



EKONOMI- HÖGSKOLAN

Positiv särbehandling i svensk rätt

Granskad i ljuset av EU-rätten

Erica Dahlskog & Mia Lindbäck

Kandidatuppsats i Arbetsrätt, HARH16, HT22

Handledare: Ann-Christine Hartzén

Antal ord: 10 131



Förkortningar	3
Sammanfattning	4
1. Inledning	5
1.1. Bakgrund	5
1.2. Syfte och frågeställningar	6
1.3. Metod och Material	6
1.3.1. Metodproblematik	9
1.4. Disposition	9
2. EU-rätt	10
2.1. Utveckling av likabehandling inom EU-rätten	10
2.2. Den fördragsreglerade positiva särbehandlingen	11
2.3. Direktiv rörande likabehandling	12
2.4. EU-domstolens perspektiv på positiv särbehandling	14
2.4.1. Kalanke-målet (C-450/93)	14
2.4.2. Marschall-målet (C-409/95)	15
2.4.3. Badeck-målet (C-158/97)	16
2.4.4. Abrahamsson-målet (C-407/98)	17
2.5. EU-rättens perspektiv på positiv särbehandling	18
3. Svensk rätt	21
3.1. Likabehandling reglerat i svensk rätt	21
3.2. Positiv särbehandling reglerat i svensk rätt	22
3.2.1. Diskrimineringslagens införlivande av positiv särbehandling	23
3.2.2. Aktiva åtgärder i relation till positiv särbehandling	24
3.2.3. Diskrimineringslagens ursprung	26
3.2.4. Utrymmet för positiv särbehandling i svensk rätt	26
3.2.5. Perspektiv på positiv särbehandling i svensk rätt	29
4. Sammanfattade slutsatser	31
Summary in English	33
Källförteckning	34

Förkortningar

EG - Europeiska Gemenskapen

EU - Europeiska Unionen

FEU - Fördraget om Europeiska Unionen

FEUF - Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt

Sammanfattning

Ett aktivt jämställdhetsarbete i Sverige är någonting som är ytterst aktuellt i samhället i stort idag, som har varit aktuellt tidigare och som är aktuellt fram till dess att jämställdhet är uppnått. I det samhälleliga jämställdhetsfrämjande arbetet innehar arbetsmarknaden en betydande roll för hur normstrukturen vad gäller exempelvis könsfördelning och därmed även hur maktbalansen könen emellan ser ut. Uppsatsen har utrett begreppet positiv särbehandling i både svensk rätt och inom EU-rätten. Frågeställningarna som uppsatsen behandlar lyder som följer; “Hur ska positiv särbehandling tillämpas enligt den reglering som är gällande i Sverige?” och “Hur förhåller sig svensk rätt till EU-rättslig reglering gällande positiv särbehandling?”. Positiv särbehandling är ett verktyg som är möjligt för arbetsgivare att använda i syfte att uppnå jämställdhet på arbetsplatsen. Förutsättningarna för att detta verktyg får användas är att det finns ett underrepresenterat kön som ska främjas samt att kandidaterna för tjänsten i fråga har lika eller likvärdiga meriter. Kön får således inte vara absolut avgörande. Stödet för användandet av positiv särbehandling i fråga om kön återfinns i såväl svensk lagstiftning som EU-rätt. Genom att bearbeta både gällande rätt och tidigare rätt inom EU och Sverige har det gått att utläsa att Sverige förhåller sig till EU-rätten gällande begreppet positiv särbehandling. Dock tolkar den svenska rätten begreppet inte lika extensivt som EU-rätten gör och Sverige tillämpar således verktyget med mer försiktighet än EU. Utredningen görs utifrån den rättsdogmatiska metoden med inslag från ett EU-perspektiv eftersom utredningen även behandlar hur unionsrätten tolkats och implementerats på nationsnivå i Sverige.

1. Inledning

1.1. Bakgrund

Uppsatsen kommer att behandla diskrimineringsundantaget positiv särbehandling genom att belysa hur implementeringen i svensk rätt ser ut genom ljuset av EU-rätten. Ämnet har valts ut med bakgrund av att positiv särbehandling är intressant att granska eftersom det ständigt ligger i tiden och är aktuellt. Positiv särbehandling används som ett verktyg i syfte av att uppnå jämställdhet.¹ Till följd av att jämställdhet ännu inte är uppnått, varken inom EU eller Sverige, blir medlet för att försöka uppnå detta därav ständigt aktuellt. Kvinnors historiska missgynnande i arbetslivet är bakgrunden till att positiv särbehandling har implementerats och fortsatt används.² Positiv särbehandling är dels reglerad på EU-nivå³ men även på nationell nivå⁴ där den nationella rätten är skyldig att förhålla sig till EU-rätten⁵ men hur detta görs är inte absolut vilket innebär att granskningen som uppsatsen kommer att innehålla blir intressant att utföra.

Den nationella rätten är som sagt tvungen att förhålla sig till EU-rätten med bakgrund av att Sverige gick med i Europeiska Unionen (dåvarande Europeiska Gemenskapen) 1995.⁶ I samband med anslutningen förbands den svenska rätten, som medlemsstat, att förhålla sig till den EU-rättsliga regleringen genom ett flertal olika artiklar. För det första har EU-rätten företrädare framför nationell rätt om direkt effekt föreligger hos en viss bestämmelse eller artikelsamling.⁷ Detta innebär att svensk rätt inte får strida mot EU-rätten.⁸ Gällande fördrag inom EU är FEU (*Fördraget om Europeiska Unionen*)⁹ och FEUF (*Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt*)¹⁰ vilka även utgör primärrätten inom EU.¹¹ Båda dessa fördrag är direkt tillämpliga i alla medlemsstater, likaså samtliga förordningar. Direktiv från EU är däremot inte direkt tillämpliga utan behöver införlivas i den nationella rätten.¹² I artikel 1 FEU framgår detta, att fördraget har direkt tillämpning och blir därmed bindande för alla

¹ Se Lerwall, Lotta (2001). *Könsdiskriminering - en analys av nationell och internationell rätt*. Uppsala: Iustus Förlag. s. 80.

² Se SOU 2006:22 s. 616.

³ Se artikel 157.4 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF). Se även Nyström, Birgitta (2021). *EU och arbetsrätten*. Sjätte upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. s. 204.

⁴ Se diskrimineringslagen 2 kap. 1 § (2008:567).

⁵ Se Lerwall (2001). s. 43. Se även Nyström (2021) s. 19.

⁶ Se Nyström (2021). s. 19.

⁷ Se Lerwall (2001). s. 43.

⁸ Se Nyström (2021). s. 41.

⁹ Se Nyström (2021). s. 26. för utvecklingen av betydelsen av förkortningen.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Se Nyström (2021). s. 34.

¹² Se Nyström (2021). s. 41.

medlemsstater.¹³ Detta innebär sedermera att om nationell lagstiftning strider mot EU-rättsliga bestämmelser är medlemsstaterna skyldiga till att ta bort den motstridiga bestämmelsen och istället införliva lagstiftning som samstämmer med EU-rätten.¹⁴ Med bakgrund av detta kommer positiv särbehandling i svensk rätt därigenom förhålla sig till hur det är reglerat i EU-rätten.

1.2. Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur den svenska lagstiftningen gällande positiv särbehandling förhåller sig till den EU-rättsliga regleringen och hur rättsunifikationen från Sveriges sida har sett ut. Uppsatsen kommer att belysa hur innebörden av positiv särbehandling har ändrats över tid och varför den gällande rätten ser ut som den gör idag. Gränsen mellan diskriminering och positiv särbehandling kommer också beaktas i uppsatsen utifrån likheter, skillnader och hur det ska tolkas. Syftet med detta är att belysa vilka faktorer som påverkar diskrimineringsundantaget. Med bakgrund av detta och tanken kring att klarlägga hur det är tänkt att positiv särbehandling ska förstås och därmed tillämpas i Sverige är frågeställningarna för uppsatsen som följer:

1. Hur kan positiv särbehandling tillämpas enligt den reglering som är gällande i Sverige?
2. Hur förhåller sig svensk rätt till EU-rättslig reglering gällande positiv särbehandling?

1.3. Metod och Material

Uppsatsen tar avstamp i gällande rätt inom Sverige och EU och utgår från hur den gällande rätten är utformad idag utifrån aspekter såsom tidigare lagstiftning. Det är därmed de lege lata som uppsatsen grundar sig i med användning av den rättsdogmatiska metoden för att bearbeta materialet.¹⁵ Utöver den rättsdogmatiska metoden används även EU-rättslig metod för att ta sig an det EU-rättsliga materialet. Den rättsdogmatiska metoden används för att behandla frågeställningarna i syfte att undersöka vilka parametrar som påverkar hur positiv särbehandling ser ut genom att i denna uppsats sätta det i relation till EU-rätten.¹⁶ Rättsdogmatiken utgår från att granska ämnet genom ordningen av rättskällor, såväl gällande

¹³ Se artikel 1 i Fördraget om Europeiska Unionen (FEU).

¹⁴ Se Lerwall (2001), s. 43.

¹⁵ Se Lehrberg, Bert (2021). *Praktisk juridisk metod*. Trettonde upplagan. Uppsala: Iusté, s. 203.

¹⁶ Se Lehrberg (2021), s. 203 f.

rätt som tidigare rätt.¹⁷ Med bakgrund av detta kommer frågeställningarna att efterforskas i diverse rättskällor. Detta eftersom helhetsbilden av dess innebörd och förståelse kring behovet av positiv särbehandling kan vidgas genom att även granska tidigare rätt som lade grunden för utvecklingen till gällande rätt.¹⁸

I denna uppsats kommer den svenska rätten tolkas i ljuset av EU-rätten vilken till följd av Sveriges inträde EU ligger till grund för många juridiska beslut som fattas i Sverige. Med bakgrund av att uppsatsen skrivs i ljuset av EU-rätten blir EU-rättslig metod således aktuell eftersom metoden tar hänsyn till hur EU-rätten tolkas och införlivas.¹⁹ Rättskällorna som används utgörs till stor del av EU-fördrag och svensk lagstiftning, där fördragen utgör primärrätt inom EU-rätten.²⁰ De officiella dokumenten inom den svenska respektive EU-rätten härrör från Sveriges Regering och Europeiska Unionen. Inom den EU-rättsliga regleringen har det gjorts ett val att inte inkludera samtliga historiska fördrag utan endast fokusera på dem som tillför specifikt till ämnet och uppsatsen. Vi har valt att avgränsa oss till Romfördraget (1958), Amsterdamfördraget (1999) och Lissabonfördraget (2009) eftersom de två tidigare varit tongivande för jämställdhetsarbetet inom EU och det senare då vi vill kunna jämföra gällande rätt i EU med svensk gällande rätt. Vad gäller svenska rättskällor så är de primärkällor som använts grundlag och lag. Regeringsformen (1974:152) är den grundlag som berörs i uppsatsen då denna möjliggör för lagstadga om positiv särbehandling i Sverige. Vidare behandlas också jämställdhetslagen (1991:433) för att ge ett historiskt perspektiv på positiv särbehandling i Sverige före medlemskapet i EU samt den idag gällande diskrimineringslagen (2008:567) då det är den som reglerar diskriminering i fråga om kön samt positiv särbehandling idag. Viktigt att belysa för kommande analys är de generella reglerna kring lagtolkning. Lex posterior derogat legi anteriori innebär att nyare lag tillämpas före äldre lag. En annan lagtolkning som uppsatsen kommer ta i beaktning är lex superior derogat legi inferiori som innebär att lag av högre dignitet går före lag av lägre dignitet.²¹

¹⁷ Se Papadopoulou, Frantzeska & Skarp, Björn (2017). *Juridikens nycklar - introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*. Första upplagan. Stockholm: Wolters Kluwer. s. 134.

¹⁸ Se Lehrberg (2021). s. 204.

¹⁹ Se Papadopoulou & Skarp (2017). s. 138.

²⁰ Se Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.) (2011). *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. s. 41.

²¹ Se Nilsson, Mattias (2011). *Juridiken: en introduktion till rättsvetenskapen*. Tredje upplagan. Stockholm: Jure. s. 56.

Innehållet utgörs också av EU-rättslig sekundärrätt genom direktiv.²² De EU-direktiv som använts är likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) samt dess ändringsdirektiv (2002//73/EG) men också Recastdirektivet (2006/54/EG) eftersom positiv särbehandling regleras i dessa. Vi har således valt att inte använda oss av andra direktiv som rör likabehandling av män och kvinnor i arbetslivet utifrån andra parametrar. Vidare innefattar uppsatsen ett antal förhandsavgörande från EU-domstolen. EU-målen som vi har valt är de mest omnämnda förhandsavgörande från EU-domstolen inom ämnet och även de som har varit mest tongivande, vilket är anledningen till att urvalet har blivit därefter. Dessa mål har även givit stor betydelse för positiv särbehandling som begrepp. Uppsatsen kommer inte att lyfta svenska rättsfall från Arbetsdomstolen. Anledningen till detta är att rättsfallen som rör positiv särbehandling inom svensk rätt inte baserar sig på gällande rätt vilket därmed inte anses fördjupa förståelsen för innebörden av den svenska rätten.

Utöver detta utgörs uppsatsens innehåll också av doktrin, det vill säga litteratur som behandlar ämnet genom exempelvis lagkommentarer. Doktrinens uppgift är att i samröre med tyngre rättskällor såsom lag och fördrag bidra till att nyansera bilden av ämnet eller skildra hur en bestämmelse fungerar i praktiken för att på så sätt kunna bidra till en vidare förståelse över dess funktion.²³ Valet av litteratur har gjorts med inspiration från tidigare uppsatsers källförteckning gällande positiv särbehandling för att på så sätt kunna få en uppfattning om vilken litteratur som varit givande till ämnet.²⁴ Utifrån den givna källförteckningen har vi valt ut den doktrin som har varit relevant för vår frågeställning om positiv särbehandling. Vidare har även annan doktrin använts i uppsatsen vilket framkommit genom sökning på LubCat med sökord som bland annat "positiv särbehandling", "likabehandling" och "diskriminering". Uppsatsen behandlar även litteratur som är utgiven före gällande rätts ikraftträdande, vilket är ett aktivt val som gjort. Den äldre litteraturen blir ändå relevant för uppsatsens utveckling eftersom uppsatsen blickar tillbaka på tidigare lagstiftning på positiv särbehandling för att kunna förstå gällande rätt och varför den är utformad som den är.

Vidare kommer uppsatsen utgöras av en kritisk granskning genom att analysera den svenska rättens tillämpning av positiv särbehandling utifrån den gällande EU-rättens perspektiv.

²² Se Hettne & Otken (red.) (2011). s. 42.

²³ Se Lehrberg (2021). s. 205.

²⁴ Se Gustavsson, Mikael (2010). *Positiv särbehandling och kvotering ur ett arbetsrättsligt perspektiv*. D-uppsats, rättsvetenskap. Luleås Tekniska Universitet. Se även Stagler, Ylva (2020). *Positiv särbehandling - En kritisk analys av Sveriges tolkning av positiv särbehandling i relation till EU-rätten*. C-uppsats, handelsrätt. Lunds Universitet.

Dessutom kommer uppsatsen ta ett historiskt perspektiv i beaktning både inom EU-rätten och rätten i Sverige. Detta för att få en djupare förståelse över hur den gällande rätten tillkommit i EU och Sverige genom att belysa hur den förändrats över tid i fördrag, direktiv och lag.

1.3.1. Metodproblematik

Viss problematik med metoden har även uppstått under uppsatsens gång. En problematisk aspekt med den EU-rättsliga metoden har varit fördragsnumreringar. Detta med bakgrunden av att fördragen har ersatt varandra och att numreringarna därmed har skiftat vilket lägger vikt vid att hålla isär numreringar i diverse fördrag för att det ska kunna bli rätt. För att undkomma detta problem har det skett en noga granskning av numreringar samt eftersyn av året för publicering av den litteratur som är använd, för att på så sätt översätta vilken numrering som är gällande. En annan aspekt som är problematisk med den EU-rättsliga metoden är språket. De EU-rättsliga dokumenten översätts till en mängd olika språk vilket kan leda till att begreppen får olika betydelser beroende på vilket språk det står på, vilket i sin tur kan leda till att tolkningen av diverse begrepp kan skilja sig åt.²⁵ Detta har bearbetats genom att inte endast utgå från EU:s officiella dokument utan även förstått dokumenten utifrån litteratur som behandlar dem.

1.4. Disposition

Uppsatsen inleds med en bakgrund av vilka konsekvenser Sveriges lagstiftning rent innehållsmässigt fick i och med inträdet i Europeiska Unionen. Följande kapitel behandlar EU-rätten genom de artikelsamlingar samt förhandsavgöranden som har gett betydelse för begreppet positiv särbehandling. Därefter kommer uppsatsen att behandla hur svensk rätt har förhållit sig till begreppet historiskt sett så väl som hur den gällande rätten är utformad. Kapitlet innefattar även analyserande reflektioner kring hur svensk rätt reglerar positiv särbehandling i ljuset av EU-rättslig reglering. Slutligen sammanfattas uppsatsens innehåll i det avslutande kapitlet och således återknyter kapitlet till frågeställningarna.

²⁵ Se Hettne & Otken (red.) (2011). s. 160 f.

2. EU-rätt

2.1. Utveckling av likabehandling inom EU-rätten

EU-rätten har olika syften beroende på område. Syftet avseende likabehandling inom EU-rätten är att skapa jämlikhet mellan könen genom att sudda ut könets betydelse i frågor.²⁶ Det förstås därmed att likabehandling inom EU-rätten återfinns i många olika kontexter. Primärrätten inom EU utgår från EU-stadgan, de allmänna principerna som är fastställda av EU-domstolen och EU-fördragen.²⁷ I EU:s stadga regleras jämställdhet genom artikel 23 som syftar till att unionen ska säkerställa jämställdhet mellan könen på alla områden.²⁸ Grunden till EU-rättens allmänna rättsprinciper vilar på principen om avskaffandet av könsdiskriminering och därmed också målet om likabehandling av alla människor inom EU.²⁹ I stora drag går de allmänna rättsprinciperna om likabehandling ut på att hämma diskriminering genom att tillåta att *“lika fall ska behandlas lika och olika fall olika”*.³⁰ De allmänna rättsprinciperna om likabehandling kan vara svåra att tillämpa då det inte alltid är uppenbart om två situationer är lika nog att klassas som jämbördiga eller inte.³¹

EU:s jämställdhetsarbete tar avstamp i det idag gällande Lissabonfördragets artikel 157 FEUF. Syftet med artikeln är att levnads- såväl som arbetsvillkoren för de som lever inom unionen ska förbättras både socialt och ekonomiskt genom ett aktivt jämställdhetsarbete.³² När Lissabonfördraget införlivades 2009 medförde det en ny konstitution för Europa vilket praktiskt taget innebar systematiska förändringar. Lissabonfördragets ikraftträdande ledde till att den Europeiska Gemenskapen (EG) fick ett nytt namn som idag är gällande, nämligen Europeiska Unionen (EU). Det tidigare EG-fördraget blev genom Lissabonfördraget FEUF. Det andra fördraget, EU-fördraget, benämns som FEU vilken är en samling av principiella och konstitutionella bestämmelser. I hierarkisk mening väger båda fördragen lika tungt.³³ Lissabonfördraget säkerställer jämställdhetsarbete och hur jämställdhet ska främjas genom en rad olika artiklar. Artikel 8 i FEUF belyser att de brister som uppdragas vad gäller jämställdhet mellan kvinnor och män inom EU aktivt ska åtgärdas genom att elimineras och istället

²⁶ Se Lundström, Karin (1999). *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys*. Diss Lund: Univ. s. 43.

²⁷ <<https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/glossary/european-union-eu-hierarchy-of-norms.html>> (Hämtad: 14 november 2022).

²⁸ Se Lerwall (2001). s. 180.

²⁹ Se Lerwall (2001). s. 56.

³⁰ Se Hettne & Otken (red.) (2011). s. 100.

³¹ Ibid.

³² Se Lerwall (2001). s. 57. Hänvisningen syftar till dåvarande 141 i fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen vilket i gällande rätt är artikel 157 i FEUF.

³³ Se Nyström (2021). s. 58.

främja jämställdheten.³⁴ Denna bestämmelse finns det spår av redan i Amsterdamfördragets artikel 3 vilken även den syftade till den så kallade mainstreaming-principen.³⁵ Artikel 2 i Amsterdamfördraget om strävan efter jämställdhet mellan män och kvinnor för medlemsstaterna³⁶ kan också kopplas till dagens Lissabonfördrag. Detta genom att artikel 10 FEUF uttrycker att all diskriminering utifrån diskrimineringsgrunderna EU-rätten har, ska bekämpas genom att unionens politik och verksamhet i största allmänhet ska formos utifrån en anti-diskriminerande utgångspunkt.³⁷ Behörigheten för Rådet och Europaparlamentet att anta direktiv som bland annat främjar jämställdheten på arbetsplatsen lyfts genom artikel 153 FEUF. Denna behörigheten är en förutsättning för att Rådet och Europaparlamentet ska kunna stifta direktiv i framtiden³⁸ och därmed kunna utveckla det fortsatta arbetet i strävan mot att uppnå jämställdhet.

2.2. Den fördragsreglerade positiva särbehandlingen

EU-fördragen har genom åren ändrats och utvecklats genom diverse nya fördrag. Gällande rätt är idag Lissabonfördraget, tidigare fördrag som funnits är bland andra Amsterdamfördraget (1999) och Romfördraget (1958).³⁹ Intressant är att Romfördraget, ett av de tidigare fördragen i historien, har varit tongivande för jämställdhetsarbetet inom EU sedan dess implementering då EU-rättens jämställdhetsarbete än idag tar avstamp i fördragets artikel 119, dagens artikel 157 FEUF, som nämnt ovan. Detta även om Amsterdamfördraget är det fördrag som utåt sett stärkt jämställdhetsarbetets roll i unionen.⁴⁰

Amsterdamfördraget har således varit tongivande för jämställdhetsarbetet i EU:s medlemsländer mycket genom att vara det fördrag som stärkte skyddet mot könsdiskriminering genom en bestämmelse som möjliggjorde positiv särbehandling inom unionen.⁴¹ Positiv särbehandling reglerades i artikel 119.4 i Amsterdamfördraget, vilken då införlivade ett underlättande för jämställdhetsarbetet på arbetsmarknaden. Det som möjliggjordes var att arbetsgivaren kunde ge dem av det kön som är underrepresenterat på

³⁴ Se Nyström (2021). s. 197.

³⁵ Se Lerwall (2001). s. 57.

³⁶ Se artikel 2 i Amsterdamfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem. Refereras vidare som Amsterdamfördraget.

³⁷ Se Nyström (2021). s. 197.

³⁸ Ibid.

³⁹ <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/founding-agreements_sv> (Hämtad: 23 november 2022).

⁴⁰ Se Lerwall (2001). s. 57.

⁴¹ Ibid.

arbetsplatsen förtur, till exempelvis en anställning, på grund av dess kön såvida det skedde i syfte att främja jämställdheten mellan kvinnor och män på arbetsplatsen. Principen om likabehandling inom den Europeiska Unionen fick sålunda inte lov att hindra medlemsstaterna att besluta om bestämmelser som syftade till att jämna ut klyftorna mellan kvinnor och män i arbetslivet.⁴² Amsterdamfördraget införlivade likabehandlingsdirektivets (76/207/EEG) formulering av artikel 2.4 i fördraget genom artikel 119.4, vilket var det som stärkte rollen och betydelsen av positiv särbehandling.⁴³ I det gällande Lissabonfördraget återfinns bestämmelsen om positiv särbehandling av kön i artikel 157.4 FEUF.⁴⁴ Artikel 157.4 fastställer, liksom artikel 119.4 i Amsterdamfördraget, att likabehandlingsprincipen inom EU inte får hindra dess medlemmar att stadga om eller bibehålla stadga som rör åtgärder som ska underlätta bedrivandet av arbete för det kön som är underrepresenterat. Detta så länge det syftar till att jämställdhet mellan könen ska kunna garanteras i arbetslivet.⁴⁵ Viktigt att ta i beaktning vid tolkning av artikel 157 FEUF är att den ska betraktas utifrån dess syfte och får därmed inte tolkas restriktivt.⁴⁶

2.3. Direktiv rörande likabehandling

Under 1970-talet antogs ett socialt åtgärdsprogram bland annat för att skapa full och bättre sysselsättning.⁴⁷ En nödvändighet för att detta skulle kunna genomföras var att skapa jämlikhet mellan könen i yrkeslivet. Det sociala åtgärdsprogrammet utmynnade i tre direktiv som samtliga verkar för likabehandling mellan män och kvinnor.⁴⁸ Ett av direktiven som införlivades genom det sociala åtgärdsprogrammet var *direktiv 76/207 om anställnings- och arbetsvillkor*.⁴⁹ Detta likabehandlingsdirektiv (76/207/EEG) berör likabehandling av män och kvinnor vad gäller möjlighet till anställning, befordran, yrkesutbildning och arbetsvillkor.⁵⁰ Det som genomsyrar direktivet är målet att män och kvinnor ska vara fria från diskriminering på grund av kön.⁵¹ Vidare syftar direktivet till likhet vad gäller möjligheter (*equality of opportunity*) beträffande tillgång till arbete och yrkesutbildning mellan män och kvinnor.⁵²

⁴² Se artikel 119.4 i Amsterdamfördraget.

⁴³ Se Glavå, Mats & Hansson, Mikael (2020). *Arbetsrätt*. Fjärde upplagan. Lund: Studentlitteratur. s. 296.

⁴⁴ Se artikel 157.4 i FEUF. Se även Nyström (2021). s. 204.

⁴⁵ Se artikel 157.4 i FEUF.

⁴⁶ Se Lerwall (2001). s. 57. Hänvisningen syftar till dåvarande 141 i fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen vilket i gällande rätt är artikel 157 i FEUF.

⁴⁷ Se Lundström (1999). s. 106.

⁴⁸ Se Lundström (1999). s. 107.

⁴⁹ Se Lundström (1999). s. 112.

⁵⁰ Se Lundström (1999). s. 59.

⁵¹ Se Lundström (1999). s. 116.

⁵² Se Lerwall (2001). s. 80 f.

Det är specifikt två artiklar i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) som blivit behandlade som tolkningsfrågor i förhandsavgöranden av EU-domstolen, dessa artiklar är 2.1 och 2.4.⁵³ I stora drag innebar artikel 2.1 ett generellt diskrimineringsförbud på grund av kön och artikel 2.4 innebar ett diskrimineringsundantag utifrån kön i syfte att främja jämställdheten mellan könen.⁵⁴

I början av 2000-talet ändrades likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) med bakgrund av bland annat kommissionens förslag och ekonomiska och sociala kommitténs yttranden vilket exempelvis medförde definitioner av direkt och indirekt diskriminering.⁵⁵ EU-rätten (dåvarande EG-rätten) hade ingen generell diskrimineringsdefinition, dock framgick det genom praxis att diskriminering förelåg när jämförbara situationer bedömdes olika genom att olika regler tillämpades på samma typ av situation alternativt att samma regler tillämpades på olika situationer.⁵⁶ Likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) korrigerades genom ändringsdirektivet (2002/73/EG) vilket förändrade bland annat artikel 2 genom att införa definitioner.⁵⁷ År 2006 omarbetades likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) ytterligare, återigen med bakgrund av kommissionens förslag samt ekonomiska och sociala kommitténs yttrande och dessutom med beaktning av dåvarande artikel 141.3 i fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen, även känt som Romfördraget.⁵⁸ Denna omarbetning och det nya direktivet heter *Recastdirektivet* (2006/54/EG) och är idag gällande rätt. Recastdirektivet (2006/54/EG) är en sammansättning av tidigare direktiv som behandlar frågor om likabehandling mellan män och kvinnor på olika plan och andra bestämmelser om likabehandling. Det var bland annat likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) tillsammans med de ändringar som medföljde i ändringsdirektivet (2002/73/EG) som kom att utgöra

⁵³ Se C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen, EU:C:1995:322. C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:1997:533. C-158/97 Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, EU:C:2000:163., och C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, EU:C:2000:367.

⁵⁴ Se artikel 2.1 och 2.4 i Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Refereras vidare som Likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG).

⁵⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Refereras vidare som Ändringsdirektivet (2002/73/EG).

⁵⁶ Se Lerwall (2001), s. 118.

⁵⁷ Se Ändringsdirektivet (2002/73/EG).

⁵⁸ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning). Refereras vidare som Recastdirektivet (2006/54/EG). Se även Nyström (2021), s. 24 som redogör för Romfördraget samt <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/sv/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>> (Hämtad: 21 november 2022) som redogör för att Romfördraget är även de fördrag som kallas för "fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen".

Recastdirektivet (2006/54/EG).⁵⁹ Recastdirektivet (2006/54/EG) verkar för principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet vilket görs genom att behandla frågor såsom tillträde till anställningsvillkor, företags- och yrkesbaserade system för social trygghet samt arbetsvillkor.⁶⁰ Recastdirektivet (2006/54/EG) tillåter genom sin tredje artikel att medlemsstaterna får stadga om åtgärder som är inom ramen för artikel 157.4 FEUF vilket således tillåter att positiv särbehandling får förekomma med målsättning om att uppnå full jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Positiv särbehandling tillåts således genom Recastdirektivet (2006/54/EG).⁶¹

2.4. EU-domstolens perspektiv på positiv särbehandling

Positiv särbehandling har genom åren behandlats av EU-domstolen och därigenom har innebörden av begreppet utvecklats. När positiv särbehandling för första gången behandlades i EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) valde domstolen däremot att bestrida förslaget som framlades om att ge en arbetssökande företräde på grund av sitt kön. Detta gjordes då det ansågs stå emot EU-rättens (dåvarande EG-rätten) diskrimineringsförbud. När EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) för andra gången skulle avgöra en tolkningsfråga i ett annat förhandsavgörande som berörde positiv särbehandling belystes de strukturella hinder som återfinns och som då sågs kunna ebbas ut om domstolen hade en mer tolerant syn på diskriminering och tillät särbehandling i syfte att främja jämställdheten.⁶² Några av de främsta förhandsavgörande som har varit tongivande för positiv särbehandling är Kalanke-målet (C-450/93), Marschall-målet (C-409/95), Badeck-målet (C-158/97) och Abrahamsson-målet (C-407/98), vilka kommer bli behandlade i uppsatsen. I samtliga mål är tolkningsfrågorna beträffande huruvida dåvarande artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) utgjorde hinder för den nationella lagstiftningen i fråga.⁶³

2.4.1. Kalanke-målet (C-450/93)

Ett av de första tongivande fallen inom EU-rätten (dåvarande EG-rätten) som berörde positiv särbehandling var Kalanke-målet (C-450/93). Målet handlade om en kvinnlig kandidat som

⁵⁹ Se Recastdirektivet (2006/54/EG).

⁶⁰ Se Nyström (2021). s. 199.

⁶¹ Se Nyström (2021). s. 200.

⁶² Se Lerwall (2001). s. 81.

⁶³ Se C-450/93 Kalanke EU:C:1995:322, C-409/95 Marschall EU:C:1997:533, C-158/97 Badeck EU:C:2000:163 och C-407/98 Abrahamsson EU:C:2000:367.

fått en befordran före en manlig kandidat. De sökande ansågs nationellt att ha likvärdiga meriter och att tjänsten därmed skulle erbjudas den kvinnliga sökande, något som den manliga kandidaten, Eckhard Kalanke, motsatte sig eftersom han ansåg sig ha bättre meriter. Kalanke menade följaktligen på att detta skulle vara ett kvoteringsystem som stod i strid med nationell lagstiftning, något som Tyskland menade på inte existerade. I målet kom EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) fram till att artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) utgjorde hinder för nationell lagstiftning gällande automatik för kvinnligt företräde när kvinnor är underrepresenterade vad gällde en befordran, även när kandidater hade likvärdiga meriter men av motsatt kön. EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) menade att underrepresentation förelåg om kvinnor utgjorde mindre än hälften av samtliga anställda i den aktuella kategorin inom organisationen.⁶⁴ Förhandsavgörandet gör det dessutom tydligt att artikel 2.4 i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) ska tolkas restriktivt. Automatiskt företräde för det underrepresenterade könet blir underkänt enligt förhandsavgörandet eftersom det står i strid med artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG).⁶⁵ Den tyska lagstiftningen underkändes därmed i EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) eftersom det ansågs strida mot likabehandlingsprincipen. Bakgrunden till underkännandet var att lagstiftningen ansågs vara definitiv och ovillkorlig. EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) gjorde även gällande att positiv särbehandling ska ge lika möjlighet men inte lika resultat.⁶⁶

2.4.2. Marschall-målet (C-409/95)

Nästa tongivande mål som rör positiv särbehandling var Marschall-målet (C-409/95). Marschall hade ansökt om befordran till en högre tjänst vid den skola han var anställd varpå tvist uppdagades mellan Marschall och Land Nordrhein-Westfalen. Den tyska förvaltningsdomstolen begärde en tolkning av EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) i fråga om likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) utgjorde hinder för att nationell lagstiftning angående att tillåta att det underrepresenterade könet skulle kunna få företräde till befordran om meriterna är likvärdiga med en annan kandidat av motsatt kön. EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) framhöll att likabehandlingsprincipen i artikel 2.1 i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) ska tolkas så att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt. Likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) skulle

⁶⁴ Se C-450/93 Kalanke EU:C:1995:322.

⁶⁵ Se SOU 2006:22. s. 618.

⁶⁶ Se Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard (2015). *Diskrimineringslagen: en kommentar*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. s. 220 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p DL).

därmed inte hindra åtgärder som främjade lika möjligheter för kvinnor och män.⁶⁷ Förhandsavgörandet av Marschall-målet fastställde att det krävdes en objektiv bedömning av meriterna för att fastställa om dem är lika eller likvärdiga. Detta för att inte ge det underrepresenterade könet företräde när meriterna inte visar sig vara lika eller likvärdiga.⁶⁸ Den objektiva bedömningen blir således en förutsättning för att kunna tillämpa positiv särbehandling med bakgrund av att det utan fastställandet inte kan tydliggöras att lika eller likvärdiga meriter föreligger och därigenom att det skulle kunna anses vara automatiskt och ovillkorligt. EU-domstolen godtog dock lagstiftningen i Tyskland i Marschall-målet eftersom den inte var automatisk. Till skillnad från Kalanke tolkade domstolen i det aktuella målet undantagsregeln i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) mer extensivt. Vidare i domslutet ändrar EU-domstolen resultatet av Kalanke-målet i den bemärkelse att domstolen gör det gällande att positiv särbehandling även är obehindrat i syfte om att uppnå lika resultat.⁶⁹

2.4.3. Badeck-målet (C-158/97)

Badeck-målet (C-158/97) grundar sig i ett tyskt system av offentliga tjänster som innebar att platser skulle avsättas för kvinnor om de utgjorde mindre än hälften, och huruvida det stred mot den konstitutionella principen gällande val av den bästa kandidaten. Tolkningsfrågorna gällde huruvida det var tillåtet att urvalsbeslut skulle falla till kvinnans fördel om kvinnor är underrepresenterade. Samt huruvida detta system var tillåtet i olika kontexter, bland annat i styrelser och kommittéer, vid universitet och fakulteter gällande utbildningsplatser och befordringsplaner där kvinnor automatiskt skulle ha företräde till ett visst antal tjänster.⁷⁰

EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) godkände detta system med bakgrund av att det fanns andra nationella lagbestämmelser som gjorde att systemet möjligen inte tillämpades.⁷¹ Mer specifikt fann EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) att artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektiv (76/207/EEG) inte utgjorde hinder för urvalsbeslut till kvinnans fördel vid likartade meriter där kvinnor är underrepresenterade. EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) gjorde det även gällande att likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) inte utgjorde hinder för kvinnliga sökande att vara garanterade en anställningsintervju i de fall där villkoren uppfylls för den aktuella tjänsten samt att de olikkönade kandidaterna har likvärdiga

⁶⁷ Se C-409/95 Marschall EU:C:1997:533.

⁶⁸ Se SOU 2006:22. s. 618.

⁶⁹ Se Fransson & Stüber (2015). s. 220 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p. DL).

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

meriter. Dock gäller detta endast i de sektorer där kvinnor är underrepresenterade. Slutligen dömde EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) att det inte utgjorde något hinder enligt direktivet att ha nationella bestämmelser angående att hälften av platser i styrelser etc. ska tilldelas kvinnor.⁷² Här särskiljs således positiv särbehandling i arbetslivet vid exempelvis anställning eller befordran och inkvotering i styrelser. Förmodligen särskiljs detta då direktivet som behandlas endast är tillämpligt i arbetslivet och därmed endast kan reglera hur utjämning av könsskillnader får gå till inom utrymmet för arbetslivet i vilken det förbjudit förutbestämd könsfördelning och därmed kvotering. EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) fastställde i målet att kön får lov att vara avgörande när det rör sig om likvärdiga meriter samt att en objektiv bedömning med personliga förhållanden i beaktning görs.⁷³

2.4.4. Abrahamsson-målet (C-407/98)

Abrahamsson-målet (C-407/98) handlade om huruvida svensk lagstiftning stred mot likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) när det gällde att kunna erbjuda en sökande av det underrepresenterade könet med tillräckliga kvalifikationer en statlig tjänst före motsatt kön som egentligen var mer meriterad och skulle erbjudits tjänsten. Samt huruvida svaret skiljer sig när det rör sig om begränsat antal tjänster, om de sökande har jämbördiga meriter eller beroende på vilken typ av nivå på tjänsten som det rör sig om.⁷⁴ Det rörde sig om en professorstjänst som utlystes vid Göteborgs Universitet. Det var åtta sökande kandidater där Leif Anderson till en början ansågs vara den mest meriterande följt av Georgia Destouni. I en annan omvärdering med hänsyn till andra faktorer hamnade Destouni först följt av Anderson. Valet av kandidat hamnade på Destouni men Destouni drog tillbaka sin ansökan och istället valde universitetet att erbjuda tjänsten till Elizabeth Fogelqvist. Fogelqvist var den tredje mest meriterade kandidaten efter Anderson. Universitetet ansåg att det fanns en skillnaden i meriter mellan Fogelqvist och Anderson men att den inte var så stor så att tillämpningen av positiv särbehandling stred med kravet på sakkunnighet. Katarina Abrahamsson, som stod som fjärde rankad bland kandidaterna, överklagade beslutet tillsammans med Anderson och menade på att beslutet bland annat stred mot praxis utifrån Kalanke-målet (C-450/93). Överklagandenämnden konstaterade att Anderson var mer meriterad än Fogelqvist. Däremot

⁷² Se C-158/97 Badeck EU:C:2000:163.

⁷³ Se Fransson & Stüber (2015). s. 220 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p. DL).

⁷⁴ Se C-407/98 Abrahamsson EU:C:2000:367.

fann de det oklart i huruvida bedömningen skulle ske och därav begärdes ett förhandsavgörande av EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen).⁷⁵

EU-domstolen underkände Abrahamsson-målet eftersom det slutligen handlade om att man valde det underrepresenterade könet endast på grund av kön samt att beslutet således inte stod i proportion till målet eftersom likabehandlingsdirektivets (76/207/EEG) artikel 2.1 och 2.4 och dåvarande artikel 141.4 i Romfördraget⁷⁶ utgjorde hinder för detta.⁷⁷ Det gjorde heller ingen objektiv bedömning av meriterna i målet⁷⁸, vilket således innebär att risken för automatiskt företräde förelåg. Innebörden blev att beslutet gav automatiskt företräde för det underrepresenterade könet och att kravet endast låg i att den sökande hade tillräckliga kvalifikationer som då inte stod i strid med kravet på saklighet.⁷⁹ Vidare gjorde EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) det gällande att likabehandlingsdirektivets (76/207/EEG) artikel 2.1 och 2.4 inte utgjorde hinder utifall meriterna mellan de medsökande är jämbördiga eller nästintill jämbördiga.⁸⁰

2.5. EU-rättens perspektiv på positiv särbehandling

Positiv särbehandling har förklarats av Kommissionens generaldirektorat, bland annat i rådets resolution “*on the promotion of equal opportunities for women*”, som ett verktyg som kompenserar för den diskriminering som tidigare förelegat men också för den som föreligger idag.⁸¹ Medlemsstaterna uppmanas genom rådets rekommendation (84/635/EEG) att införa positiv särbehandling. Rekommendationen är grundad med bakgrunden av att reglerna om likabehandling inte enskilt är tillräcklig för att främja kvinnor i arbetslivet efter det historiska missgynnande som föregått.⁸²

I tidigare nämnda förhandsavgörande har alltså EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) klarlagt att positiv särbehandling är tillåtet i de fall där det finns möjlighet att uppnå jämställdhet eller där jämställdhet mellan könen är målet.⁸³ Vidare har det även framkommit av EU-domstolen att det är otillåtet för en individ att få ett automatiskt företräde för en tjänst

⁷⁵ Se C-407/98 Abrahamsson EU:C:2000:367.

⁷⁶ Som idag återfinns i artikel 157.4 FEUF.

⁷⁷ Se SOU 2006:22. s. 620.

⁷⁸ Se SOU 2006:22. s. 621.

⁷⁹ Se SOU 2006:22. s. 620.

⁸⁰ Se C-407/98 Abrahamsson EU:C:2000:367.

⁸¹ Se Lerwall (2001). s. 80.

⁸² Se SOU 2006:22 s. 616.

⁸³ Se Fransson & Stüber (2015). s. 222 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p. DL).

med bakgrund att denna individ tillhör en underrepresenterad grupp. Således tillåter inte EU-domstolen att kvotering förekommer. Positiv särbehandling är däremot tillåtet om det otveksamt kan göras gällande att individen med företräde har likvärdiga meriter som nästkommande, vilket ska vara objektivt bedömt.⁸⁴ EU-domstolen gör genom detta begränsningar för möjligheterna, vilket ska förstås som åtgärder, för att kunna uppnå det resultat som är slutmålet för användandet av positiv särbehandling. Intressant att observera är även utvecklingen av förhandsavgöranden gällande möjligheter och resultat. Där EU-domstolen i Kalanke-målet (C-450/93) kom fram till att positiv särbehandling skulle syfta till lika möjligheter men att det senare i Marschall-målet (C-409/95) skiftade fokus till att uppnå lika resultat.

Det finns två olika sätt att se jämställdhet på; materiell och formell. EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) har kommit att belysa att målsättningen inom Europeiska Unionen är materiell jämställdhet.⁸⁵ Likabehandlingsprincipen eftersträvar både formell och materiell jämställdhet.⁸⁶ Om jämställdheten betraktas som formell kan det argumenteras för positiv särbehandling som ett undantag då den egentligen inskränker likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) och kan därmed tyckas strida mot den individuella rättighet unionsmedborgare har. Positiv särbehandling sett ur ett materiellt jämställdhetsperspektiv är inte ett undantag eftersom likabehandlingsprincipen bygger på att resultatet blir en jämställd union. Den positiva särbehandlingens utsträckning, det vill säga i vilken mån den tillåts inom unionen anses således avgöra huruvida Europeiska Unionen har ett formellt eller materiellt jämställdhetsmål.⁸⁷ Faktumet att EU-domstolen framhåller materiell jämställdhet som målsättning inom EU är intressant utifrån att materiell jämställdhet menar att positiv särbehandling inte går utanför ramen för likabehandlingsprincipen. Då positiv särbehandling beskrivs i EU-rätten som formell och därmed beskrivs som just ett undantag upplevs en motsättning i hur bestämmelser som rör dessa beskriver fenomenet och den instans som har i uppgift att rättsligt tolka bestämmelserna vid tvist. Det som uttrycks i artikel 157.4 FEUF är att diskrimineringsförbud inte får utgöra hinder för positiv särbehandling vilket inte kan direktöversättas till att det utgör undantag från förbudet utan förmedlar en mer materiell inställning till fenomenet. Samtidigt upplevs att det uttryckts på ett mer formellt sätt som undantag när det behandlas i

⁸⁴ Se Fransson & Stüber (2015). s. 223 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p. DL).

⁸⁵ Se Lerwall (2001). s. 81.

⁸⁶ Se Lerwall (2001). s. 80.

⁸⁷ Se Lerwall (2001). s. 82.

praktiken. Kommissionen tolkar likt EU-domstolen positiv särbehandling materiellt som ett verktyg för att utjämna könsskillnader och inte som ett undantag från likabehandlingsprincipen. Man beskriver det som ett sätt att ge det underrepresenterade könet lika möjlighet som det överrepresenterade könet att få en viss typ av jobb, viss befattning eller position som kan träda utanför hur normstrukturen vanligtvis är uppbyggd. Skillnaden i hur positiv särbehandling uttrycks i FEUF, hur EU beskriver sitt jämställdhetsmål och hur Kommissionen menar på att positiv särbehandling ska användas i fråga om brukandet av positiv särbehandling och tvist är intressant utifrån hur det kan påverka jämställdhetsarbetet i stort.

3. Svensk rätt

3.1. Likabehandling reglerat i svensk rätt

Förbud mot könsdiskriminering är grundlagsskyddat i Sverige i Regeringsformens 2 kap. 13 § vilken skyddar mot könsdiskriminerande normgivning och lyder; *“Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön, om inte föreskriften utgör ett led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.”* Lag (2010:1408).⁸⁸ Grunden till denna stadga återfinns i 1 kap. 2 § Regeringsformen genom likhetsprincipen vilken ska ligga till grund för vilket innehåll politiska beslut i Sverige får lov att ha. Likhetsprincipen redogör för alla människors lika värde, att detta ska respekteras och ta sig i uttryck genom frihet och värdighet hos befolkningen i Sverige.⁸⁹ Det är den offentliga maktens uppgift att utöva detta, vilket är anledningen till varför bestämmelsen återfinns i grundlag.⁹⁰ Likhetsprincipen i 1 kap. 2 § Regeringsformen bör inte tolkas restriktivt eftersom lika rättigheter könen emellan bör ses i ljuset av hur långt jämställdhetsarbetet kommit då detta är avgörande för hur lika rättigheter ska kunna uppnås.⁹¹ Detta kan exempelvis ses utifrån att det i grundlagen möjliggörs för åtgärder mot könsdiskriminering såsom positiv särbehandling i 2 kap. 13 § Regeringsformen.⁹² Genom grundlagsskyddet ges jämställdhet status av en statsrättslig norm som genom det ska betraktas som en grundläggande rättighet för den svenska befolkningen. Regeringsformen reglerar på så sätt att både könsdiskriminerande normgivning och rättstillämpning är förbjudet i det allmännas verksamhet.⁹³ Värt att reflektera över gällande Regeringsformen är att skyddet mot könsdiskriminerande normgivning som berörs i 2 kap. 13 § inte explicit definieras i lagtexten. Däremot kan en tolkning utifrån grundlagens utformning och stadgar ge en bild av hur det tar sig i uttryck och vad det innebär. Skyddet mot könsdiskriminerande normgivning kan däremot utläsas utifrån rätten till att positivt särbehandla finns stadgat i 2 kap. 2 § 2 p. diskrimineringslagen efter möjlighet utifrån bestämmelserna i 2 kap. 13 § Regeringsformen. Detta påvisar hur könsdiskriminerande normer hämmas genom att tillåta att en viss typ av “könsdiskriminering” av det överrepresenterade könet på arbetsplatsen i syfte att främja jämställdheten eftersom detta får arbetsgivaren att reflektera över rådande normstruktur. Därmed kan slutsatsen dras; att

⁸⁸ Se Regeringsformen 2 kap. 13 § (1947:152).

⁸⁹ Se Regeringsformen 1 kap. 2 § (1947:152).

⁹⁰ Se Lerwall (2001). s. 63.

⁹¹ Se Lerwall (2001). s. 64.

⁹² Se Regeringsformen 2 kap. 13 § (1947:152).

⁹³ Se Lerwall (2001). s. 64.

lagstiftningen i 2 kap. 13 § Regeringsformen tillåter genom sin utformning att lagstifta om positiv särbehandling i svensk rätt vilket i sin tur tillåter arbetsgivarens möjlighet till förändring genom att positiv särbehandling tillämpas i syfte att få bukt på könsskillnaderna i representationen på arbetsplatsen.

Sveriges målsättning i jämställdhetsarbetet är att ha en jämn fördelning av makt och inflytande mellan kvinnor och män. Detta uppnås inte endast genom lika representation på arbetsplatsen utan kräver också att det överrepresenterade könets normer upphör att dominera och prägla anställningsvillkor och arbetsmiljö på arbetsplatsen. Dessutom innefattas även möjligheten till att påverka utbildning, arbetsliv och samhället i stort inom jämställdhetsmålen, för att det ska kunna betraktas som uppnått.⁹⁴ Påståendet kring att lika representation inte i sig innebär ett normbrytande är viktigt att belysa utifrån ett jämställdhetsperspektiv. Likhetsprincipens funktion lyfts i Regeringsformens 1 kap. 2 § som en riktlinje för hur politiken i Sverige får och bör utformas jämställdhetsfrämjande vilket också påvisar hur ett normbrytande arbete görs genom principen. Lagregeln hindrar på så vis att svenska politiker, oberoende av ideologisk bakgrund, stadgar könsdiskriminerande vilket påverkar svensk syn på kön och jämställdhet. Genom ett främjande av lika rättigheter och möjligheter mellan könen och förbud mot könsdiskriminering bör resultatet bli att den som könsdiskriminerar betraktas som normbrytande. Om ramverket i Sverige bygger på att kvinnor och män är jämställda bör det därmed även medföra en syn på könets maktbalans som jämlik i slutändan. Alltså; genom att bryta ner ojämställda normstrukturer, exempelvis genom positiv särbehandling, i kombination med en stark likhetsprincip som genomsyrar de politiska besluten i Sverige bör man kunna dra slutsatsen att det i slutändan även kommer leda till en jämlik maktbalans och ett jämställt samhälle i stort.

3.2. Positiv särbehandling reglerat i svensk rätt

Positiv särbehandling har reglerats inom svensk rätt sedan början på 90-talet genom jämställdhetslagen (1991:433).⁹⁵ Redan på 70-talet fördes politiska diskussioner om lagstiftning i Sverige som skulle beröra jämställdheten mellan kvinnor och män.⁹⁶ Detta diskuterades bland annat i proposition 1979/80:56 i vilken föreslog att stadga om positiv

⁹⁴ Se Lerwall (2001), s. 83.

⁹⁵ Se jämställdhetslagen (1991:433).

⁹⁶ Se Regeringens proposition 1979/80:56: med förslag till lag om jämställdhet mellan män och kvinnor i arbetslivet.

särbehandling i den diskuterade lagstiftningen.⁹⁷ Efter Sveriges intåg i EU har rätten behövt utformas efter de direktiv som EU beslutat om dessförinnan, däribland likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG), men också kommande direktiv och direktivsändringar. Genom införandet av den nya diskrimineringslagen (2008:567) införlivades EU-direktiv såsom likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) ändrat genom 2002/73/EG) i sin helhet i svensk rätt.⁹⁸

3.2.1. Diskrimineringslagens införlivande av positiv särbehandling

Diskrimineringslagen som idag är gällande rätt blev efterträdaren till jämställdhetslagen och sex andra tidigare lagar som alla motarbetade olika diskrimineringsgrunder.⁹⁹ De sju föregående lagarnas diskrimineringsförbud korrelerar med de sju diskrimineringsgrunderna som idag återfinns i diskrimineringslagens 1 kap. 1 §.¹⁰⁰ Positiv särbehandling yttrar sig idag i svensk rätt som ett diskrimineringsundantag och regleras i 2 kap. 2 § 2 p. i diskrimineringslagen.¹⁰¹ Undantaget utgår från diskrimineringsgrunden kön och görs gällande för den som söker eller fullgör praktik eller den som är inhyrd som arbetskraft hos arbetsgivaren.¹⁰² Diskrimineringsgrunden kön framhålls i diskrimineringslagens 1 kap. 5 § 1 p. och skyddar i dess formulering endast kvinnor och män.¹⁰³ Lagens formulering innefattar därmed varken normbrytande könsidentiteter och könsuttryck eller tredje kön.¹⁰⁴ Kön framhålls som en av de diskrimineringsgrunder med starkast skydd i diskrimineringslagen.¹⁰⁵ Diskrimineringsundantaget för diskrimineringsgrunden kön, det vill säga positiv särbehandling uttrycks i lag som *“att förbudet inte hindrar åtgärder som är ett led i strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män och som avser annat än löne- och andra anställningsvillkor”*.¹⁰⁶ Denna formulering av positiv särbehandling i svensk rätt kan förstås att det härstammar från den EU-rättsliga regleringen. Följaktligen genom att lagtexten följer samma innebörd som anges i artikel 157.4 FEUF; att medlemsstaterna, det vill säga Sverige, inte får lov att hindras att vidta sådana åtgärder som främjar jämställdheten, vilket är

⁹⁷ Se Prop. 1979/80:56 s. 3.

⁹⁸ Se Regeringens proposition 2007/08:95: Ett starkare skydd mot diskriminering. s. 2.

⁹⁹ Se Glavå & Hansson (2020). s. 232.

¹⁰⁰ Se Glavå & Hansson (2020). s. 235. Se även diskrimineringslagen 1 kap. 1 § (2008:567).

¹⁰¹ Se diskrimineringslagen 2 kap. 2 § 2p (2008:567). Se även Swanstein, Filippa & Henrikz, Karin (2021). *Diskrimineringslagen - från princip till praktik*. Fjärde upplagan. Lund: Studentlitteratur. s. 75.

¹⁰² Se diskrimineringslagen 2 kap. 1 § (2008:567).

¹⁰³ Se diskrimineringslagen 1 kap. 5 § 1p (2008:567).

¹⁰⁴ Se Swanstein & Henrikz (2021). s. 69.

¹⁰⁵ Se Swanstein & Henrikz (2021). s. 70.

¹⁰⁶ Se diskrimineringslagen 2 kap. 2 § 2p (2008:567).

samma kontenta som innefattas i diskrimineringsundantaget i svensk rätt reglerat i 2 kap. 2 § 2p. diskrimineringslagen.

3.2.2. Aktiva åtgärder i relation till positiv särbehandling

Syftet med positiv särbehandling är enligt diskrimineringslagen att uppnå jämlikhet och jämställdhet genom att vidta aktiva åtgärder.¹⁰⁷ Kravet på ett aktivt jämställdhetsarbete liknar samma krav som fanns i jämställdhetslagen¹⁰⁸, det vill säga att det följer jämställdhetsplanen.¹⁰⁹ Aktiva åtgärder som reglerades i jämställdhetslagen skulle vidtas om det förelåg en ojämn könsfördelning på den specifika avdelningen eller arbetsplatsen.¹¹⁰ Samma reglering följer i dagens Diskrimineringslag, att det är arbetsgivarens ansvar att vidta sådana åtgärder och främja sökande av det underrepresenterade könet.¹¹¹ Dessa åtgärder ska vidtas i samtliga fall, om det inte föreligger särskilda skäl för att inte agera så.¹¹² Aktiva åtgärder och positiv särbehandling samspelar till hög grad med varandra på så vis att båda ska främja jämlikhet och jämställdhet. Det finns dock en skillnad mellan de olika, positiv särbehandling ska betraktas som en möjlighet för arbetsgivaren för att uppnå syftet medans aktiva åtgärder ska betraktas som en skyldighet för arbetsgivaren. Förarbetena till diskrimineringslagen menar dock på att dessa två ska ses som en helhet för att främja jämställdhet mellan män och kvinnor.¹¹³ Positiv särbehandling ska betraktas som en aktiv åtgärd, dock finns det fler aktiva åtgärder som kan tillämpas vilket gör att positiv särbehandling blir en del av de aktiva åtgärderna.¹¹⁴ Aktiva åtgärder ska således betraktas i svensk rätt som de åtgärder som EU-rätten möjliggör för genom artikel 157.4 FEUF och som härstammar från det förslag som införlivades i artikel 119.4 i Amsterdamfördraget vilket gav möjlighet för arbetsgivaren att premiera det underrepresenterade könet i syfte att främja jämställdheten. Den svenska rätten utnyttjar genom de aktiva åtgärderna och införlivandet av positiv särbehandling det som artikel 157.4 FEUF möjliggör genom att inte hindra sådana åtgärder som främjar jämställdheten mellan könen i arbetslivet.

¹⁰⁷ Se Fransson & Stüber (2015). s. 215 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p. DL).

¹⁰⁸ Se diskrimineringslagen 2 kap. 2 § 2 p (2008:567) .

¹⁰⁹ Se Göransson, Håkan & Karlsson, Anders (2006). *Diskrimineringslagarna - en praktisk kommentar*. Fjärde upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. s. 51.

¹¹⁰ Se Göransson & Karlsson (2006). s. 32. Se även 9 § Jämställdhetslagen (1991:433).

¹¹¹ Se diskrimineringslagen 3 kap. 7 § (2008:567).

¹¹² Se Glavå & Hansson (2020). s. 295. Se även Göransson & Karlsson (2006). s. 32. Se även diskrimineringslagen 2 kap. 2 § 2p (2008:567).

¹¹³ Se Fransson & Stüber (2015). s. 216. (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL)

¹¹⁴ Se SOU 2006:22 s. 627

Propositionen till diskrimineringslagen (prop. 2007/08:95) definierar positiv särbehandling som följande: “... *Med positiv särbehandling avses särskilda åtgärder: som innebär företräde, fördelar eller förmåner åt eftersatta eller underrepresenterade grupper, vars syfte är att uppnå reell jämställdhet eller jämlikhet i praktiken för personer i den gruppen, som är tillfälliga i den meningen att de tillämpas endast så länge det finns behov av dem, och vars tillämpning är en möjlighet och inte skyldighet.*”¹¹⁵ Diskrimineringslagen i sig framhåller inte positiv särbehandling som begrepp utan det ska förstås genom “...*främja jämställdhet mellan kvinnor och män...*”, som lagen istället uttrycker.¹¹⁶ Formuleringen i propositionen tar avstamp i förhandsavgörande från EU-domstolen samt föregående formuleringar i svensk lagstiftning.¹¹⁷ Avsikten med positiv särbehandling är att faktiskt kunna åstadkomma jämställdhet eller jämlikhet på arbetet genom att göra ett undantag från likabehandlingsprincipen.¹¹⁸ För att kunna uppnå jämställdhet genom positiv särbehandling får en underrepresenterad grupp på arbetsplatsen ges fördelar under förutsättning att det endast sker vid behov och i syfte att jämna ut könsklyftorna i arbetslivet.¹¹⁹ Det underrepresenterade könet avser den grupp som utgör mindre än 40% av arbetstagarna på arbetsplatsen.¹²⁰ Denna definition skiljer sig från EU-domstolens definition som har gjort det gällande att det är det kön som utgör mindre än hälften av arbetstagarna som ska betraktas som det underrepresenterade könet. Positiv särbehandling bör även förstås som en tillåten aktiv åtgärd enligt EU-rätten och likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) eftersom de aktiva åtgärder för att bekämpa diskriminering som tillåts inom EU enligt artikel 19 i FEU ska godkännas av rådet och Europaparlamentet. Propositionen författades efter Sveriges inträde i EU vilket tydliggörs genom att de svenska makthavarna refererar till EU-rätten i propositionen. Utifrån propositionens disposition tydliggörs Sveriges implementeringssträvan efter att lagstifta i förhållande till EU-rätten.

¹¹⁵ Se Prop. 2007/08:95 s. 166.

¹¹⁶ Se diskrimineringslagen 2 kap. 2 § 2 p (2008:567).

¹¹⁷ Se Prop. 2007/08:95 s. 165-166.

¹¹⁸ Se Hellborg, Sabina (2018). *Diskrimineringsansvar - En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*. Första upplagan. Uppsala: Iustus Förlag. s. 221.

¹¹⁹ Se Hellborg (2018). s. 221.

¹²⁰ Se Prop. 2007/08:95 s. 503. Se även Fransson & Stüber (2015). s. 214 & 216 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL). Se även Prop. 1978/79:175 s. 85.

3.2.3. Diskrimineringslagens ursprung

Definitionen av positiv särbehandling som reglerades i jämställdhetslagen överfördes enligt propositionen till diskrimineringslagen¹²¹, vilket tydliggör att propositionen till jämställdhetslagen blir väsentlig att förstå. Enligt den dåvarande jämställdhetslagen möjliggjordes det att anställa kvalificerade sökande av det underrepresenterade könet genom att exempelvis använda sig av riktad jobbannonsering, i syfte att uppnå jämställdhet på arbetsplatsen.¹²² Detta innebar att positiv särbehandling utifrån kön var rättsligt godtagbart i ett anställningsförfarande genom att könsdiskriminera det överrepresenterade könet på arbetsplatsen i syfte att få en mer jämn könsfördelning på arbetsplatsen. Beslutet om anställning av personen med det underrepresenterade könet fick dock inte endast grunda sig på kön utan de två toppkandidaterna för tjänsten behövde ha jämförbara meriter för att kunna anställa det underrepresenterade könet med rättslig grund. Dessutom skulle de krav och kvalifikationer som tjänsten krävde innehas av den som anställs. Samtidigt poängterades det att positiv särbehandling inte skulle misstas för kvotering. Detta eftersom det inte var en förutbestämd handling att anställa ett visst kön till en specifik tjänst utan att beslutet att anställa ex. en kvinna före en man var att det av en händelse var olikkönade toppkandidater för tjänsten med lika meriter.¹²³ Utifrån den redovisningen av jämställdhetslagen blir det tydligt att begreppet "likvärdiga meriter" återfinns inom svensk rätt även i jämställdhetslagen. Detta blir utifrån en EU-rättslig granskning viktigt att påpeka eftersom jämställdhetslagen trädde i kraft i svensk rätt innan Sverige gick med i EU. På så vis kan det antas att Sverige redan innan influerades av EU även fast de inte var rättsligt bundna till att göra det. Viktigt att förstå vad gäller positiv särbehandling idag är att en arbetsgivare inte är skyldig att tillämpa positiv särbehandling när behov finns och tillfälle ges utan det är en möjlighet för arbetsgivaren i sitt jämställdhetsarbete.¹²⁴

3.2.4. Utrymmet för positiv särbehandling i svensk rätt

Propositionen till diskrimineringslagen lyfter vidare i vilka situationer som positiv särbehandling ska ses som tillåtet och vilka som inte är det. Detta gör propositionen med bakgrund av de tidigare förhandsavgörande. Propositionen lyfter att positiv särbehandling tillåts när två kandidater har lika eller nästan lika meriter, om inte könet i fråga är automatiskt

¹²¹ Se Prop. 2007/08:95 s. 168.

¹²² Se Laurén, Reidunn & Lavén, Håkan (1992). *Nya jämställdhetslagen: Kommentar och handledning i jämställdhetsarbetet*. Första upplagan. Stockholm: Publica. s. 104. Se även Lerwall (2001). s. 83. Se även Göransson & Karlsson (2006). s. 32.

¹²³ Se Göransson & Karlsson (2006). s. 33.

¹²⁴ Se Hellborg (2018). s. 221.

och ovillkorligt avgörande utan en objektiv bedömning samt om den positiva särbehandlingen står i proportion till ändamålet. Positiv särbehandling är således inte tillåten om meriterna för kandidaterna skiljer sig åt.¹²⁵ Med bakgrund av det som tidigare presenterat kan man härav utläsa att propositionen tar avstamp i de förhandsavgöranden som tidigare presenterats. Fransson och Stüber anser att Sveriges tillämpning av "lika eller nästan lika meriter" som framkommer i propositionen till diskrimineringslagen är en restriktiv tolkning av EU-domstolens förhandsavgöranden.¹²⁶ Den objektiva bedömningen som propositionen menar krävs för en tillåten positiv särbehandling är att meriterna ska granskas för att kunna konstateras att de har varit lika eller likvärdiga, vilket i sin tur betyder att den positiva särbehandlingen är i enlighet med bestämmelserna.¹²⁷ Därmed är det förbjudet att stadga om situationer där positiv särbehandling alltid ska förekomma och där utrymmet för undantag för den enskilda sökandes personliga förhållanden inte möjliggörs. Härigenom tydliggörs därmed också att trots att det är tillåtet att lagstifta om könsfrämjande åtgärder i största allmänhet så får det inte stadgas kring fördel för ett visst kön i alla situationer.¹²⁸ Kvotering är därigenom inte tillåtet till följd av att kandidaten i de fall endast premieras på grund av kön, vilket då skulle innebära att det finns en automatik som inte är tillåten.¹²⁹ Detta är ur ett EU-rättsligt perspektiv intressant att granska eftersom det genom Kalanke-målet (C-450-93) gjordes förbjudet att ge automatiskt företräde för det underrepresenterade könet. Dock gjordes en annorlunda bedömning i Badeck-målet (C-158/97) där EU-domstolen inte underkände den dåvarande tyska lagstiftningens system som gav kvinnor, det underrepresenterade könet, automatiskt företräde till ett visst antal tjänster under förutsättningen att kvinnan hade likvärdiga meriter. Det blir således tydligt att kravet på likvärdiga meriter väger tungt. Utan kravet på likvärdiga meriter hade den tyska lagstiftningen inneburit att kvotering var tillåtet. Slutsatsen utifrån detta blir därmed att likvärdiga meriter således är det som skiljer kvotering från positiv särbehandling. Kravet på proportionalitet syftar till och strävar för att nå jämställdhet genom att det måste vara i proportion till ändamålet.¹³⁰ En faktiskt effekt på jämställdhetsarbetet måste således föreligga för att positiv särbehandling ska vara tillåten.¹³¹

¹²⁵ Se Prop.2007/08:95 s. 166 f.

¹²⁶ Se Fransson & Stüber (2015). s .223 (kommentaren till 2 kap. 2§ 2p. DL).

¹²⁷ Se Prop. 2007/08:95 s. 167.

¹²⁸ Se Hellborg (2018). s. 228.

¹²⁹ Se Prop. 2007/08:95 s. 167.

¹³⁰ Se Hellborg (2018). s. 229.

¹³¹ Se Hellborg (2018). s. 230.

Propositionen menar som tidigare nämnt på att den positiva särbehandlingen även måste stå i proportion till ändamålet för att den ska vara tillåten.¹³² Med detta menas att det inte får användas mer åtgärder än det som behövs för att uppnå målet om jämställdhet och därav att positiv särbehandling ska användas med försiktighet. Den proportionalitetsprövning som genom detta måste genomföras ska grunda sig på att det finns ett berättigat syfte samt att de åtgärder som tillämpas för att åstadkomma syftet måste vara både lämpliga och nödvändiga.¹³³ Åtgärderna för arbetet kring positiv särbehandling ska alltså betraktas som tillfälliga tills dess att syftet, jämlikhet och jämställdhet, är uppnådd.¹³⁴ Diskrimineringsgrunden kön utgör i sig syftet med tillämpning av positiv särbehandling och utgör därmed även det berättigade syfte att genomföra det.¹³⁵ Tillåten positiv särbehandling måste som sagt stå i proportionalitet till syftet genom att vara berättigat samt vara lämpligt och behövligt.¹³⁶ En avvägning som måste tas i beaktning är hur pass omfattande underrepresentationen av könet är. Ju mer underrepresenterat könet är desto mer självklart blir det att positiv särbehandling kan tänkas tillämpas.¹³⁷ Detta kan återknytas till det som tidigare behandlades gällande att bryta den könsdiskriminerande normen. För ju mer underrepresenterat ett kön är på en arbetsplats desto mer djupgående könsdiskriminerande normstruktur kan finnas på arbetsplatsen som då kan tänkas brytas genom att positiv särbehandling tillämpas. Om könsfördelningen inte skiljer sig särskilt mycket åt blir det desto motigare att tillämpa positiv särbehandling.¹³⁸ Viktigt att poängtera är att propositionen till diskrimineringslagen framhåller att utrymmet för positiv särbehandling är litet och ska tillämpas restriktivt.¹³⁹ Utrymmet för positiv särbehandling är vare sig mer eller mindre begränsad för en statlig arbetsgivare än någon annan arbetsgivare.¹⁴⁰ Som tidigare nämnt anser Fransson och Stüber att Sveriges tolkning gällande utrymmet för positiv särbehandling är restriktiv utifrån hur det är reglerat på EU-nivå. Med bakgrund av att artikel 157 i FEUF ska tolkas extensivt blir denna tillämpning intressant. Vidare har det dock i Kalanke-målet (C-450/93) poängterats att dåvarande artikel 2.4 ska tolkas restriktivt. Denna artikel belyste det som idag regleras i artikel 157.4 FEUF. Genom detta blir utvecklingen av positiv särbehandling tydlig inom EU-rätten och hur äldre rätt har utvecklats till gällande rätt och

¹³² Se Prop. 2007/08:95 s. 166 f. Se även Fransson & Stüber (2015) s. 223 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

¹³³ Se Prop. 2007/08:95 s. 168.

¹³⁴ Se Fransson & Stüber (2015) s. 215 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

¹³⁵ Se Hellborg (2018) s. 221.

¹³⁶ Se Fransson & Stüber (2015) s. 217 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

¹³⁷ Se Prop. 2007/08:95 s. 168.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Se Fransson & Stüber (2015) s. 217 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL). Med hänvisning till Prop. 2007/08:95 s.219.

¹⁴⁰ Se Fransson & Stüber (2015) s. 223 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

därigenom hur utrymmet har utvecklats från att det ska tolkas restriktivt till att det ska tolkas mer extensivt.

3.2.5. Perspektiv på positiv särbehandling i svensk rätt

Den positiva särbehandlingen kan ses som undantagsregler både till likabehandlingsprincipen och diskrimineringsförbuden.¹⁴¹ Utifrån denna ståndpunkt finns det olika synsätt kring hur positiv särbehandling betraktas. Fransson och Stüber benämner positiv särbehandling som att det kan ha två olika betydelser, dels för att sträva efter lika möjligheter men även för att ge lika resultat. Lika möjligheter betyder att det underrepresenterade könet motiveras till att söka en viss anställning och därigenom främja möjligheten.¹⁴² Detta speglas ur perspektiv från Kalanke-målet (C-450/93) som framför att positiv särbehandling ska ge upphov till lika möjlighet men inte lika resultat, något som Marschall-målet (C-409/95) inte överensstämmer med i kontentan av det specifika målet. Marschall-målet gör det istället gällande att lika resultat ska vara obehindrat vid användandet av positiv särbehandling. Genom lika resultat handlar positiv särbehandling snarare om att kompensera, och där benämns kvotering i samband med anställning. Kompensationen syftar här till den historiska diskrimineringen som missgynnat kvinnor.¹⁴³ Kompensationen kan å ena sidan betraktas som nära besläktat med kvotering i den bemärkelse att kompensationen isåfall innefattar automatik. Detta har tidigare nämnts som otillåtet inom den svenska rätten. Å andra sidan har betydelsen av kompensation också uttalats av EU genom rådets resolution "*On the promotion of equal opportunities for women*" vilken beskrivit det som ett verktyg för att just kunna kompensera för den diskriminering som tidigare förelegat. Med anledning av rådets resolution där kompensation uttrycks som ett verktyg i syfte att kunna säkerställa ett försök till ändring av det sedan långt tillbaka historiska inslag av missgynnande för kvinnor, ska positiv särbehandling förslagsvis betraktas som en del av kompensation för missgynnandet som rådde och råder.

Lika möjlighet och lika resultat benämns ibland också som svag respektive stark positiv särbehandling. Anledningen till att särskilja det på detta sätt görs ofta med anledning av vad som är ett undantag från likabehandlingsprincipen och vad som strider mot diskrimineringsförbudet.¹⁴⁴ Likabehandlingsprincipen blir således något inskränkt genom

¹⁴¹ Se Fransson & Stüber (2015). s. 214 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

¹⁴² Se Fransson & Stüber (2015). s. 215 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

tillåtandet av att positiv särbehandling får tillämpas i arbetslivet. Däremot kan graden av inskränkning avgöras genom att särskilja stark och svag positiv särbehandling. Vid tillämpning av positiv särbehandling trots att personen i fråga har sämre meriter än en kandidat av annat kön menas att en stark positiv särbehandling tillämpas¹⁴⁵, det vill säga en otillåten positiv särbehandling inom svensk rätt. Om den något mer vanliga tillämpningen vid händelse av likartade eller lika meriter genomförs sägs istället att svag positiv särbehandling har förelegat.¹⁴⁶ Det kan därmed göras gällande att en tillåten positiv särbehandling är en så kallad svag positiv särbehandling. Kopplingen kan även dras till att lika möjligheter främjar den formella jämställdheten medan lika resultat istället främjar den materiella jämställdheten. Som tidigare nämnt eftersträvar EU materiell jämställdhet med fokus på resultat, att det ska vara jämställt. Diskrimineringslagen vidhåller samma syfte att målet är att uppnå jämlikhet och jämställdhet vilket gör att Sverige och EU:s mål korrelerar. Med bakgrund av att de aktiva åtgärderna främjar möjligheterna till att nå resultatet påvisar det att båda delar kan anses vara lika viktiga för att kunna nå slutmålet; jämställdhet mellan könen i arbetslivet.

Positiv särbehandling kan till utseendet se ut till att påverka en grupp, det underrepresenterade könet, men kommer i praktiken faktiskt påverka individen. Den individuella påverkan infaller för den sökande som åsidosätts för att ge plats för den individ av det underrepresenterade könet som lyfts fram genom den positiva särbehandlingen.¹⁴⁷ Denna beskrivning av vilken påverkan positiv särbehandling har på individen är intressant utifrån att positiv särbehandling uttrycks som ett skydd mot könsdiskriminerande normgivning i 2 kap. 16 § Regeringsformen. Grunden till varför beskrivningarna skiljer sig åt ligger i var fokus ligger. Fransson och Stübers perspektiv belyser den arbetssökanden som är av det på arbetsplatsen dominerande könet som personligen får ta konsekvenserna av könsstrukturen som råder på arbetsplatsen då de personer som är av de överrepresenterade könet som jobbar där inte påverkas. Det är således så påverkan av positiv särbehandling på individnivå framgår. Regeringsformen tar istället ett samhällsperspektiv på fenomenet där den stora massan gynnas av att könsstrukturer bryts för att få en mer jämn både köns och maktfördelning på arbetsmarknaden i stort även om det i praktiken innebär att en individ i stunden får "ta smällen" för att bryta en ojämn könsfördelning.

¹⁴⁵ Se Hellborg (2018). s. 226.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Se Fransson & Stüber (2015). s. 214 (kommentar till 2 kap. 2 § 2 p. DL).

4. Sammanfattade slutsatser

Sammanfattningsvis ska positiv särbehandling betraktas som ett medel i syfte att stabilisera jämställdheten i arbetslivet genom kompensation för historiskt skev könsfördelning. I svensk rätt kan detta återkopplas till Regeringsformens grundläggande likhetsprincip och att denna stadga inte ska tolkas restriktivt. Samt den möjlighet för lagstadgade jämställdhetsåtgärder som lyfts i 2 kap. 13 § Regeringsformen vilket i sin tur möjliggjort för implementeringen av verktyget positiv särbehandling i 2 kap. 2 § 2p. diskrimineringslagen. Vikten av likhetsprincipen bör alltså belysas och det verktyg som positiv särbehandling utgör som tillsammans samspelar med varandra i den mån att båda strävar för att uppnå jämställdhet.

Med bakgrund av att positiv särbehandling kompenserar för historisk könsdiskriminering samt att likhetsprincipen reglerar hur de politiska besluten i Sverige ska vara jämställdhetsfrämjande, möjliggörs en normförändring vad gäller representationen könen emellan. Följaktligen blir det även väsentligt att påpeka konsekvensen av användandet av positiv särbehandling. När det underrepresenterade könet blir positivt särbehandlat innebär det att det icke-positivt särbehandlade könet, det vill säga det överrepresenterade könet, blir diskriminerat med anledning av sitt kön. Positiv särbehandling som undantag gör sig genom detta förstått som ett problematiskt undantag där det blir viktigt att balansera rätt för att kunna tillämpa det. I händelse av att det skulle tillämpas fel överskrids gränsen snarare till kvotering, det vill säga att könet i fråga blir avgörande och diskriminering föreligger. Positiv särbehandling och kvotering kan på detta sätt även förstås genom termerna svag och stark positiv särbehandling. Termerna visar på att det handlar om en fin balans mellan vad som är tillåten respektive otillåten särbehandling. Det som utgör skillnaden mellan begreppen är huruvida det förekommer lika eller likvärdiga meriter mellan kandidaterna. Utan kravet på likvärdiga meriter i tillämpningen av positiv särbehandling förstås det istället som kvotering vilket som sagt är otillåtet både inom EU-rätten och inom svensk rätt. Likvärdiga meriter är följaktligen det som gör positiv särbehandling till ett berättigat undantag och inte diskriminering. Med hänsyn till det problematiska undantaget ska åtgärden användas med försiktighet i Sverige och således endast användas som en möjlighet för arbetsgivaren. Sammantaget besvarar detta hur positiv särbehandling ska tillämpas i Sverige på ett korrekt sätt, vilket svarar till uppsatsens första frågeställningen.

Uppsatsen har även belyst det jämställdhetsfrämjande arbete som förs inom EU samt att positiv särbehandling på EU-nivå även strävar mot EU-stadgans 23:e artikel som syftar till att uppnå jämställdhet mellan könen. Således utgör positiv särbehandling ett medel för att kunna uppnå målen i EUs primärrätt, vilket specificeras genom eliminering av brister i jämställdheten och att positiv särbehandling ska förstås som en aktiv åtgärd. Vidare har även utrymmet för positiv särbehandling utvecklats i EU-rätten genom den restriktiva tolkningen i Kalanke-målet (C-450/93) vidare i den mer extensiva tolkningen av artikel 157.4 FEUF. Med anledning av *lex posterior derogat legi anteriori* har det senare företräde vilket påvisar att EU-rätten idag tolkar artikel 157 FEUF extensivt. Positiv särbehandling i svensk rätt förhåller sig därigenom oförenlig med EU-rätten vad gäller utrymmet för användningen av verktyget, eftersom propositionen till diskrimineringslagen uttrycker explicit att diskrimineringsundantaget är litet och ska tillämpas restriktivt. Dessutom är den svenska rätten inte helt överensstämmande med EU-rätten vad gäller definitionen av vad ett underrepresenterat kön är, där Sverige definierar det till under 40% av arbetstagarna medan EU-rätten definierar det till under 50% av arbetstagarna. I övrigt förhåller sig den svenska rätten av positiv särbehandling i enlighet med EU-rätten. Det vill säga att den svenska rätten och EU-rätten i fråga om innebörd och hur det i övrigt ska tillämpas samstämmer. Detta tydliggörs i svensk rätt genom förarbetena som påvisar att svensk rätt tagit EU-rätten i beaktning vid implementering av positiv särbehandling. Avslutningsvis besvaras sålunda den andra frågeställningen att svensk rätt är förenlig med EU-rätten men förhåller sig restriktivt. Detta skulle kunna vara för att försvåra möjligheten av att tillämpa verktyget fel inom den svenska rätten.

Summary in English

Sweden's work towards gender equality is current on a social level and will continue to be current until the genders are as it says; equal. The promotion of gender equality work is important to the “standard structure” (normstruktur) which is an underlying source to the distribution in the terms of gender (könsfördelning) which also affects the balance of power between the genders on the labour market. This essay will straighten out the term “affirmative action” (positiv särbehandling). The question formulation of this essay reads “How should affirmative action be imposed within Swedish law?” and “How does Swedish law relate towards EU law regarding affirmative action?”. This is a tool that is available to use on the labour market for the purpose of promoting gender equality. This instrument is regulated on a national level in Sweden as well as European level. The conditions in order to be able to use this instrument on both levels are that there is an underrepresented sex and that the candidates for the specific post have “comparable qualifications” (likvärdiga meriter). By reviewing the concept of affirmative action in the light of EU law it is shown that Sweden relates restrictively to the EU. Sweden uses the instrument with more caution.

Källförteckning

Offentligt tryck EU:

Amsterdamfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning).

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Rådets rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor.

Offentliga tryck Sverige:

Regeringens proposition 1978/79:175.

Regeringens proposition 2007/08:95.

SOU 2006:22. Del 1.

Rättsfallsförteckning EU:

C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen, EU:C:1995:322.

C-158/97 Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, EU:C:2000:163.

C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:1997:533.

C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, EU:C:2000:367.

Litteratur:

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard (2015). *Diskrimineringslagen: en kommentar*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael (2020). *Arbetsrätt*. Fjärde upplagan. Lund: Studentlitteratur.

Göransson, Håkan & Karlsson, Anders (2006). *Diskrimineringslagarna - en praktisk kommentar*. Fjärde upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.

Hellborg, Sabina (2018). *Diskrimineringsansvar - En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*. Första upplagan. Uppsala: Iustus Förlag.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.) (2011). *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.

Laurén, Reidunn & Lavén, Håkan (1992). *Nya jämställdhetslagen: Kommentar och handledning i jämställdhetsarbetet*. Första upplagan. Stockholm: Publica.

Lehrberg, Bert (2021). *Praktisk juridisk metod*. Trettonde upplagan. Uppsala: Iusté.

Lerwall, Lotta (2001). *Könsdiskriminering - en analys av nationell och internationell rätt*. Uppsala: Iustus Förlag.

Lundström, Karin (1999). *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys*. Diss Lund: Univ.

Nilsson, Mattias (2011). *Juridiken: en introduktion till rättsvetenskapen*. Tredje upplagan. Stockholm: Jure.

Nyström, Birgitta (2021). *EU och arbetsrätten*. Sjätte upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.

Swanstein, Filippa & Henrikz, Karin (2021). *Diskrimineringslagen - från princip till praktik*. Fjärde upplagan. Lund: Studentlitteratur.

Papadopoulou, Frantzeska & Skarp, Björn (2017). *Juridikens nycklar - introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*. Första upplagan. Stockholm: Wolters Kluwer.

Internetkällor:

EUR-Lex. *Europeiska unionens (EU:s) normhierarki*.
<<https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/glossary/european-union-eu-hierarchy-of-norms.html>> (Hämtad: 14 november 2022).

Europaparlamentet. *Romfördraget*.
<<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/sv/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>> (Hämtad: 21 november 2022).

Europeiska Unionen. *EU-fördragen*.
<https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/founding-agreements_sv> (Hämtad: 23 november 2022).

Övriga källor:

Gustavsson, Mikael (2010). *Positiv särbehandling och kvotering ur ett arbetsrättsligt perspektiv*. D-uppsats, rättsvetenskap. Luleås Tekniska Universitet.

Stagler, Ylva (2020). *Positiv särbehandling - En kritisk analys av Sveriges tolkning av positiv särbehandling i relation till EU-rätten*. C-uppsats, handelsrätt. Lunds Universitet.