

LOTTA LERWALL, Könnsdiskriminering — En analys av nationell och internationell rätt, Akademisk avhandling, Iustus förlag, 2001, 471 s.

1. Avhandlingens inriktning och innehåll

Lotta Lerwall lade den 28 september 2001 fram sin avhandling "Könnsdiskriminering — En analys av nationell och internationell rätt". Undertecknad var opponent.

Avhandlingen behandlar könnsdiskriminering inom arbetsliv och utbildning. Huvudsyftet med avhandlingen är att analysera under vilka förutsättningar ett handlande står i strid med förbudet mot könnsdiskriminering. Ett annat syfte är att analysera begreppsbyggnaden och rekommendera hur förekommande begrepp skall användas i syfte att underlätta tankeutbytet kring rättsliga frågor på området. Vidare vill Lotta Lerwall utvärdera nu gällande rätt i förhållande till dess förmåga att bidra till verklig jämställdhet mellan könen.

Till dessa tre syften — att analysera gällande rätt, att klargöra begreppsbyggnaden, samt, i någon mån, att utvärdera regleringen — knyter Lotta Lerwall ytterligare en angreppsvinkel. Avhandlingen innehåller en analys av regleringen av könnsdiskriminering i nationell och internationell rätt, dvs. EG-rätt och olika folkrättsliga instrument. I denna del jämförs likheter och skillnader mellan de olika regleringarna. En särskild fråga är om Sverige lever upp till sina internationella åtaganden. Det sagda hindrar inte att svensk rätt bildar utgångspunkten för undersökningen. Lotta Lerwall uppfattar sin avhandling som ett inlägg i den svenska debatten om gällande rätt (s. 33).

Kapitel 2 innehåller en presentation av de olika rättsakter som behandlar könnsdiskriminering. Skydd mot könnsdiskriminering be-

handlas i en lång rad folkrättsliga dokument såsom FN-stadgan, den universella förklaringen om de mänskliga rättigheterna, konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, konventionen om de sociala och kulturella rättigheterna, olika ILO-konventioner, Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och Europarådets sociala stadga. Förutom i folkrättsliga dokument finner man regler om skydd mot könnsdiskriminering i EG-rätten och i nationell svensk rätt. Vidare innehåller kapitlet en kortfattad beskrivning av förhållandet mellan, å ena sidan, folkrätt och EG-rätt och, å andra sidan, svensk rätt. Framställningen har här en orienterande karaktär.

I *kapitel 3* analyseras begreppen "equality", jämlikhet och jämställdhet, samt undergrupper till dessa begrepp. Framställningen är redig och klargörande. Analysen mynnar ut i diskussion om vad som är målet med regleringen i folkrätten, EG-rätten respektive den svenska jämställdhetslagen. Den huvudsakliga frågan är om målet med reglerna är *formell jämställdhet* eller *materiell jämställdhet*. Formell jämställdhet används som beteckning för regler enligt vilka alla har lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter. Vid en formell jämställdhet är i princip all särbehandling på grund av kön förbjuden, även sådan som syftar till att åstadkomma t.ex. en jämn könsfördelning på en arbetsplats (positiv särbehandling). Begreppet materiell jämställdhet syftar inte på likhet i behandling utan på likhet i resultat. Lotta Lerwalls slutsats är att materiell jämställdhet är målsättningen för såväl de nationella, EG-

rättsliga som de folkrättsliga reglerna.

Från och med kapitel 4 ger sig Lotta Lerwall i kast med innebörden av förbuden mot könsdiskriminering. De grundläggande förutsättningarna för att könsdiskriminering skall föreligga är enligt Lotta Lerwall att någon utsätts för negativ särbehandling som har samband med vederbörandes könstillhörighet. De tre centrala rekvisiten i regeln är alltså *negativ särbehandling* (missgynnande), *orsakssamband* och *könstillhörighet* (diskrimineringsgrunden). Därutöver krävs att handlandet faller inom regelns tillämpningsområde.

I *kapitel 4* behandlas begreppet kön(-stillhörighet), dvs. diskrimineringsgrunden. I kapitlet diskuteras frågor som om missgynnande av transsexuella kan ses som könsdiskriminering och om diskriminering på grund av sexualitet skall ses som könsdiskriminering. Lotta Lerwall förordar att begreppet kön ges en vidsträckt tolkning, och att även "socialt kön" skall omfattas av förbuden mot könsdiskriminering.

Kapitel 5 har rubriken "Begreppet könsdiskriminering" och behandlar ingående de två återstående rekvisiten (begreppen) i regeln: negativ särbehandling och orsakssamband, samt de begrepp som anknyter till dessa rekvisit. I kapitlet går Lotta Lerwall igenom frågor om saklig och osaklig särbehandling, begreppen direkt och indirekt diskriminering, avsiktlig och oavsiktlig diskriminering, samt frågor om hypotetisk eller faktisk jämförelse.

Kapitel 6 behandlar könsdiskrimineringsförbudets tillämpningsområde. Kapitlet inleds med en analys av diskrimineringsförbudens tillämplighet i arbetslivet och vid utbildning. I ett särskilt avsnitt behandlas vad som avses med sexuella trakasserier.

Kapitel 7–9 behandlar frågor när särbehandling är tillåten. Lotta Lerwall betonar att man här måste skilja två fall åt. Det första fallet rör särbehandling av personer med olika kön under påstående att särbehandlingen beror på omständigheter som är könsneutrala. Om ett sådant påstående är riktigt föreligger inget (orsaks-)samband mellan missgynnandet och könstillhörighet, och därför inte heller någon könsdiskriminering. I kapitel 7 behandlas en rad sådana invändningar, såsom förekomsten av kollektivavtal och arbetsmarknadsskäl.

I det andra fallet försvaras en skillnad i behandling mellan personer av olika kön med påståendet om att särbehandlingen är acceptabel trots att den beror på kön. Frågan är med andra ord under vilka omständigheter särbehandling på grund av kön kan vara tillåten. Dessa frågor behandlas i de två följande kapitlen. *Kapitel 8* behandlar frågan om när särbehandling är berättigad med hänsyn till ett "särskilt intresse". Här uppmärksammas t.ex. frågor om särbehandling som sammanhänger med kvinnors barnafödande och verksamhetens art. *Kapitel 9* rör möjligheten att tillgripa positiv särbehandling eller andra åtgärder som främjar jämställdhet.

2. En "tvär-rättsvetenskaplig" inriktning

Avhandlingen är tvärvetenskaplig i den meningen att undersökningen omfattar flera skilda rättsvetenskapliga discipliner. Avhandlingen behandlar konstitutionell rätt, förvaltningsrätt, arbetsrätt, EG-rätt och folkrätt. Detta ställer stora krav på författaren. Det verkar som om de rättsvetenskapliga idealen delvis skiljer sig åt mellan dessa discipliner, t.ex. i fråga om krav på begreppsbildning och rättskälleredovisning. Vidare tycks t.ex. synen på hur gränsen dras mellan argumen-

tation de lege lata och de lege ferenda variera mellan rättsområdena. Det är heller inte någon enkel sak att, beträffande alla dessa ämnen, skaffa sig den överblick och associationsberedskap över kringliggande frågor, som behövs för en säker behandling av frågeställningarna. Mitt intryck är att Lotta Lervall klarar detta bra, låt vara att skärpan i analysen och säkerheten i materialhanteringen tycks nå de högsta höjderna i de stats- och förvaltningsrättsliga avsnitten.

Från arbetsrättslig synvinkel är det möjligt att peka på några ställen där det saknas en bredare arbetsättlig överblick. Som exempel kan nämnas författarens behandling av regler om skydd för kvinnor i egenskap av mödrar (s. 310 ff.). I detta avsnitt hade det varit värt att uppmärksamma regeln om obligatorisk föräldraledighet i artikel 8.2, graviditetsdirektivet.¹ Enligt denna måste kvinnor vara barnlediga under minst två veckor före eller efter förlossningen. I svensk rätt har kvinnor sedan lång tid haft rätt att ta ut föräldraledighet utan att vara tvingade därtill. Efter påpekande från kommissionen har en bestämmelse om obligatorisk föräldraledighet nu införts i 4 § föräldraledighetslagen (1995:584).²

3. Avgränsningar

Avhandlingen behandlar enbart diskriminering på grund av kön. Andra diskrimineringsgrunder lämnas nästan helt åt sidan. Denna avgränsning är fullt försvarlig. Att ge en heltäckande beskrivning av diskriminering på andra grunder

¹ Rådets direktiv 92/85/EEG om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravid, nyligen fött barn eller ammar.

² Prop. 1999/2000:87. Se vidare R. Eklund, "Obligatorisk mammaledighet — nytt vin i gamla läglar" i *Normativa perspektiv — Festskrift till Anna Christensen* (2000) s. 59 ff.

hade utan tvivel blivit ohanterligt. Inte desto mindre kan man mena att regler beträffande andra former av diskriminering borde ha uppmärksammats i högre grad. Inte för en självständig analys av dessa områden, utan till belysning av begreppsbildningen beträffande könsdiskriminering.

Utvecklingen på dessa områden har under de senaste åren varit snabb. År 1999 antogs i Sverige tre nya diskrimineringslagar på arbetslivets område.³ Vidare antogs två nya diskrimineringsdirektiv, dels direktivet mot etnisk diskriminering⁴ som är tillämpligt även utanför arbetsmarknaden och dels det allmänna likabehandlingsdirektivet,⁵ vilket förbjuder diskriminering på en lång rad grunder (religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning) men är begränsad till arbetslivet. Såväl de svenska diskrimineringslagarna från 1999 som EG-direktiven från 2000 bygger på den begreppsbildning och systematik som utvecklats beträffande könsdiskriminering. I vissa avseenden har de nya lagarna och direktiven utvecklat begreppsbildningen. EG-domstolen brukar utgå från ett enhetligt diskrimineringsbegrepp, och det finns därför anledning att — som det brukar heta — låta tolkningen av skyddet mot könsdiskriminering inspireras av dessa rättsakter.

Låt mig ge ett exempel. På tal om begreppet direkt könsdiskri-

³ Lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

⁴ Rådets direktiv (2000/43/EG) om genomförandet av principen om likabehandling av enskilda personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

⁵ Rådets direktiv (2000/78/EG) om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

minering framhåller Lotta Lerwall helt riktigt att begreppet inte har givits någon uttrycklig definition i EG-rätten. Man hade här kunnat peka på att en sådan definition finns när det gäller andra diskrimineringsgrunder. I direktivet mot etnisk diskriminering anges således att "direkt diskriminering anses förekomma när en person på grund av ras eller etniskt ursprung behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation" (artikel 2.2).

En motsvarande bestämmelse återfinns i det allmänna likabehandlingsdirektivet (artikel 2.2). I litteraturen tycks man ha utgått från att denna ger uttryck för gällande rätt även såvitt avser könsdiskriminering.⁶ Denna tanke verkar besannas. Ministerrådet har i juni 2001 i en gemensam ståndpunkt föreslagit ändringar av likabehandlingsdirektivet. I detta förslag återfinns just en sådan definition av direkt diskriminering.⁷

4. Det folkrättsliga materialet

En av avhandlingens förtjänster är redovisningen och analysen av de folkrättsliga instrumenten. Medan rättsmaterialet avseende svensk rätt och EG-rätt till stora delar är välkänt för svenska jurister, är innebörden av Sveriges folkrättsliga åtaganden på detta område dunkel även för jurister som i övrigt är väl förtrogna med området.

Upplysningar om Sveriges folkrättsliga åtaganden förekommer i statliga utredningar. Dessa behandlas dock regelmässigt översiktligt och utan försök att, t.ex. genom studier av rapporter från expertkommittéer, klarlägga den närmare innebörden av konven-

tionerna.⁸ Inte heller är det vanligt att rättsdogmatiskt inriktade arbeten innehåller mer ingående analyser av Sveriges folkrättsliga förpliktelser. I detta avseende är Lotta Lerwalls avhandling närmast unik.⁹ Det är utmärkt att dessa delar lyfts fram. Kunskap om innebörden av Sveriges internationella åtaganden är en nödvändig förutsättning för att dessa skall öva inflytande på nationella förhållanden. Framställningen och analysen i dessa delar är därför ett värdefullt bidrag och har ett påtagligt nyhetsvärde.

Avhandlingen innehåller inte någon redovisning av hur rättskällematerialet används och viktas. Något sådant metodavsnitt är kanske inte alltid nödvändigt på områden där det föreligger en utbredd enighet och kunskap om åtminstone de grundläggande dragen i hur rättskällematerialet får, bör eller skall hanteras. Vid hantering av sedvanligt svenskt material — såsom lagar, förarbeten och avgöranden från prejudikatinstanser — kan det tänkas att en hänvisning till att författaren använder en sedvanlig juridisk metod är tillräcklig. Möjligen skulle detsamma idag kunna sägas gälla beträffande hanteringen av EG-rättsligt material.

Beträffande det folkrättsliga materialet är situationen en annan, i vart fall om man, såsom Lotta Lerwall, vänder sig till en publik utanför kretsen av MR-experten. Det folkrättsliga material som Lotta Lerwall använder sig av består framförallt av internationella kon-

⁸ Se t.ex. SOU 1997:174 Räkna med mångfald! s. 45–51 och SOU 1997:176 Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder s. 33–36.

⁹ Ingående analyser av innebörden av ILO-konventioner återfinns i T. Sigeman, Lönefordran (Norstedts 1967) s. 102 ff. och J. Schelin, Bekvämlighetsflagg och anställningsförhållanden (Iustus 1997) s. 139 ff.

⁶ Se R. Nielsen, *European Labour Law*, Köpenhamn: DJØF, 2000, s. 212.

⁷ EGT C 307, 31.10.2001, s. 5.

ventioner, men även av olika deklarerationer och andra icke bindande dokument. Vidare beaktar Lotta Lerwall tolkningsuttalanden och rekommendationer från de olika övervakningsorganen samt förarbeten till konventioner. I kapitel 2 finns en kort beskrivning av folkrättens inverkan på svensk rätt. Någon diskussion om betydelsen av icke-bindande material — soft law — förekommer inte. Beträffande tolkningsuttalanden och rekommendationer finns ett kort uttalande om att det finns anledning att hävda att sådana är bindande för Sverige, eftersom kommentarer och rekommendationer utgör tolkningar av bindande konventionstexter. Det framgår också att detta synsätt strider mot uttalanden i äldre svenska förarbeten (s. 42). I övrigt problematiseras frågeställningen inte.

För oss som inte är lika bevandrade i den rättsliga hanteringen av de folkrättsliga instrumenten hade det varit värdefullt med en kort beskrivning av de olika internationella organens institutionella uppbyggnad, den roll som spelas av olika övervakningsorgan samt den vikt vilken skall, bör eller får fästas vid t.ex. de olika organens uttalanden och rekommendationer. Det är tydligt att Lotta Lerwall haft anledning att reflektera över dessa frågor och det hade därför varit värdefullt att ta del av hennes erfarenheter. Ett sådant inledande avsnitt hade även underlättat bedömningen av hållbarheten i Lotta Lerwalls analys.

Denna anmärkning skall inte förta det värdefulla i att Lotta Lerwall lyft fram detta material.

5. Syftet att klarlägga begrepps-bildningen

Analysen av förbuden mot könsdiskriminering i kapitel 4–9 utgör avhandlingens tyngdpunkt. Ett av de främsta syftena med denna

genomgång är att klarlägga regleringens uppbyggnad och utformning.

Framställningen är initierad. Lotta Lerwall anlägger ett kritiskt förhållningssätt till tidigare formuleringar av begrepp och frågeställningar och hon blottlägger ett flertal oklarheter och inkonsistenser i dessa. Likväl hade man kunnat hoppas på en tydligare omformulering av begreppsbyggnaden där författaren klarare förklarat hur de olika begreppen skall förstås liksom deras inbördes relationer. Trots att Lotta Lerwall i flera avseenden är kritisk till tidigare formuleringar av begreppsbyggnaden följer hon huvudsakligen de traditionella spåren istället för att bygga upp en egen struktur. En följd av detta är att det emellanåt förblir oklart hur de olika delarna, begreppen och underbegreppen, förhåller sig till varandra. Jag vill här lyfta fram två frågor, nämligen kravet på jämförelse och indirekt diskriminering.

Som redan nämnts menar Lotta Lerwall att de tre centrala rekvisiten i diskrimineringsförbuden är *särbehandling* (missgynnande), *orsakssamband* och *könstillhörighet*. En fråga är hur diskussionen om kravet på en faktisk eller hypotetisk jämförelse skall infogas i denna struktur. Lotta Lerwall diskuterar betydelsen av jämförelse i avsnitt 5.5. Om man ser till innehållsförteckningen så tycks jämförelsen ingå i könsdiskrimineringsbegreppet, som sidoordnad med särbehandlingen och orsakssambandet. Lotta Lerwall framhåller att någon form av jämförelse måste ske för att kunna avgöra om könsdiskriminering föreligger. Hon betonar, helt riktigt, att någon konkret jämförelse med andra personer inte behövs, utan att jämförelsen kan göras med hypotetiska personer eller t.o.m. ”med sig själv” (s. 175 f.). Men vilken funktion har jämförel-

sen? Hur kopplats jämförelsen ihop med tre centrala rekvisiten? Är det ett självständigt rekvisit eller begrepp vid sidan av dessa, eller ingår det i ett av dessa? Frågorna förblir obesvarade.

För egen del menar jag att "kravet på jämförelse" saknar självständig funktion. Jämförelsen utgör inte något rekvisit i regeln. Med mitt synsätt är en *hypotetisk* jämförelse identisk med ett krav på orsakssamband mellan missgynnande och diskrimineringsgrund. Att fråga hur arbetsgivaren skulle ha behandlat en arbetstagare med annat kön är identiskt med att fråga om arbetstagaren skulle ha behandlats annorlunda om han tillhört ett annat kön eller — annorlunda uttryckt — om behandlingen orsakats av diskrimineringsgrunden könstillhörighet. Där- emot kan en *konkret* jämförelse med hur andra har behandlats ha betydelse för om såväl rekvisitet missgynnande som om rekvisitet orsakssamband är uppfyllda. Det förhållandet att t.ex. en kvinna har behandlats sämre än en man i en likartad situation är en av många tänkbara situationer där ett missgynnande föreligger. Man kan uttrycka saken så att den faktiska åtskillnaden i behandlingen utgör ett konkret rättsfaktum i förhållande till rekvisitet (abstrakt rättsfaktum) i regeln (dvs. att "missgynna"). Vidare har den konkreta jämförelsen betydelse som bevisning (bevisfakta) för ett orsakssamband.¹⁰

Lotta Lerwall kopplar ihop *indirekt diskriminering* med rekvisitet orsakssamband (se t.ex. s. 36). "När en tillräckligt stor andel av ena könet missgynnas av en neutral bestämmelse föreligger ett antaget samband mellan missgynnande och kön" (s. 175). På ett annat stäl-

le anger hon att regeln om indirekt diskriminering är utformad som en presumption för könsdiskriminering när en väsentligt större andel av det ena könet drabbas jämfört med det andra könet (s. 270). Framställningsmässigt redovisas indirekt diskriminering som en underrubrik i det överordnade kapitlet "Orsakssamband".

I min tankevärld skall indirekt diskriminering passas in i schemat på ett något annorlunda vis. Jag uppfattar inte indirekt diskriminering som en fråga om orsakssamband utan som en extension av diskrimineringsgrunden. Medan direkt diskriminering omfattar åtgärder som orsakats av att arbetsgivaren tagit hänsyn direkt till diskrimineringsgrunden (könstillhörighet) omfattar indirekt diskriminering åtgärder som orsakats av omständigheter som inte direkt hänför sig till diskrimineringsgrunden, men som typiskt sett leder till eller är ägnade att leda till diskriminerande effekter. Mot bakgrund härav kan t.ex. den svenska jämställdhetslagen sägas förbjuda arbetsgivare att vidta åtgärder till nackdel för arbetstagare såväl på grund av dennes kön som på grund av omständigheter som ger en könsskev effekt. Det leder till att bevisfrågorna vid direkt respektive indirekt diskriminering kommer att bli olika. Vid direkt diskriminering är den avgörande tvistefrågan oftast vad som orsakat arbetsgivarens negativa behandling av arbetstagaren (dvs. arbetsgivarens handlingsskäl). Vid indirekt diskriminering är däremot orsaken till arbetsgivarens handlande ofta ostridig. Det kan t.ex. vara en kollektivavtalsbestämmelse som föreskriver att vissa förmåner inte skall utgå till deltidsanställda. De bevissvårigheter som uppkommer vid indirekt diskriminering rör istället normalt frågan om arbetsgivarens

¹⁰ J. Malmberg, Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten, I Festskrift till Hans Stark, Iure 2001, s. 167 ff.

handlande leder till diskriminerande effekter.

Med Lotta Lerwalls sätt att beskriva regeln blir det besvärligt att förklara varför indirekt könsdiskriminering föreligger när arbetsgivaren visserligen kan visa att ett missgynnande inte berodde på kön, men misslyckas att visa att den aktuella bestämmelsen, kriteriet etc. är lämpligt och nödvändigt för att nå arbetsgivarens målsättning. Detta undviker man om indirekt diskriminering ses om en del av diskrimineringsgrunden. Lotta Lerwalls egen begreppsbestämning ger också upphov till de problem hon möter när hon diskuterar möjligheten att slå ihop direkt och indirekt diskriminering (s. 409 ff.).

6. Sammanfattande omdöme

Lotta Lerwalls avhandling har många förtjänster. Hon har inom den föreskrivna tiden tillgodogjort sig ett stort material, vilket behandlas på initierat sätt. Hennes framställning och kritik av nuvarande begreppsbildning är ofta klagörande och berättigad. Hon lyfter fram och analyserar ett folkrättsligt material som tidigare i stort varit okänt. Inte heller diskriminering inom utbildning har tidigare behandlats rättsvetenskapligt. I dessa delar har avhandlingen ett påtagligt nyhetsvärde.

En särskild svårighet som författaren ställts inför är att rättsmaterialet på det undersökta området befinner sig i en snabb utveckling. Så sent som 1 januari 2001, knappt ett halvt år innan avhandlingen gick i tryck, trädde omfattande ändringar i jämställdhetslagen i kraft. Genom dessa ändringar erhöll diskrimineringsförbuden en ny uppbyggnad och systematik. Att i detta sena skede i avhandlingsarbetet anpassa framställningen måste ha ställt stora krav på författaren.

Rättsmaterialets föränderlighet utgör nu inte bara en svårighet, utan öppnar även möjligheten att komma till tals i det tankeutbyte som formar rättens framtida innehåll. Som redan nämnts har EU:s ministerråd i en gemensam ståndpunkt enats om att anta ett nytt likabehandlingsdirektiv. Detta direktiv kommer med säkerhet att föranleda en översyn av den svenska jämställdhetslagen. Vidare kan erinras om den pågående utredningen om ett vidgat skydd mot diskriminering (se dir. N 2001: 01). I dessa sammanhang bör Lotta Lerwalls avhandling ha mycket att tillföra. Det finns skäl att gratulera författaren till en god insats.

Jonas Malmberg