

UPPSALA TINGSRÄTT
Rotel 1

DOM
2005-01-12
Meddelad i Uppsala

T 2171-04

PARTER

KÄRANDE

1. Josefin Midander, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2. Cecilia Lönn, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Ombud för 1 – 2:
jur kand Gunnar Strömmer
Centrum för rättvisa
Box 5369
102 49 STOCKHOLM

jur kand Clarence Crafoord
Bratt & Feinsilber
Box 241 64
104 51 STOCKHOLM

SVARANDE

Staten genom Justitiekanslern
Box 2308
103 17 STOCKHOLM

Ombud:
Justitiekansler Göran Lambertz, biträdd av byråchefen [REDACTED]
Box 2308
103 17 STOCKHOLM

DOMSLUT

Staten förpliktas att till Josefin Midander utge sjuttiofemtusen (75 000) kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 23 februari 2004 till dess betalning sker.

Staten förpliktas att till Cecilia Lönn utge sjuttiofemtusen (75 000) kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 5 juli 2004 till dess betalning sker.

Staten skall ersätta Josefin Midander för rättegångskostnader med etthundratvåusenåttahundrafemtio (102 850) kr, varav 100 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 12 januari 2005 till dess betalning sker.

Staten skall ersätta Cecilia Lönn för rättegångskostnader med etthundratvåusenåttahundrafemtio (102 850) kr, varav 100 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 12 januari 2005 till dess betalning sker.

BAKGRUND

År 1999 beslutade regeringen att tillsätta en utredning med uppdrag att lämna förslag till åtgärder inom högskolan för att öka mångfalden med avseende på social och etnisk bakgrund bland studenter och lärare. Avsikten var att högskolan bättre skulle kunna spegla mångfalden i samhället. Utredningen resulterade i betänkandet Mångfald i högskolan - reflektioner och förslag om social och etnisk mångfald i högskolan (SOU 2000:47). Bland förslagen fanns ett om flexibla urvalsregler kombinerade med aktiva rekryteringsinsatser för ökad social och etnisk mångfald. I propositionen Den öppna högskolan (prop. 2001/02:15) framhölls att en viktig uppgift var att ge personer med olika etnisk tillhörighet likvärdiga möjligheter till högskolestudier.

För att göra det möjligt för universitet och högskolor att bredda rekryteringen infördes särskilda bestämmelser om urval för utbildningar som vänder sig till nybörjare, vilka bestämmelser skulle göra det möjligt för högskolorna att för högst tio procent av nybörjarplatserna tillämpa andra urvalsgrunder än de tidigare gängse. Universiteten och högskolorna uppdrogs i regleringsbrevet för år 2002 att senast den 31 december 2002 upprätta handlingsplaner för att aktivt främja och bredda rekryteringen till högskolan. Regler om alternativa urvalsgrunder infördes den 1 januari 2003, se 7 kap. 10 och 16 c §§ högskoleförordningen (1993:100). I fråga om utbildningar som vänder sig till nybörjare får nu en högskola bestämma urvalsgrunder som innefattar "vissa förkunskaper eller andra sakliga omständigheter" beträffande högst tio procent av platserna.

Lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan (fortsättningsvis likabehandlingslagen) trädde i kraft den 1 mars 2002. Ändamålet med lagen är att på högskoleområdet främja lika rättigheter för studenter och sökande och att motverka diskriminering på grund av bl.a. etnisk tillhörighet. I 7 § första stycket finns sålunda ett förbud mot etnisk diskriminering. Ett undantag finns emellertid i paragrafens andra stycke. Förbudet gäller inte, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset att förhindra diskriminering i högskolan.

Den 4 december 2002 beslutade konsistoriet vid Uppsala universitet att i universitetets antagningsordning för grundläggande högskoleutbildning införa ett tillägg med den innebörden att urval till tio procent av nybörjarplatserna på juris kandidatprogrammet får göras på det sätt som rektor beslutar med syfte att öka den etniska och sociala mångfalden inom programmet. Efter förslag från Juridiska fakultetsnämndens utbildningsutskott beslutade rektor den 7 januari 2003 att inleda en försöksverksamhet med alternativa urvalsgrunder vid antagning till juris kandidatprogrammet höstterminen 2003 och höstterminen 2004. Syftet med försöket var att öka den etniska och sociala mångfalden. Försöket innebar att andra urvalsgrunder tillämpades för 30 platser vid juris kandidatprogrammet. De urvalsgrunder som gällde för dessa 30 platser var:

- sökandens bägge föräldrar är utrikes födda
- betyg
- betyg i kombination med resultat från särskild intervju

Tidigare har antagning till samtliga platser (300 platser) skett på basis av betyg (60 procent) respektive högskoleprov (40 procent). Antagningen har varit centralt utförd via Verket för högskoleservice (VHS). Inom betygsgruppen har proportionell fördelning skett i förhållande till antalet sökande av platser mellan sökande med nya gymnasiebetyg, äldre gymnasiebetyg och folkhögskolebetyg. Inom gruppen för högskoleprov har platserna fördelats lika mellan sökande med respektive utan arbetslivserfarenhet.

Höstterminen 2003 tillämpades för första gången den alternativa urvalsgrunden vid antagningen till juris kandidatprogrammet. 30 av de 300 nybörjarplatserna reserverades för sökanden med "bägge föräldrar utrikes födda". Antagningen till övriga 270 platser skedde på basis av betyg (60 procent) respektive högskoleprov (40 procent), utan avseende på föräldrarnas födelseland.

Urvalet till de 30 reserverade platserna sköttes då inte av VHS utan av Uppsala universitet. Först tillämpades urvalskriteriet "sökandens bägge föräldrar utrikes födda". Därefter gjordes, bland de sökande som uppfyllde detta krav, ett urval om 75 personer på basis av deras betyg. Slutligen genomfördes en särskild intervju med var och en av dessa 75

personer i syfte att välja ut de 30 sökanden som bedömdes vara bäst motiverade och ha bäst förmåga att tillgodogöra sig utbildningen. Intervjuerna genomfördes av två personer var för sig, en lärare vid Juridiska institutionen och en sakkunnig inom området intervjuer. Intervjuerna lämnade ett samlat omdöme med rangordning av de intervjuade och slutligen antogs de 30 högst rankade till utbildningen.

Antagningen till de övriga 270 platserna gjordes i tre steg. Det första steget avslutades den 4 juli 2003 genom urval 1 varvid, med anledning av överintag, 400 platser tillsattes. Av dessa tillföll 206 platser gruppen för sökande med nya gymnasiebetyg, vilken grupp Josefin Midander och Cecilia Lönn tillhörde.

Sedan de sökande tackat ja eller nej till erbjuden utbildningsplats genomfördes en andra urvalsomgång, urval 2, den 1 augusti 2003. Enligt högskoleförordningens regelverk tillföll 149 platser gruppen för sökande med nya gymnasiebetyg varvid, alltså med ett överintag, totalt 330 platser tillsattes.

Därefter vidtogs i ett tredje skede den så kallade reservantagningen, som varade från början av augusti till början av september 2003. Under denna tid kallade institutionen successivt – via brev och telefon och med mycket korta svarstider – reservplacerade sökande som ersättare för dem som hade lämnat återbud. När reservantagningen hade slutförts, hade 27 reserver i den aktuella urvalsgruppen (nya gymnasiebetyg) erbjudits plats. Lägsta antagningspoäng i den aktuella betygsgruppen blev 18,31. Josefine Midander och Cecilia Lönn hade med sina 18,30 respektive 18,26 poäng inte erbjudits plats.

I målet är det ostridigt att såväl Josefin Midander som Cecilia Lönn hade högre antagningspoäng än samtliga de 30 personer som antogs enligt den alternativa urvalsgrunden. Staten har vidare vitsordat att ett missgynnande har skett eftersom Josefin Midander och Cecilia Lönn skulle ha erbjudits plats på utbildningen under förutsättning att den alternativa urvalsgrunden inte hade tillämpats.

YRKANDEN M.M.

Josefin Midander har yrkat att tingsrätten skall förpliktiga staten att till henne utge 120 000 kr jämte ränta enligt 4 och 6 §§ räntelagen (1975:635) från dagen för delgivning av stämningsansökan (den 23 februari 2004) till dess betalning sker.

Cecilia Lönn har yrkat att tingsrätten skall förpliktiga staten att till henne utge 120 000 kr jämte ränta enligt 4 och 6 §§ räntelagen (1975:635) från dagen för delgivning av stämningsansökan (den 5 juli 2004) till dess betalning sker.

Staten har bestritt yrkandena. Yrkad ränta samt 60 000 kr vardera till Josefin Midander och Cecilia Lönn har vitsordats som i och för sig skäligt.

Josefin Midander och Cecilia Lönn har yrkat ersättning för rättegångskostnader. Staten har, med hänsyn till att rättsfrågan är oklar samt att målet har ett stort allmänintresse även för staten, avstått från att yrka ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER

Josefin Midander och **Cecilia Lönn** har som grund för sina om skadeståndsyrkanden anfört i följande.

Uppsala Universitet har behandlat Josefin Midander och Cecilia Lönn sämre än vad det behandlat andra sökande i jämförbar situation. Missgynnandet har samband med Josefin Midanders och Cecilia Lönns etniska tillhörighet. De har härigenom blivit föremål för en otillåten diskriminering enligt 7 § likabehandlingslagen.

Universitetet har i vart fall missgynnat Josefin Midander och Cecilia Lönn genom att tillämpa ett kriterium som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar personer med visst etniskt ursprung. De har härigenom blivit föremål för en otillåten indirekt diskriminering enligt 8 § likabehandlingslagen.

Josefin Midander och Cecilia Lönn är på grund av den otillåtna diskrimineringen berättigade till skadestånd för den kränkning de har utsatts för vilket följer av 13 § likabehandlingslagen. Skadeståndets storlek kan uppskattas till de yrkade beloppen.

Staten har som grund för sitt bestridande anfört följande.

Josefin Midander och Cecilia Lönn hade, med hänsyn till hur antagningarna föll ut, antagits till juris kandidatprogrammet om ytterligare två respektive tio platser hade funnits tillgängliga. Det finns därför anledning att anta att, om ytterligare 30 platser funnits tillgängliga, de hade fått varsin plats. De har således blivit missgynnade.

Trots att det kan ifrågasättas såväl om Josefin Midander och Cecilia Lönn som personer med bägge föräldrar utrikes födda tillhör någon etniskt grupp enligt likabehandlingslagen, vitsordar staten att det har skett en etnisk diskriminering.

Universitetets urvalsordning omfattas dock av undantaget från diskrimineringsförbudet i 7 § andra stycket likabehandlingslagen eftersom det intresse som urvalsordningen vill tillgodose – ökad etnisk mångfald – är ett sådant intresse som innebär att behandlingen skall anses vara berättigad.

Eftersom systemet med alternativ urvalsgrund objektivt kan stödjas av ett berättigat mål, har det inte heller varit fråga om indirekt diskriminering enligt 8 § likabehandlingslagen.

UTVECKLING AV TALAN

Josefin Midander och Cecilia Lönn har till utveckling av sin talan i huvudsak anfört följande.

Diskrimineringsförbudet i 7 § likabehandlingslagen

Sedan den 1 mars 2002 skyddas sökande till högskolan och studenter av likabehandlingslagen.

7 § likabehandlingslagen tar sikte på s.k. direkt diskriminering. En högskola får inte 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. Med etnisk tillhörighet avses, enligt 2 § likabehandlingslagen, att någon tillhör en grupp av personer som har samma hudfärg, nationella eller etniska ursprung, eller trosbekännelse.

Josefin Midander och Cecilia Lönn har befunnit sig i en fullt jämförbar situation med de sökande som har kvalificerat sig för antagning genom den alternativa urvalsgrunden. De har blivit utsatta för en otillåten direkt diskriminering på grund av etnisk tillhörighet jämlikt 7 § likabehandlingslagen, eftersom missgynnandet vid antagningen till juristutbildningen har samband med deras etniska grupptillhörighet.

Positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet är inte tillåten

Den diskriminering som Josefin Midander och Cecilia Lönn har drabbats av har sin grund i en positiv särbehandling eller kvotering av sökanden med bägge föräldrar utrikes födda. Med positiv särbehandling brukar avses ett undantag från ett förbud att diskriminera när syftet är att främja lika rättigheter och möjligheter för en medlem av en i någon mening eftersatt eller underrepresenterad grupp. Positiv särbehandling på

grund av etnisk tillhörighet har inte ansetts tillåten i likabehandlingslagens förarbeten (prop. 2001/02:27 s. 41). Där konstateras vid en jämförelse med jämställdhetslagen, som innehåller en regel som medger viss positiv särbehandling, att "någon motsvarande regel om positiv särbehandling av ifrågavarande slag föreslås inte". Ett sådant förfarande "är enligt regeringens mening inte nödvändigt mot bakgrund av de krav på aktiva åtgärder som ställs upp i lagen". Härmed avses bl.a. lagens krav på högskolor att upprätta en plan som skall innehålla en översikt på de aktiva åtgärder som behövs för att främja studenters lika rättigheter.

Diskrimineringsombudsmannen (DO) har mot denna bakgrund konstaterat att rättsläget måste anses vara att positiv särbehandling inte är tillåten på grund av etnisk och religiös tillhörighet (Positiv särbehandling i svensk antidiskrimineringslagstiftning, Dnr 171-2003, 2003-04-02).

Av EG-domstolens praxis kan man dra slutsatsen att det inom EG-rätten torde vara tillåtet att vid lika meriter välja en manlig sökande framför en kvinnlig, eller tvärt om, för att förbättra rekryteringen av studenter från det underrepresenterade könet. Däremot är det inte tillåtet att låta könet automatiskt ges företräde, exempelvis genom att kvotera studieplatser eller professurer åt personer av ett visst kön (se *Abrahamsson-målet* om de s.k. Thamprofessurerna, mål C-407/98). Om positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet trots allt ska få förekomma torde det under alla omständigheter vara uteslutet att detta utrymme är större än på jämställdhetens område där en svagare form av positiv särbehandling, i vart fall inom EG-rätten, verkar vara tillåten, men kvotering således är strikt förbjuden.

Om det skulle anses vara tillåtet att göra undantag från diskrimineringsförbudet i likabehandlingslagen för positiv särbehandling, vilket bestrids, torde ett sådant undantag förutsätta en tydlig gränsdragning mellan olika former av särbehandling. Mot bakgrund av det sagda får det hållas för uteslutet att den extremaste varianten av positiv särbehandling – nämligen etnisk kvotering av det slag som förekommer vid Uppsala universitet – någonsin skulle vara tillåten.

Särskilt intresse och uppenbarhetsrekvisitet

Positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet är således inte tillåten. Även om sådan särbehandling skulle ha utgjort ett undantag från förbudet mot diskriminering skulle den endast medges om den var berättigad av ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan.

Josefin Midander och Cecilia Lönn bestrider inte att etnisk mångfald bland studenter eller i juristkåren som helhet kan vara ett legitimt allmänt intresse. Men detta intresse är inte av ett sådant särskilt slag att det uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. Förarbetena ger ingen direkt vägledning om hur detta uppenbarhetskrav ska tolkas, men klart är att bestämmelsen är inspirerad av motsvarande bestämmelse i jämställdhetslagen. Kriteriet "uppenbarligen" infördes i denna lag för att tydliggöra att det krävs att det motstående intresset inte kan tillgodoses på annat sätt än genom undantag från diskrimineringsförbudet.

Det finns skäl att påminna om att intresset av likabehandling av studenter i och sökanden till högskolan är ett mycket starkt allmänt intresse. 7 § andra stycket likabehandlingslagen är en undantagsbestämmelse från en i lag fastställd rättighet till likabehandling. Redan detta talar för en restriktiv tolkning av undantagets räckvidd.

Motsvarande systematik gäller för det undantag från diskrimineringsförbudet som finns i jämställdhetslagen (1991:433). Här infördes kriteriet "uppenbarligen" för att tydliggöra att det krävs att det motstående intresset inte kan tillgodoses på annat sätt än genom undantag från diskrimineringsförbudet. På samma sätt torde även uppenbarhetskravet i likabehandlingslagens undantagsregel innebära att ett motstående intresse, för att godkännas, inte kan tillgodoses på annat sätt än genom undantag från diskrimineringsförbudet.

Viss vägledning kan även fås vid en jämförelse med motsvarande undantagsregel från diskrimineringsförbudet i EG-rätten. Direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

(nedan likabehandlingsdirektivet) är ett s.k. ramdirektiv, d.v.s. det ger medlemstaterna stor frihet att implementera innehållet i sina respektive nationella rättordningar. Förbudet mot såväl direkt som indirekt etnisk diskriminering framgår av artikel 2. I artikel 4 och 5 stadgas emellertid undantag från detta förbud i vissa specifika fall.

I det aktuella fallet är den av Uppsala universitet valda urvalsgrunden inte bara diskriminerande utan dessutom ytterst godtycklig. Kriteriet "sökandens bägge föräldrar utrikes födda" hindrar inte bara personer som har två föräldrar födda i Sverige att söka utbildningsplatserna i fråga, utan även personer med en utlandsfödd förälder. Sålunda får t.ex. en sökande med en mamma född i Sverige och en pappa född i Somalia stå tillbaka för t.ex. en sökande med två föräldrar födda i Finland. Kriteriet exkluderar även bl.a. sökanden tillhöriga nationella minoriteter, såsom romer eller samer, vilka som regel har båda föräldrar eller åtminstone en förälder som är född i Sverige.

Faktisk etnisk mångfald

Det framstår som om Uppsala universitet har saknat, eller åtminstone använt sig av begränsade referenser när det gäller att avgöra hur den etniska sammansättningen i studentgruppen ser ut. Inte heller kan man någonstans utläsa hur man mäter och avläser när målet är nått. Statistik från Statistiska Centralbyrån (SCB), som Josefin Midander har tagit fram, visar att andelen studenter med utländsk bakgrund – definierad som "två föräldrar utrikes födda", d.v.s. samma som urvalskriteriet i fråga – vid Juridiska fakulteten som helhet var tio procent läsåret 2001/02, medan andelen bland nybörjarna samma läsår var 14 procent.

Dessa siffror skall jämföras med andelen personer med utländsk bakgrund i upptagningsområdet för Uppsala universitet, vilken enligt Högskoleverket vid samma tidpunkt var 13,6 procent. I fråga om nybörjare kan man således konstatera att andelen med utländsk bakgrund redan innan den alternativa urvalsgrunden började användas t.o.m. låg något över motsvarande andel i upptagningsområdet.

Indirekt diskriminering jämlikt 8 § likabehandlingslagen

Om tingsrätten likväl inte skulle anse att det är fråga om direkt diskriminering jämlikt 7 § likabehandlingslagen, är det i vart fall fråga om indirekt diskriminering jämlikt 8 § likabehandlingslagen.

Enligt denna bestämmelse får en högskola bl.a. inte missgynna en sökande genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer med viss etnisk tillhörighet. För att urvalsgrunden "sökandens bägge föräldrar utrikes födda" ska vara tillåtet krävs att det objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och att medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet. Dessa krav har inte varit uppfyllda.

Skadestånd

Genom att Uppsala universitet har åsidosatt diskrimineringsförbudet i likabehandlingslagen har Josefin Midander och Cecilia Lönn utsatts för en kränkning som berättigar till skadestånd jämlikt 13 och 17 §§ likabehandlingslagen.

Av förarbetena till likabehandlingslagen (prop. 2001/02:27 s. 70 ff.) framgår för det första att skadeståndet ska vara allmänt, eller annorlunda uttryckt, ideellt. För det andra hänvisas till EG-praxis, där EG-domstolen uttalat att ett skadestånd som utgör påföljd för en överträdelse av diskrimineringsförbud ska uppfylla vissa krav. Dessa krav är att skadeståndet ska vara ägnat att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, ha en reellt avskräckande verkan och under alla omständigheter stå i rimlig proportion till skadan. Detta framgår även av likabehandlingsdirektivet. För det tredje påpekas att utvecklingen i Sverige och internationellt, i synnerhet inom EU, går mot en ökad medvetenhet om likabehandling som en mänsklig rättighet. Detta, gör att brott mot diskrimineringslagstiftningen ska ses som allvarliga och att skadeståndsnivåerna därför måste bli högre. För det fjärde nämns uttryckligen nekat tillträde till

högskoleutbildning p.g.a. diskriminering som exempel på ett allvarligt fall av diskriminering där skadeståndet ska sättas högre än i vanliga diskrimineringsfall.

Staten har till utveckling av sin talan i huvudsak anfört följande.

Behovet av alternativ urvalsgrund för att öka den etniska mångfalden

Juridiska institutionen i Uppsala har för att öka den etniska mångfalden deltagit i mässor och utbildningsdagar samt besökt gymnasieskolor, särskilt i invandrantäta områden. Vidare har, i studentkårens regi, ett studentambassadörsprojekt drivits. Projektet innebär att studenter med icke akademisk bakgrund och annan bakgrund än svensk, besöker högstadie- och gymnasieskolor i Uppsala kommun. Trots dessa insatser visade det statistikunderlag universitetet hade tillgängligt från december år 2000 att andelen studenter med utländsk bakgrund inte hade ökat mellan åren 1994 till 1999. Den totala andelen jurisstuderande i Sverige med utländsk bakgrund uppgick vid denna tid till elva procent.

Uppsala universitet försökte att beställa statistik från SCB liknande den Josefin Midander och Cecilia Lönn har presenterat i målet men fick beskedet att SCB inte ville redovisa känsliga uppgifter vid så små populationer. Institutionen genomförde därför en egen undersökning avseende samtliga nybörjare höstterminen år 2000. Av undersökningen framgick att nio procent av de 282 studenter som hade besvarat enkäten hade två föräldrar födda utomlands. Institutionen drog därmed slutsatsen att de informationsinsatser som ditintills hade genomförts inte hade fått önskvärt genomslag, varför andra åtgärder ansågs motiverade.

Direkt diskriminering

Josefin Midander och Cecilia Lönn har i första hand gjort gällande att de har utsatts för direkt diskriminering genom att de har behandlats mindre förmånligt än universitetet har behandlat personer med annan etnisk tillhörighet.

Förbudet mot direkt diskriminering gäller emellertid inte om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan enligt 7 § andra stycket likabehandlingslagen.

Staten vitsordar att den urvalsbestämmelse som gynnar sökande med två föräldrar födda utomlands missgynnar alla andra sökande, t.ex. de som har en förälder född utomlands eller de som tillhör en minoritet och vars föräldrar är födda i Sverige. Denna omständighet torde dock sakna betydelse för frågan om den särskilda urvalsordningen står i strid med likabehandlingslagens diskrimineringsbestämmelser. Den ändrar nämligen inte på det förhållandet att det intresse som urvalsordningen vill tillgodose får anses "uppenbarligen ... viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan".

Beträffande vad som avses med särskilt intresse sägs i förarbetena till likabehandlingslagen att avsikten med undantaget inte är att hindra en högskola från att ta hänsyn till väsentliga samhällliga och sociala intressen, såsom främjandet av jämställdhet mellan kvinnor och män och främjandet av lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet. Att vid lika meriter välja t.ex. en manlig sökande före en kvinnlig sökande till lärarutbildningen för att förbättra rekryteringen av studenter för det underrepresenterade könet är ett exempel på när det kan föreligga ett berättigat intresse av att särbehandla någon. Detta föreskrivs också – under vissa förutsättningar – uttryckligen i 7 kap 10 § andra stycket högskoleförordningen. Hänsyn bör även kunna tas till regional- och socialpolitiska intressen vid rekrytering, t.ex. intresset av att motverka social snedrekrytering.

Således är det möjligt att göra undantag från förbudet mot direkt diskriminering bl.a. för att ta hänsyn till väsentliga samhällliga och sociala intressen. Att öka den etniska mångfalden och minska den sociala snedrekryteringen torde vara sådana väsentliga samhällliga intressen som åsyftas.

Vid tidpunkten för beslutet om försöksverksamheten avsåg den senaste officiella statistiken höstterminen 1999. Av statistiken framgick att andelen studenter med utländsk

bakgrund inte hade ökat mellan åren 1994 och 1999. Vidare framgick att 11 procent av de registrerade i grundläggande högskoleutbildning vid juriskandidatprogrammet hade utländsk bakgrund för landet som helhet. Senare officiell statistik, vilken inte fanns tillgänglig vid tiden för beslutet, visar ingen större förändring, från 11 procent till 12 procent. Således framgår det tydligt att andelen av samtliga individer med utländsk bakgrund som rent generellt går vidare till svensk högskoleutbildning är signifikant lägre än andelen av samtliga individer med svensk bakgrund.

Uppsala universitet har försökt att beställa liknande statistik från SCB där utfallet redovisats per högskola. SCB ville dock inte redovisa känsliga uppgifter på för små populationer och universitetet fick följaktligen ingen sådan statistik. Den statistik Josefin Midander nu har erhållit innehåller ny, ej tidigare redovisad, kunskap.

Den avgörande frågan i målet synes vara om den särskilda urvalsordning som Uppsala universitet har tillämpat står i strid med likabehandlingslagens principiella förbud mot direkt diskriminering. Det avgörande för denna fråga är i sin tur om intresset av att öka den etniska mångfalden bland studenterna är ett intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. För tolkningen av bestämmelsen måste man utgå från lagstiftarens avsikt. Genom förarbetena får det anses stå klart att lagstiftaren har velat öppna vägen för positiv särbehandling i syfte att motverka etnisk snedrekrytering. Därmed får det också anses stå klart att lagstiftaren har ansett att positiv särbehandling på etnisk grund skall vara tillåten vid rekrytering till högskolan.

Positiv särbehandling

Josefin Midander och Cecilia Lönn har gjort gällande att positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet är otillåten enligt likabehandlingslagen. Denna slutsats är alltför långtgående. Att det inte finns någon uttrycklig föreskrift om positiv särbehandling kan inte innebära att det för den skull är förbjudet med allt slags sådan särbehandling. Tvärtom visar uppbyggnaden av 7 § och dess förarbeten att lagstiftaren har förutsatt att positiv särbehandling skall kunna förekomma.

Man bör i sammanhanget skilja på så kallad svag och stark positiv särbehandling. Med svag positiv särbehandling avses alla slags åtgärder som innebär en viss särbehandling. Med stark positiv särbehandling avses exempelvis etnisk kvotering i den meningen att försteg ges till en grupp trots att gruppen meritmässigt inte är i nivå med övriga.

I sin promemoria har DO pekat på likheten i undantaget från diskrimineringsförbudet mellan å ena sidan 8 § andra stycket lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (EDA-lagen) och å andra sidan 7 § 2 andra stycket likabehandlingslagen. Vidare pekas också på skillnaden mellan de nämnda lagrummen och motsvarande bestämmelse i 15 § andra stycket jämställdhetslagen. EDA-lagen och likabehandlingslagen saknar det första ledet i jämställdhetslagens motsvarande bestämmelse. Detta led tillåter behandling som är ett led i strävanden att främja jämställdhet. Man brukar säga att detta led ger stöd för det som populärt benämns positiv särbehandling. Så långt förefaller det onekligen vara en rimlig slutsats att likabehandlingslagen inte tillåter positiv särbehandling. Emellertid motsägs en sådan slutsats tydligt av andra motivuttalanden. Om en högskola exempelvis följer ett av staten uppställt nationellt mål att motverka social snedrekrytering, bör detta utgöra ett berättigat mål som kan motivera ett förfarande som innebär att någon som omfattas av lagens skydd missgynnas. Det har således varit lagstiftarens avsikt att positiv särbehandling skall kunna – och också bör – förekomma. Detta gäller även positiv särbehandling i syfte att främja intresset av lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet.

Det förefaller som om lagstiftaren inte tillräckligt noggrant har analyserat vare sig innebörden av begreppet positiv särbehandling i nu aktuellt hänseende eller skillnaden mellan å ena sidan jämställdhetslagens diskrimineringsförbud och å andra sidan EDA-lagens och likabehandlingslagens motsvarande förbud. Således synes lagstiftaren inte fullt ut ha observerat den principiella skillnaden – som närmare besedd är mycket stor – mellan å ena sidan intresset av jämställdhet och å andra sidan intresset av att förhindra diskriminering. Intresset av jämställdhet kan uppenbarligen ibland vara ett helt annat än intresset av att förhindra diskriminering i den mening som begreppet har i EDA-lagen och likabehandlingslagen. Det betyder också att bestämmelsernas innebörd skiljer

sig åt väsentligt. Av förarbetena framgår inte annat än att detta tycks ha förbigått lagstiftaren. Det bör särskilt observeras vilka exempel lagstiftaren nämnde på intressen som kan vara viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. De intressen som nämndes var intresset av jämställdhet mellan kvinnor och män, intresset av lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet samt regionalpolitiska och socialpolitiska intressen. Samtliga dessa intressen torde vara sådana att ett undantag från diskrimineringsförbudet för att tillgodose dem innefattar positiv särbehandling i betydelsen diskriminering till förmån för en underrepresenterad grupp.

Det är inte osannolikt att lagstiftaren avsåg att förbjuda kvotering vid högskoleintagningarna. Om undantagsbestämmelsen tolkas på det sättet har Uppsala universitet brutit mot diskrimineringsförbudet. Det är dock inte rimligt att tolka bestämmelsen så, trots att det möjligen var lagstiftarens vilja. Skälen är följande. Vid tolkning av en lagbestämmelse skall, enligt traditionell metod, hänsyn tas framför allt till lagens ordalydelse och systematik, lagstiftarens uttalade och/eller förmodade vilja samt ändamålet med lagen inklusive effekterna av olika möjliga tolkningar. Med hänsyn framför allt till lagens ordalydelse, lagstiftarens uttalade vilja att tillåta viss positiv särbehandling och svårigheterna att dra en gräns mellan olika slags positiv särbehandling – annat än genom rekvisitet "befogad" – måste bestämmelsen rimligen tolkas så att det intresse som Uppsala universitet ville tillgodose genom det använda särbehandlingssystemet ryms i uttrycket "ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan". Det innebär att kvoteringen var tillåten under förutsättning att den var "berättigad" av hänsyn till det angivna intresset.

Berättigad särbehandling

De nya reglerna i 7 kap. 10 och 16 c §§ högskoleförordningen om alternativa urvalsgrunder infördes visserligen först den 1 januari 2003, dvs. efter likabehandlingslagen. Vid lagtolkning anses man normalt inte kunna ta hänsyn till sådant som har inträffat efter lagens tillkomst. Men här handlar det inte så mycket om tolkning som om tillämpning av ett öppet rekvisit vars innebörd torde kunna påverkas

av bl.a. samhällsutvecklingen och senare ställningstaganden av lagstiftaren. Det vore sålunda knappast rimligt om inte tillämpningen av uttrycket "berättigad" i 7 § andra stycket likabehandlingslagen skulle påverkas av de nya bestämmelserna i högskoleförordningen, i varje fall sedan dessa trätt i kraft.

Vid prövningen av om särbehandlingen i detta fall var "berättigad" bör man sålunda kunna ta hänsyn till de nytillkomna bestämmelserna i högskoleförordningen och de uttalanden som lagstiftaren gjorde i lagstiftningsärendet. Där uttalades det bl.a. att integrationen i samhället borde stärkas och medborgarnas förtroende för samhällets institutioner ökas genom att man försökte åstadkomma att de som arbetar där representerar en större mångfald och bättre avspeglar befolkningens sammansättning. Det framhölls som en viktig uppgift att ge personer med olika etnisk tillhörighet likvärdiga möjligheter till högskolestudier (prop. 2001/02:15 s. 20). Enligt propositionen skulle de nya bestämmelserna göra det möjligt för högskolorna att för högst tio procent av nybörjarplatserna tillämpa andra urvalsgrunder än de dittills gängse (se a. prop. s. 65).

Bedömningen av vad som är en "berättigad" särbehandling torde inte få vara alltför sträng. Om särbehandlingen har övervägts noga och getts en rimlig motivering utifrån sakliga grunder bör den endast sällan kunna underkännas i efterhand. Uppsala universitet har gjort en rimlig tolkning av lagen och utifrån den tolkningen kommit fram till den befogade slutsatsen att positiv särbehandling av invandrare vid enstaka antagningar till juristlinjen utgjorde ett berättigat avsteg från diskrimineringsförbudet.

När det gäller frågan om det är berättigat att öka den etniska mångfalden i juristkåren genom positiv särbehandling bör följande framhållas särskilt. Förtroendet för rättsväsendet har stor betydelse i varje samhälle. Det gäller inte minst i samhällen, som vårt med en betydande invandring och därav följande förändringar i befolknings-sammansättningen. Mycket tyder på att tilliten till rättsväsendet i Sverige är betydligt mindre bland invandrarna än bland svenskarna. Det är ett rimligt antagande att förtroendet kan öka med fler invandrarrepresentanter i polis-, åklagar- och

domstolsväsendet. Det måste anses i och för sig befogat att snabba på en sådan utveckling genom att bereda fler invandrarungdomar tillträde till juristutbildningen.

Mot bakgrund av det anförda anser staten sammanfattningsvis att den alternativa urvalsprocessen inte står i strid med likabehandlingslagens diskrimineringsbestämmelse.

Indirekt diskriminering

Josefin Midander och Cecilia Lönn har i andra hand gjort gällande att de har utsatts för en indirekt diskriminering. De har inte närmare utvecklat på vilket sätt en indirekt diskriminering skulle föreligga.

För att indirekt diskriminering skall föreligga enligt 8 § likabehandlingslagen skall en student eller en sökande missgynnas genom att högskolan tillämpar en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer med viss etnisk tillhörighet. Detta gäller dock inte om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet.

För det fall rätten finner att indirekt diskriminering har skett i detta fall anser staten att systemet med alternativa urvalsgrunder vid Juridiska institutionen i Uppsala objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och att medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet.

Vid en intresseavvägning i detta fall torde det stå klart att den alternativa urvalsgrunden kan motiveras av ett berättigat mål att motverka social och etnisk snedrekrytering och att det är lämpligt för att uppnå detta mål. Det får också anses nödvändigt med hänsyn till vad lagstiftaren har velat lägga in i detta krav. Mot bakgrund härav anser staten att undantaget i 8 § likabehandlingslagen är tillämpligt om rätten skulle finna att indirekt diskriminering föreligger.

Likabehandlingsdirektivet

I likabehandlingsdirektivet anges att syftet med direktivet är att fastställa en ram för bekämpning av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung för att genomföra principen om likabehandling i medlemsstaterna (artikel 1). I artikel 5 finns en bestämmelse som medger positiv särbehandling. Enligt bestämmelsen får – i syfte att säkerställa full jämlikhet i praktiken – principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande.

Enligt statens uppfattning ger likabehandlingsdirektivet ett klart utrymme för universitetet att tillämpa det alternativa urvalsförfarandet.

Skadestånd

Uppsala universitet har inte avsiktligt diskriminerat kärandena. Universitetet har på goda grunder gjort bedömningen att den positiva särbehandlingen av invandrare stämde med lagstiftarens syften och således inte var otillåten. Mot bakgrund härav bör ett eventuellt skadestånd sättas lägre än det yrkade beloppet. För att inte målet onödigtvis skall behöva handla om den påstådda kränkningens ekonomiska värde väljer staten att vitsorda halva det yrkade beloppet som skäligt, dvs. 60 000 kr.

DOMSKÄL

Josefin Midander och Cecilia Lönn har på egen begäran hörts under sanningsförsäkran.

Josefin Midander har uppgett att det kändes orättvist och diskriminerande att anledningen till att hon inte kom in på utbildningen var att hennes föräldrar var födda i Sverige eftersom det inte är möjligt att påverka var ens föräldrar är födda. På grund av det inträffade arbetade hon under ett år och kompletterade sina betyg. Hon läser numera juridik i Umeå.

Cecilia Lönn uppgett att hon blev upprörd när hon insåg att hon hade kommit in på utbildningen om det inte hade varit för de 30 platser som reserverats för den särskilda urvalsgruppen samt att det kändes orättvist att hon hade nekats en plats på grund av ett faktum hon själv inte kunnat påverka, nämligen var hennes föräldrar är födda. Efter beskedet att hon inte blev antagen flyttade hon till Umeå och började juridikstudier där.

Tingsrättens bedömning

Målet gäller frågan om Josefin Midander och Cecilia Lönn, till följd av Uppsala universitets beslut att tillsätta tio procent av platserna till juris kandidatprogrammet utifrån kriteriet ”sökandes bägge föräldrar utrikes födda”, utsatts för en otillåten diskriminering. Staten har vitsordat att ett missgynnande har skett. Det är emellertid inte tillräckligt att staten medgett detta. Tingsrätten har att pröva om Josefin Midander och Cecilia Lönn missgynnats i den mening som avses i likabehandlingslagen. Först om det visar sig att missgynnande skett enligt lagens 7 § första stycke, finns anledning att närmare undersöka utrymmet för positiv särbehandling i den aktuella situationen. Avgörande för bedömningen av den frågan är om det med tillämpning av undantaget från diskrimineringsförbudet i paragrafens andra stycket har varit tillåtet att positivt särbehandla sökande med bägge föräldrar utrikes födda.

Har direkt eller indirekt diskriminering förekommit?

Av 1 § likabehandlingslagen framgår att lagen har till ändamål att främja lika rättigheter för studenter och sökande och att motverka diskriminering på grund av könstillhörighet, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och funktionshinder. Etnisk tillhörighet definieras i 2 § likabehandlingslagen med att någon tillhör en grupp av personer som har samma hudfärg eller nationella eller etniska ursprung.

Ett första krav för att diskriminering skall anses föreligga är att sökanden missgynnats. Ett missgynnande innebär att en sökande försätts i ett sämre läge, det vill säga att en diskriminerande effekt inträder. En behandling är missgynnande och mindre förmånlig, om den medför en skada eller nackdel för en sökande. För att kunna avgöra om det är fråga om en mindre förmånlig behandling som kan utgöra diskriminering måste en jämförelse göras. I fråga om diskriminering på grund av etnisk tillhörighet krävs det för att ett missgynnande skall anses föreligga att behandlingen skall ha varit oförmånlig i förhållande till hur personer med annan etnisk tillhörighet har behandlats. Det gäller således att jämföra den behandling som faktiskt har ägt rum med en behandling som en person i en jämförbar situation med en annan etnisk tillhörighet har fått eller skulle antas ha fått. En ytterligare förutsättning för direkt diskriminering är att det skall föreligga ett samband mellan missgynnandet och den etniska tillhörigheten. Allra starkast är det sambandet om en högskola har för avsikt att missgynna en sökande på grund av dennes tillhörighet. Det behöver dock inte vara fråga om ett missgynnande på grund av tillhörigheten utan det är tillräckligt att missgynnandet har samband med den etniska tillhörigheten.

I målet är ostridigt att Josefin Midander och Cecilia Lönn har behandlats sämre än de 30 personer som antogs genom den särskilda urvalsgrunden. För att det skall vara fråga om diskriminering enligt likabehandlingslagens bestämmelser är det dock ett avgörande krav att missgynnandet skett i förhållande till personer med annan etnisk tillhörighet. Det kan visserligen ifrågasättas om de 30 personer som tillsattes genom

den särskilda urvalsgruppen kan anses tillhöra en grupp av personer som har annat etniskt ursprung. I kriteriet ”bägge sökandens föräldrar utrikes födda” får dock enligt tingsrättens mening anses följa att nationellt eller etniskt ursprung är avgörande för möjligheten att tillhöra den aktuella urvalsgruppen. Därvid kan jämföras med bestämmelsen om hets mot folkgrupp i 16 kap. 8 § brottsbalken som anses kunna omfatta invandrare i allmänhet (se även prop. 2001/02:27 s. 30 f). Det får därmed anses stå klart att missgynnandet av Josefin Midander och Cecilia Lönn har skett i förhållande till personer med annan etnisk tillhörighet och att de därför har utsatts för diskriminering i likabehandlingslagens mening. Av statens uppgifter framgår att diskrimineringen varit direkt och eftersträvad.

Allmänna utgångspunkter för bedömning av frågan om positiv särbehandling

Av 1 kap. 2 § första stycket regeringsformen framgår att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde. Av paragrafens fjärde stycke framgår att det allmänna skall verka för att alla människor skall kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället samt att det allmänna skall motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller annan omständighet som gäller den enskilda som person. Enligt 1 kap. 9 § regeringsformen skall domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saklighet och opartiskhet. Dessa bestämmelser får anses grundläggande för svensk förvaltningstradition. Frågan i målet gäller antagning till universitetsstudier. Det finns därför anledning att också erinra om vad som gäller vid tillsättning av statliga tjänster enligt 11 kap. 9 § andra stycket regeringsformen, nämligen att avseende skall fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet.

Av 2 kap. 15 § regeringsformen framgår att lag eller annan föreskrift inte får innebära att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör minoritet. Något motsvarande skydd för

majoritetsbefolkningen föreligger emellertid inte. I förarbetena till bestämmelsen uttalas bl.a. följande (prop. 1975/76:209 s. 40 ff). Försök att ställa upp rättsligt verkande förbud mot negativ särbehandling av vissa grupper av enskilda är förbundna med den svårighet, som ligger i att regler som innebär gynnande särbehandling av vissa grupper kan ses som en indirekt särbehandling av övriga samhällsmedlemmar. Särskilt påtagligt är detta i samhällen där en etniskt bestämd minoritet intar en ledande ställning inom befolkningen. Sådana problem föreligger inte när det gäller svenska förhållanden. Önskad skyddseffekt kan uppnås genom ett särbehandlingsförbud som begränsas till att avse direkt eller indirekt särbehandling av vissa minoritetsgrupper. Det är enligt utredningen svårt att hävda att särskilda regler i det svenska samhället till stöd för exempelvis samer eller romer skulle innebära ett otillbörligt missgynnande av folkmajoriteten

Av 2 kap. 16 § regeringsformen framgår vidare att lag eller föreskrift inte får innebära att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om inte föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan kvinnor och män. I förarbetena uttalas bl.a. följande. Förbudet mot särbehandling på grund av kön, i motsats till vad som funnits lämpligt avseende förbudet mot diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, kan inte inskränkas till att avse föreskrifter som missgynnar det ena könet utan all särbehandling måste förbjudas. Man måste dock räkna med ett behov av att kunna särbehandla könen, främst genom s.k. ”motdiskriminering” för att påskynda en utveckling mot ökad jämställdhet mellan könen, exempelvis könskvotering. Således krävs ett undantag för sådan särbehandling som syftar till att på längre sikt främja jämställdheten mellan könen (prop. 1975/76:209, s 40 ff).

Till bilden hör vidare att det i internationella konventioner m.m. som Sverige är bundna av finns uttryckliga bestämmelser till förmån för positiv särbehandling bl.a. FN konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering artikel 2.2 och EG direktivet 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung artikel 5, varom mera nedan.

Utrymmet för positiv särbehandling inom EG-rätten

Likabehandlingslagen har tillkommit som ett led i införlivandet i svensk lagstiftning av rådets ramdirektiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (nedan likabehandlingsdirektivet).

I likabehandlingsdirektivets artikel 5 stadgas att förbudet mot diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung inte skall hindra medlemsstaterna att, i syfte att säkerställa full jämlikhet i praktiken, behålla eller besluta om vissa särskilda åtgärder för att förhindra att personer av en viss ras eller etniskt ursprung missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande.

Det saknas EG-rättspraxis rörande likabehandlingsdirektivets artikel 5. Ett antal avgöranden från EG-domstolen finns dock rörande motsvarande undantag från diskrimineringsförbudet i rådets direktiv 76/207 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (nedan jämställdhetsdirektivet).

Enligt artikel 2.4 jämställdhetsdirektivet skall diskrimineringsförbudet inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män. EG-domstolen har i mål C-450/93 uttalat att en nationell reglering som undantagslöst och ovillkorligt garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran, om kandidaterna har lika meriter, inte skall anses vara en tillåten åtgärd enligt artikel 2.4 i jämställdhetsdirektivet. Undantaget från diskrimineringsförbudet har således givits en restriktiv tolkning i praxis. Kvotering är inte tillåten.

En jämförelse av ordalydelserna i undantagsbestämmelserna i likabehandlingsdirektivet och jämställdhetsdirektivet ger vid handen att utrymmet för positiv särbehandling i likabehandlingsdirektivet inte bör vara större än motsvarande utrymme i jämställdhetsdirektivet.

Har diskrimineringen varit tillåten enligt 7 § andra stycket likabehandlingslagen?

All form av diskriminering är inte otillåten eftersom det finns undantag från diskrimineringsförbudet. Av 7 § andra stycket likabehandlingslagen framgår att förbudet inte gäller om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan.

Vad som skall anses berättigat – och därmed skapa utrymme för tillåten diskriminering – framgår inte av lagtexten. Tingsrätten har således att tillämpa ett öppet rekvisit vid sin bedömning av den i målet tvistiga rättsfrågan; har diskrimineringen av Josefin Midander och Cecilia Lönn varit berättigad? För att bestämma omfattningen av det tillåtna området är tingsrätten hänvisad till att tolka undantagsbestämmelsen.

I förarbetena till likabehandlingslagen uttalas följande beträffande vad som skall anses utgöra ett sådant särskilt intresse att undantag från diskrimineringsförbudet föreligger.

Avsikten med ett undantag för särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering är att en högskola inte skall hindras från att ta hänsyn till väsentliga samhällliga och sociala intressen, såsom främjande av jämställdhet mellan kvinnor och män och främjande av lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet. Att vid lika meriter välja exempelvis en manlig sökande före en kvinnlig sökande till lärarutbildningen för att förbättra rekryteringen av studenter från det underrepresenterade könet är exempel på när det kan föreligga ett berättigat intresse av att särbehandla någon. Detta föreskrivs också – under vissa förutsättningar – uttryckligen i 7 kap. 10 § andra stycket högskoleförordningen (Se också EG-domstolens uttalanden om möjligheten att vid anställning ge det underrepresenterade könet företräde vid inte bara jämförliga utan också i det närmaste jämbördiga meriter; mål C 407/98, REG-2000), s. I-5539). Vidare bör hänsyn kunna tas till regional- och socialpolitiska intressen vid rekrytering, för att exempelvis motverka social snedrekrytering.

Enligt jämställdhetslagen gäller inte förbudet mot direkt diskriminering, om behandlingen är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet, det vill säga positiv särbehandling. Detta saknar motsvarighet i de diskrimineringslagar som tillkom år 1999. Någon motsvarande regel om positiv särbehandling av ifrågavarande slag föreslås inte heller i lagen om likabehandling. Ett undantag som tar sikte på en behandling som är en del i ett planmässigt främjande av likabehandling är enligt regeringens mening inte nödvändigt mot bakgrund av de krav på aktiva åtgärder (handlingsplaner och dylikt) som ställs upp i lagen (prop. 2001/02:27 s 41 ff).

En jämförelse kan också göras med den ändring i högskoleförordningen som medger ett särskilt urval vid antagning. I förordningens 7 kap. 10 § tredje stycket ges högskolorna, för att förbättra rekryteringen av studenter från underrepresenterat kön, rätt att göra ett urval med hänsyn till kön. Detta gäller dock endast under den förutsättningen att meriterna i övrigt är likvärdiga. Ett nytt fjärde stycke infördes den 1 januari 2003 där högskolorna, i fråga om utbildningar som vänder sig till nybörjare i högskolan, till tio procent av platserna får bestämma urvalsgrunder som innefattar vissa förkunskaper eller andra sakliga omständigheter. I proposition 2001/02:15 Den öppna högskolan uttalas att den alternativa urvalsgrunden bör innebära att en högskola får möjligheten att till en viss utbildning anta sökanden som har vissa angivna förkunskapskrav samt att bestämmelsen bör kunna tillämpas om det finns ett uttalat behov av personal av ett visst kön eller med ett annat modersmål än svenska eller om det finns regionala behov av att utbilda en viss typ av arbetskraft (prop. 2001/02:15 s 65).

Av det anförda följer att undantaget från diskrimineringsförbudet i 7 § andra stycket likabehandlingslagen måste anses ha ett förhållandevis begränsat tillämpningsområde. Något utrymme att tillämpa undantaget i fall där sökandena inte har likvärdiga eller i det närmaste likvärdiga meriter föreligger inte. En sådan tolkning överensstämmer också med vad som ovan anförts om innebörden av det bakom likabehandlingslagen liggande EG-direktivet, likabehandlingsdirektivet. Något stöd för att den av Uppsala universitet vidtagna åtgärden att tillsätta tio procent av platserna till juris kandidatprogrammet utifrån kriteriet ”sökandens bägge föräldrar födda utomlands” till nackdel för andra sökande med bättre meriter skulle falla under undantaget i 7 § andra stycket likabehandlingslagen föreligger såldes inte.

Enligt tingsrättens mening är det alltså inte tillåtet att vid *olika* meriter ge någon från en underrepresenterad grupp företräde framför någon från en annan grupp. Undantaget från diskrimineringsförbudet i 7 § andra stycket likabehandlingslagen omfattar således inte så kallad stark positiv särbehandling medan utrymme för så kallad svag positiv

särbehandling torde föreligga. Redan på grund härav och då staten inte ens gjort gällande att de som antogs före Josefin Midander och Cecilia Lönn hade i huvudsak likvärdiga meriter med dessa, har Josefin Midander och Cecilia Lönn blivit föremål för en otillåten diskriminering. Vid denna bedömning har tingsrätten inte att ta ställning till det berättigade i att ge företräde åt en grupp som bestäms med utgångspunkt i ett kriterium som ”sökandens bägge föräldrar födda utomlands”. Det bör dock framhållas att bedömningen huruvida särbehandling är berättigad skall göras i det särskilda fallet med utgångspunkt bl.a. i den förfördelades förhållanden.

Skadestånd

Då Josefin Midander och Cecilia Lönn har varit föremål för otillåten diskriminering enligt 7 § likabehandlingslagen har de enligt 13 § samma lag rätt till skadestånd för den kränkning som diskriminering har inneburit. Josefin Midander och Cecilia Lönn har vardera yrkat ersättning med 120 000 kr. Staten har vitsordat hälften av de yrkade beloppen som skäligt i och för sig.

Enligt förarbetena till likabehandlingslagen skall skadestånd ha den dubbla funktionen att det skall avhålla från överträdelser samtidigt som det skall ge kompensation åt den som drabbats. Skadeståndet skall vara ägnat att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, vara reellt avskräckande och stå i rimlig proportion till skadan. När ett åsidosättande får mer allvarliga konsekvenser, som att en sökande på grund av diskriminering nekas tillträde till en högskoleutbildning som hon annars skulle ha fått, bör skadeståndet vara högre än om åsidosättandet fått mindre allvarliga konsekvenser (prop. 2001/02:27 s 70 ff).

Vid avvägning av skadeståndets storlek i det nu aktuella fallet tar tingsrätten i mildrande riktning för staten hänsyn till att bestämmelserna i likabehandlingslagen om tillåten särbehandling är svårtillämpliga samt att det inte finns någon praxis på området. I motsatt riktning talar däremot det förhållande att försöksverksamheten har beslutats med ett i hög utsträckning undermåligt beslutsunderlag. Den i målet

presenterade statistiken, vilken har vitsordats av staten, ger närmast vid handen att det saknats behov av positiv särbehandling för att uppnå den av staten önskade etniska mångfalden på juristlinjen.

Vid en samlad bedömning finner tingsrätten att den kränkning Josefin Midander och Cecilia Lönn har utsatts för motiverar ett skadestånd om 75 000 kr vardera.

Rättegångskostnader

Josefin Midander och Cecilia Lönn har yrkat ersättning för arvode och utlägg med sammanlagt 158 850 kr vardera, varav 156 000 kr avser arvode. Staten har som skäligen ersättning avseende arvode vitsordat 100 000 kr för vardera.

Tingsrätten gör följande bedömning av skäligheten i det yrkade arvodet. I målen har hållits en huvudförhandling om ca åtta timmar. Därutöver har handläggningen bestått i att parterna – förutom mindre skrifter om anstånd m.m. – givit in fyra inlagor vardera samt tagit del av en av tingsrätten upprättad sammanfattning enligt 42 kap. 16 § rättegångsbalken. Målen har avsett samma rättsfrågor och i allt väsentligt samma omständigheter. Målen har dock rört en oklar rättsfråga. Sammanfattningsvis anser tingsrätten att den av Josefin Midander och Cecilia Lönn yrkade ersättningen för arvode vida överstiger vad som är skäligen med hänsyn till målens art, omfattning och svårighetsgrad. Tingsrätten bestämmer ersättningen för arvode till av staten vitsordade 100 000 kr vardera.

Anvisningar för överklagande, se bilaga (DV 401)

Överklagande senast den 2 februari 2005; ställs till Svea hovrätt.

På tingsrättens vägnar

Erik Lempert

Jerry Eriksson

Karin Göransson