svårt att begripa motiven till dess rättsliga grund i svensk lagstiftning.

### 2.2.1 Från jämlikhet till jämställdhet

Vid 1930-talets början fattades en övervägande del av besluten inom svensk arbetsmarknads- och välfärdspolitik i strävan efter att skapa en välfärdsstat med social och ekonomisk trygghet för alla medborgare. De svenska lagarna om arbetstrygghet, sjukersättning, abort samt utbyggnaden av barnomsorgen och pensionsavtalen växte fram inom ramen för en politik där solidaritet och jämlikhet var honnörsord. Frågor om jämlikhet präglade hela efterkrigstidens arbetsmarknadspolitik, socialpolitik samt utbildnings- och högskolereformer. Den socialdemokratiska strävan mot ett jämlikare samhälle och den liberala grundtanken om alla individers lika värde, rättigheter, skyldigheter och möjligheter skapade gemensamt riktmärken för lagstiftningen. Under 1960- och 1970-talet skedde dock stora förändringar på arbetsmarknaden då kvinnors andel konstant ökat på såväl deltids- som heltidsanställningar. Frågor kring jämställdhet mellan kvinnor och män kom att diskuteras separat från frågorna kring jämlikhet. Detta var ett resultat från ett flertal politiska, sociala och ekonomiska rörelser som uppträtt på arbetsmarknaden på 1960-talet. De nybildade kvinnogrupperingarna tillsammans med att socialism som politisk utopi delvis ifrågasattes gjorde att visioner kring jämlikhet successivt började konkurrera med tanken om jämställdhet mellan könen. De två begreppen skulle nu ställas jämte varandra i hemmen, utbildningen och på arbetsmarknaden.<sup>18</sup>

Trots att kvinnors och mäns lika rätt till arbete hade börjat att accepteras i slutet av 1970-talet hade kvinnor fortfarande en lägre del av förvärvsarbetet, lägre genomsnittslön samt kortare arbetstider än män. Dessutom arbetade kvinnor som regel inom andra yrken än män. Kvinnor var exempelvis kraftigt överrepresenterade inom ”betjänande” yrken och funktioner, medan män innehade i högre grad självständiga och beslutande arbeten med goda utvecklingsmöjligheter. Ansvaret för hem och barn var fortfarande också mycket snett fördelat mellan könen vilket begränsade kvinnornas möjlighet i arbetslivet.

---

<sup>18</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 24 f.

Jämställdhetsfrågorna hade ändå tagit ett viktigt steg framåt då fler kvinnor blivit ekonomiskt oberoende och därmed fått ett ökat självförtroende och inflytande. Rätten till arbete skulle tillkomma både kvinnor och män i samma utsträckning och på lika villkor. För att klara det krävdes samordnade åtgärder inom såväl ekonomisk politik och näringspolitik som arbetsmarknadspolitik.<sup>19</sup>

Svensk jämställdhetspolitik har sedan 1970-talet gått ut på att genomdriva kvinnovänliga lagar och reformer samt att främja kvinnors deltagande på arbetsmarknaden och i politiken. Denna utveckling skedde med betydande enlighet mellan riksdagspartierna då i stort sett alla partier underströk värdet av kvinnors förvärvsarbete och vikten av att minska den ännu starka könssegregerade arbetsmarknaden. Det utbredda stödet för jämställdhet i dagens Sverige vilar således på en solid statsrättslig grund. I regeringsformen från 1974 reglerades exempelvis att det allmänna skall tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter och enligt 1 kap 16 § regeringsformen får ingen medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om ej föreskrifter utgör led i stävanden att åstadkomma jämställdhet mellan kvinnor och män. Skrivningarna kan tolkas som ett starkt stöd inte bara för jämställdhet utan också för åtgärder syftande till positiv särbehandling.<sup>20</sup>

Innan år 1979 kom dock ingen jämställdhetslag, men det fanns sedan tidigare lagstiftade förbud mot könsdiskriminering samt vissa åtgärder för att främja jämställdheten.<sup>21</sup> Arbetsmarknadsorganisationerna hade dessutom före jämställdhetslagstiftningen slutit avtal om diskrimineringsförbud och aktiva åtgärder. Den första lagen om anställningsskydd<sup>22</sup> och medbestämmandelagen<sup>23</sup> som stiftades i mitten på 1970-talet kom även att innebära ett visst skydd för kvinnor på arbetsmarknaden.

### 2.2.2 1979 års jämställdhetslag

År 1972 tillsattes dock en jämställdhetsdelegation för att utreda frågan om diskriminering av kön och eventuell framtida lagstiftning. Delegationen överlämnade till regeringen en skrivelse där de menade att det fanns övervägande skäl att inte lagstifta mot könsdiskriminering i Sverige. Utvecklingen och

---

<sup>19</sup> Prop. 1978/79:175 s. 13 f.

<sup>20</sup> E. Åsard, H. Runblom, Positiv särbehandling i Sverige och USA, 2000, s. 36 f.

<sup>21</sup> SFS 1973:279.

<sup>22</sup> SFS 1974:12.

<sup>23</sup> SFS 1976:580.

konsekvenserna av den amerikanska diskrimineringslagstiftningen som infördes drygt tio år tidigare var en anledning.<sup>24</sup> Det hade visat sig att förbudet mot särbehandling på grund av kön i stället hade utvecklats till en påbuds-lag om att särskilt beakta den arbetssökandes kön. Lag som begränsade särbehandling i negativ mening försvårade en positiv särbehandling, alltså åtgärder vars syfte är att uppnå ökad jämställdhet.<sup>25</sup> Jämställdhetsdelegationen menade således att själva huvudproblemet mot en svensk diskrimineringslag var alltså könstillhörigheten som grund för diskriminering, vilket uteslöt möjligheten att använda könstillhörigheten som en grund för positiv särbehandling.<sup>26</sup> Två könsbetydelser hamnar således i konflikt med varandra, en konflikt som sedan kom att byggas in i jämställdhetslagen.

Resultatet blev att jämställdhetsdelegationen ersattes med en parlamentarisk jämställdhetskommitté år 1976 som fick i uppgift att överta frågan rörande jämställdhet mellan kvinnor och män samt att senare ge förslag till lagstiftning. Resultatet av detta blev i sin tur ett betänkande om en lag om jämställdhet i arbetslivet som lämnades till regeringen 1978.<sup>27</sup> År 1979 fick Sverige sin första jämställdhetslag<sup>28</sup>, vilken hade som ändamål att skapa lika rättigheter för könen på arbetsmarknaden och bestod i princip av två huvuddelar: Förbud mot diskriminering på grund av kön respektive aktiva åtgärder för jämställdhet. Lagen konstruerades i könsneutrala termer och tog därmed inte ställning för särskilt skydd för varken kvinnor eller män. I stället definierade förarbeten att underrepresenterat kön var det om det inte representerade 40 procent av ett visst arbete eller en viss kategori av arbete.<sup>29</sup>

I propositionen 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, stod det att det inte fanns något hinder för att en arbetsgivare generellt gav ett försteg åt sökande med underrepresenterat kön som var tillräckligt kompetent eller hade lika eller i stort sett lika kvalifikationer som en medsökande av motsatt kön. Intresset för jämställdhet fick dock inte leda till mer eller mindre anställningstopp för det kön som inte är underrepresenterat och rimliga hänsyn till sysselsättning på orten måste kunna tas. Det fanns dock inte

---

<sup>24</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 26 f.

<sup>25</sup> SOU 1978:38 s. 54.

<sup>26</sup> SOU 1990:41 s. 56.

<sup>27</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 26 ff.

<sup>28</sup> SFS 1979:1118.

<sup>29</sup> Prop. 1978/79:175 s. 9 ff.



någon skyldighet för arbetsgivaren att anställa någon av det underrepresenterade könet som hade tillräcklig kompetens men var mindre kvalificerad än arbetssökande av motsatta könet. Arbetsgivarna var däremot skyldiga att i sitt arbete stäva efter jämställdhet på arbetsplatsen genom att exempelvis anstränga sig för att finna sökande av det underrepresenterade könet.<sup>30</sup>

En arbetsgivare som vill göra avsteg från diskrimineringsförbudet och tillämpa undantaget positiv särbehandling gjorde detta på bästa sätt, enligt propositionen, genom att skriva ett jämställdhetsavtal i samråd med arbetsgivarens fackliga motparter. De menar vidare att för att diskrimineringsförbudet skall få sin avsedda verkan som den grundläggande regeln, kan inte enstaka diskriminerande åtgärder accepteras, som inte passar in i ett mönster av positivt jämställdhetssträvanden. Mot denna bakgrund föreslog kommittén ett diskrimineringsförbud som genom en särskild undantagsregel gav utrymme för positiv särbehandling.<sup>31</sup>

### 2.2.3 Jämställdhetslagen utvärderas och kritiseras

Brytningen mellan diskrimineringsförbudet och påbudet om aktiva åtgärder för jämställdhet i jämställdhetslagen gav positiv särbehandling en diskursiv ordning, där likabehandling och könsneutralitet tydligt kopplades till en liberaldemokratisk ideologi. Positiv särbehandling blev därmed begränsad av aspekten individ och lagförslaget blev en försiktig kompromiss de två aspekterna emellan. Under hela 1980-talet tillämpades jämställdhetslagens paragrafer om aktiva åtgärder i relativt liten omfattning. Trots det homogena positiva gensvaret från remissbehandlingen var användning av positiv särbehandling således blygsam. Enbart 13 av 196 tillfrågade organisationer, företag och myndigheter uppgav att de någon gång hade använt regeln om positiv särbehandling vid rekrytering eller anställning.<sup>32</sup>

Utöver den ringa tillämpningen av aktiva åtgärder kritiserades fyra generella aspekter av jämställdhetslagens utformning. För det första dolde jämställdhetslagens könsneutrala terminologi kvinnors och mäns olika situationer och förutsättningar på arbetsmarknaden och i hemmen. Kvinnor sågs som självständiga, autonoma och ekonomiskt oberoende individer i förarbetena och i lagen. Samtidigt antogs det outtalat att kvinnorna tog hand om hem, barn och

---

<sup>30</sup> Prop. 1978/79:175 s. 83 ff.

<sup>31</sup> Ibid. s. 84.

<sup>32</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 29 ff.

familjens sammanhållning. Den formella retoriken i jämställdhetslagen som endast rörde arbetsmarknaden stämde således inte överens med utvecklingen i den privata sfären. För det andra gav jämställdhetslagen endast rekommendationer om aktiva åtgärder och föreslog sällan om specifika skyldigheter samt sanktioner om dessa inte vidtog. Positiv särbehandling eliminerades praktiskt taget av den frivilliga tillämpningen av åtgärderna. För det tredje kritiserades jämställdhetslagens syn på kvinnor och män som likvärdiga inför jämställdhet. Detta bidrog till att osynliggöra kvinnor som den kategori som var i störst behov av lagens skydd och åtgärder. Slutligen kritiserades jämställdhetslagen även för att de aktiva åtgärderna främst inriktades på att tillgodose lika möjligheter och rättigheter för män och kvinnor och inte på att åstadkomma lika resultat.<sup>33</sup>

#### 2.2.4 1991 års jämställdhetslag

Den nya jämställdhetslagen<sup>34</sup> som i stora delar är aktuell än idag, gav uttryck för erkännande av jämställdhetsarbetet och beaktade mycket av den kritik som den gamla jämställdhetslagen fick. Den inledande portalparagrafen talar om vikten av att främja kvinnors och mäns lika rättigheter vad gäller arbete, anställnings- och övriga arbetsvillkor. Så betraktad är lagen fortfarande könsneutral, men dess främsta syfte är nu att i första hand förbättra kvinnors ställning i arbetslivet. Dessutom ändrades ordningen på paragraferna om så att de aktiva åtgärderna har placerats före diskrimineringsförbudet.

Den del av lagen som avser att främja konkreta jämställdhetskapande åtgärder från arbetsgivarens sida kan man se som en svagare variant av positiv särbehandling. Arbetsgivaren bär huvudansvaret och åläggs att upprätthålla årliga jämställdhetsplaner där vidtagna åtgärder redovisas. Arbetsgivare som är försumliga och inte fullföljer sina åtgärder riskerar att föreläggas vite eller dömas till skadestånd för avtalsbrott om jämställdhetsavtal finns på arbetsplatsen.<sup>35</sup> En skyldighet för arbetsgivare att tillämpa positiv särbehandling för att uppnå en jämn fördelning av kvinnor och män infördes dock inte. Orsakerna till kvarhållandet av arbetsgivarens frihet i fråga om de aktiva åtgärderna beror bland annat på att en skyldighet att använda sig av positiv särbehandling som strategi

---

<sup>33</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 31 ff.

<sup>34</sup> SFS 1991:433.

<sup>35</sup> E. Åsard, H. Runblom, Positiv särbehandling i Sverige och USA, 2000, s. 38.

skulle innebära ett för stort intrång i arbetsgivarens rättighet att välja sina anställda.<sup>36</sup>

Förslaget om en skyldighet att beakta jämställdhetsaspekten i SOU 1990:41 kritiserades av näst intill alla remissinstanser och förslaget avfärdades med två argument: För det första hävdades det att en skyldighet för arbetsgivaren att beakta jämställdhetsaspekten inte behövdes eftersom detta redan var tillgodosett genom reglerna i dåvarande 6 § tredje stycket.<sup>37</sup> En arbetsgivare var enligt regeln tvungen att anställa personer från det underrepresenterade könet för att utjämna en ojämn könsfördelning på arbetsplatsen. Skyldigheten var dock begränsad till att arbetsgivaren efter hand skulle utjämna den ojämn könsfördelningen genom att ge vissa förstag åt det underrepresenterade könet vid rekryteringssituationen.<sup>38</sup> Det andra argumentet var att brytningen mellan diskrimineringsförbudet och de aktiva åtgärderna kunde åberopas som själva orsaken, vilket gör att det inte ens är möjligt att anta en skyldighet i det enskilda fallet.<sup>39</sup> Om man utformar en konkret regel i det enskilda fallet kan denna regel direkt komma i konflikt med diskrimineringsförbudet så till vida att arbetsgivarens handlande i ett enskilt fall kan komma att sanktioneras med såväl skadestånd som vite.<sup>40</sup>

### 2.2.5 EG-rätt i svensk rätt

Efter folkomröstning hösten 1994 blev Sverige den 1 januari 1995 medlem i den Europeiska Unionen. Detta medlemskap medförde att EG-rättens regler om jämställdhet och positiv särbehandling nu också var tillämpliga i svensk rätt.<sup>41</sup> Tanken om jämställdhet mellan könen var inte heller en nyhet inom den Europeiska Unionen. Sedan den Europeiska Gemenskapen bildades genom undertecknandet av Romfördraget 1957 har det funnits ett EG-rättsligt stadgande om jämlikhet mellan könen. Stadgandet i Romfördragets artikel 119 angav att män och kvinnor skall ha lika lön för lika arbete och blev därmed den artikel som utgjorde det EG-rättsliga ursprunget till principen om likabehandling av män och kvinnor. Artikel 119 hade dock sin härkomst i ett ekonomiskt syfte, vilket var att

---

<sup>36</sup> SOU 1990:41 s. 224 f.

<sup>37</sup> F. Bondestam, *Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik*, 2003, s. 37 f.

<sup>38</sup> Prop. 1978/79:175 s. 87 f.

<sup>39</sup> F. Bondestam, *Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik*, 2003, s. 38.

<sup>40</sup> Prop. 1990/91:113 s. 73.

<sup>41</sup> B. Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2002, s. 20 ff.

undvika en pool av billig, kvinnlig arbetskraft som kunde snedvrída konkurrensen mellan medlemslánderna. I slutánden blev dock likalónepriNCipen en avdelning i Romfördraget som gáller sociala frágor. EG-domstolen har i sin praxis ändá faststállt att likalónepriNCipen har ett dubbelt syfte – ett ekonomiskt och ett socialt och att detta dubbla syfte ger priNCipen karaktár av en grundlággande priNCip inom EG-rátten, utan några undantag. Utifrán denna artikel har sedan en láng rad rattsakter om könsjámlíkhét antagits och frágan om jámstállldhet mellan kvinnor och män har blivit ett av de mest utvecklade områdena inom EG-arbetsrátten.<sup>42</sup>

På 1970-talet kunde man konstatera att kvinnors situation i arbetslivet trots artikel 119 i Romfördraget inte påtagligt hade förändrats i medlemslánderna. Man enades då inom gemenskapen i uppfattningen om att lösningen på problemet stod att finna i en förstärkt lagstiftning. Under samma decennium fastslog Europeiska Gemenskapen tre direktiv vars syfte var att frámja jámstállldhet.<sup>43</sup> Ett av direktiven var 76/207/EEG om genomförande av priNCipen likabehandling av kvinnor och män i frága om tillgång till anställning, yrkesutbildning, befordran samt arbetsvillkor, som utfärdades av Rádet den 9 februari 1976. Direktivets artikel 2.1 innehöll priNCipen om likabehandling och denna definierades så att det inte fick förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt eller särskilt med hängivning till áktenskaplig status eller familjestatus. Artikel 2.4 i direktivet angav dock ett undantag där det framkom att direktivet inte skulle hindra åtgärder som frámjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gáller att avlägsna befintliga ojámlikheter som påverkar kvinnors möjligheter i frága om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning samt andra arbetsvillkor.<sup>44</sup>

Den 13 december 1984 utfärdade Rádet en särskild rekommendation (84/635/EEG) om frámjande av positiv särbehandling av kvinnor. De gállande reglerna om likabehandling, som hade i syfte att säkra den enskildes rättigheter, ansågs inte vara tillräckliga för att avlägsna alla former av faktiska ojámlikheter. Regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ skulle vidta åtgärder i syfte att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för som följd av attityder, beteende och strukturer i samhället. Med hänvisning till artikel 2.4 i likabehandlingsdirektivet rekommenderade rádet att medlemslánderna skulle före en politik med positiva

---

<sup>42</sup> K. Lundstróm, Jámlíkhét mellan kvinnor och män i EG-rátten. s. 17 ff.

<sup>43</sup> JámO:s rapportserie nr 1 1993. Positive action – Jámsstállldhetsarbete inom EG, s. 5.

<sup>44</sup> JámO Árendenummer 848/00 Positiv särbehandling enligt Jámsstállldhetslagen (1991:433) och EG-rátten, 2000. [www.jamombud.se](http://www.jamombud.se).

åtgärder i syfte att avlägsna de faktiska ojämlikheterna som kvinnor utsätts för i arbetslivet och främja en könsutjämning på arbetsmarknaden.<sup>45</sup> Så långt som det var möjligt skulle de positiva åtgärderna innefatta ökad medvetenhet och respekt för kvinnors värdighet på arbetsplatsen. Medlemsländerna uppmanades att anta, fortsätta eller främja positiva åtgärder i både den offentliga och den privata sektorn.<sup>46</sup>

Genom Amsterdamfördraget fördes jämställdheten mellan män och kvinnor in som ett av gemenskapens grundläggande mål genom ett tillägg i fördraget. Europeiska Unionen skulle nu beakta jämställdheten i sin verksamhet på alla områden. Enligt artikel 137 skall man understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet inom områdena jämställdhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden och likabehandling av kvinnor och män på arbetsplatsen. Genom införandet av artikel 141 (tidigare artikel 119 Romfördraget) inkluderas nu inte bara lön för lika arbete utan också för arbete av lika värde.<sup>47</sup> Enligt artikel 141.4 finns även i denna regel ett undantag för likabehandling vilket har i syfte att främja jämställdheten.<sup>48</sup> Artikeln innebär att likabehandlingsprincipen som sådan uttryckligen har fördragsfästs och det är i detta sammanhang regeln om utrymmet för positiv särbehandling återfinns.<sup>49</sup>

## 2.3 Positiv särbehandling i svensk rätt

Dagens rättsliga innebörd av positiv särbehandling är därmed färgad av såväl den svenska som den EG-rättsliga utvecklingen av lagstiftning kring likabehandling på grund av kön. Regler om likabehandling, diskrimineringskydd och positiv särbehandling finns i svensk rätt på en rad olika ställen. Dessutom finns det en mängd regler kring anställning på den offentliga delen av arbetsmarknaden som måste beaktas för att förstå positiv särbehandlings rättsliga innebörd där. För att få förståelse för problematiken kommer därmed denna del att utreda vilken rättslig innebörd och grund som positiv särbehandling har i svensk rätt i dag.

---

<sup>45</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 152.

<sup>46</sup> K. Lundström, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, 1999, s. 138.

<sup>47</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 205.

<sup>48</sup> JämO Ärendenummer 848/00 Positiv särbehandling enligt Jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten, 2000. [www.jamombud.se](http://www.jamombud.se).

<sup>49</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 154.

### 2.3.1 EG-rättens regler om positiv särbehandling

EG-rätten införlivades i Sverige genom lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen<sup>50</sup> och blev därmed en del av svensk rätt. I lagen 2 § sägs att de fördrag och andra instrument som sedan 1951 upprättats av EG:s medlemstater samt de rättsakter, avtal som före Sveriges anslutning antagits av Europeiska gemenskapen skall gälla här i landet med den verkan som följer av dessa fördrag och andra instrument. Lagens 3 § överlåtelser beslutsbefogenheter till den Europeiska unionen i den omfattning och med den verkan som följer av EG:s grundläggande fördrag och andra instrument. I de grundläggande fördragen finns dock inte klart uttalat vilken ställning fördragen har i förhållande till nationella rättsregler i medlemsstaterna. I praxis har emellertid EG-domstolen klargjort vissa principer för EG-rättens förhållande till nationell rätt. EG-domstolen fastslog principerna om EG-rättens direkta tillämplighet och direkta effekt på nationell rätt samt EG-rättens företräde framför nationell rätt.<sup>51</sup> För de fall det föreligger en diskrepans mellan svensk rätt och EG-regler har svenska domstolar och myndigheter en skyldighet att tolka nationell rätt i ljuset av EG-rätten, det vill säga fördragskonformt. EG-rättens regler om positiv särbehandling är därmed inte bara en del av svensk rätt utan också överordnad svensk rätt.<sup>52</sup>

Positiv särbehandling är som tidigare nämnt reglerat på en rad olika ställen i fördrag, direktiv och rekommendationer och dess rättsliga betydelse i dag är i stort ett undantag från likabehandlingsprinciperna för att främja jämställdhet. I EG-fördraget som upprättade den Europeiska gemenskapen, regleras uppgiften om att främja jämställdhet mellan män och kvinnor i artikel 2. I artikel 3.2 föreskrivs också att gemenskapen i all sin verksamhet skall syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan könen och främja jämställdhet mellan dem, så kallad jämställdhetsintegrering. Med stöd av artikel 13 i EG-fördraget kan rådet vidta lämpliga åtgärder, exempelvis utfärda direktiv, för att bekämpa diskriminering. Enligt artikel 141.4 får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om 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 i syfta att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> SFS 1994:1500.

<sup>51</sup> A. Hagsgård, EG-rätten i nationell rättstillämpning, 1996, s. 50.

<sup>52</sup> L. Lerwall, Könnsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 44.

<sup>53</sup> Artikel 2, 3.2, 13, 141.4 i EG-fördraget.

Fördragsbestämmelserna har en könsneutral utformning då man talar om särskilda förmåner för det underrepresenterade könet, men i förklaring nr 28 om artikeln 141 anges att när medlemsländerna beslutar om sådana åtgärder bör de i första hand sträva efter att förbättra kvinnors situation i arbetslivet. Vid toppmötet i Nice den 7 december 2000 tillkännagav Europaparlamentet, rådet och kommissionen Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan). Även här finns det ett undantag från principen om jämställdhet som menar att jämställdhet inte får utgöra hinder mot det underrepresenterade könet.<sup>54</sup> Stadgan skapar dock inga nya rättigheter eller förpliktelser för medlemsstaterna utan skall enbart befästa dem som redan gäller.<sup>55</sup>

Den nya artikeln 141.4:s utformning kom att likna likabehandlingsdirektivet vilket medförde att de båda reglernas betydelse började jämföras. EG-domstolen berörde relationen mellan artikel 2.4 i likabehandlingsdirektivet med artikeln 141.4 EG-fördraget ett par gånger vid ärenden rörande positiv särbehandling.<sup>56</sup> Diskussionen resulterade i att kommissionen uttryckte i förslaget till 2002 års ändring av likabehandlingsdirektivet att artikel 141.4 EG-fördraget hade gjort den tidigare bestämmelse i artikel 2.4 överflödigt. Rådsförhandlingarna utföll emellertid på så sätt att den tidigare artikeln 2.4 i likabehandlingsdirektivet ersattes med den nya artikeln 2.8.<sup>57</sup> Artikel 2.8 lyder följande: ”Medlemsländerna får behålla eller besluta om åtgärder inom ramen för artikel 141.4 i fördraget för att i praktiken säkerställa full jämställdhet mellan kvinnor och män”.<sup>58</sup> Därmed är det artikel 141.4 som starkast reglerar positiv särbehandling i EG-rätten. Enligt artikel 2.3 i 2002 års ändring av likabehandlingsdirektivet skall medlemsländerna vart fjärde år underrätta kommissionen om bestämmelser i lagar och andra författningar som rör åtgärder som antagits i enlighet i artikel 141.4 i EG-fördraget samt information om dessa åtgärder och genomförande av dem. På grundval av denna information kommer kommissionen vart fjärde år att offentliggöra en rapport med en jämförande utvärdering, vilket har som avsikt att hjälpa medlemstaterna att jämföra på vilket sätt artikel 141.4 genomförs. Detta tillsammans med rådets rekommendation 84/635/EEG om främjande för positiv särbehandling av kvinnor samt praxis reglera EG-rätten positiv särbehandling.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Artikel 23 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

<sup>55</sup> SOU 2004:55 s. 74.

<sup>56</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 155.

<sup>57</sup> SOU 2004:55 s. 179.

<sup>58</sup> Artikel 2.8 i direktivet 76/207/EEG ändrad genom 2002 års ändring av likabehandlingsdirektivet.

<sup>59</sup> SOU 2004:55 s. 179 ff.

### 2.3.2 Jämställdhetslagen

Aktiva åtgärder intog i en central roll i svensk lagstiftning före Sveriges medlemskap i Europeiska unionen och var inte bara tillåtna, utan framhölls som centrala delar av lagen. I så måtto var svensk jämställdhetslag mer EG-anpassad vid inträdet i Europeiska unionen än medlemsländernas egna.<sup>60</sup> Sveriges jämställdhetslag har därefter ändrats kontinuerligt för att stämma överens med EG-rätten och den senaste ändringen gjordes 2005.<sup>61</sup> Denna ändring berörde till viss del också positiv särbehandling. I SOU 2004:55 som är ett delbetänkande till ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering, diskuterades behovet av att utveckla reglerna kring positiv särbehandling i dåvarande jämställdhetslagen. Deras uppfattning var dock att jämställdhetslagen inte skulle ändras i fråga om positiv särbehandling då jämställdhetslagen täckte de områden som man ansåg sakligt motiverade, dessutom ansåg man att lagen överensstämde med ändringarna i EG-rätten.<sup>62</sup> En ändring blev det dock. Den stora skillnaden blev emellertid inte innehållet i paragraferna utan dess placering. Bestämmelsen om undantaget för positiv särbehandling i jämställdhetslagen ändrades till 17 § från 15 §, utan att påverka dess innebörd.<sup>63</sup>

Jämställdhetslagen är fortfarande indelade i två delar, där aktiva åtgärder för att främja jämställdhet (3-14 §§) utgör den första delen och förbud mot könsdiskriminering (15-17 §§ och 21§) den andra. Arbetsgivaren skall enligt de aktiva åtgärderna varje år upprätthålla en plan för sitt jämställdhetsarbete, en så kallad jämställdhetsplan (13 §). Planen skall bland annat innehålla de åtgärder som görs på de arbetsplatser där det råder ojämn könsfördelning (9 §). Regeln tar i sikte på arbetsgivarens åtgärder vid rekrytering av arbetskraft på arbetsplatser där man inte uppnått målet att minst 40 procent av båda könen skall vara representerade. Bestämmelsen tillåter positiv särbehandling som grundar sig på en jämställdhetsplan eller på annat personalpolitiskt beslut. Det innebär att arbetsgivaren kan enligt regeln välja att anställa en person av det underrepresenterade könet, trots att han eller hon har sämre meriter än en arbetssökande av motsatt kön. Arbetsgivarens skyldighet avser rekryteringsarbetet för att på lång sikt uppnå en jämn könsfördelning. Arbetsgivaren behöver dock inte i det enskilda fallet anställa någon från det underrepresenterade könet.<sup>64</sup> Det

---

<sup>60</sup> JämO:s rapportserie nr 1 1993. Positive action – Jämställdhetsarbete inom EG, s. 62.

<sup>61</sup> SFS 1991:433, senast ändrad genom SFS 2005:476.

<sup>62</sup> SOU 2004:55 s. 206 f.

<sup>63</sup> Prop. 2004/05:147 s. 62 ff.

<sup>64</sup> H. Göransson, A. Karlsson, Diskrimineringslagarna – En praktisk kommentar, 2006 s. 21 ff.



finns således en allmän skyldighet för att arbetsgivaren skall verka för könsutjämning genom positiva åtgärder, men en skyldighet i det specifika fallet kan däremot inte godtas.<sup>65</sup>

I jämställdhetslagens del om förbud mot diskriminering 15 § definieras begreppet direkt könsdiskriminering. I 17 § finns således två undantag från förbudet mot diskriminering, varav positiv särbehandling utgör ett. ”Förbudet mot direkt diskriminering gäller inte om behandlingen är ett led i stävan att främja jämställdhet i arbetslivet och det inte är frågan om tillämpning av löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga.”<sup>66</sup> En särbehandling är alltså tillåten om arbetsgivaren kan bevisa att beslutet att anställa en viss person beror på positiv särbehandling. Arbetsgivaren skall inte behöva anställa den mest kvalificerade sökaren om det behövs för att bryta en sned könsfördelning på arbetsplatsen.<sup>67</sup>

Trots att jämställdhetslagen har ändrat lydelse och plats på paragraferna ett antal gånger, kan man säga att innebörden av regeln om positiv särbehandling är ganska lik sedan den första jämställdhetslagen kom 1979. I SOU 2004:55 anser man dock att äldre förarbeten bör läsas med viss försiktighet och mot bakgrund av att de syftar på bestämmelser av annan lydelse än dagens. Trots detta sägs inte mycket nytt om positiv särbehandling i förarbetarna. Det som har förändrat innebörd är avgörande från EG-domstolen som gett vissa villkor för att särbehandling skall få användas.<sup>68</sup> Detta kommer att diskuteras vidare i kapitel tre.

### 2.3.3 Särskilt om positiv särbehandling vid offentlig anställning

Vad som är värt att nämna vid diskussion om positiv särbehandlings rättsliga innebörd och grund i svensk lagstiftning är objektivitetsprincipen inom offentliga sektorn (1 kap § 9 regeringsreformen). Reglerna om offentlig tjänstemäns anställning har tidigare betraktats som offentligrättsliga men har gradvis blivit alltmer civilrättsliga. Däremot vilar själva tjänstetillsättningen på offentligrättslig grund. Myndigheters beslut att anställa någon utgörs på ett myndighetsbeslut och betraktas som myndighetsutövning. Vad gäller tillsättning av statligt anställda

---

<sup>65</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 38 f.

<sup>66</sup> SFS 1991:433 17 §.

<sup>67</sup> H. Göransson, A. Karlsson, Diskrimineringslagarna – En praktisk kommentar, 2006 s. 51.

<sup>68</sup> SOU 2004:55 s. 201.

reglerar 11 kap 9 § regeringsformen att endast sakliga grunder som förtjänst och skicklighet får beaktas vid anställning. Även enligt 4 § lagen om offentlig anställning<sup>69</sup> skall avseende endast fästas vid sakliga grunder som förtjänst och skicklighet. 4 § lagen om offentligt anställda gäller dock inte kommuner, de måste emellertid iaktta objektivitetsprincipen i 1 kap 9 § regeringsformen.<sup>70</sup>

Positiv särbehandling kan tyckas komma i strid mot regeringsformens och andra författningars bestämmelser om opartiskhet, objektivitet och saklighet vid statlig tjänstetillsättning. Det finns dock stöd för jämställdhetslagens och andra föreskrifters regler om positiv särbehandling i 2 kap 16 § regeringsformen, vilken genom en författning eller föreskrift får innehålla bestämmelse om positiv särbehandling om det utgör ett led i att främja jämställdhet mellan kvinnor och män. Förutsättningen för att en offentlig arbetsgivare skall kunna beakta könstillhörighet vid anställning är således att det finns sådana föreskrifter som tillåter det. Högskoleförordningen är ett exempel på föreskrift som har fört in regler om positiv särbehandling i strävan för att utjämna könsskillnaden på arbetsplatserna. Det är dock inte meningen att jämställdhetsintresset skall ersätta de kompetenskrav som finns i författningarna, utan meritkillnaderna mellan de mest kvalificerade sökandena måste hålla sig inom godtagbara gränser för att positiv särbehandling skall komma i fråga.<sup>71</sup>

Jämställdhet kan dock utgöra en av flera sakliga grunder som kan fälla avgörande vid offentlig anställning utan att man använder sig av positiv särbehandling. Kravet på saklig grund är inte samma sak som saklighet. Regeringsformen innehåller inga krav på saklighet mer än att man skall beakta sakliga grunder vid statlig anställning. Lagtexten exemplifierar sakliga grunder med förtjänst och skicklighet men i propositionen om meritvärdering i statlig tjänst sägs att jämställdhetsintresset kan anses kunna överväga vid val av arbetssökande om meriterna är likvärdiga. Detta medför att genom jämställdhetsaspekten kan en viss särbehandling på grund av kön göras utan att positiv särbehandling uttryckligen används. I det stora hela är tillämpningen av positiv särbehandling ändå mer begränsad vid offentliga anställningar.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> SFS 1994:260.

<sup>70</sup> L. Lerwall, Könnsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 364 f.

<sup>71</sup> M. Juntura, Utredning om jämställdhet vid tjänstetillsättningar, 1995, s. 14 ff.

<sup>72</sup> L. Lerwall, Könnsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 367.

## 3 Var går gränsen mellan positiv särbehandling och könsdiskriminering?

Positiv särbehandling har således en allmän utformad juridisk grund i svensk lagstiftning som ger ett stort utrymme för dess tillämpning, men som dock är på frivillig basis. Dessutom finns det stora krav på att arbetsgivaren arbetar för en jämställd arbetsplats genom aktiva åtgärder. Tillämpningen av dessa rättsregler har dock visat sig inte vara helt okomplicerad. Den tillåtna tillämpning av regeln om positiv särbehandling har kommit att bli betydligt mer restriktiv än vad man förväntar sig av alla påbud som uppmanar till användning av regeln. Gränsen mellan vad som anses vara positiv särbehandling och vad som är direkt diskriminering är hårfin. Detta kapitel kommer följaktligen att behandla vidden av tillämpningen av positiv särbehandling. Frågan därför: *Var går gränsen mellan positiv särbehandling och könsdiskriminering?*

### 3.1 Direkt diskriminering och positiv särbehandling

Som redan nämnts fick 15 § jämställdhetslagen en ny lydelse genom SFS 2005:476, vilken säger att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla henne eller honom sämre än arbetsgivaren behandlar, har behandlat eller skulle behandlat någon annan i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön. Förbudet gäller bland annat vid beslut om en anställningsfråga, beslut ifråga om befordran eller uttag av arbetstagare till utbildning för befordran, vid ledning och fördelning av arbetet eller vid vidtagande av annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare. Ett avtal som medger könsdiskriminering i enlighet med jämställdhetslagen är ogiltigt. Dessutom skall arbetsgivaren utge skadestånd till arbetstagaren eller arbetssökande för den kränkning som diskrimineringen innebär samt för den förlust som uppkommit för arbetstagaren. Diskriminering är något som man i jämställdhetslagstiftningen följaktligen ser allvarligt på, men likväl kan arbetsgivaren få diskriminera om syftet är att uppnå jämställdhet. Frågorna är då:

*Hur långt får positiv särbehandling gå i sin diskriminering? Samt, är diskriminering i syfte att uppnå jämställdhet helt ovillkorlig?*

Tillämpningen av positiv särbehandling har inte varit helt okomplicerad och innan Sveriges anslutning till Europeiska Unionen hade Sverige endast ett par rättsfall som tog upp frågan. Det är i stället i EG-domstolen som frågan tagits upp på allvar och gett medlemsländerna riktlinjer för tillämpningen av positiv särbehandling. I EG-rätten stadfäste artikel 2.1 i likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG likabehandlingsprincipen (och senare också artikel 141 EG-fördraget) som innebar att det inte fick förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön. Samtidigt angav artikeln 2.4 att detta direktiv inte skall hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter. Då utrymmet för artikel 2.4 inte var självklart fick EG-domstolen på begäran från medlemsländerna, genom en rad rättsfall, utreda frågan kring vilket utrymme denna reglering lämnar för positiv särbehandling.<sup>73</sup>

Utformningen av artikel 141.4 medgav emellertid inte heller någon entydig bild av utrymmet för positiv särbehandling. Dess formulering av skrivningen ”särskilda förmåner för att göra det lättare” samt ”förebygga och kompensera nackdelar” är knappast glasklara och det är svårt att veta dess tillämpning. Detta tillsammans med oklarheterna i reglerna om likvärdiga meriter<sup>74</sup> gör att det blir nödvändigt att kartlägga tillämpningen av positiv särbehandling genom praxis.

## 3.2 Arbetsdomstolens praxis

För att positiv särbehandling skall utgöra ett godtagbart skäl till avsteg från förbudet mot diskriminering på grund av kön i jämställdhetslagen krävs det alltså att avvikelsen är ett led i jämställdhetsstämman. Det rör sig således om en systematisk verksamhet i syfte att främja jämställdheten i stort och skall ingå i ett planmässigt främjande. Enstaka åtgärder som inte kan passas in i ett mönster av positiva jämställdhetsåtgärder vars regler och inriktning regleras i något jämställdhetsavtal, jämställdhetsplan eller annat samarbete mellan arbetsgivare

---

<sup>73</sup> A. Numhauser-Henning, Positiv särbehandling i förnyad belysning, [www.jur.lu.se/lexlundensis](http://www.jur.lu.se/lexlundensis).

<sup>74</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 154 f.

och fackförening ses som könsdiskriminering och är därmed otillåtna.<sup>75</sup> Frågan om positiv särbehandling har endast berörts i arbetsdomstolen ett par gånger och i dessa domar är det just problematiken kring aktivt jämställdhetsarbete som har berörts.

I Arbetsdomstolens dom 1981 nr 171 anförde arbetsgivaren att anställningen av en man till en vikariatstjänst som assistent, vilket var ett kvinnodominerat verksamhetsområde, skulle tjäna som bevis för att kommunen inte agerat könsdiskriminerande utan att agerandet var förenligt med jämställdhetslagen. Arbetsdomstolen kom fram till att det fanns en betydande skillnad mellan de två sökandes meriter till den kvinnliga sökandes fördel. Därmed menade arbetsdomstolen att det ställdes höga krav på arbetsgivarens motbevisning för att bryta presumptionen för könsdiskriminering. Kommunen hade till stöd för att könsdiskriminering inte förelegat hävdats att kommunen drev ett aktivt jämställdhetsarbete och att det stred mot kommunens allmänna inställning till jämställdhetsfrågor att agera könsdiskriminerande i samband med tjänstetillsättningar. Arbetsgivaren hänvisade till kommunens jämställdhetsarbete genom en arbetsgrupp, som lämnat information om jämställdhetslagen samt upprättat ett förslag om kommunens jämställdhetsmål. Kommunen hade vidare anfört att av kommunens anställda – exklusive lärarna – var drygt 75 procent kvinnor, samt att andelen kvinnliga assistenter likaledes var 75 procent och att det på arbetsplatsen vid tiden för tillsättningen av det aktuella vikariatet fanns en man och två kvinnor anställda. Arbetsdomstolen ansåg dock inte att detta jämställdhetsarbete var tillräckligt aktivt för att undantagsregeln skulle bli aktuell.<sup>76</sup>

I Arbetsdomstolens dom 1982 nr 139 hade landstinget en arvodestjänst som studierektor vid Kvinnerstaskolan i Örebro. Tjänsten söktes av bland annat två lärare vid skolan, varav en kvinnlig och en manlig. Den 19 augusti 1981 beslöt landstingets utbildningsnämnd att utse den manliga sökande till tjänsten. Tvisten i målet gäller i huvudsak frågan huruvida landstinget gjort sig skyldigt till könsdiskriminering då de förbisåg den kvinnliga sökande till tjänsten. Arbetsdomstolen bestämde sökandes förutsättningar för studierektorstjänsten genom fyra kriterier: Teoretisk utbildning, Arbetslivserfarenhet, Personlig lämplighet samt Jämställdhetsaspekten. Efter en samlad bedömning ansåg Arbetsdomstolen att den kvinnliga sökande både hade bättre teoretisk utbildning

---

<sup>75</sup> L. Lerwall, Könsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 360 f.

<sup>76</sup> AD 1981 nr 171 s. 1051 ff.

och längre arbetslivserfarenhet. Dessutom kunde landstinget inte heller förmå styrka sitt påstående om att den kvinnliga sökande skulle vara olämplig eller mindre lämplig än den manliga sökande. Då den kvinnliga sökande hade mycket bättre förutsättningar beaktades inte ens jämställdhetsaspekten. Arbetsdomstolen framhöll dock att arbetsgivaren hade viss möjlighet att fullgöra motbevisningen genom att hänvisa till en i övrigt jämn könsfördelning på arbetsplatsen eller till ett aktivt och verksamt jämställdhetsarbete. Detta var emellertid närmast av betydelse för anställningsrutinerna. En arbetsgivare som enligt arbetsdomstolen hade en sådan jämn könsfördelning eller aktivt verkade för jämställdhet inom sitt verksamhetsområde skulle således kunna behålla ett enklare system för urval och anställning av arbetskraft. När fråga handlade om kvalificerade befattningar som den ifrågavarande studierektorstjänsten, ligger det emellertid i sakens natur att en noggrann prövning alltid är erforderlig. Vid en samlad bedömning av vad som hade framkommit i målet fann arbetsdomstolen att landstinget inte hade förmått bryta presumtionen för könsdiskriminering. Därmed förelåg missgynnande på grund av kön.<sup>77</sup>

Frågan är dock om de två domarna från Arbetsdomstolen är vägledande än i dag då båda domarna är i från början av 1980-talet. Det är svårt att svara på denna fråga då inga ytterligare domstolsprövningar har gjorts i frågan. Reglerna kring att positiv särbehandling måste vara förankrad i en jämställdhetsplan eller annat personalpolitiskt beslut finns dock fortfarande fastslaget i jämställdhetslagen, vilket gör att svenska regler går ett steg längre än vad EG-rätten kräver.<sup>78</sup>

### 3.3 EG-domstolens praxis

I EG-domstolen har gränsen mellan positiv särbehandling och diskriminering prövats genom en rad rättsfall. Det är framför allt fyra mål som har kommit att vara avgörande för de riktlinjer som EG-domstolen har gett medlemsländerna. I Kalanke-målet, Marschall-målet, Badeck-målet samt Abrahamsson-målet tolkade EG-domstolen utrymmet för positiv särbehandling i artikel 2.4 i 1976 års likabehandlingsdirektiv. I Abrahamsson-målet samt delvis Badeck-målet tolkade EG-domstolen dessutom innehållet i artikel 141.4 EG-fördraget.<sup>79</sup> De kriterier

---

<sup>77</sup> AD 1982 nr 139 s. 1089 ff.

<sup>78</sup> H. Göransson, A. Karlsson, Diskrimineringslagarna – En praktisk kommentar, 2006 s. 33.

<sup>79</sup> SOU 2004:55 s. 182.

som EG-domstolen har fastställt genom dessa domar är följaktligen vägledande för hur medlemsländerna skall använda sig av positiv särbehandling i praktiken.

### 3.3.1 *Kalanke-målet* Positiv särbehandling; ej per automatik

Målet C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen<sup>80</sup>, blev mycket uppmärksammat då EG-domstolen första gången tog ställning för utrymmet i tillämpningen av positiv särbehandling i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. I domen behandlades frågan om en bestämmelse i delstaten Bremens lagstiftning stod i överensstämmelse med likabehandlingsdirektivet.<sup>81</sup> Bakgrunden till tvisten var att år 1990 ledigförklarades en cheftjänst vid parkförvaltningen i Bremen. Bland de inkomna ansökningarna fanns Eckhard Kalanke (man) och en kvinnlig sökande, vilka båda sedan år 1973 respektive år 1975 redan arbetade på avdelning som tekniker. Ledningen för parkförvaltningen hade föreslagit att Eckhard Kalanke skulle befordras men personalkommittén motsatte sig denna befordran. Denna uttalade sig om att båda sökandena var lämpade för att tillträda den lediga tjänsten och företräde skulle då ges – på grundval av delstatslagen om jämlikhet – den kvinnliga sökanden.<sup>82</sup> Den aktuella lagen löd enligt följande ”Vid anställning av annat skäl än i utbildningssyfte,..., skall kvinnor som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har ges företräde inom de områden där de är underrepresenterade.”<sup>83</sup>

EG-domstolen skulle således få klarhet om artikel 2.1 och 2.4 i direktivet hindrar en nationell reglering som i likhet med den i förevarande fall, när kandidater till en befordran har lika meriter och är av olika kön, automatiskt kan ge kvinnliga sökande företräde inom de områden där kvinnor är underrepresenterade. Underrepresentation ansågs föreligga då kvinnorna inte utgjorde minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet.<sup>84</sup> Domstolen fann att Bremens regler stred mot artikel 2.4 i likabehandlingsdirektivet då en nationell regel som vid lika kvalifikationer ger kvinnor *automatiskt* och *ovillkorlig* garanti till företräde vid tillsättning eller befordran överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4.<sup>85</sup> Domstolen

---

<sup>80</sup> Mål C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen [1995] REG I-3051.

<sup>81</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 157.

<sup>82</sup> Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande, punkt 5.

<sup>83</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 157.

<sup>84</sup> Mål C-450/93, punkt 13.

<sup>85</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 223.

konstaterade dock att artikel 2.4 tillät nationella åtgärder i fråga om tillgång till anställning samt befordran som gynnar kvinnor och har i syfte att förbättra deras möjlighet att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på lika villkor som män. En regel som undantagslöst och ovillkorligt ger företräde åt kvinnor går längre än att bara främja lika möjligheter och medför därmed diskriminering på grund av kön.<sup>86</sup> Vidare framhöll EG-domstolen att artikel 2.4, såsom undantag till en i direktivet fastställd rättighet för enskilda, skall tolkas restriktivt.<sup>87</sup>

Domen är betydligt mer kortfattad och mindre tydlig än generaladvokaten Tesausos yttrande i samma mål. Domen återger vissa nyckelord som är använda i Tesausos argumentation, vilket ger intryck av att domstolen i princip ställde sig bakom denna.<sup>88</sup> Generaladvokaten fann i sitt yttrande att den omtvistade nationella lagstiftningen för ingen del syftar till att garantera jämlikhet som utgångspunkt. Själva den omständigheten att två sökande av olika kön har likvärdiga meriter antyder i själva verket att båda två per definition hade lika möjligheter. De var således, enligt honom, jämlika vid utgångspunkten. Tesausos menade vidare att om man som den omtvistade regeln ger kvinnor företräde syftar det till att skapa jämlikhet i fråga om resultat, eller snarare att enbart skapa en jämlik fördelning av antalet tjänster mellan kvinnor och män. Detta föreföll inte överensstämma med syftet i artikel 2.4.<sup>89</sup> Det skulle således enligt generaladvokaten endast vara tillåtet att undanröja de faktiska skillnader som drabbar kvinnorna, men detta skulle absolut inte få ske genom omvänd diskriminering. Därför skulle man inte använda sig av åtgärder som inte hade det specifika syftet att undanröja de hinder som förhindrar kvinnor att på samma villkor uppnå samma resultat, utan som syftade till att direkt tilldela kvinnorna dessa resultat. Det var enligt honom endast med detta synsätt som en faktisk jämlikhet som är sann och effektiv kunde uppnås.<sup>90</sup>

Kalanke-domen var kortfattad och gav möjligheter till fler tolkningar, vilket ledde till att det efter domen uppstod livliga diskussioner om var gränserna för positiv särbehandling egentligen gick. Med anledningen av denna diskussion gjorde kommissionen ett uttalande. Enligt kommissionen underkände EG-domstolen inte positiv särbehandling i allmänhet utan endast vid den speciella form av lagstiftning som kännetecknade Bremen, där man automatiskt gav kvinnor absolut

---

<sup>86</sup> SOU 2004:55 s. 183.

<sup>87</sup> Mål C-450/93, punkt 21.

<sup>88</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 158.

<sup>89</sup> Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande, punkt 13.

<sup>90</sup> Ibid. punkt 15 och 22.



och ovillkorlig förtur vid tjänstetillsättningar och förflyttningar inom sektorer där kvinnor var underrepresenterade. Kommissionen ansåg att det endast var den typ av kvotering där det inte tilläts att särskilda omständigheter beaktades som EG-domstolen underkände. För att undanröja den osäkerhet som uppstod efter domen i Kalanke-målet föreslog kommissionen att artikel 2.4 skulle ändras så att det av artikeln framgick att positiv särbehandling var tillåten under förutsättning att åtgärder inte hindrade bedömningen av individuella omständigheter i det enskilda fallet. Europaparlamentet uppmanade dock kommissionen att dra tillbaka förslaget med anledning av att artikel 141.1 inte skulle göra det nödvändigt eller lämpligt. Dessutom hade EG-domstolen vid den tiden meddelat domen i Marschall-målet. Kommissionen drog därför tillbaka sitt förslag.<sup>91</sup>

### 3.3.2 *Marschall-målet* Objektiv bedömning av meriter

Efterföljaren till Kalanke-målet blev mål C-409/95 Hellmuth Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen<sup>92</sup>. Även i denna dom ifrågasattes lagstiftning som påminde om den i Kalanke-fallet. Frågan som EG-domstolen skulle svara på var följaktligen om artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet utgjorde hinder för en nationell lagstiftning. Bakgrunden till tvisten var att en manlig lärare, Hellmuth Marschall, hade sökt en högre tjänst, vilken tillsattes med en kvinnlig sökande. Den kvinnliga sökande hade fått tjänsten eftersom de två kandidaterna var lika lämpade. Då färre kvinnor än män var anställda inom den lönegrad och tjänstegrupp som det var frågan om, skulle den kvinnliga kandidaten ges företräde enligt den aktuella lagen. Hellmuth Marschall väckte talan och yrkade att den svarande myndigheten skulle utse honom till denna tjänst. Domstolen var tveksam till huruvida den tyska lagstiftningen var förenlig med artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet och vilandeförklarade därför målet och hänsköt den frågan till EG-domstolen för förhandsavgörande.<sup>93</sup>

Lagen gällde offentlig anställning i delstaten Nordrhein-Westfalen och föreskrevs enligt följande: ”Om färre kvinnor än män är anställda i den tjänstegrupp till vilken befordran är aktuell vid en myndighet, skall kvinnor ges företräde om de sökande har samma lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person

---

<sup>91</sup> SOU 2004:55 s. 183 f.

<sup>92</sup> Mål C-409/95 Hellmuth Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen [1997] REG I-6363.

<sup>93</sup> Mål C-409/95, punkt 2 ff.

finns övervägande skäl att välja denne.”<sup>94</sup> Delstaten hade genom företrädsregeln i denna bestämmelse infört ett ytterligare kriterium för befordran, nämligen egenskapen att vara kvinna. Detta skulle enligt delstaten neutralisera den ojämna situation i vilken den kvinnliga sökande befinner sig i förhållande till sina manliga konkurrenter. Arbetsgivare tenderade, enligt delstaten, att befordra en man framför en kvinna på grund av vissa traditionella befordringskriterier såsom ålder, tjänsteår samt hänsyn till sökanden som ensam familjeförsörjare, vilket i praktiken missgynnade kvinnor. Dessutom hade lagstiftaren genom att föreskriva att kvinnor skall ges företräde ”om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att välja denne” medvetet garanterat tillräcklig flexibilitet för att göra det möjligt för myndigheten att beakta alla omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person. Därmed kunde myndigheterna, enligt delstatens yttrande, alltid välja en manlig sökande trots företrädesreglerna.<sup>95</sup>

Generaladvokaten Jacobs yttrande följde emellertid de resonemang som förts i Kalanke-domen och utmynnade i ett konstaterande att även denna bestämmelse stred mot likabehandlingsdirektivet.<sup>96</sup> Han menade att fastän den aktuella nationella regeln inte uttryckligen gav kvinnor automatiskt företräde till befordran, var regelns kärna att kvinnan utom i undantagsfall skulle befordras just för att hon var kvinna. Detta stod alltså uppenbart i strid med likabehandlingsprincipen i direktivet. Även om bestämmelsen var formulerad i könsneutrala ordalag, var den ägnad att i praktiken gynna betydligt fler kvinnor än män. Hans slutsats var således därför att den omtvistade nationella bestämmelsen, trots förekomsten av möjligheten till undantag, var rättsstridig med hänsyn till den dom som hade meddelades i Kalanke-målet. Generaladvokaten godtog inte heller argumenten om traditionella andrahandskriterier som gynnade män. Tillämpningen av sådana kriterier i ett urvalsförfarande utgör i sig ett åsidosättande av likabehandlingsdirektivet då det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus. Dessutom förbjuder artikel 3.1 uttryckligen diskriminering i villkoren vid exempelvis urvalskriterier. En medlemsstat som tillåter att sådana diskriminerande kriterier tillämpas åsidosätter därmed sina skyldigheter enligt likabehandlingsdirektivet. Sådana kriterier fick alltså ändå inte förekomma och kunde därför inte heller vara ett argument för bestämmelsen.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Mål C-409/95 Generaladvokatens yttrande, punkt 6.

<sup>95</sup> Mål C-409/95, punkt 4-5.

<sup>96</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 224.

<sup>97</sup> Mål C-409/95 Generaladvokatens yttrande, punkt 23 ff.

EG-domstolens ställningstagande kom därför överraskande då det gick emot generaladvokatens yttrande och fann att likabehandlingsdirektivet inte hindrar nationella regler att ge kvinnliga sökande företrädesrätt vid befordran inom offentliga förvaltningar där det finns färre kvinnor anställda än män. Det var enligt EG-domstolen motiverat med en tolkning av direktivet som bidrog till att utgöra en motvikt till de negativa verkningar som finns för kvinnliga sökande, vilka tenderar att ge män företräde framför likvärdiga kvinnor. Anledningen till de sämre villkoren var att det finns en oro för att kvinnliga arbetstagare skall ha högre frånvaro samt göra avbrott i karriären på grund av familjeansvar och moderskap. Med andra ord ansåg EG-domstolen att bara för att en man och en kvinna har likvärdiga meriter behöver de inte ha samma möjligheter i arbetslivet.<sup>98</sup> Om en regel kan bidra till att utgöra en motvikt till de negativa verkningar för kvinnliga sökande som följer av de attityder och beteenden som beskrivits ovan och till att på detta sätt begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhällslivet, ansåg domstolen att det fick göras. Domstolen tog därmed hänsyn till sociala strukturer och diskriminerande beteendemönster i samhället.<sup>99</sup>

Det var dock viktigt enligt EG-domstolen att erinra att artikel 2.4 utgjorde ett undantag från en rättighet som enskilda tillförsäkras genom direktivet, vilket medför att denna nationella regel som särskilt gynnar kvinnliga sökanden inte undantagslöst eller ovillkorligt garanterade kvinnors företräde vid befordran. Dessutom ansåg domstolen att villkoret för att den aktuella nationella regeln skulle få gälla var att den i varje enskilt fall garanterade de manliga sökandena, med meriter som var likvärdiga med de kvinnliga sökandena, att deras ansökningar fick en *objektiv bedömning*. Vid denna bedömning skulle samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökanden inte skulle ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranledde att en manlig sökande skulle väljas. EG-domstolen understök dock att sådana kriterier inte fick diskriminera kvinnliga sökande.<sup>100</sup>

Följden av Marschall-domen blev följaktligen att åtgärder som går längre än till att bara åsyfta till lika möjligheter, utan som även syftar till att uppnå jämställdhet som resultat, är tillåtna enligt likabehandlingsdirektivet. Förutsättningarna är dock att kvoteringen inte sker automatisk utan en prövning sker där alla kandidaters enskilda meriter tas i beaktande och att man kan frånga särbehandlingen om det

---

<sup>98</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 224.

<sup>99</sup> L. Lerwall, Könnsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 356.

<sup>100</sup> Mål C-409/95, punkt 32 ff.

finns skäl till det, då man måste kunna ge möjlighet till undantag i varje enskilt fall.<sup>101</sup> Att domstolen betecknade kvinnornas företrädesrätt som en ”undantagsregel” är av avgörande betydelse i domen. Den förhindrar att skyldigheten att ge företräde åt kvinnliga sökande inkräktar på bedömningen av manliga sökande och därmed försvagas skyldighetens diskriminerande effekt gentemot dessa sökande.<sup>102</sup>

### 3.3.3 *Badeck-målet* Bedömning skall präglas av öppenhet

I målet C-158/97 Georg Badeck et al mot Hessischer Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen,<sup>103</sup> var det återigen frågan om tysk jämställdhetslagstiftning och dess överensstämmande med artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet som prövades. Det var delstaten Hessens lag om likabehandling av kvinnor och män och undanröjandet av diskriminering av kvinnor i offentlig tjänst, som var omstridd. Lagen hade antagits 1993 för en begränsad period om 13 år. Delstatslagen om likabehandling innehöll en rad detaljerade bestämmelser som hade i syfte att kvinnor och män skulle ha lika tillgång till offentliga tjänster.<sup>104</sup> Bland annat skulle befordringsplaner upprättas och i sektioner med färre kvinnor än män skulle mer än hälften av de lediga tjänsterna tillsättas av kvinnor. Vid anställning och befordran skulle de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenhet bedömas i förhållande till de krav som de lediga tjänsterna ställde. Härvid skulle även erfarenhet av hemarbete uppmärksammas. Kvalifikationer som förvärvats vid hemarbete, i form av vård av barn eller vårdbehövande, skulle beaktas om de har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter. Deltidsarbete, ledighet och sent avslutade utbildningar på grund av vård av barn eller närstående fick inte påverka negativt.<sup>105</sup>

Enligt de sökande som väckte talan uppfattades lagstiftningen som stridande mot den konstitutionella principen om ”valet av de bästa”, då den innebar att valet av sökande skulle ske på grundval av kön i stället för meriter. Dessutom ansåg de att delstatsregeln stred mot principen om likabehandling, vilken inte endast förbjuder

---

<sup>101</sup> L. Lerwall, Könsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 356 f.

<sup>102</sup> Mål C-158/97 Generaladvokatens yttrande, punkt 31.

<sup>103</sup> Mål C-158/97 Georg Badeck et al mot Hessischer Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] REG I-1875.

<sup>104</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 159 f.

<sup>105</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 224.

att en särskild grupp erhåller fördelar, utan även ger varje enskild person en grundläggande rättighet. Likabehandlingsprincipen garanterar därmed medborgarna lika möjligheter i utgångsläget, vilket verken gynnar eller missgynnar särskilda personkategorier. Därutöver stred lagstiftningen även mot likabehandlingsdirektivet, såsom detta tolkats av domstolen i Kalanke-målet. Staatsgerichtshof des Landes Hessen vilandeförklarade den ifrågasatta tyska lagens grundlagsenlighet och begärde att EG-domstolen skulle meddela ett förhandsavgörande i tolkningsfrågan.<sup>106</sup>

Domstolen fann att det vid bedömning av de sökandes kvalifikationer i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer är berättigad att vissa positiva och negativa kriterier beaktas som i och för sig är könsneutrala till sin utformning och även kan komma män till del, men som i allmänhet gynnar kvinnor. Sådana kriterier syftar nämligen uttryckligen till reell jämlikhet och inte formell genom att minska faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället. Tillämpningen av sådana kriterier skulle dock ske på ett *öppet sätt* och skulle även kunna bli föremål för prövning för att förhindra godtyckliga bedömningar av sökandes kvalifikationer. Som svar på delstaten Hessens förfrågan fastslog därmed EG-domstolen bland annat i sin dom att artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet inte utgör hinder mot tillämpning av nationella bestämmelser<sup>107</sup>

- enligt vilka kvinnliga sökande, när manliga och kvinnliga sökande har likvärdiga meriter, inom de delar av den offentliga sektorn där kvinnor är underrepresenterade skall ges företräde när det är nödvändigt för att uppnå målsättningarna i en befordringsplan för kvinnor, förutsatt att något mer tungt vägande rättsligt skäl inte talar emot det och förutsatt att bestämmelserna garanterar att det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden. (punkt 38)
- enligt vilka kvinnor, när sökande av olika kön har likvärdiga meriter, garanteras att kallas till anställningsintervjuer inom de sektorer där de är underrepresenterade, om de uppfyller alla erforderliga eller föreskrivna villkor. (punkt 63)
- om arbetstagarorganisationers, styrelser och andra organs sammansättning, enligt vilka föreskrifter som antas för att genomföra bestämmelserna skall beakta målsättningen att minst lika många kvinnor som män skall delta i organen. (punkt 66)<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Mål C-158/97, punkt 11-12.

<sup>107</sup> Ibid. punkt 31-32.

<sup>108</sup> Mål C-158/97.

Domslutet i Badeck kom att harmonisera någorlunda väl med de tidigare avgörandena i Kalanke och Marschall. Det är emellertid svårt att befria sig från intrycket att vi i denna dom har att göra med en betydligt mer långtgående reglering än i tidigare fall. Utgången i Badeck följde inte i alla detaljer generaladvokaten Saggios förslag, men i stora delar dömde domstolen i enlighet med hans yttrande.<sup>109</sup> Saggio behandlade i grunderna till sina yttrande även värdet av det nya undantaget enligt artikel 141.4 EG-fördraget som hade tillkommit sedan Marschall-målet. Generaladvokaten menade att positiv särbehandling är ett begrepp vars rättsliga innehåll har och kan variera under olika tidsperioder för att ständigt anpassas till samhällets behov. Om man ser till den nya ändringen i EG-fördraget i den del som berör positiv särbehandling måste man enligt honom, dra slutsatsen att en restriktiv tolkning av artikel 2.4 i direktivet inte står i samklang med utvecklingen av den tillämpliga gemenskapsrätten. På grund av detta kan, enligt hans mening, de nationella åtgärder som syftar till att faktiskt anställa eller befordra kvinnliga sökande inte anses principiellt strida mot gemenskapsrätten. Han ansåg därför vidare att den nationella lagstiftaren inte ur gemenskapsrättslig synvinkel hindras från att, om det föreligger särskilda svårigheter för en grupp, tillgripa positiva åtgärder som faktiskt innebär en fördel för gruppen socialt sett. Saggio poängterar dock att positiva åtgärderna i artikel 141.4 EG-fördraget och artikel 2.4 i direktivet fortfarande är av undantagskaraktär och skall därför tolkas restriktivt.<sup>110</sup>

### 3.3.4 *Abrahamsson-målet* Positiv särbehandling i proportion till det mål som eftersträvas

I mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Andersson mot Elisabet Fogelquist<sup>111</sup> prövade EG-domstolen om den svenska förordningen om vissa anställningar som professor och forskarassistent i jämställdhets syfte ("Tham-förordningen")<sup>112</sup> var förenlig med artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet och artikel 141.4 EG-fördraget. Förordningen gällde anställningar som professor och forskarassistenter som för särskilt anslagna medel under budget år 1995/96 skulle inrättas vid statliga universitet och högskolor som ett led i strävan efter

---

<sup>109</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 161 f.

<sup>110</sup> Mål C-158/97 Generaladvokatens yttrande, punkt 26-27.

<sup>111</sup> Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Andersson mot Elisabet Fogelquist [2000] REG I-5539.

<sup>112</sup> SFS 1995:936. Förordningen fick sitt namn efter dåvarande utbildningsminister Carl Tham.

jämställdhet i arbetslivet.<sup>113</sup> Enligt 4 kap. 15 a § högskoleförordningen<sup>114</sup> skulle följaktligen en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, om det behövdes för att en sökande av det underrepresenterade könet skulle utses. Positiv särbehandling skulle dock inte tillämpas om skillnaden mellan sökande var så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen, enligt 11 kap 9 § regeringsformen. I enlighet med 4 kap 16 förordningen skulle vid tillsättning av tjänst som professor emellertid särskild vikt fästas vid vetenskaplig och pedagogisk skicklighet.<sup>115</sup>

Bakgrunden till det aktuella målet var att en professurtjänst vid Göteborgs universitet utlystes. Vid utlysningen angavs att positiv särbehandling av underrepresenterat kön kunde komma att användas vid tillsättningen, i enlighet med den nu aktuella förordningen. Vid en första omröstning grundad på uteslutande vetenskapliga meriter placerades en man, Leif Andersson, i första rum framför en kvinnlig sökande. Vid en andra omröstning där hänsyn även togs till andra kriterier enligt förordningen, placerades den kvinnliga sökande först. Hon kom dock att återkalla sin ansökan, vilket ledde till att ärendet återförvisades till tjänsteförslagsnämnden. Majoriteten av dess ledamöter ansåg att skillnaderna var för stora mellan Leif Andersson och nästa kvinnliga sökanden, Elisabeth Fogelqvist, som tidigare hade placerats i tredje rum. Trots detta beslutade rektorn att förordna henne för tjänsten i enlighet med förordningens regler om positiv särbehandling. Beslutet överklagades till Överklagandenämnden av Leif Andersson samt en annan sökande vid namn Katarina Abrahamsson.<sup>116</sup>

Överklagandenämnden ställde fyra frågor till EG-domstolen vilken svarade med att tre av frågorna stred mot likabehandlingsdirektivet. Liksom generaladvokaten hävdade EG-domstolen inledningsvis att skillnaden mellan Abrahamsson-målet och de tidigare avgjorda målen var att den svenska regeln gav möjlighet till att ge företräde till sökande av underrepresenterat kön vars kvalifikationer var tillräckliga men inte likvärdiga med kvalifikationerna på medsökande av motsatt kön. I tidigare fall har det handlat om sökande med likvärdiga meriter. Det var trots det endast i fråga om man kunde ges företräde till sökande av underrepresenterat kön förutsatt att de i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, som EG-domstolen sa ja. De ansåg att en sådan

---

<sup>113</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 162.

<sup>114</sup> SFS 1993:100.

<sup>115</sup> Mål C-407/98, punkt 6, 9-10.

<sup>116</sup> A. Numhauser-Henning, EG-domstolen om Tham-professur, 2000. [www.jur.lu.se/lexlundensis](http://www.jur.lu.se/lexlundensis).

bedömning av meriter helt kan ansluta till tidigare praxis, där positiv särbehandling accepterats vid likvärdiga meriter med den nyanskillnaden att det handlade om jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga meriter. Detta fick dock enligt EG-domstolen endast göras under förutsättning att det görs en objektiv bedömning av sökande med beaktande av sökandes personlighet.<sup>117</sup>

Man konstaterar dock att urvalsförfarandet vid tillsättningen av en tjänst i princip skall ske genom en bedömning av de sökandes kvalifikationer i förhållande till de krav som den lediga tjänsten kräver.<sup>118</sup> När det gällde det svenska urvalsförfarandet fann domstolen att det inte framgick att bedömningen gjordes utifrån klara och tillförlitliga kriterier som kan förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för personer av det underrepresenterade könet, utan det i stället gav automatiskt företräde för sökande av underrepresenterat kön. Det räcker inte, enligt domstolen, med kravet på att urvalet inte får stå i strid med kravet på saklighet vid anställning, då det inte exakt går att fastställa innebörden av detta villkor. Detta tillvägagångssätt medför att valet av sökande med tillräckliga kvalifikationer i sista hand endast grundas på att sökande tillhör underrepresenterat kön, trots att den sökande som väljs har lägre kvalifikationer än en sökande av motsatt kön. Det gjordes inte heller någon objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållande. På grund av detta fann EG-domstolen att en sådan urvalsmetod inte kan vara berättigad enligt artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet.<sup>119</sup> De svenska bestämmelserna underkändes följaktligen då bedömningen saknade genomskinlighet och öppenhet.<sup>120</sup>

EG-domstolen prövade därefter om den aktuella svenska lagstiftningen kunde vara berättigad enligt artikel 141.4 EG-fördraget. Domstolen hänvisade där till att medlemsländerna enligt denna artikel får behålla och besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären, vilken syftar till att säkerställa jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Det var dock inte, enligt domstolen, meningen att denna bestämmelse skulle följas av sådana urvalsmetoder som i det svenska ärendet, då den under alla omständigheter inte står i *proportion till det mål som eftersträvas*. Domstolen uttalar vidare att det saknar betydelse i frågan om den nationella lagstiftningen är

---

<sup>117</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 167.

<sup>118</sup> Mål C-407/98, punkt 46.

<sup>119</sup> Mål C-407/98, punkt 50, 52-53.

<sup>120</sup> JämO Ärendenummer 848/00 Positiv särbehandling enligt Jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten, 2000. [www.jamombud.se](http://www.jamombud.se).



begränsad till att gälla på ett i förhand bestämt antal tjänster eller om tjänsterna har inrättats som ett led i högskolans program enligt vilken positiv särbehandling får användas.<sup>121</sup> Dessutom får ingen åtskillnad göras mellan högre och lägre tjänster vid nationell bedömning av positiv särbehandling.<sup>122</sup>

I Abrahamsson-målet hade utrymmet för positiv särbehandling följaktligen överskridits genom att sökande av underrepresenterat kön automatiskt fick företräde när de hade tillräckliga men inte likvärdiga kvalifikationer som sökande av motsatt kön hade. Detta gjordes dessutom utan att det gjordes en individuell bedömning av samtliga sökandes personliga kvalifikationer. Syftet stod därmed inte i proportion till målet med åtgärderna.<sup>123</sup>

### 3.3.5 Analys av EG-domstolens tillämpningsområde för positiv särbehandling

Jämställdhetsombudsmannen (JämO) har gjort en analys av EG-domstolens domar om positiv särbehandling. Den slutsatsen som man kan dra enligt JämO är att rättsläget inte är helt klart vad beträffar utrymmet för positiv särbehandling och därmed också gränsen mellan positiv särbehandling och diskriminering. Till att börja med är det dock viktigt att understryka att positiv särbehandling är ett avsteg från grundläggande förbud mot diskriminering på grund av kön, vilket mot bakgrund av Kalanke- domen, måste tolkas restriktivt. Förbudet mot automatiskt företräde innebär således att kön aldrig får vara det enda avgörande kriteriet vid tillämpningen av positiv särbehandling. Kravet på att alla meriter måste värderas objektivt fick dock en annan innebörd i Badeck-målet då även icke-traditionella meriter fick vägas in för att kompensera för kvinnors sämre förutsättningar på arbetsmarknaden. Med stöd av artikel 141.4 EG-fördraget får även en objektiv bedömning av meriter tillåta indirekt diskriminering till förmån för kvinnor i så måtto att en värdering av meriter som typiskt sett oftare gagna kvinnor än män är tillåten.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> JämO Ärendenummer 848/00 Positiv särbehandling enligt Jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten, 2000. [www.jamombud.se](http://www.jamombud.se).

<sup>122</sup> Mål C-407/98, punkt 65.

<sup>123</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 227.

<sup>124</sup> JämO Ärendenummer 848/00 Positiv särbehandling enligt Jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten, 2000. [www.jamombud.se](http://www.jamombud.se).

JämO menar dessutom att jämställdhetslagens regler om positiv särbehandling i bland har tolkats så att arbetsgivaren inte behöver gå in och pröva meriter från sökande av det andra könet, när någon av det underrepresenterade könet har haft tillräckliga meriter. En sådan tolkning strider mot villkoren om att samtliga sökandes meriter skall få en objektiv bedömning. En sådan tolkning hamnar också alldeles för nära en bestämmelse som ger automatisk och ovillkorliga företräde åt ena könet. Den för all EG-rätt gällande proportionalitetsprincipens vikt fastslogs ännu en gång då EG-domstolen ansåg att allt för diskriminerande regler är oproportionerliga i förhållande till sitt ändamål. Den slutsatsen som man kan dra för jämställdhetslagen är att positiv särbehandling enligt denna lag också förutsätter en viss proportionalitet.<sup>125</sup> Liksom på alla andra områden handlar det i diskrimineringsammanhang ytterst om att balansera skilda normativa synsätt och intressen mot varandra.<sup>126</sup>

Sammanfattningsvis är JämO:s uppfattning att det finns utrymme för tillämpning av positiv särbehandling där sökande av underrepresenterat kön ges företräde framför någon med bättre meriter under förutsättning

1. ”att samtliga sökandes meriter ges en objektiv bedömning med beaktande av personliga förhållanden där även icke-traditionella meriter får vägas in,
2. att meritbedömningen görs utifrån klara kriterier,
3. att könet inte automatiskt ger företräde, samt
4. att särbehandling är proportionell i förhållandet till ändamålet”.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> JämO Ärendenummer 848/00 Positiv särbehandling enligt Jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten, 2000. [www.jamombud.se](http://www.jamombud.se).

<sup>126</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 168.

<sup>127</sup> SOU 2004:55 s. 189.

## 4 Är positiv särbehandling rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen?

Europeiska unionens medlemsländer kan som tidigare nämnts motivera lagstiftning som gör åtskillnad mellan könen genom likabehandlingsdirektivet samt EG-fördraget. I samma utsträckning kan även en arbetsgivare åberopa dessa regler för att motivera en särbehandling i det enskilda fallet.<sup>128</sup> Diskussionen kring användningen av positiv särbehandling i Sverige har dock varit livlig och kritiken har varit omfattande. Många har bland annat sett positiv särbehandling som omvänd diskriminering där vi får tillbaka den diskriminering som vi initialt har avvisat.<sup>129</sup> För att belysa diskussionen kring bruket av positiv särbehandling kommer detta kapitel att behandla några av de argument som finns mot och för positiv särbehandling. Diskussionen kommer därmed att belysa såväl kritikernas som förespråkarnas syn och kommer att utgå från främst tre aspekter: Könstillhörighetens betydelse, Kompetensförlust samt Kollektiv likabehandling framför individuell. Frågan är därför: *Är positiv särbehandling rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen?*

### 4.1 Könstillhörighetens betydelse

En viktig fråga vid diskussionen kring positiv särbehandling är att könstillhörigheten är av betydelse vid exempelvis tjänstetillsättning. Det finns en paradox kring könets betydelse i lagstiftningen kring likabehandling och diskrimineringskydd som ger visst utrymme för diskussion. Jämställdhetslagstiftningen inställning till könets betydelse är nämligen splittrad och motsägelsefull. Såväl svensk rätt som EG-rätt bygger på tanken att kvinnor diskrimineras vid anställningssituationer, i synnerhet på högre tjänster, detta trots

---

<sup>128</sup> L. Lerwall, Könsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 324.

<sup>129</sup> T. Gür, Positiv särbehandling är också diskriminering, 1998, s. 13.

att kön bör vara en irrelevant faktor i dessa sammanhang. Motsättningen är särskild tydlig då både gemenskapsrättens regelsystem för likabehandling och jämställdhetslagen kräver likabehandling oberoende av kön samtidigt som de manifesterar behovet av att främja kvinnors ställning på arbetsmarknaden. Liksom andra diskrimineringslagar bygger regleringen på tanken att man – lagstiftaren, politiker och påtryckningsgrupper – konstaterar att en viss grupp, i det här fallet kvinnorna, särbehandlas och marginaliseras i samhället, vilket man upplever som både oacceptabelt och otidsenligt. Den aktuella lagstiftningen har därför införts som en återverkan av denna särbehandling och dess syfte är att komma tillrätta med de olägenheter som den medför. I detta avseende är kön en i allra högsta grad relevant faktor i sammanhanget fastän människor skall behandlas lika oberoende av deras könstillhörighet.<sup>130</sup>

#### 4.1.1 Kritikerna

Tanken att just könet skall vara en merit vid exempelvis tjänstetillsättning har retat upp många kritiker, vilka menar att statsmakten intar ståndpunkten att man skall ta hänsyn till vederbörandes kön i stället för att göra en rättvis individuell bedömning av personens meriter. Jämställdhetspolitik handlar enligt dessa kritiker inte längre om rättvisa mellan individer, det vill säga att ingen medborgare skall kunna komma att diskrimineras eller på andra sätt hindras på grund av sitt kön. Detta representationstänkande leder i stället till att arbetssökande och arbetstagare inte längre är individer utan representanter för sitt kön, vare sig de önskar vara detta eller inte.<sup>131</sup> Vad som anses göra positiv särbehandling ännu mer orimlig är att många kvinnor skulle känna sig förnedrade av att bli utnämnda till en tjänst genom särbehandling.<sup>132</sup>

En jämn könsbalans kan man uppnå både genom att bekämpa könsdiskriminering och genom att använda könsdiskriminering. Om en jämn könsbalans är det överordnade målet då är alla medel tillåtna. Det finns dock endast ett sätt att uppnå jämn könsfördelning vilken är förenlig med jämställdhetsprincipen, nämligen den som är resultatet av lika rättigheter och möjligheter för män och kvinnor. Därmed får inte könstillhörigheten vara av betydelse då det främjar

---

<sup>130</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 168 f.

<sup>131</sup> M. Lundström, Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? 1996, s. 10.

<sup>132</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 95.

diskriminering av det motsatta könet.<sup>133</sup> Dessutom kan det inte vara på arbetsplatsen och inom utbildningsområdet som man i första hand borde åtgärda särbehandlingen. Att kvinnor klarar sig väl så bra som män fram till en universitetsexamen, men som har svårt att hävda sig i konkurrensen därefter kan snarare ha en förklaring i arbetsfördelningen i hemmen än i den situation som råder på arbetsmarknaden. Därför bör man i första hand vidta åtgärder för den bristande jämställdheten inom familje- och socialpolitiken. Exempelvis kan situationer som att kvinnor inte söker vissa tjänster i tillräcklig utsträckning, vilket ofta är underbyggt med statistik, inte lösas med att kvinnor särbehandlas in på dessa befattningar.<sup>134</sup>

#### 4.1.2 Förespråkarna

Invändningar till den liberala tanken om jämlikhet har emellertid framhållits. Man menar att om det hade räckt med den liberala principen om allas lika värde och rätt till likabehandling i en likartad situation, hade en särskild diskrimineringslag inte behövts. Den generella likabehandlingsprincipen hade då varit tillräcklig. Trots att man i många länder har alltsedan franska revolutionen hävdat ståndpunkten om likabehandling har inget samhälle hitintills uppnått ett tillstånd utan diskriminering. I alla samhällen utvecklas normer som inte bara medför individuella orättvisor utan som också leder till strukturer som innebär att vissa grupper av människor, i det här fallet kvinnor, får det sämre. Därmed menar förespråkare för positiv särbehandling att man är tvungna att införa särskilt lagstiftande skydd mot könsdiskrimineringen samt aktiva åtgärder för jämställdhet.<sup>135</sup>

Att FN-organet UNDP har utsett Sverige till världens mest jämställda land hindrar inte att jämställdhetsarbetet på många håll inom landets arbetsmarknad går mycket trögt. Resultatet av utnämningen av Sverige måste i stället bero på att jämställdheten är mycket sämre i andra länder. Frågan om olika lagar och reformer har bidragit till att befästa eller uppluckra den patriarkala maktstrukturen mellan könen berördes i kvinnomaktutredningen som tillsattes år 1994. I huvudbetänkandet som publicerades 1998 konstaterades att Sverige inte var ett jämställt land, att arbetslivet inte fungerade rationellt, att könskvotering var

---

<sup>133</sup> M. Lundström, Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? 1996, s. 53.

<sup>134</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 99 f.

<sup>135</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 169 f.

vanligt (det vill säga att män oftast gavs företräde), att det var bättre för kvinnor att satsa på könsbyte än på utbildning samt att den offentliga sektorn exploaterade kvinnor. Kvinnorna i Sverige lever alltså inom ramen för en genusordning där männen besitter den avgörande makten inom de centrala samhällssektorerna.<sup>136</sup> Förespråkare vill därför avdramatisera positiv särbehandling som strategi och ställer därför frågan om vi skall fortsätta att leva i en manlig värld på manliga villkor, där tjänsterna tilldelas män på grund av deras kön, eller om vi skall verka för att tjänsterna tilldelas och beviljas människor på grund av deras kompetens.<sup>137</sup>

## 4.2 Kompetensförlust

En andra förseelse som är viktig vid diskussion om bruket av positiv särbehandling är att det underrepresenterade könet kan särbehandlas positivt även då det finns skillnader i sakliga meriter. Likabehandlingsprincipen vars tanke är att man skall konkurrera på lika villkor inskränks då en sökande av underrepresenterat kön som har tillräckliga men inte likvärdiga meriter ändå kan erhålla tjänsten, bara på grund av sin könstillhörighet.<sup>138</sup> Regeln har väckt stora frågor kring om kvaliteten kan komma att sjunka inom olika yrkesgrupper och yrkeskategorier. Komplexiteten i denna fråga ligger således i om en historisk diskriminering av kvinnor kan kompensera att sämre meriterade arbetstagare går före mer meriterade av motsatt kön? Därutöver är frågan om verkligen kvinnor är sämre meriterade i dessa fall eller om det är meriterna som gynnar män.

### 4.2.1 Kritikerna

Enligt kritiker innebär positiv särbehandling inte att bedömningen av de sökande ändras, utan att den som befins mindre kompetent får företräde framför en mer kompetent. Man får därför inte tro att meritvärderingen bygger på könsdiskriminering och att man därför låter en person av ett visst kön få företräde, för då tillämpar man inte positiv särbehandling i strikt mening. Positiv särbehandling innebär per definition att den som får företräde är sämre meriterad. Om man låter en person som ”faktiskt” blir missbedömd få företräde därför att

---

<sup>136</sup> E. Åsard, H. Runblom, Positiv särbehandling i Sverige och USA, 2000, s. 317 ff.

<sup>137</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 103 f.

<sup>138</sup> L. Lerwall, Könsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 382.

vederbörande ”egentligen” är bättre meriterad intervenerar man i ett tillsättningsförfarande i syfte att skippa rättvisan. I debatten om Tham-professuren förde man ofta fram sådana argument till fördel för positiv särbehandling. Man menade att den egentliga innebörden av positiv särbehandling var att tillsätta den som var bäst eller lika meriterad. Man kan inte använda sig av positiv särbehandling på grund av en allmän misstro mot en tillsättningsprocedur. Det är i stället arbetsgivarnas uppgift att vidta åtgärder i enighet med jämställdhetslagen så att den indirekta diskrimineringen i så fall upphör. Om statsmakten vill komma åt diskriminering som beror på ett felaktigt meritvärderingssystem är det naturliga tillvägagångssättet att ändra på meritvärderingssystemet. En korrekt positiv särbehandling, i lagens mening, kräver en korrekt bedömning av de sökande. Man måste dels konstatera att en sökande är sämre meriterad än någon annan, dels att denna sökande är tillräckligt meriterad för att kunna fullgöra arbetet. Det är därför något motsägelsefullt när statsmakterna uttalar sig om en stark misstro mot ett meritvärderingssystem, samtidigt som de vill tillämpa en åtgärd som förutsätter att den är riktig.<sup>139</sup>

En annan ofta förekommande kritik mot positiv särbehandling är en form av konsekvensbeskrivning som menar att kvaliteten på, framförallt högre och kvalificerade, tjänster kommer att minska. Man anser i stället att fler kvinnor måste börja söka högre tjänster, dessutom skall man motivera kvinnor till att söka högre utbildningar samt att våga söka vissa tjänster överhuvudtaget. Det går dock inte att prioritera jämställdhet före kvaliteten på verksamheten, men man bör ändå kämpa för att meritvärderingen blir könsneutral så att alla får samma chans. Däremot skall inte de ur det underrepresenterade könet få åka snålskjuts och tilldelas tjänsten genom genvägar bara föra att de inte klarar av konkurrensen. Den fria konkurrensen fungerar som ett direkt underkännande av kön som en strukturerande princip eller som ett kriterium att ta hänsyn till vid tjänstetillsättningar, befordringar etc. Det får således inte bli ett A- och B-lag på arbetsplatsen på grundval av jämställdhetssträvan och detta är naturligtvis särskilt viktigt vid högt kvalificerade tjänster.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> M. Lundström, Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? 1996, s. 28 ff.

<sup>140</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 71 ff.

## 4.2.2 Förespråkarna

Praxis som genom EG-domstolen föreligger på arbetsmarknaden förespråkar emellertid att kvinnors utsatta situation erfordrar att kvinnor kompenseras för att inte komma i sämre dager än manliga arbetssökande/arbetstagare. EG-domstolen slog fast i Marschall-fallet att fastän sökande har likvärdiga meriter, tenderar arbetsgivare att ge manliga sökande företräde framför kvinnliga sökande. Detta grundas bland annat på fördomar och stereotypa förställningar om kvinnornas roll och kvinnors kapacitet i arbetslivet samt en oro för att kvinnor oftare gör avbrott i karriären. På grund av dessa skäl menade EG-domstolen att enbart den omständigheten att två sökande av olika kön har likvärdiga meriter ger dem inte lika möjligheter och förutsättningar i praktiken. Av detta följde att EG-domstolen dömde att en nationell regel kan ge kvinnor företräde vid befordran, inom områden där kvinnor är underrepresenterade, om de har meriter som är likvärdiga med deras manliga konkurrenter<sup>141</sup> Vidare menade EG-domstolen i Badeck-målet att de traditionella meritvärdena kunde vara indirekt diskriminerande mot kvinnor och därför skulle kvinnliga meriter som hemarbete inräknas. Dessutom fick inte deltidsarbete, ledighet och sent avslutade studier på grund av vård av barn påverka negativt. Jämställdhetsarbetet skulle lägga tonvikten på att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet.<sup>142</sup>

Positiv särbehandling innebär inte att personer utan tillräcklig kompetens skall få en tjänst på grund av att de tillhör ett visst kön. Tanken är i stället att man bland fullt kompetenta sökande skall välja en person som tillhör ett underrepresenterat kön, trots att det finns mer kompetenta sökande av det andra könet. Tanken kring den omdiskuterade Tham-professuren var exempelvis att de särskilda professurerna skall utlysas inom områden där det redan fanns högt kvalificerade kvinnliga forskare, som kunde tänkas söka tjänsterna. Detta skulle leda till att forskare som var högt kvalificerade skulle erhålla professurtjänsterna. Positiv särbehandling är i dessa fall nödvändig då meritokratin inte fungerar tillfredsställande, vilket många gånger gör att kompetenta kvinnor utestängs. Bedömningssystemet sorterar således bort begåvade kvinnor från högre tjänster och premierar medelmåttiga män.<sup>143</sup> Det finns alltså problem i hur man mäter och värderar meriter och hur detta förhåller sig till likheter och skillnader mellan könen. I vissa lägen finns det en frihet att välja egenskaper hos arbetssökande som man

---

<sup>141</sup> Mål C-409/95, punkt 29-31.

<sup>142</sup> B. Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 225 f.

<sup>143</sup> F. Bondestam, Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik, 2003, s. 85 ff.



tror sig komma att behöva även när dessa egenskaper kan ha samband med ett kön. Då många meritvärderingssystem kan ses som indirekt diskriminerande mot kvinnor kan man på lika sätt acceptera urvalskriterier som gynnar kvinnor, vilket är en form av positiv särbehandling.<sup>144</sup>

## 4.3 Kollektiv likabehandling framför individuell

Den kanske viktigaste frågan som motståndare till positiv särbehandling har lyft fram är att individen kan komma att diskrimineras till förmån för kollektivets rättvisa. Jämställdhetsregleringen är utformad i den liberala traditionen, vilket innebär att diskrimineringsförbuden är formulerade så att den ålägger formell och neutral likabehandling i individuella fall. Detta innebär i sin tur att könets betydelse skall vara irrelevant, vilket inte har räckt för att uppnå lagens syfte med verklig jämställdhet. Det finns därför en funktion i lagen som tillåter att en förfördelad grupp särbehandlas. Därmed tillåter man att principen om likabehandlingsprincipen, oberoende kön på individnivå, i vissa fall och under vissa förutsättningar får stå tillbaka för att man skall kunna komma till rätta med särbehandlingen av kvinnor som grupp.<sup>145</sup> Även här är problemet komplext. Frågan är om likabehandling och jämställdhet mellan människor verkligen ger utrymme för någon typ av särbehandling, då åtskillnad i behandling vid lika fall inte är tillåten.<sup>146</sup>

### 4.3.1 Kritikerna

Principen om likabehandling gäller i arbetslivet och därmed är diskriminering i alla former helt oacceptabelt. Arbetsmarknadspolitiken skall inte ha inslag av verken negativ eller positiv särbehandling.<sup>147</sup> Att bekämpa könsdiskriminering är inte heller samma sak som att sträva efter könsbalans inom alla samhällsområdena. I stället för att nå könsbalans genom att bekämpa könsdiskriminering tenderar man idag i allt större utsträckning att använda könsdiskriminering för att uppnå könsbalans. Könsbalans har därför blivit viktigare än jämställdhet, menar kritiker. Dessutom var jämn könsbalans tidigare ett tecken på att kön inte hade någon

---

<sup>144</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 173 ff.

<sup>145</sup> Ibid. s. 170.

<sup>146</sup> L. Lerwall, Könsdiskriminering En analys av nationell och internationell rätt, 2001, s. 76.

<sup>147</sup> LO-kongressen säger nej till positiv särbehandling. [www.lo.se](http://www.lo.se).

betydelse. Nu är en jämn könsbalans ett mål som genomförs därför att kön har betydelse. Det finns en fara i att politiker i syfte att uppvisa snabba resultat byter innebörd i jämställdhetspolitiken. Är problemet att enskilda individer behandlas diskriminerande och orättvist eller är problemet en brist på en maktbalans mellan två könskollektiv? Risken är att man administrerar fram en jämn könsbalans i stället för att bekämpa diskrimineringen.<sup>148</sup>

Tvetydligheten i jämställdhetsbegreppet gäller enligt kritiker alltså främst förhållandet mellan individuell rättvisa och statistisk könsfördelning. Angivande av ett statistiskt mått på jämställdhet tolkas ofta som om det handlar om kollektiv rättvisa. När man talar om att ett kön är underrepresenterat uppfattas det nästan som om det fanns ett kollektivt subjekt som hade rätt till representation i alla samhällssektorer.<sup>149</sup> Frågan är om det verkligen är jämlik representation på alla nivåer inom samhället som vi vill ha och behöver. Det kanske är så att vi tillämpar ett för mekaniskt ideal som förväxlar frånvaron av privilegier och underlägen med frånvaron av mångfald.<sup>150</sup> Samt, är det alltid fel med statistisk obalans mellan könen? Underrepresentation i sig behöver inte alltid heller vara diskriminering. En ojämn könsfördelning kan vara bevis på könsdiskriminering men den kan också bero på andra företeelser. Om det är så att män och kvinnor systematiskt skiljer sig åt beträffande yrkesval och begåvningsprofiler, kan det uppstå en obalans mellan könen utan att någon diskrimineras.<sup>151</sup>

Mellan ett diskrimineringsförbud och påbud om positiv särbehandling går en mycket väsentlig skiljelinje. Diskriminering anses äga rum därför att en arbetssökande inte bedöms med utgångspunkt från sina meriter som individ, utan med utgångspunkt från sina förmodade egenskaper som tillhör en grupp (i det här fallet kön) oavsett om hon eller han delar gruppens egenskaper. Diskriminering tar följaktligen inte hänsyn till individen utan kan snarare beskrivas som individuell orättvisa. Positiv särbehandling söker gottgöra denna individuella orättvisa genom grupprättvisa. En individ blir genom detta synsätt förmånligare behandlad därför han/hon tillhör en grupp som utsetts som mottagare av positiv särbehandling. ”Positiv särbehandling innebär således att det grupptänkande som ett diskrimineringsförbud söker visa porten, kommer tillbaka in via köksdörren.”<sup>152</sup> Positiv särbehandling kan inte kompensera individuella oförrätter

---

<sup>148</sup> M. Lundström, Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? 1996, s. 15 ff.

<sup>149</sup> Ibid. s. 43.

<sup>150</sup> DN, Det negativa med positiv särbehandling, 2004. [www.dn.se](http://www.dn.se).

<sup>151</sup> M. Lundström, Jämställdhet eller sexistisk rättvisa? 1996, s. 56 ff.

<sup>152</sup> T. Gür, Positiv särbehandling är också diskriminering, 1998, s. 15.

då det inte är ett kollektiv som utsätts för orättvisan, utan en individ.<sup>153</sup> Dessutom är det viktigt att poängtera att möjligheten till att specificera vissa kategorier som förmånstagare strider mot den svenska rättsliga traditionen som skall vara individorienterad och konsensusinriktad.<sup>154</sup>

### 4.3.2 Förespråkarna

Motståndare till positiv särbehandling använder sig ofta av svepande jämförelser mellan positiv särbehandling och kollektivism, kommunism och feminism för att utmåla alla alternativ till en liberaldemokratisk ordning som otänkbara.<sup>155</sup> De liberala förespråkarna för likhetsgrundsatsen glömmer eller räknar bort den orättvisa som traditionellt funnits för kvinnor genom historien, då den inte är iakttagbar i det individuella fallet. Effekten av positiv särbehandling kommer dock alltid att vara okänd. Hade arbetsgivaren fritt valt sökande med likvärdiga meriter kunde såväl mannen som kvinnan ha fått tjänsten utan att någon diskriminerades. Det kunde dock också ha blivit så att arbetsgivaren valt som han brukar, det vill säga inom ramen för existerande diskriminerande strukturer och fördomar, och därmed anställt mannen. Detta kunde alltså ha inneburit en orättvisa för den kvinna som förbisågs då särbehandling inte användes, men detta kan vi aldrig säkert veta. Orättvisan skulle då inte bestå i att hon inte fick anställningen, vilken hon i för sig hade lika stor rätt till som den manliga sökanden, utan i att vara utesluten och att inte ha lika möjligheter.<sup>156</sup>

Diskrimineringsförbudets utformning och implementering på den individuella nivån gör att vi osynliggör de fördomar och könspreferenser som kan komma att påverka valet av sökande. När arbetsgivare enligt regeln om positiv särbehandling väljer den kvinnliga sökanden framstår den manliga medsökanden emellertid omedelbart som diskriminerad. Att mannen som individ i det enskilda fallet verkligen har blivit diskriminerad är inte mer säkert än att kvinnan hade varit det i varje enskilt fall där en man har valts i stället. Det är givetvis lättare att iaktta diskrimineringen då en uttalad regel om företräde för det underrepresenterade könet används, än då dolda diskriminerande strukturer diskriminerar kvinnor. Att

---

<sup>153</sup> T. Gür, *Positiv särbehandling är också diskriminering*, 1998, s. 14 f.

<sup>154</sup> F. Bondestam, *Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik*, 2003, s. 40.

<sup>155</sup> *Ibid.* s. 78.

<sup>156</sup> A. Numhauser-Henning, *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, 2000, s. 170 f.

komma till rätta med sådana diskriminerande strukturer som endast syns på den aggregerade nivån kräver administrativa åtgärder som positiv särbehandling.<sup>157</sup>

Om man vill att kvinnor skall ha ett fullvärdigt och likvärdigt medborgarskap måste mer göras än att erbjuda rättsliga garantier, information och ekonomiskt stöd. Positiv särbehandling är ett djärvt steg i kampen för medborgliga rättigheter. En del förespråkare menar att positiv särbehandling är nödvändig, men att den inte får bli ett bestående inslag. Regeln behöver en giltighetsklausul som kräver utvärdering efter en bestämd och begränsad tid. Om paragrafen upphör efter exempelvis fem eller tio år kan den utvärderas och om behovet fortfarande finns kan den förnyas. Det finns, enligt detta synsätt, ingenting som är så effektiv som en fast tidsgräns när det gäller att framtvinga ordentlig utvärdering och uppnå målmedvetenhet med lagstiftning. Positiv särbehandling är följaktligen en regel som genom en giltighetsklausul skulle framtvinga tydliga resultat genom utvärderade tillvägagångssätt och strategier.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> A. Numhauser-Henning, Perspektiv på likabehandling och diskriminering, 2000, s. 171.

<sup>158</sup> DN, Det negativa med positiv särbehandling, 2004. [www.dn.se](http://www.dn.se)

## 5 Sammanfattande slutsatser

Det här kapitlet kommer att sammanfatta de slutsatser som jag har kommit fram till utifrån de tre frågeställningarna. I likhet med den övriga delen av uppsatsen kommer slutsatsen att behandla en fråga i taget.

*Vad har positiv särbehandling för juridisk innebörd och grund i svensk lagstiftning?*

Positiv särbehandling är ett undantag från diskrimineringskyddet och likabehandlingsprincipen i syfte att aktivt vidta åtgärder för jämställdhet mellan kvinnor och män som grupper i arbetslivet. Innebörden av begreppet positiv särbehandling har formats över tid då företeelsen har utvecklats parallellt och tillsammans med jämställdhetsfrågan. Tanken om jämlikhet började ta fart under efterkrigstiden, men det var först år 1979 som Sverige fick sin första jämställdhetslag. Redan i denna lag fanns det inte några hinder för att en arbetsgivare generellt gav ett försteg åt sökande med underrepresenterat kön som var tillräckligt kompetent eller hade liknande kvalifikationer som en medsökande av motsatt kön. Efter kritik ändrades jämställdhetslagen 1991 till att lagens främsta syfte skulle var att i första hand förbättra kvinnors ställning i arbetslivet. Trots detta var lagen fortfarande könsneutral. Några skyldigheter för arbetsgivare att tillämpa positiv särbehandling för att uppnå en jämn fördelning av kvinnor och män infördes emellertid inte.

Den 1 januari 1995 blev Sverige medlem i den Europeiska Unionen. Detta medlemskap medförde att EG-rättens regler om jämställdhet och positiv särbehandling nu också var tillämpliga i svensk rätt. Tankarna och regleringarna kring jämställdhet och positiv särbehandling var också väl utvecklade inom unionen. Positiv särbehandling reglerades som ett undantag i likabehandlingsdirektivet. Därutöver kom Rådet 1984 ut med en särskild rekommendation om främjande av positiv särbehandling av kvinnor. Genom Amsterdamfördraget fördes jämställdheten även in som ett av gemenskapens grundläggande mål genom ett tillägg i fördraget. Denna regel hade också ett undantag för likabehandling vars syfte var att främja jämställdheten.

I dag har positiv särbehandling sin juridiska grund i både svensk rätt och EG-rätt. Inom EG-rätten gjorde artikel 141.4 EG-fördraget att likabehandlingsdirektivet delvis blev överflödigt då artikeln ändrades 2002. Artikel 141.4 tillsammans med rådets rekommendation 84/635/EEG om främjande för positiv särbehandling av kvinnor reglerar i dag positiv särbehandling inom EG-rätten. I den svenska jämställdhetslagens del om förbud mot diskriminering är positiv särbehandling ett undantag så länge särbehandlingen är ett led i strävan att främja jämställdhet i arbetslivet. Inom offentliga sektor vilar själva tjänstetillsättningen på offentligrättslig grund. Myndigheters beslut om att anställa någon utgörs på ett myndighetsbeslut och betraktas därför som myndighetsutövning. Om positiv särbehandling skall vara tillåtet inom detta område måste det därför finnas föreskrifter som reglerar positiv särbehandling enligt regeringsformen.

*Var går gränsen mellan positiv särbehandling och könsdiskriminering?*

Gränsen mellan vad som anses vara positiv särbehandling och vad som är direkt diskriminering är hårfin. För att kunna få förståelse för var gränsen går måste man följaktligen kartlägga vidden av tillämpningen av positiv särbehandling. Innan Sveriges anslutning till Europeiska Unionen hade Sverige endast ett par rättsfall som tog upp frågan. Det är i stället EG-domstolen som har kommit att avgöra gränsdragningen och därmed gett medlemsländerna riktlinjer för tillämpningen av positiv särbehandling.

I Arbetsdomstolens domar 1981 nr 171 och 1982 nr 139 fastslog domstolen att positiv särbehandling måste vara väl förankrad i ett systematiskt jämställdhetsarbete för att den skulle vara tillåten. Enstaka åtgärder som inte kan passas in i ett mönster av positiva jämställdhetsåtgärder var därmed otillåtna. EG-domstolen kom genom Kalanke-målet, Marschall-målet, Badeck-målet samt Abrahamsson-målet att tolka EG-rättens utrymme för positiv särbehandling. I Kalanke-domen konstaterade EG-domstolen att positiv särbehandling var ett avsteg från grundläggande förbud mot diskriminering på grund av kön, vilket måste tolkas restriktivt. Dessutom konstaterades att ett *automatiskt företräde* av det underrepresenterade könet var förbjudet då kön aldrig får vara det enda avgörande kriteriet vid tillämpningen av positiv särbehandling. I Marschall-domen ansåg domstolen att villkoret för att regeln om positiv särbehandling skulle få tillämpas var att den i varje enskilt fall garanterade de manliga sökandena, med likvärdiga meriter, att deras ansökningar fick en *objektiv bedömning*. I Badeck-målet konstaterades att även icke-traditionella meriter fick vägas in för att kompensera för kvinnors sämre förutsättningar på arbetsmarknaden.

Tillämpningen av sådana kriterier skulle dock ske på ett *öppet sätt* och skulle även kunna bli föremål för prövning för att förhindra godtyckliga bedömningar av sökandes kvalifikationer. Avslutningsvis menade EG-domstolen i Abrahamsson-domen att en allt för diskriminerande regel är oproportionerliga i förhållande till sitt ändamål. Därför måste tillämpningen av positiv särbehandling enligt denna praxis också förutsätta en viss *proportionalitet*.

*Är positiv särbehandling rätt väg att gå för att åstadkomma jämställdhet på arbetsplatsen?*

Diskussionen kring användningen av positiv särbehandling har i Sverige varit livlig och kritiken har varit omfattande. För att belysa argumenten i diskussionen från såväl kritikernas som förespråkarnas syn kan man utgå från tre aspekter: Könstillhörighetens betydelse, Kompetensförlust samt Kollektiv likabehandling framför individuell.

Vid fråga om könstillhörighetens betydelse anser *kritiker* att då man särbehandlar personer på grund av kön ser man förbi den individuella bedömningen av personers meriter. Jämställdhetspolitik skall handla om rättvisa mellan individer och inte ett representationstänkande där arbetssökande och arbetstagare inte längre är individer utan representanter för sitt kön. *Förespråkare* anser i stället att i alla samhällen utvecklas normer som inte bara medför individuella orättvisor utan som också leder till strukturer som innebär att vissa grupper av människor får det sämre, vilket i det här fallet är kvinnor. Därmed är man tvungen att införa särskilt lagstiftande skydd mot könsdiskrimineringen samt aktiva åtgärder för jämställdhet.

Enligt *kritiker* innebär positiv särbehandling inte att bedömningen av de sökande ändras, utan att den som befins mindre kompetent får företräde framför en mer kompetent. Kvaliteten kommer därför på, framför allt högre och kvalificerade tjänster, att bli sämre. Man kan inte få prioritera jämställdhet före kvaliteten på verksamheten. Det underrepresenterade könet kan inte få åka snålskjuts och tilldelas tjänsten genom genvägar bara för att det inte klarar av konkurrensen. *Förespråkare* menar i stället att det enligt praxis förespråkas att kvinnors utsatta situation erfordrar att kvinnor kompenseras för att inte komma i sämre dager än manliga arbetssökande/arbetstagare. Jämställdhetsarbetet måste lägga tonvikten på att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet. Då många meritvärderingssystem kan ses som indirekt diskriminerande mot kvinnor kan

man på lika sätt acceptera urvalskriterier som gynnar kvinnor, vilket är en form av positiv särbehandling.

Den kanske viktigaste frågan som *kritiker* till positiv särbehandling har lyft fram är att individen kan komma att diskrimineras till förmån för kollektivets rättvisa. Principen om likabehandling gäller i arbetslivet och därmed är diskriminering i alla former helt oacceptabel. Arbetsmarknadspolitiken skall därför inte ha inslag av varken negativ eller positiv särbehandling. Att bekämpa könsdiskriminering är inte heller samma sak som att sträva efter könsbalans inom alla samhällsområdena. Enligt *förespråkare* glömmer de liberala förespråkarna för likhetsgrundsatsen bort den orättvisa som traditionellt funnits för kvinnor genom historien, då den inte är iakttagbar i det individuella fallet. Om inte positiv särbehandling tillämpas är det stor risk att en arbetsgivare hade valt en manlig sökande framför en kvinnlig. Att komma till rätta med sådana diskriminerande strukturer som endast syns på den aggregerade nivån kräver administrativa åtgärder som positiv särbehandling.



## 6 Diskussion

I det här kapitlet kommer jag själv att uttrycka min inställning till lagstiftningen och tillämpningen av positiv särbehandling. Jag kommer att diskutera de företeelser kring positiv särbehandling som särskilt har väckt min uppmärksamhet. Därutöver kommer jag att ge förslag på förändringar samt väcka frågor kring saker som jag anser saknas i diskussionen. Min diskussion kommer att bygga på tre rubriker: Positiv särbehandling som en undantagsregel, Jämställdhetslagen som könsneutral samt Positiv särbehandling i framtiden.

### 6.1 Positiv särbehandling som en undantagsregel

Jämställdhetslagen ger genom undantagsregeln om positiv särbehandling från diskrimineringsförbudet en komplex bild av könets betydelse, vilket har diskuterats i kapitel fyra. Å ena sidan skall man anställa den mest meriterade sökande oberoende kön, å andra sidan skall man vid underrepresentation av ett kön på arbetsplatsen ta hänsyn till sökandes könstillhörighet vid urvalet. Alla juridiska regler har något mått av komplexitet, inte minst undantagsregler och i synnerhet om de är ett undantag till ett förbud som är så känsloladdat som diskriminering. Det är dock komplexiteten kring könstillhörigheten i lagstiftningen som jag tror hämmar dess tillämpning mest. Ett förslag är därför att välja strategi, antingen måste det övergripande målet vara att arbeta mot diskriminering eller för jämställdhet. Vi måste givetvis arbeta mot båda målen, men ett mål måste vara överordnat det andra då de inte går att kombineras helt obehindrat. Om det är jämställdhet som är det överordnade målet borde kanske inte positiv särbehandling vara ett undantag från diskrimineringsförbudet utan en del av de aktiva åtgärder som skall uppnå jämställdhet på arbetsplatsen. Om däremot diskrimineringsförbudet skall vara det övergripande målet borde vi nog tänka över om positiv särbehandling över huvudtaget skall existera.

Genom att ha positiv särbehandling som ett undantag från diskrimineringsförbudet tillåter vi diskriminering indirekt, vilket kan vara oerhört

provocerande. Särbehandling är också ett negativt laddat ord, vilket gör att man tycker illa om företeelsen innan man ens har förstått dess innebörd. Då positiv särbehandling har visat sig, genom praxis, inte vara är så pass ovillkorlig som namnet och undantagsregeln framställer den, anser jag att den hör hemma som en aktiv åtgärd. Om man utökar de aktiva åtgärderna i den svenska jämställdhetslagen till att även omfatta att arbetsgivaren får välja en tillräckligt men inte lika meriterad sökande av underrepresenterat kön *om* samtliga sökandes meriter ges en objektiv bedömning med beaktande av personliga förhållanden där även icke-traditionella meriter får vägas in, *om* meritbedömningen görs utifrån klara kriterier, *om* könet inte automatiskt ger företräde, samt *om* särbehandling är proportionell i förhållandet till ändamålet, skall det inte anses vara diskriminering. På detta sätt tar man i urvalsarbetet hänsyn till både traditionella ”kvinnliga” och ”manliga” meriter samt till den snedvridna könsfördelningen på arbetsplatsen. En sådan bedömning skall då inte vara diskriminerande och behöver därför inte vara ett undantag från diskrimineringsförbudet. På detta sätt avdramatiserar man positiv särbehandling och gör företeelsen mer accepterad samt mer lätthanterlig på arbetsmarknaden. Givetvis skall företeelsen fortfarande vara frivillig och förankrad i en jämställdhetsplan.

Följaktligen anser jag att tanken om att positiv särbehandling är ett undantag från likabehandling och diskrimineringskyddet hämmar dess tillämpning. I stället borde det vara en del i de aktiva åtgärderna som måste kartläggas årligen i en jämställdhetsplan och där jämställdombudsmannen har tillsyn att lagen efterföljs.

## 6.2 Jämställdhetslagen som könsneutral

Vad som kan vara värt att poängtera är att Sveriges jämställdhetslag är könsneutral, i likhet med artikel 141.4 EG-fördraget, trots att lagen främst siktar på att förbättra kvinnors villkor i arbetslivet. Detta innebär att både kvinnor och män kan särbehandlas i positiv bemärkelse om de tillhör det underrepresenterade könet på arbetsplatsen. Hur positiv särbehandling skall tillämpas har bestämts genom EG- domstolens praxis. EG-domstolen har i sina domar tagit stor hänsyn till kvinnors historiska diskriminering samt deras utsatta situation på arbetsmarknaden. Stor del av denna praxis har dessutom framkommit då domstolen har prövat likabehandlingsdirektivet, som för övrigt har ändrats till att endast hänvisa till reglerna i 141.4 EG-fördraget. Likabehandlingsdirektivets regel om positiv särbehandling hade som främsta syfte att avlägsna befintliga

ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning samt andra arbetsvillkor. Likabehandlingsdirektivet var i och med detta inte helt könsneutral. Därmed kan man säga att svenska män kan genom gällande praxis särbehandlas in på arbetsplatser där män är underrepresenterade på grundval av att kvinnor traditionellt har haft en sämre situation på arbetsmarknaden. Vad man tycker om det spelar mindre roll, men företeelsen är värd att belysas.

Anledningen till att jag nämner detta är att ingen annan tar upp detta i diskussionen om positiv särbehandling. När man pratar om motivet samt tillämpningen kring positiv särbehandling är det till för att kvinnor skall få samma möjligheter som männen och inte att männen skall få samma möjligheter som kvinnor, vilket de faktiskt får.

### 6.3 Positiv särbehandling i framtiden

Vad som kan anses underligt är att trots att regeln om undantaget för positiv särbehandling har funnits sedan den första jämställdhetslagen kom 1979 verkar företeelsen vara okänd för många och endast användas i begränsad omfattning. Då strävan efter att komma till rätta med den ojämna könsfördelningen på arbetsmarknaden funnits, måste anledningen till uteblivelsen av positiv särbehandling bero på att rättsläget inte har varit klart. Inte förrän efter EG-domstolens domar angående tillämpningsområdet av positiv särbehandling har vi haft några riktlinjer för hur vi skall använda oss av företeelsen. För att positiv särbehandling skall bli en naturlig del i jämställdhetsarbetet måste rättsläget med dess riktlinjer nå ut till arbetsmarknaden på ett lättbegripligt sätt. JämO har visserligen gett ut en sammanställning av anvisningar som är relativt tydlig, men frågan är om den har nått ut till arbetsmarknaden.

För att positiv särbehandling skall bli ett verktyg i framtidens jämställdhetssträvan måste dess användningsområde vara tydlig för dem som skall tillämpa den. Dessutom bör positiv särbehandling förankras i en jämställdhetspolicy i företaget för att den skall bli effektiv. Kritiker till positiv särbehandling menar att kvinnor inte vill särbehandlas in på tjänster då det kan leda till avundsamhet och mobbning. Därför är det nödvändigt att företaget klargör för sin personal sitt syfte med särbehandlingen. Då personalen är involverad i företagets jämställdhetsarbete bör det medföra att positiv särbehandlingen accepteras bättre på arbetsplatsen.

Det finns faktiska skillnader mellan män och kvinnor när det gäller förutsättningar och beteende, oavsett om de är biologiskt/genetisk betingade eller sociala. Därför måste man i rekryteringssammanhang även se över sina kriterier så att de i verkligheten inte indirekt diskriminerar kvinnor genom att exempelvis kräva längre arbetslivserfarenhet eller andra meriter som i realiteten gynnar män framför kvinnor. Typiska traditionella kvinnliga egenskaper och meriter måste också börja värderas högre på högre befattningar. Kvinnor som gör karriär skall inte behöva uppträda som män. När vi har börjat värdera om meriterna så att kvinnliga egenskaper och erfarenheter börjar bli mer efterfrågade, har vi kommit långt i jämställdhetssträvan. Positiv särbehandling kan möjligtvis hjälpa oss att nå ett sådant mål om vi använder det i enlighet med EG-domstolens praxis.

Jag anser att målet med positiv särbehandling inte bör vara att kvotera in kvinnor på arbetsplatsen utan att börja se typiska kvinnliga egenskaper som en tillgång i arbetslivet. Därför tror jag att om statsmakterna propagerar för användandet av positiv särbehandling under en begränsad period och sedan gör en ordentlig utvärdering, om det är effektivt eller om det inkräktar för mycket på jämlikhet mellan människor, får vi svart på vitt om positiv särbehandling verkligen är rätt väg att gå för att nå reell jämställdhet i arbetslivet.

# Referenser

## Offentligt tryck

- Prop. 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.  
Prop. 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag m.m.  
Prop. 2004/05:147 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.  
SOU 1978:38 Jämställdhet i arbetslivet.  
SOU 1990:41 Tio år med jämställdhetslagen – utvärdering och förslag.  
SOU 2004:55 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.

## Litteratur

- Bondeham, Fredrik, 2003. *Positiv särbehandling och akademien – Tjugofem år av ideologi, retorik och praktik*. Uppsala.
- Dahrendorf, Ralf, Dagens Nyheter, 2004. *Det negativa med positiv särbehandling*. (Hämtad 2006-02-08 från [www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=578&a=233646](http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=578&a=233646)).
- Göransson, Håkan, Karlsson, Anders, 2006. *Diskrimineringslagarna – En praktisk kommentar*. Fjärde upplagan. Stockholm.
- Gür, Thomas, 1998. *Positiv särbehandling är också diskriminering*. Stockholm.
- Hagsgård, Anders, 1996. *EG-rätten i nationell rättstillämpning*. Stockholm.
- Hydén, Håkan, 2001. *Rättsregler – En introduktion till juridiken*. Femte upplagan. Lund.
- Juntura, Maria, 1995. *Utredning om jämställdhet vid tjänste tillsättningar*. Jämställdhetskommitténs rapportserie, Uppsala universitet. Uppsala.
- JämO Ärendenummer 848/00, 2000. *Positiv särbehandling enligt Jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten*. (Hämtad 2006-02-05 från [www.jamombud.se/docs/JamOsstudieompositivsarbehandling.pdf](http://www.jamombud.se/docs/JamOsstudieompositivsarbehandling.pdf)).
- JämO:s rapportserie Nr 1 1993. *Positive action – Jämställdhetsarbetet inom EG*. Stockholm.
- Lehrberg, Bert, 2001. *Praktisk juridisk metod*. Fjärde upplagan. Uppsala.
- Lerwall, Lotta, 2001. *Könsdiskriminering En analys av nationell och internationell rätt*. Uppsala.
- LO säger nej till positiv särbehandling*. 2006 (Hämtad 2006-02-05 från [www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/02759D460B4B6C10C1256EBC003AD789](http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/02759D460B4B6C10C1256EBC003AD789)).
- Lundström, Karin, 1999. *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten*. Uppsala.
- Lundström, Mats, 1996. *Jämställdhet eller sexistisk rättvisa?* Stockholm.
- Numhauser-Henning, Ann, 2000. *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*. Lund.
- Numhauser-Henning, Ann, 2000. *Positiv särbehandling i förnyad belysning*, (hämtad den 2006-02-05 från [www.jur.lu.se/internet/lexlundensis/lexlundensis.nsf/8660938517a3a9f6c12567ec00388e3b/\\$FILE/LL1-2000.pdf](http://www.jur.lu.se/internet/lexlundensis/lexlundensis.nsf/8660938517a3a9f6c12567ec00388e3b/$FILE/LL1-2000.pdf)).
- Numhauser-Henning, Ann, 2000. *EG-domstolen om Tham-professur*. (Hämtad 2006-02-05 från [www.jur.lu.se/internet/lexlundensis/lexlundensis.nsf/test/97831D64DDDD271EC125692900640A0D](http://www.jur.lu.se/internet/lexlundensis/lexlundensis.nsf/test/97831D64DDDD271EC125692900640A0D)).
- Nyström, Birgitta, 2002. *EU och arbetsrätt*. Tredje upplagan. Stockholm.
- Schömer, Eva, 1999. *Konstruktion av genus i rätt och samhället*. Uppsala.
- Åsard, Erik, Runblom, Harald, 2000. *Positiv särbehandling i Sverige och USA*. Stockholm.

## Rättspraxis

AD 1981 nr 171

AD 1982 nr 139

### *EG-domstolen*

Mål C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen [1995] REG I-3051

Mål C-409/95 Hellmuth Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen [1997] REG I-6363

Mål C-158/97 Georg Badeck et al mot Hessischer Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] REG I-1875

Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Andersson mot Elisabet Fogelquist [2000] REG I-5539

Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande

Mål C-409/95 Generaladvokatens yttrande

Mål C-158/97 Generaladvokatens yttrande