



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 STOCKHOLM

Stockholm den 11 april 2006

**MÅL NR T 400/06; ROTEL 11; STATEN GENOM JUSTITIEKANSLERN ./.
JOSEFINE MIDANDER M.FL.**

I egenskap av ombud för Josefine Midander (nedan ”Midander”) och Cecilia Lönn (nedan ”Lönn”) får vi inkomma med yttrande över statens överklagande av den 18 januari 2006 (aktbilaga 1) och anföra följande.

Midander och Lönn vidhåller de grunder och omständigheter som har anförts i tingsrätten och hovrätten.

1 ETNISK DISKRIMINERING

Det kan först konstateras att staten kvarstår vid sitt vitsordande av att Midander och Lönn har utsatts för etnisk diskriminering. Som tingsrätten och hovrätten har funnit har denna diskriminering varit direkt och eftersträvad av Uppsala universitet. Någon grund för annan slutsats i denna del saknas.

2 HAR DISKRIMINERINGEN VARIT TILLÅTEN?

2.1 Positiv särbehandling p.g.a. etnisk tillhörighet är inte tillåten enligt likabehandlingslagen

Lag (2001:1206) om likabehandling av studenter i högskolan (nedan ”likabehandlingslagen”) 7 § 1 st. innehåller ett förbud mot direkt diskriminering. Bestämmelsen stadgar att en

högskola inte får missgynna en student eller en sökande genom att behandla honom eller henne sämre än högskolan behandlar, har behandlat eller skulle ha behandlat någon annan i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med könstillhörighet, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller funktionshinder.

I förarbetena till likabehandlingslagen (prop. 2001/02:27 sid. 20) anförde regeringen:
"Högskolans akademiska ideal måste vara att argumentens tyngd och vetenskapliga grund är det som räknas, medan könstillhörighet, etnisk tillhörighet, funktionshinder eller sexuell läggning aldrig får påverka bedömningen av ett prov eller vem som får plats på en utbildning."

Intresset av likabehandling av studenter i och sökanden till högskolan är således ett mycket starkt allmänt intresse. Universitet och högskolor får inte ägna sig åt urval av studenter med metoder som står i strid med grundläggande rättsprinciper, lag eller på ett sätt som kränker enskilda människor.

Likabehandlingslagen 7 § 2 st. är en undantagsbestämmelse från en i lag fastställd rättighet till likabehandling. Undantagsbestämmelsen innefattar ett uppenbarhetsrekvisit. Detta talar för en restriktiv tolkning av undantagets räckvidd, inte en extensiv.

Staten gör gällande att avsikten med undantagsregeln i 7 § 2 st. likabehandlingslagen är att möjliggöra positiv särbehandling bl.a. på etnisk grund (överklagandet, aktbilaga 1, sid. 2).

Det framgår emellertid explicit av förarbetena till likabehandlingslagen att någon bestämmelse om positiv särbehandling motsvarande den som finns i jämställdhetslagen inte skulle föras in i likabehandlingslagen. Som hovrätten konstaterar ansågs detta obehövligt mot bakgrund av de krav på aktiva åtgärder som ställs upp i lagen (prop. 2001/02:27 sid. 41).

Midander och Lönn instämmer med hovrätten när denna konstaterar att inget i förarbetena talar för att *"den särbehandling som lagstiftaren tänkt sig skulle innefatta möjlighet till kvotering av något slag vid antagning av sökande till viss utbildning"* (hovrättens dom sid. 3).

Midander och Lönn har till tingsrätten lämnat in promemorian *Positiv särbehandling i svensk antidiskrimineringslagstiftning* (tingsrättens aktbilaga 29) som Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) publicerade den 2 april 2003. På sid. 1 sista stycket och framåt i nämnda promemoria konstaterar DO att med en mycket generös tolkning kan eventuellt positiv särbehandling på grund av kön anses tillåten, men inte under några omständigheter positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet:

"Hade regeringen velat införa möjligheten till positiv särbehandling på området etnisk/religiös tillhörighet hade man i förarbetena till likabehandlingslagen först analyserat rättsläget rörande detta, redovisat analysen och dragit slutsatsen att positiv särbehandling

förutsätter en uttrycklig lagregel. Man hade också politiskt deklarerat att man nu ändrade sitt år 1999 gjorda ställningstagande i frågan när det gäller etnisk och religiös tillhörighet. Då avstod nämligen regeringen uttryckligen från att i den nya lagen för arbetslivet gå på utredningens linje, som var att öppna för positiv särbehandling. Avsaknaden av allt detta i förarbetena liksom av en uttrycklig regel i lagtext i likabehandlingslagen, i förening med hur frågan tidigare behandlats i lagstiftningsärenden, innebär att rättsläget måste anses vara att positiv särbehandling inte är tillåten på grund av etnisk och religiös tillhörighet.”

Den parlamentariskt sammansatta Diskrimineringskommittén (N 2002:06) har kommit till samma slutsats. Den 12 maj 2004 presenterade kommittén delbetänkandet *”Ett utvidgat skydd för könsdiskriminering”* (SOU 2004:55) och där analyseras bl.a. innebörden av diskrimineringsförbudet i 7 § likabehandlingslagen.

Frågan *”Bör positiv särbehandling införas i lagen om likabehandling av studenter i högskolan?”* är en egen rubrik i delbetänkandet (sid. 207). Kommittén konstaterar i och för sig att formuleringen i 7 § likabehandlingslagen har drag som för tanken till regler om positiv särbehandling. Men med hänvisning till likabehandlingslagens förarbeten slås fast att det i dag inte finns någon regel som ger uttryck för att positiv särbehandling är tillåten. Kommittén menar, i likhet med DO, att ett sådant undantag förutsätter en uttrycklig lagreglering.

Kommittén har uppmärksammat initiativ på olika högskolor, bl.a. Uppsala universitet, som innebär positiv särbehandling. Apropå detta konstateras att *”en tolkning av lagen om likabehandling av studenter i högskolan som innebär att lagen medger positiv särbehandling har inte fog för sig”* (sid. 209), samt att *”vår utgångspunkt är att vid en konflikt mellan lagen om likabehandling av studenter i högskolan – som inte medger positiv särbehandling vid antagning – och högskoleförordningen – som öppnar för positiv särbehandling – måste författningen av lägre dignitet ge vika”* (sid. 210).

Det kan därutöver noteras att Diskrimineringskommittén den 24 februari 2006 presenterade sitt slutbetänkande *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning* (SOU 2006:22). Kommittén har arbetat utifrån regeringens direktiv att det i dag inte finns något som helst utrymme för positiv särbehandling p.g.a. etnisk tillhörighet på arbetsmarknaden och i högskolan – alltså inte ens vid lika meriter – samt föreslagit att denna ordning bör bestå i högskolan (se SOU 2006:22 sid. 683 ff.)

2.2 I vart fall är etnisk kvotering aldrig tillåten

Om Högsta domstolen skulle komma fram till att positiv särbehandling p.g.a. etnisk tillhörighet kan vara tillåten vid antagning till högskolan vill Midander och Lönn anföra följande:

Mot bakgrund av hur lagtexten är utformad i likabehandlingslagen, regeringens uttalanden i förarbetena till denna lag samt hur frågan om positiv särbehandling har behandlats i andra lagstiftningsärenden får det anses vara uteslutet att utrymmet för positiv särbehandling p.g.a. etnisk tillhörighet skulle vara större än motsvarande utrymme p.g.a. kön. För positiv särbehandling p.g.a. kön gäller att en sådan behandling endast kan komma i fråga när två sökande har lika meriter och det har skett en bedömning i det särskilda fallet med utgångspunkt bland annat i den förfördelades förhållanden.

I samband med Uppsala universitets diskriminering av Midander och Lönn har det överhuvudtaget inte skett någon bedömning av särbehandlingens berättigande utifrån just deras förhållanden. Särbehandling har skett med automatik, utan avseende på Midanders och Lönnns betyg och övriga meriter.

Dessutom har Midander och Lönn haft bättre meriter än de personer som antogs på den etniska kvoten. Midander och Lönn hade 18,30 respektive 18,26 i avgångsbetyg från gymnasiet. Den sökande som antogs genom kvoteringen med lägst betyg hade 15,27. Omräknat till den tidigare gällande, femgradiga betygsskalan blir jämförelsetalen att Midander och Lönn både hade 4,6 i betyg jämfört med den inkvoterades 3,7. Detta torde aldrig kunna anses vara likvärdiga meriter.

Sammantaget kan diskrimineringen av Midander och Lönn aldrig vara tillåten ens om utrymmet för positiv särbehandling p.g.a. etnisk tillhörighet skulle anses vara lika stort som motsvarande utrymme som p.g.a. kön.

2.3 Högskoleförordningen medger inte etnisk kvotering

Högskoleförordningen 7 kap. 10 och 16 c §§ avser det s.k. alternativa urval som innebär att högskolor i fråga om utbildningar som vänder sig till nybörjare, till högst tio procent av platserna får bestämma urvalsgrunder som innefattar vissa förkunskapskrav eller andra sakliga omständigheter.

Staten gör gällande att 7 § andra stycket likabehandlingslagen ska läsas tillsammans med dessa bestämmelser i högskoleförordningen i dess lydelse vid tiden för Uppsala universitets beslut att tillämpa kvoteringen. På så vis kommer staten fram till att ”etnisk mångfald” i sig är en sådan saklig omständighet som får innefattas i alternativa urvalsgrunder (överklagandet, aktbilaga 1, sid. 5 st. 3).

Men i likhet med hovrätten konstaterar Midander och Lönn att det inte finns något uttalat stöd i prop. 2001/02:15 för uppfattningen att med sakliga omständigheter enligt 7 kap. 10 § 3 st. högskoleförordningen skulle avses även sökanden etniska tillhörighet.

Det alternativa urvalet syftar till att ge högskolor en möjlighet att använda andra urvalsgrunder än betyg och högskoleprov, t.ex. intervjuer och särskilda prov, i syfte att öka mångfalden i olika hänseenden. Men som hovrätten skriver på sid. 3 i domen kan detta inte leda till slutsatsen att en sökandes etniska tillhörighet i sig ska kunna utgöra en saklig omständighet. Intervjuer, prov osv. måste vara öppna för alla oavsett etnisk tillhörighet, kön, sexuell läggning osv.

Som staten själv är inne på i sitt överklagande har regeringen klargjort vad som gäller i fråga om det alternativa urvalet genom prop. 2004/05: 162 "Ny värld – ny högskola". Det framgår av propositionen att det inte är fråga om en innehållsmässig förändring av t.ex. saklighetskravet. Tvärtom framgår att avsikten har varit att förtydliga gällande rättsläge mot bakgrund av att vissa högskolor inte har förstått innebörden av den aktuella bestämmelsen.

Regeringen skriver i propositionen på sid. 184 under rubriken "Nuvarande bestämmelser om alternativt urval förtydligas" att det har rått oklarhet om vad som är tillåtet och att lärosätena har tillämpat bestämmelserna om alternativt urval på olika sätt. Regeringen skriver också att man ovan i texten redogör för vilka omständigheter som kan komma ifråga för urvalsgrunden "alternativt urval". På sid. 183, under rubriken "Annan för utbildningen saklig omständighet", anför regeringen följande:

"Att omständigheterna skall vara sakliga är ett uttryck för att högskolorna skall iaktta saklighet i sin verksamhet enligt vad som följer av 1 kap. 9 § regeringsformen. Urvalsgruppen ger inte något utrymme för högskolorna att beakta andra meriter än sådana som har en direkt betydelse för utbildningen. Bestämmelsen medger inte kvotering av någon sökande dvs. platser på en högskoleutbildning får inte reserveras för sökande från viss grupp eller med viss bakgrund. Att exempelvis använda etnisk tillhörighet eller andra liknande omständigheter som urvalsgrund är alltså inte möjligt."

3 EUROPARÄTTSLIGA FRÅGOR

3.1 EG-rätten

I likhet med hovrätten menar Midander och Lönn att EG-rätten inte ger utrymme för sådan diskriminering som Midander och Lönn har blivit utsatta för.

Praxis avseende diskrimineringsförbudet i EG-direktivet 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män ska utgöra tolkningsunderlag beträffande EG-direktivet 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

Det starka samband som finns mellan direktiven och deras tolkningsunderlag framgår bl.a. av Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000, genom vilket en allmän ram för likabehandling inrättades inom EU. Beträffande tolkningen av praxis från EG-domstolen ska framhållas att det av Kommissionens förslag till direktivet om inrättandet av en allmän ram för likabehandling framgår att medlemsstaterna får *”anta de lagar eller andra författningar som krävs för att komma till rätta med bristande jämlikhet. Sådan positiv särbehandling är emellertid ett undantag från jämlikhetsprincipen och skall därför tolkas i snäv bemärkelse mot bakgrund av nuvarande rättspraxis rörande könsdiskriminering”* (se KOM 1999 565 slutlig, sidan 11).

Artikel 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män (lydelsen före ändringarna genom rådets direktiv 2002/73/EG), utgör enligt EG-domstolen ett undantag från en individuell rättighet (rätten till likabehandling enligt artikel 2.1). Följaktligen ska denna bestämmelse tolkas restriktivt, och varje inskränkning ska vara förenlig med proportionalitetsprincipen (se exempelvis EG-domstolens dom den 19 mars 2002 i mål nr C-476/99, Lommers, p. 39).

I EG-domstolens dom den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, (Kalanke-domen) och EG-domstolens dom den 11 november 1997 i mål C-409/95, (Marschall-domen) har denna restriktiva attityd kommit till konkret uttryck. Domstolen slår i dessa fall fast att artikel 2.4 inte tillåter att kvinnor ges automatiskt företräde till anställning eller befordran framför män med likvärdiga meriter, om detta innebär att manliga sökande inte ges en objektiv och individuell bedömning med beaktande av samtliga kriterier som avser sökandens person.

I Badeck-domen (dom den 28 mars 2000 i mål C-158/97) tillåter EG-domstolen att kvinnor ges ett visst företräde framför manliga sökande vid tilldelning av utbildningsplatser, eftersom sådana åtgärder avser att avlägsna ett konkret hinder för kvinnors möjligheter att göra karriär på samma villkor som män. ”Lika möjligheter” i artikel 2.4 tar således sikte på lika möjligheter till anställning eller befordran, och inte lika möjligheter till utbildning.

Likabehandlingsprincipen i fråga om utbildning (artikel 4) ges därmed en snävare innebörd än motsvarande princip i fråga om tillgång till anställning (artikel 3).

Härutöver ska framhållas att EG-rätten givetvis endast uppställer minimikrav på likabehandling och att ingenting hindrar en medlemsstat från att införa ett starkare skydd mot diskriminering och olikbehandling på det nationella planet än vad som föreskrivs enligt EG-rätten.

3.2 Europakonventionen

Europakonventionen och den praxis som utarbetats av Europadomstolen utgör tolkningsunderlag vid bedömningen av de aktuella bestämmelserna. I detta fall aktualiseras

artikel 2 i första tilläggsprotokollet om rätt till undervisning i kombination med artikel 14 i Europakonventionen om förbud mot diskriminering.

Det ska framhållas att Midander och Lönn inte gör gällande att det finns någon fristående rätt till högre utbildning enligt Europakonventionen. Av det s.k. Belgiska språkmålet den 23 juli 1968, Serie A nummer 6 framgår att medlemsstaterna inte har någon skyldighet att erbjuda sådan utbildning. Men, som också fastslogs av Europakommissionen i samma mål, beträffande utbildningar som redan tillkommit, är det dock inte tillåtet att använda sig av diskriminerande antagningskrav på någon nivå, vare sig lägre eller högre utbildning. Det aktuella antagningsystemet har, med den av staten vitsordade diskrimineringen av Midander och Lönn som följd, stått i strid med detta krav. Detta förhållande understryker i sig allvaret av kränkningen och betydelsen av att Midander och Lönn erhåller gottgörelse från staten.

4 SKADESTÅND

4.1 Likabehandlingslagen är lex specialis

I målet är ostridigt att Midander och Lönn har utsatts för etnisk diskriminering. Staten har vitsordat att Midander och Lönn har missgynnats genom att de har behandlats sämre än de 30 personer som antogs genom den särskilda urvalsgrunden "båda föräldrar utrikes födda" samt att detta missgynnande har samband med deras etniska tillhörighet. Hovrätten har slagit fast att denna etniska diskriminering är otillåten jämlikt 7 § likabehandlingslagen. Därmed har Midander och Lönn enligt 13 § samma lag rätt till skadestånd för den kränkning som diskrimineringen har inneburit. Statens ansvar är strikt.

Staten synes vilja begränsa detta ansvar bl.a. med hänvisning till skadeståndslagen (1972:207). Men av 1 kap. 1 § skadeståndslagen framgår att denna lag inte ska tillämpas om annat är särskilt föreskrivet. Frågan om skadestånd på grund av diskriminering i strid med likabehandlingslagen, som i sig utgör såväl lex specialis som lex posterior i förhållande till skadeståndslagen, regleras exklusivt i likabehandlingslagens skadeståndsbestämmelser.

Detta framgår även av förarbetena till likabehandlingslagen (prop. 2001/02:27 sid. 72): "*Den föreslagna lagen är i fråga om utbildningsanordnarens ansvar för ideell skada att se som en speciallag i förhållande till allmänna regler om ersättning för kränkning.*" Däremot utesluter inte likabehandlingslagen att den som diskriminerats, utöver en talan om ersättning för ideell skada, också för en talan om ersättning för ekonomisk skada: "*Exempelvis kan en talan föras om ersättning för personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada vid felaktig myndighetsutövning enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.*"

4.2 Nekat tillträde till högskolan särskilt allvarligt

En analogi till skadeståndslagen framstår som än mer långsökt då förarbetena till likabehandlingslagen ger tydliga riktlinjer för utdömmande av skadestånd i fall som Midanders och Lönn. När en diskriminering är särskilt allvarlig ska skadeståndet sättas högre än annars. Som exempel på ett sådant fall nämner förarbetena till likabehandlingslagen explicit Midanders och Lönn situation, nämligen att en sökande på grund av sin etniska tillhörighet nekas tillträde till en högskoleutbildning (prop. 2001/02:27 s 70 ff.).

Av Högsta domstolens dom den 28 mars 2006 i mål T 2100-05 framgår bl.a. att skadeståndsbeloppen i diskrimineringsmål förutsätts ligga på en högre nivå än vad som gäller kränkingsersättning enligt skadeståndslagen. Överträdelse av diskrimineringslagstiftningen ska generellt ses som en allvarlig kränkning. Ersättningens storlek kan variera beroende på kränkningens art och omfattning samt andra omständigheter i det enskilda fallet. Högsta domstolen anför att hänsyn bl.a. ska tas till om den diskriminerande handlingen varit avsiktlig samt om diskrimineringen fått bestående eller långvariga effekter.

I målet är ostridigt att Midander och Lönn skulle ha kommit in på juristutbildningen vid Uppsala universitet om det inte vore för den aktuella urvalsordningen. På grund av att ingen av dem har två föräldrar födda utomlands har de nekats att överhuvudtaget konkurrera om de 30 utbildningsplatserna i fråga. Som framgick av partsförhören vid förhandlingen i tingsrätten har Midander och Lönn upplevt det särskilt kränkande att diskrimineringen enbart hade att göra med var deras föräldrar råkade vara födda, en omständighet som de själva inte har kunnat påverka.

Den konkreta följden av diskrimineringen blev för Midander att hon tvingades ägna ett läsår åt att komplettera sina gymnasiebetyg. Först påföljande läsår kom hon in vid juristutbildningen i Umeå. För Lönn del blev konsekvensen att hon redan i september 2003 fick lämna invand studiemiljö, bostad, vänner m.m. i Uppsala och flytta till Umeå för att påbörja juristutbildningen där.

4.3 Odia sunt restringenda

Staten hänvisar till en tolkningsmaxim som benämns "odiat sunt restringenda" (se överklagandet, aktilaga 1, sid. 6). I denna del vill Midander och Lönn anför följande:

Med hänvisning till vad som har anförts ovan bestrider Midander och Lönn att diskrimineringsförbudet i likabehandlingslagen är svårt att tillämpa i det här fallet. Om Högsta domstolen anser att rättsläget är oklart i detta fall kan Midander och Lönn konstatera att staten själv är fullt ut ansvarig för detta. Det vore orimligt om staten i ansvarshänseende skulle kunna tillgodoräkna sig sin egen eventuella oklarhet och låta denna drabba Midander och Lönn som har en i lag fastslagen rätt till likabehandling. Detta talar starkt emot att staten

som skadeståndsansvarig i detta fall ska ges prioritet vid tolkningen av den aktuella bestämmelsen.

Till stöd för tolkningen av principen ”odia sunt restringenda” anförde staten i sin plädering i hovrätten uttalanden gjorda av Stig Strömholm i boken ”Rätt, rättskällor och rättstillämpning” (5 uppl., sid. 464). Där nämner Strömholm principen ”odia sunt restringenda” som exempel på maximer som har ”rättsideologisk karaktär” och anför följande: *”Stundom är sådana principer kända och erkända i sina huvuddrag men antingen underkastade alltför många nyanseringar och undantag i praktiken för att kunna ges maximens sammanträngda form eller också ej tillräckligt preciserade.”*

Sammantaget menar Midander och Lönn att principen, i vart fall statens tolkning av densamma, saknar relevans i detta mål.

5 DEN ETNISKA MÅNGFALDEN

Mot bakgrund av de krav på uppenbarhet, nödvändighet samt proportionalitet som uttrycks i såväl likabehandlingslagen som EG-rätten finns slutligen anledning att påminna om det underlag från Statistiska Centralbyrån (SCB) i fråga om den etniska bakgrunden för nybörjare på juristutbildningen som Midander och Lönn presenterade i tingsrätten (se tingsrättens aktbilagor 40 och 58). Underlaget har vitsordats av staten i tingsrätten och hovrätten.

Midander och Lönn konstaterar att detta underlag närmast ger vid handen att det har saknats behov av positiv särbehandling för att uppnå den av staten eftersträlvade etniska mångfalden. Uppgifterna från SCB avser läsåren 1999/2000, 2000/2001, 2001/2002 samt 2002/2003. Sett över ett antal år ligger andelen nybörjare med två utlandsfödda föräldrar vid juristutbildningen i Uppsala i paritet med motsvarande andel i befolkningen i stort. Vid landets juristutbildningar som helhet är andelen nybörjare med två utlandsfödda föräldrar till och med en bra bit högre. Vid landets största juristutbildning, den i Stockholm, har mellan var fjärde och var femte nybörjare två utlandsfödda föräldrar beroende på vilket år vi talar om.

6 BEVISNING

Midander och Lönn åberopar samma bevisning som i tingsrätten och hovrätten.

I tingsrätten åberopades partsförhör under sanningsförsäkran med Midander och Lönn som bevisning. Midander och Lönn hördes om de närmare omständigheterna kring och följderna av att de inte beviljades plats på juristutbildningen vid Uppsala universitet inför läsåret 2003/2004. Hovrätten lyssnade på bandet som spelades in i tingsrätten. Midander och Lönn

anser att det räcker att Högsta domstolen gör detsamma. Bevisningen åberopas till styrkande av den skada som Midander och Lönn har lidit.

7 MÅLETS FORTSATTA HANDLÄGGNING

Midanders och Lönn's inställning är att huvudförhandling ska hållas i målet.

Som ovan


Gunnar Strömmer


Clarence Crafoord