

De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2017

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg

Genuskritiska frågor inom juridiken

§
iUSTUS
FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2018

Upplaga 1:1

ISSN 1102-3317

ISBN 978-91-7678-982-7

Produktion: eddy.se ab, Visby 2018

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Interak, Poland 2018

Förord

Denna volym av *De lege* behandlar frågor om likabehandling, icke-diskriminering och jämställdhet ur ett rättsligt perspektiv. Detta betydelsefulla område behandlas i bokens artiklar av forskare knutna till Juridiska fakulteten i Uppsala. Det är en förhoppning att artiklarna ska kunna komma till användning inte minst i undervisningen på juristprogrammet.

Initiativet till boken togs av universitetslektor Lena Holmqvist. På fakultetens vägnar vill jag varmt tacka Lena för detta.

Uppsala i maj 2018

Mattias Dahlberg

Dekanus och redaktör för skriftserien

Innehåll

MIKAEL HANSSON

Fred säljer ... men vem betalar? 9

LENA HOLMQVIST

Straffrättsliga genusaspekter 31

TORBJÖRN INGVARSSON

Osolidariskt ansvar 45

THERÉSE FRIDSTRÖM MONTAYA

Personrätt på nytt sätt – ett ämne med potential
att göra skillnad för personerna i rätten 63

ANNIKA REJMER

Vårdnadstvist – en kontraproduktiv genusbias? 83

JOEL SAMUELSSON

Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten 103

MOSA SAYED OCH MARIE LINTON

Kvinnor ”i kläm” vid bedömning av mångfald? 123

REBECCA SÖDERSTRÖM

Bankmän, förtroende och stabilitet. Om könsfördelning
i bankstyrelser 145

DANIEL STATTIN

Bolagsstyrelser, kön och kvotering 157

LAIMA VAIGÈ

Violence against women under international law:
a shift towards normativity desperately needed? 185

Författare 203

Mikael Hansson

Fred säljer ... men vem betalar?

Men halva mänskligheten kommer
aldrig att bli fri, så länge som den
andra halvan hålls i slaveri.

Mikael Wiehe

1 Inledning

Inte sällan talas om att arbetsmarknaden är uppdelad på ett eller annat sätt. En sådan uppdelning är den mellan könen, med vilket då liksom i detta sammanhang avses det binära "kvinna" respektive "man". Hur rättvisande en sådan tydlig, och ofta förgivettagen, dikotomi egentligen är kan (och bör) diskuteras, men det är den som såväl statistik och analyser i allmänhet utgår ifrån, liksom för den delen lagstiftningen (mest uttryckligt intressant nog, i diskrimineringslagen (2008:567), se särskilt 1 kap. 5 §). Begreppsbildningen är i sig normativ, och styr analysen mot att handla till exempel om "mansdominerade" respektive "kvinnodominerade" branscher, sektorer eller yrken. Med att kvinnor eller män dominerar ett yrke åsyftas i de sammanhangen att en stor andel av de som har ett visst yrke, är anställda inom en viss bransch och så vidare, är just män eller kvinnor, det ena könet dominerar så att säga nominellt. Däremot syftar man knappast på att det ena könet dominerar på så sätt att kvinnor eller män har makten över branschen, sektorn, yrket eller vad påståendet avser. Man talar överhuvudtaget, trots ordet "dominerade", inte om makt eller inflytande. Man talar inte heller, åtminstone typiskt sett, om andra markörer, som löner (eller andra anställningsvillkor). Hur dessa bestäms är dock en konkret fråga om just *makt*. Uppsatsen handlar om hur denna makt utövas och begränsas, men också om vem som betalar priset för en

i och för sig fungerande modell för utövandet av den makten. Mängden statistik och analyser av den statistiken är omfattande, men ambitionen här är inte att diskutera den (om det ens låter sig göras utom ramen för de empiriska vetenskaperna), utan att sätta den i ett (arbets)rättsligt sammanhang.

2 Statistiken och löneskillnader mellan kvinnor och män

Kvinnors löner uppgår till 88 procent eller 95,5 procent av mäns löner, beroende på hur man mäter. Det första måttet avser ovägd statistik, medan det andra tar hänsyn till att kvinnor och män arbetar inom olika yrken och sektorer, har olika utbildningsnivå, olika arbetstid och olika ålder.¹ Man kan då till exempel syfta på att 33,4 procent av kvinnorna och 13,7 procent av männen arbetar i "service-, omsorgs- och försäljningsyrken", medan inom "yrken inom byggverksamhet och tillverkning" arbetar 16,6 procent av männen och 1,0 procent av kvinnorna. En viktig skillnad är den mellan privatanställda och offentliganställda, där kvinnor i högre grad är offentliganställda. 31,1 procent av kvinnorna, och 9,4 procent av männen är anställda inom kommuner. 9,1 procent av kvinnorna är anställda i landstingen, motsvarande siffra för männen är 2,6 procent. Andelen män anställda i privat sektor är 47,6 procent medan motsvarande siffra för kvinnor är 26,5 procent. Män finns också i högre grad i "chefsyrken"; 8,3 procent mot 5,1 procent. 86,2 procent av männen arbetar heltid, medan motsvarande andel bland kvinnorna är 61,1 procent. Dessa siffror redovisas av Medlingsinstitutet i den årliga rapporten Löneskillnaden mellan kvinnor och män. Vad säger den officiella lönestatistiken?² Även efter hänsynstagande till sådana faktorer återstår alltså en skillnad på 4,5 procent, som inte verkar kunna förklaras av annat än kön. Därmed kan man för all del inte dra slutsatsen att den sålunda *oförklarade* skillnaden också är *osaklig*, eftersom statistiken inte säger något om andra orsaker än de som ingår i mätningen.³ Olika

¹ Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2016. Vad säger den officiella lönestatistiken? s. 14.

² Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2016. Vad säger den officiella lönestatistiken? s. 44 f. Mycket mer statistik finns på Statistiska centralbyråns (SCB) hemsida, www.scb.se.

³ Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2016. Vad säger den officiella lönestatistiken? s. 13 f.

grad av deltagande i arbete utanför arbetsmarknaden i form av ansvar för hushåll och familj kan till exempel förklara (men inte nödvändigtvis försvara) skillnaderna.⁴ Överhuvudtaget kan priset på arbete säkerligen mätas på många andra sätt än bara lönen isolerad från faktorer som arbetstider och ledigheter (som alltså räknas in som en förklaring när skillnaden räknas fram till 4,5 procent oförklarad löneskillnad), men också (ännu) mer svårkvantifierbara faktorer som värdet av en god arbetsmiljö och allmän trivsel. Det vore dock alltför enkelt att låta sig nöja med att kvinnor värderar sådana faktorer högre än vad män gör och därmed anse löneskillnaden förklarad och rättvis (om någon till äventyrs skulle tänka så). Det kan också diskuteras vad som överhuvudtaget skall anses ingå i "lönen" i snävare eller vidare mening, såsom pensionsavsättningar, möjligheter att växla lön mot ledighet, förmåner av olika slag och så vidare. I den officiella statistiken från Medlingsinstitutet redovisas och diskuteras löneskillnader mellan kvinnor och män med användande av begreppet månadslön, i vilket ingår avtalad fast lön, fasta lönetillägg och ett antal rörliga lönetillägg.⁵ Med "lön" avses alltså i princip vederlag i pengar, eller till pengar lätt översättbara förmåner, för utfört arbete.

De strukturella skillnaderna mellan "mansdominerade" och "kvinnodominerade" yrken eller branscher visar sig också i andra sammanhang. Carin Ulander-Wänman drar, med stöd i (i och för sig numera ganska gammal) forskning som visar att tidsbegränsade anställningar i högre grad leder till tillsvidareanställningar inom den privata sektorn än inom den offentliga och att män i högre grad än kvinnor etablerar sig på arbetsmarknaden (minst grad av visstidsanställningar som leder till tillsvidareanställning fanns inom vård- och omsorgssektorn),⁶ slutsatsen att kvinnor betalar ett högt pris för den flexibilitet som reglerna om tillåtna anställningsformer och möjligheten att avvika från reglerna i kollektivavtal ger.⁷

⁴ Se till exempel Det envisa könsgapet i inkomster och löner – Hur mycket kan förklaras av skillnader i familjeansvar? Angelov, Nikolay, Johansson, Per, Lindahl, Erica, IFAU Rapport 2013:2 med vidare hänvisningar.

⁵ Se till exempel Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2016. Vad säger den officiella lönestatistiken? s. 11.

⁶ Håkansson, Kristina, Språngbräda eller segmentering? En longitudinell studie av tidsbegränsat anställda, IFAU Rapport 2001:1.

⁷ Ulander-Wänman, Carin, Priset för flexibiliteten. En analys av anställningsvillkor för arbetstagare i kommuner och landsting s. 205 och s. 117 f.

3 Arbetsmarknaden och strejken

I benämningen "arbetsmarknad" ligger tanken på att priset på arbete, lönen, (schematiskt och förenklat, men ändå) bestäms av arbetsgivarnas efterfrågan på arbetskraft och arbetstagarnas utbud av detsamma. Arbetstagarorganisationerna, facken, fungerar då som karteller, vilka kan åtminstone styra priset på arbetskraft (det vill säga lönen) genom att bestämma till vilket pris den skall bjudas ut. Karteller brukar inte uppskattas på moderna marknader, eftersom de anses störa de "naturliga" mekanismerna som, när utbud och efterfrågan möts, ger ett optimalt pris. Arbetsmarknaden och lönebildningen är dock speciell, och "överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor" är undantagna från konkurrenslagens regler, 1 kap. 2 § konkurrenslagen (2008:579). Facken har också ett ännu mer ingripande medel att styra utbudet, att momentant helt strypa det; arbetsinställelsen, *strejken*. Att lagstiftaren undantagit arbetsmarknaden från de "vanliga" konkurrensreglerna innebär dock inte att den är oreglerad. Tvärtom handlar den moderna arbetsmarknadslagstiftningen till stor del om att reglera strejker, och att främja arbetsfred.⁸ Lagstiftning är närmast naturligen betingad av ett samhällsintresse (som samhällets intresse av att såväl privat som offentlig verksamhet är igång), men det reglerar också balansen mellan parterna. Regleringen såsom den ser ut är summan av vid varje given tidpunkt mer eller mindre välöverbärgda och mer eller mindre välinformerade val under ett drygt sekellångt skeende. Om de valen kan mycket sägas, och har mycket sagts. I det följande skall något ytterligare sägas, inte om valen, men om dess konsekvenser, om dess pris och om vem som får betala.

4 Lönebildningen och den svenska modellen

Att lönebildningen, alltså hur priset på lönearbete bestäms, är en viktig samhällsfunktion låter sig lätt påstås. Den svenska regleringen är i det avseendet lite udda, eller till och med extrem, i ett europeiskt perspektiv. I de allra flesta länder i EU (Sverige, Danmark och Italien undantagna) finns lagstadgad minimilön eller system för "allmängiltigförklaring" av kollektivavtal, genom vilka vissa kollektivavtal upphöjs till offentligrätts-

⁸ Tydligast framträder syftet i förarbetenas inledningar, prop. 1928 nr 39 s. 37 och prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 4. Jfr dock prop. 1999/2000:32 s. 1 f.

lig författning.⁹ Lönebildningen är alldeles för viktig och känslig för att överlämnas till privata subjekt, skulle resonemanget kunna lyda, om det vore frågan om resonemang och rationella val. Det extrema i den svenska regleringen består i avsaknad av detaljerade regler om lönebildning i allmänhet och om statlig inblandning i synnerhet. I Sverige tycks resonemanget alltså vara det motsatta, att lönebildningen är alldeles för viktig för att lämnas över till staten. Om, som sagt, det vore fråga om rationella val och överväganden. Snarare har dock de olika vägvalen historiska orsaker, för den svenska modellens del är den så kallade *Saltsjöbadsandan* (efter Saltsjöbadsavtalet 1938) framträdande, vilken följde på betydligt mer oroliga tider, vilka kulminerade i de våldsamma händelserna i Ådalen 1931 (då flera människor sköts ihjäl av militär i ett tumult som uppstod i samband med att strejkande arbetare demonstrerade). I Saltsjöbaden träffades det alltså gällande Huvudavtalet mellan Landsorganisationen (LO) (den dominerande huvudorganisationen på arbetsarsidan) och dåvarande Svenska Arbetsgivareföreningen SAF (numera Svenskt Näringsliv). Med avtalet följde (och följer) att parterna själva avser ta ansvar för lönebildningen, utan statlig inblandning.

Styrkeförhållandena på arbetsmarknaden var i princip grundade sedan början av seklet, LO och SAF hade dryga trettio år tidigare (1906) ingått den så kallade decemberkompromissen, som gav arbetsgivarna rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt anta och avskeda arbetstagare, medan arbetstagarna garanterades facklig föreningsfrihet. Den svenska modellen är alltså grundad i över hundra år gamla förhållanden, och även om vissa förhållanden förändrats är de dominerande aktörerna då fortfarande, om än i delvis ny skepnad,¹⁰ alltså dominerande. Förändringar har förstås skett på båda sidor, inte minst på arbetstagsarsidan, där Tjänstemännens Centralorganisation (TCO) och Sveriges Akademikers Centralorganisation tagit plats vid sidan av LO (och TCO och SACO har passerat LO i antal medlemmar).¹¹ Förändringar har dock inte bara skett i organisationsväsendet, utan också (och kanske framförallt) i arbetsmarknadens struktur. Mer lönearbete bedrivs på arbetsmarknaden kanske man skulle kunna säga, i takt med att den offentliga sektorn blivit mer och mer privaträttsligt reglerad.

⁹ Medlingsinstitutets årsrapport 2014 s. 101.

¹⁰ SAF har, som sagt, blivit Svenskt Näringsliv, efter ett samgående med Sveriges Industrieförbund och LO:s medlemsförbund har under åren både slagits samman och nybildats.

¹¹ Medlingsinstitutets årsrapport 2017 s. 220 ff.

Arbetsmarknaden omfattar både kvinnor och män i en annan omfattning än i det framväxande industrisamhälle som började regleras vid förra seklets början.¹² Arbetsmarknaden i början av förra seklet, när alltjämt gällande strukturer så att säga satte sig, var på det hela taget manlig. Vilket kanske inte är så konstigt, sett i historiens ljus. Kvinnor kunde ännu inte bli professorer i vilka ämnen som helst,¹³ och vad mer, kvinnor hade inte rösträtt i val till riksdagen. Den rättsliga och politiska miljön, hela den värld i vilken de grundläggande principerna för dagens arbetsmarknadsreglering etableras, är alltså på många sätt mycket olik dagens – men samtidigt lik i sin ojämlikhet.

5 Arbetsmarknadsregleringen och partsautonomin

Arbetsmarknadsregleringen, särskilt såvitt den avser reglering av anställningsvillkor, bygger i stor utsträckning på att arbetsmarknadens parter¹⁴ skall reglera förhållandena sinsemellan, medan lagstiftaren skall sätta upp ramar men inte i övrigt lägga sig i:

”Sverige har sedan lång tid tillbaka en ordning där parterna på arbetsmarknaden själva tar ansvaret för träffade avtal, utan inblandning av regeringen och riksdagen. Den fria förhandlingsrätten är en grundsten på svensk arbetsmarknad. Löntagarnas strejkrätt och arbetsgivarnas rätt till lockout finns inskriven i grundlagen. Denna grundläggande förutsättning för lönebildningen ligger även i fortsättningen fast. Ansvaret för lönebildningen ligger fortsatt kvar på arbetsmarknadens parter.”¹⁵

¹² Det skulle dröja tjugo år efter decemberkompromissen innan industrin är en större del av Sveriges ekonomi, mätt i BNP, än jordbruket. Sigeman, Tore, Från legostadgan till medbestämmandelagen, SvJT 1984 s. 875–892 s. 878.

¹³ Striderna kring Elsa Eschelssons möjligheter att få en professur i Uppsala kan knappast förbigås i en årsskrift från Juridiska fakulteten, på året 120 år efter det att hon disputerade i civilrätt som den första kvinnan att disputerat för doktorsgrad i juridik i Sverige. Se vidare De lege 1997 Elsa Eschelsson – ad studium et ad laborem incitavit, särskilt Gunilla Strömholm, Elsa Eschelsson. Sveriges första kvinnliga jurist. Se också om Elsa Eschelsson till exempel Svensson, Eva-Maria, Forskaren Elsa Eschelsson: en modern civilist i tiden.

¹⁴ Med ”arbetsmarknadens parter” avses oftast i princip de som kan träffa kollektivavtal, det vill säga de fackliga organisationerna på arbetstagsidan och arbetsgivarorganisationer samt arbetsgivare (även om det nog ofta är organisationerna som finns i blickfånget). Medlingsinstitutet redovisar de flesta organisationerna på sin hemsida, www.mi.se.

¹⁵ Prop. 1999/2000:32 s. 17.

Avtalsfrihet råder med få inskränkningar, varav de flesta syftar till att angripa specifikt ovidkommande hänsyn som diskriminering eller föreningsrättskränkning. Tore Sigeman betecknar 1850-talet och några decennier framåt, ungefär då kontraktstanken vinner insteg i (det som skall bli) svensk arbetsrätt som en ”liberal epok”, men arbetsmarknadsregleringen vilar alltså på liberal, avtalsrättslig, grund.¹⁶ Inom avtalsrättsliga gränser kan arbetsgivare och arbetstagare fritt ingå avtal om arbete, ett avtal i vilket arbetsgivaren ges vissa kontraktuellt grundade rättigheter att leda och fördela arbetet efter hand.¹⁷ Anställningsvillkoren (lön, arbetstid och så vidare) är dock i huvudsak en fråga för avtalsparterna att reglera samsamt. För att väga upp sin svagare position i relation till arbetsgivaren organiserade sig arbetstagare tidigt i fackföreningar, och arbetsgivare svarade på den organisationen genom att organisera sig å sin sida. Anställningsvillkoren kan då regleras mellan jämnstarka(re) parter, i kollektivavtal. På så vis skall rättvisa och saklighet så långt möjlig garanteras. Såvitt avser löner visar det sig dock att det inte verkar möjligt till mer än mellan 88 procent och 95,5 procent.

Lagstiftning på den privata arbetsmarknadens område inskränkte sig från början till en lag om medling, den första årsbarn med decemberkompromissen från 1906. På 1970-talet antogs mycket av den nu gällande centrala lagstiftningen på arbetsmarknadsområdet (till exempel den första anställningsskyddslagen, medbestämmandelagen och lagen om rättegången i arbetstvister. De båda sistnämnda ersatte förslag från 1928) i vilka den då rådande strukturen bekräftas och befästs, med ganska väldefinierade parter på ömse sidor. Lagstiftningen är med något undantag (4 § föräldraledighetslagen (1995:584) om mammaledighet) könsneutral, men i delar tvingande till arbetstagarens förmån (se till exempel 2 § 2 st. lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS), 2 § 1 st. semesterlagen och 2 § 1 st. föräldraledighetslagen). Genom kollektivavtal kan dock många bestämmelser i de arbetsrättsliga lagarna frångås, också till arbetstagarens nackdel (se till exempel 2 § 3 och 4 st. LAS, 3 § arbetstidslag (1982:673), 2 a § semesterlagen och 2 § 2 och 3 st. föräldraledighetslagen). Arbetsmarknadens parter kan alltså disponera över vissa av de arbetstagar- och

¹⁶ Se Sigeman, Tore, *Från legostadgan till medbestämmandelagen*, SvJT 1984 s. 875–892 s. 876.

¹⁷ Att rätten för arbetsgivaren att fritt leda och fördela arbetet skulle ingå i anställningsavtalet var en del av decemberkompromissen, se till exempel Glavå, Mats och Hansson, Mikael, *Arbetsrätt* 3 uppl. s. 28 ff.

dande bestämmelserna genom avtal. Som för att markera det lite extrema utrymmet för arbetsmarknadens parter i den svenska modellen har lagstiftaren för att uppfylla sina skyldigheter enligt EU-rätten "tvingats" införa en del bestämmelser som begränsar parternas handlingsutrymme, de så kallade EU-spärrarna enligt vilka avvikelserna i kollektivavtal inte får gå längre än vad EU-rätten godtar (se till exempel 2 § 4 st. och 3 § 4 st. arbetstidslagen). Reglerna som omger kollektivavtalet, som alltså är medlet att frångå lagstiftning till skydd för svagare part och som är det huvudsakliga sättet att reglera löner och andra anställningsvillkor, är dock inte helt neutrala. Ett utmärkande drag för arbetsmarknadsregleringen är att den ena parten, arbetstagersidan, alltid utgörs av ett *kollektiv*. För arbetstagare som sysselsätts i arbete som omfattas av kollektivavtal kommer kollektivavtalets regler i tillämpliga delar bestämma innehållet i anställningsavtalet (för medlemmar i de avtalsslutande organisationerna genom kollektivavtalets "tvingande verkan" enligt 26 och 27 §§ lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL), för icke medlemmar (ofta, men i och för sig inte nödvändigtvis) genom att arbetsgivaren förbundit sig i kollektivavtalet att tillämpa samma regler på alla arbetstagare). De arbetstagskyddande reglerna förutsätts i princip också tillämpas på samtliga arbetstagare (se till exempel 2 § 6 st. LA, 3 § 3 st. arbetstidslag, 2 a § 3 st. semesterlagen, 2 § 4 st. föräldraledighetslagen). För arbetstagare som arbetar på arbetsplatser utan kollektivavtal är det kollektiva momentet i lönesättningen kanske inte lika omedelbart, men på en arbetsmarknad där ungefär 90 procent av arbetstagarerna sysselsätts i arbete som omfattas av kollektivavtal kommer betydelsen att vara stor.¹⁸ Den höga graden av kollektivavtalstäckning beror på att arbetsgivarna är såpass välorganiserade, medan arbetstagersidan har en betydligt lägre (låt vara hög i ett internationellt perspektiv) organisationsgrad, 69 procent 2016, förvisso med branschvariationer.¹⁹ Till de höga siffrorna bidrar också att såväl de kommunala och landstingskommunala sektorerna liksom statliga anställningar är täckta till 100 procent. Den hundra procentiga täckningsgraden uppnås genom att alla kommuner och landsting är medlemmar i arbetsgivarorganisationen Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), och

¹⁸ Medlingsinstitutets årsrapport 2017 s. 224 ff.; Kjellberg, Anders, Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund s. 31 ff.

¹⁹ Medlingsinstitutets årsrapport 2017 s. 227 ff.; Kjellberg, Anders, Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund s. 7 f. och 51 ff.

genom att staten genom Arbetsgivarverket har slutit kollektivavtal för alla anställda, som dessutom genom förordning (1976:1021) om statliga kollektivavtal, m.m. skall tillämpas också på utanförstående arbetstagare. Det är alltså som kollektiv arbetstagsidan är anförtrödd både att disponera över arbetstagskyddet och att normera lönerna, men kollektiviseringen på arbetsgivarsidan har stor del i att det fungerar. Modellen har varit framgångsrik, nästan oberoende av vad och hur man mäter, tycks det. Antalet dagar förlorade i arbetsmarknadskonflikter är relativt internationella förhållanden litet.²⁰ Sverige har också ett relativt välstånd, den ekonomiska utvecklingen har varit god och de senaste årens ekonomiska kris i Europa har inte drabbat Sverige och den svenska ekonomin lika hårt som den drabbat många andra länder.

6 Partsautonomin och jämställdhetsregleringen

En del av partsautonomin och statens strävan efter icke-intervention är frånvaron av någon myndighet, ”det allmänna” eller vad man vill kalla det som har direkt inflytande över lönebildningen. Enligt regeringsformen skall annars det allmänna enligt 1 kap. 2 § motverka diskriminering på grund av bland annat kön (med ”kön” lär också här förstås ”kvinna” och ”man” i binär och ömsesidigt uteslutande mening). Alla regler i regeringsformens första kapitel skall dock inte tolkas bokstavligt (vad det nu skulle vara), det råder en bred samsyn om att bestämmelserna är ”program-” eller ”målsättningsstadganden” som inte är rättsligt bindande eller utkrävbara i domstol.²¹ Det talas också i samma paragraf (2 st.) om att det allmänna skall ”trygga rätten till arbete”, en rätt som uppenbarligen inte heller kan utkrävas. Medlingsinstitutet, den statliga myndighet som främst har med lönebildningen att göra, skall enligt 4 §

²⁰ Medlingsinstitutets årsrapport 2017 s. 94 f.

²¹ Se till exempel Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne och Regner, Göran, Grundlagarna, 3 uppl. s. 60 f.; Bull, Thomas, Sterzel, Fredrik, Regeringsformen – En kommentar, 3 uppl. s. 50 f.; Bremdal, Patrik, År RF 1 kap. 2 § bara tomma ord? – Några tankar om målsättningsstadgandet i RF; Hirschfeldt, Johan, Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik, De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014 s. 37 ff.; Derlén, Mattias, Lindholm, Johan och Maartijärvi, Markus, Konstitutionell rätt s. 416. Jfr delvis Warnling-Nerep, Wiweka, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Bernitz, Hedvig, Sandström, Lena Statsrättens grunder 5 uppl. s. 60 och s. 180 f.

förordning (2007:912) med instruktion för Medlingsinstitutet analysera löneutvecklingen från ett jämställdhetsperspektiv, och ”vidare vid sina överläggningar med arbetsmarknadens parter om kommande och pågående avtalsförhandlingar fästa uppmärksamheten på vikten av att de centrala kollektivavtalen konstrueras så att de främjar de lokala parternas arbete med lönefrågor ur ett jämställdhetsperspektiv.” Lönestatistiken redovisas årsvis i ”Rapporten om löneskillnader”, senast publicerade rapport avser 2017.²² I medlingsverksamheten, som ändå är kärnverksamheten (se 1 § instruktion för Medlingsinstitutet), är jämställdhetsintresset inte framträdande. Istället skall medlingen syfta till att (instruktion för Medlingsinstitutet 2 § 3) ”tillvarata och upprätthålla den samsyn som finns på arbetsmarknaden om den konkurrensutsatta sektorns lönenormerande roll”, det vill säga det så kallade *märket* skall bevakas. Märket är den norm för löneökningar som sätts av industriavtalets²³ parter, det vill säga ett antal arbetsgivare och fack i den konkurrensutsatta industrin – alltså en mansdominerad sektor.

I regeringsformens andra, på ett mer tydligt sätt rättsligt bindande, kapitel återfinns också regler av intresse. Enligt 2 kap. 13 § får inte lag eller annan föreskrift innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön (om inte föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt). Bestämmelsen riktar sig mot det allmänna, men träffar också civilrättslig lagstiftning.²⁴ Däremot omfattas inte civilrättsliga förhållanden som sådana, till exempel förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.²⁵ En reglering i avtal mellan privata subjekt, såsom i anställningsavtal eller kollektivavtal, träffas alltså inte av grundlagsbestämmelsen (jfr 8 kap. 1 § regeringsformen, enligt vilket ”föreskrifter” meddelas av riksdag, regering, av andra myndigheter eller kommuner). Arbetsmarknadens reglering i föreskrifter är också genomgående könsneutral (med undantag för regler om mammaledighet), och den är som sagt till sitt materiella innehåll

²² Rapporterna ges ut i tryckt form, men de finns också publicerade på Medlingsinstitutets hemsida, www.mi.se.

²³ Det första Industriavtalet slöts 1997, det i skrivande stund gällande trädde i kraft sommaren 2016. Se Industrirådets hemsida, <https://www.industriradet.se/industriavtalet/>.

²⁴ Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne och Regner, Göran, Grundlagarna, 3 uppl. s. 145 f.; Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, Regeringsformen – En kommentar s. 81.

²⁵ Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne och Regner, Göran, Grundlagarna, 3 uppl. s. 145.

till dominerande del upprättad just mellan privata subjekt. Det innebär dock inte i och för sig att inga regler begränsar det utrymme som arbetsmarknadens parter har. Diskrimineringslagen (2008:567) förbjuder diskriminering på grund av (bland annat) kön. Ogiltighetspåföljden i 5 kap. 3 § är tillämplig på avtal och avtalsbestämmelser, inbegripet bestämmelser i kollektivavtal.²⁶ Det har också sagts, långt innan nu gällande diskrimineringslag trädde i kraft, att särskilt förbudet mot indirekt diskriminering borde kunna användas för att angripa osakliga löneskillnader mellan kvinnor och män.²⁷

Medlingsinstitutet har alltså ingen uttrycklig instruktion att beakta jämställdheten mellan könen (eller likabehandling i övrigt, för den delen). Det uppdraget har i stället Diskrimineringsombudsmannen (DO), som enligt lag (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen har till uppgift att verka för att diskriminering som har samband med (bland annat)²⁸ kön inte förekommer på några områden av samhällslivet (1 § 2 st.) och att också i övrigt verka för lika rättigheter och möjligheter oavsett (bland annat) kön (1 § 3 st.). Arbetsmarknaden omfattas tveklöst i det breda uppdraget, men kan säkerligen också drunkna däri, särskilt

²⁶ En relaterad, men ändå annan, sak är att det synes finnas ett visst motstånd mot att jämka eller ogiltigförklara bestämmelser i kollektivavtal, åtminstone delvis beroende på de svåröverblickbara följderna av en jämkning eller ogiltigförklaring, se till exempel NJA 2011 s. 67 med hänvisningar till Tore Sigeman, 36 § avtalslagen och arbetsrätten, Festschrift till Jan Hellner, 1984, s. 587 ff. Det oöverblickbara har i sin tur att göra med kollektivavtalets ”normerande verkan”, särskilt på anställningsvillkoren för arbetstagare som är medlemmar i fackliga organisationer som har kollektivavtal med arbetsgivaren (26 och 27 §§ MBL), men också för icke medlemmar genom den så kallade ”utfyllande verkan”. När konsekvenserna inte är lika oöverblickbara synes tveksamheten vara minde, se till exempel AD 2011 nr 37, i vilket uppsägningar på grund av en avtalsturlista (ett kollektivavtal som reglerar vilka, i vilken ordning eller enligt vilka principer arbetstagare skall sägas upp i samband med neddragning av en verksamhet (jfr 2 § 3 st. och 22 § LAS)) som befanns vara diskriminerande (på grund av ålder) ogiltigförklarades. Däremot avvísades yrkandet om ogiltigförklaring av själva avtalsturlistan, eftersom fastställelseintresse saknades (en ogiltigförklaring skulle inte påverka arbetsgivarens handlande i relation till de uppsagda arbetstagarna).

²⁷ Marknadsargumentet har identifierats och diskuterats till exempel i antologin Fransson, Susanne (red.), Marknaden – saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar, Norstedts Juridik 2007, och senast av Svenaeus, Lena, *Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män*, Lund Studies in Sociology of Law 2017.

²⁸ De övriga diskrimineringsgrunderna enligt diskrimineringslagen är könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder.

som det finns en annan myndighet som har ansvar för det området, ett område som präglas av partsautonomi och ett minimalt statligt inflytande. Diskrimineringsombudsmannen kan ju inte heller lägga sig i lönebildningen på samma nära och intima sätt som Medlingsinstitutet, utan det mest verkningsfulla medel DO har är att väcka talan i enskilda fall. Att använda det medlet är självfallet inte uteslutet, men det kan knappast förväntas att DO med nuvarande resurser och uppdrag skulle kunna prioritera att väcka talan mot fall av osaklig och könsberoende lönesättning.²⁹ I diskrimineringslagen, som DO är satt att bevaka, skall snarare just osakliga löneskillnader motverkas genom arbetsgivares aktiva åtgärder enligt 3 kap.³⁰

7 Stridsåtgärder och lönebildningen

Redan i själva ordet "stridsåtgärd" ligger en aggression, och beteckningarna på de olika formerna består av mer eller mindre fysiska eller våldsamma metaforer. Arbetsmarknadskonflikten är en kraftmätning, där (i händelse av strejk) den ena parten håller inne sin prestation (arbete) trots att den behöver motprestationen (lönen). Det går bara att göra om man är starkare och kan hålla ut längre än motparten. Strejken (eller lockouten, eller blockaden) går ut på att betvinga, att dominera motparten. Oftast avhåller sig parterna från att radera ut motparten fullständigt, men stridsåtgärden går ut på att tillfoga motparten skada och det finns i och för sig inget som hindrar att en angripen arbetsgivare (eller en angripen fackförening, för den delen) till och med går i konkurs. Så har också skett i bakgrunden till flera uppmärksammade rättsfall. Stridsåtgärderna i de fallen har dock inte rört lönefrågan direkt, utan de har primärt syftat till att tvinga arbetsgivaren att teckna kollektivavtal (sådana konflikter

²⁹ "[Reglerna om indirekt diskriminering har en enorm potential.] Så snart man kan konstatera att en viss norm ger sämre utfall för den grupp som skyddas av ett diskrimineringsförbud kan domstolen pröva innehållet i den tillämpade normen. Samtidigt vet alla att det inte går an och inte är meningen att en domstol skall kunna ifrågasätta de mest grundläggande normerna i samhällsstrukturen, t. ex. de strukturella olikheter som den fria marknaden ger upphov till." Christensen, Anna, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, Numhauser-Henning, Ann (red.) Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Juristförlaget i Lund 2000 s. 35–65 s. 47.

³⁰ Diskrimineringslagens tredje kapitel är delvis nytt, men skillnaderna är inte av intresse för denna uppsats.

har kallats ”systemförsvarskonflikter”, ställt mot ”avtalskonflikter” – här står egentligen snarare de sistnämnda i fokus).³¹ Det kan, utan att det går att dra några rättsliga slutsatser, noteras att strejken i sig framstår som vad som fördomsfullt och generaliserande skulle kallas för ett ”manligt” sätt att lösa en konflikt. En sådan slutsats skulle också antagligen ha vissa problem att hantera det förhållande att det ”kvinnliga” sättet att lösa konflikter, genom förhandling och samförstånd, ju inte heller verkar ge kvinnor ett bättre utfall. I den svenska modellen för lönesättning är de båda också ganska intimt förknippade med varandra i funktionellt hänseende, förhandlingarna sker under uttryckligt eller underförstått hot om använda stridsåtgärder (”collective bargaining without the right to collective actions is collective begging”).³²

Strejken är ett påtryckningsmedel för att tvinga motparten till underkastelse genom att en prestation som motparten behöver hålls inne. För att medlet skall vara effektivt måste förstås motparten drabbas, så att det är mer kostsamt att härda ut än att gå med på de ställda kraven. Verkligheten är alltså inte i första hand rättslig, genom rättsreglerna sätts bara ramarna upp för striden. De är i delar ganska oklart definierade, tydligen har inte preciseringar krävts i vare sig praxis eller lagstiftning, utan parterna har nyttjat sin autonomi tillräckligt skickligt och återhållsamt för att lagstiftaren skall kunna förhålla sig passiv. Inom de sålunda oklara ramarna är det framförallt de ekonomiska konsekvenserna som gör vapnet effektivt. Den arbetsgivarpart som får se sin produktion stå stilla på grund av en strejk eller någon annan stridsåtgärd kommer typiskt sett inte klara att stå emot (utom under särpräglade omständigheter såsom en kraftig lågkonjunktur, då produktionen ändå skulle stå stilla eller vara mindre). På den offentliga sektorn är den ekonomiska logiken närmast

³¹ Se till exempel i NJA 2015 s. 899 (fråga om en kränkning av Europakonventionen genom fackliga stridsåtgärder kunde medföra skadeståndsansvar) och Lavalmålet AD 2009 nr 89 (Arbetsdomstolens slutliga avgörande), C-341/05 *Laval un Partneri* (EG-domstolens avgörande), AD 2005 nr 49 (fråga om stridsåtgärdernas lovlighet, med fråga till EG-domstolen) och AD 2004 nr 111 (interimistiskt beslut ifråga om stridsåtgärdernas lovlighet). Se för terminologin Moberg, Erik, Lockout, strejk och blockad och Reinhold Fahlbecks anmälan i Arbetsmarknad & Arbetsliv, särskilt vid not 3.

³² Se Hansson, Mikael, Berättaren och paradigmet – exemplet Niklas Bruun, Ahlberg, Kerstin, Herzfeld Olsson, Petra och Malmberg, Jonas (red.), Niklas Bruun i Sverige. En vänbok s. 153–164 s. 156 (not 9) och Iossa, Andrea, *Collective Autonomy in the European Union Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining*, Lund university 2017 s. 366 (not 5).

den omvända – arbetsgivaren (staten, landsting eller kommuner) sparar istället pengar när personal i vård eller skola strejkar. Till det kommer att arbetsgivarparten, särskilt när den uppträder i form av staten, i princip är okänslig för kostnader. Istället för den ekonomiska logiken får alltså de offentliganställda lita till att vinna opinionen snarare än att tvinga arbetsgivaren till underkastelse med ekonomiska medel. ”Egentligen går det inte att beskriva effekterna av vårdkonflikten i ekonomiska termer eftersom verksamheten inte är inriktad på att tjäna pengar” säger Medlingsinstitutet angående vårdkonflikten. Medlingsinstitutet påpekar dock också att en del av de vårdinsatser som fick ställas in under konflikten fördröjades då de fick göras senare med kostnader för övertid och liknande som följd.³³ Offentliganställda strejkar från en lite säkrare position än privatanställda eftersom de i princip inte riskerar att jobben försvinner genom att arbetsgivaren flyttar produktionen utomlands, vilket kanske gör att de kan hålla ut lite längre, men till stora kostnader. Två av 2000-talets stora konflikter har utspelat på det offentliga området; Kommunals strejk 2003³⁴ och den nämnda vårdkonflikten 2008.³⁵ Det är också bara på arbetsgiversidan som den ekonomiska logiken är omvänd. Det finns, liksom vid konflikter på den privata arbetsmarknaden, en uppenbar och mätbar ekonomisk effekt för arbetstagarsidan; vårdkonflikten kostade Vårdförbundet närmare 74 miljoner kronor i konfliktersättning till de strejkande medlemmarna.³⁶

Till det kommer att också logiken bakom en mer eller mindre uttalad princip om neutralitet tycks omvänd. Det har redan antytts att staten så långt möjligt strävar efter att förhålla sig neutral till konflikter på arbetsmarknaden. När konflikten drabbar den offentliga sektorn, särskilt den statliga, är det ju dock i någon mening omöjligt. Staten har ju också ansvar för att vissa grundläggande samhällsfunktioner fungerar. Det kan ge en viss ökad känslighet för konflikter, även om graden av ingripande inte är särskilt stort. Vid endast ett tillfälle i modern tid har stridsåtgärder avbrutits genom lagstiftning, dock före 1974 års regeringsform. Då avbröts

³³ Medlingsinstitutets årsrapport 2008 s. 165.

³⁴ Det året förlorades 627 541 arbetsdagar i konflikt varav närmare 600 000 från Kommunals konflikt. Det är en mycket hög siffra. Se Medlingsinstitutets årsrapport 2003 s. 120 ff.

³⁵ Det året förlorades 106 801 dagar, varav merparten till vårdkonflikten. Se Medlingsinstitutets årsrapport 2008 s. 164 och s. 174.

³⁶ Medlingsinstitutets årsrapport 2008 s. 165.

en strejk på den offentliga sektorn, den så kallade SACO-konflikten.³⁷ Det finns ingen lag om förbud mot strejker vid samhällsfarliga konflikter eller liknande, utan också det är överlämnat till parterna. Men, medan en strejk på den privata sektorn kan sträva efter att undvika alltför stora direkta verkningar för tredje man måste strejken på den offentliga sektorn drabba just tredje man, eftersom motparten i sig är okänslig för strejken. Det är genom svårigheten att fullgöra en uppgift gentemot tredje man (till exempel att ge vård eller utbildning) som motparten i konflikten drabbas.³⁸

8 Stridsåtgärderna och alternativen

När en viss yrkesgrupp inte har ett visst handlingsutrymme, när (till exempel) strejken inte står till buds, kommer andra handlingsmönster att skapas istället. Ett exempel är det så kallade sjuksköterskeupproret, där sjuksköterskor vägrade ta anställning under en viss ingångslön (24 000 kr).³⁹ En sådan åtgärd sker dock inte utanför fredspliktsreglerna, sjuksköterskorna (som det råkar vara i den situationen) berövas en åtgärd av de rådande reglerna i förening med de rådande strukturerna, men de kan inte välja åtgärd fritt. Någon rättslig prövning av sjuksköterskeupproret har inte skett, men en motsvarande åtgärd lär i princip vara en stridsåtgärd – det vill säga en kollektivt vidtagen åtgärd till stöd för krav på vissa anställningsvillkor.⁴⁰ Om den i så fall skulle anses lovlig eller inte är en delvis annan fråga, som kan komma att avgöras av innehållet i och förhållandet till gällande kollektivavtal (också i det avseendet är arbetsmarknadsregleringen på sitt sätt i första hand avtalsrättsligt grundad. Vad som är avtalat i kollektivavtal omfattas av fredsplikt och stridsåtgärder som angriper det avtalade är ogiltiga, det som inte är avtalat kan, lite förenklat, avgöras med hjälp av stridsåtgärder). Till det kommer att den åtgärd de tvingas ta till placerar dem i en mer utsatt position än de som kan använda strejken verkningsfullt. Strejken bedrivs från en säker position, i vart fall så länge den är lovlig. Under strejken upphör de till strejk

³⁷ Se lag (1971:43) om förnyad giltighet av vissa kollektivavtal och kungliga Maj:ts kungörelse (1971:44) om förnyad giltighet av vissa kollektivavtal.

³⁸ Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2016. Vad säger den officiella lönestatistiken? s. 38.

³⁹ Se till exempel Kjellberg, Anders, Partsrelationer och makt, i Holmqvist, Margaretha (red.), Makt och inflytande i arbetslivet s. 75.

⁴⁰ Glavå, Mats och Hansson, Mikael, Arbetsrätt 3 uppl. s. 178 ff.

uttagna arbetstagarnas skyldighet att utföra arbete respektive arbetsgivarens skyldighet att betala lön till dessa. När strejken upphör återinträder skyldigheten på ömse sidor. Arbetsvägran i form av en lovlig strejk är inte saklig grund för uppsägning eller avsked (vilket arbetsvägran under andra omständigheter typiskt sett är). Istället för lön får den enskilde fackligt anslutne arbetstagaren ersättning från förbundets strejkkassa. Insatsen för den enskilde, fackligt anslutne, arbetstagaren är alltså i princip att strejkkassan kanske inte täcker hela lönen och att medlemsavgiften på sikt ökar om strejken blir långvarig och dyr, utan att det motsvarar utfallet i bättre villkor. Det gäller i vart fall så länge inte den verksamhet som strejken rör som ett realistiskt alternativ till att tillmötesgå kraven kan lägga ner verksamheten, eller flytta utomlands ("kapitalets strejk"). Då ökar förstås insatsen också för den enskilde arbetstagaren, eftersom anställningen i förlängningen riskeras (även om alltså inte strejken i sig är ett rättsligt gångbart skäl att avsluta anställningen). Det är dock egentligen sin strejkvilja och kamplust som medlemmarna själva disponerar över, eftersom strejken är en kollektiv åtgärd, beslutad av organisationen (för att vara en av rättsordningen skyddad åtgärd, vilket kan läsas ut av 2 kap. 14 § regeringsformen enligt vilken arbetsgivare eller förening av arbetstagare eller arbetsgivare har rätt att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden, av den ganska svårlästa 41 § medbestämmandelagen framgår det att stridsåtgärder skall vara beslutade i "behörig ordning"). Organisationerna kan disciplinera sina medlemmar att delta i en beslutad strejk, i enlighet med sina stadgar. Att delta i av organisationen beslutade stridsåtgärder lär vara en viktig förpliktelse i medlemskapet, eftersom organisationens styrka bygger på att medlemmarna solidariskt deltar, och ett brott mot det skulle kunna leda till uteslutning. Nu kan man för all del tycka att det inte låter så allvarligt, särskilt för den som uppenbarligen inte delar föreningens mål eller bedömning just avseende strejken. Gemenskap på arbetsplatsen, känslor av solidaritet och tillhörighet och så vidare skall självfallet inte underskattas, men sådana "icke-rättsliga" medel kan åtminstone inte utan vidare ersätta rättsliga medel. Historiskt har dock en sådan sanktion haft allvarliga konsekvenser, särskilt i branscher med så kallade organisationsklausuler, vilka innebar att medlemskap i en facklig organisation var en förutsättning för att få anställning och en uteslutning alltså kunna innebära svårigheter att utöva yrket.⁴¹ Att uteslutas ur en

⁴¹ Organisationsklausulerna lär numera vara utmönstrade. Danska organisationsklausuler befanns i målen Sørensen mot Danmark och Rasmussen mot Danmark (application

förening, en gemenskap, är dock, oaktat att de ekonomiska konsekvenserna historiskt kan ha varit större, en allvarlig sak och den rättsligt sett hårdaste markeringen som står till buds i detta sammanhang. Också disciplineringsmekanismerna i arbetsmarknadsregleringen vilar alltså i hög grad på partsautonomi och avtal mellan parterna.⁴²

Också utanför den lovliga strejken finns ett visst skydd för arbetstagare, i det att det skadestånd som arbetstagare kan åläggas att betala för deltagande i en olovlig stridsåtgärd är begränsat, tidigare genom en uttrycklig lagregel till 200 kr, numera genom förarbetsuttalanden och praxis.⁴³ Den sjuksköterska som deltar i sjuksköterskeupproret måste ju dock göra det från en oskyddad position, insatsen är att inte få jobb alls.⁴⁴ Det finns inte heller någon tillgång till disciplinerande medel för sjuksköterskor som inte deltar, i vart fall inga rättsliga sådana, och som alltså konkurrerar ut deltagande sjuksköterskor med lönen som medel. Det i sig utmanar en kollektivavtalsbaserad lönebildningsmodell som den svenska, eftersom fackens syfte och kollektivt avtalade (lägsta)normer för anställningsvillkor är att arbetstagare inte skall konkurrera sinsemellan med lägre löner, vilket riskerar att leda till ett *"race to the bottom"*. Tanken är att i någon mening sätta den mekanism som ger att priset bestäms av utbud och efterfrågan ur spel. Därför är det också konsekvent att i vart fall de fackliga organisationerna strävar efter att alla anställningsvillkor inom ett kollektivavtals tillämpningsområde skall regleras av detta, oberoende av om arbetstagarna är medlemmar eller inte.

nos 52562/99 och 52620/99) Europadomstolens dom den 11 januari 2006 strida mot den negativa föreningsrätten såsom den skyddas av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) art 11.

⁴² Det innebär dock inte att inte statsmakterna kan gripa in, vilket till exempel skedde i Finland 2007, då ett stort antal sjuksköterskor hotade att säga upp sig om inte villkoren förbättrades. Regeringen förberedde en tillfällig lag (se RP 153/2007 rd) som skulle kunna tvinga personer med relevant utbildning att utföra arbete. Förslaget syftade dock knappast till att disciplinera sjuksköterskorna, utan att säkra tillgången till vård.

⁴³ Se prop. 1991/92:155 s. 5 ff. och AD 1996 nr 22 (skadeståndet bestämdes till 1 700 kr). I AD 2018 nr 14 uttalade Arbetsdomstolen att riktmärket med hänsyn till penningvärdesförändringen numera skall vara 3 000 kr.

⁴⁴ Vi skulle här, om övningen hade varit en annan, kunna ha identifierat ett normativt grundmönster som skyddar en etablerad position, Christensen, Anna, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster.

9 Avslutning

Den svenska modellen för lönebildning har en historia som i princip är lika lång som, och i många avseenden densamma som, den moderna svenska arbetsrättens historia. Den har varit, och är, framgångsrik – den fungerar kort och gott i princip bra. Frågan är dock; för vem? Kvinnor har lägre lön än män, beroende på hur statistiken räknas fram framgår mellan 12 och 4,5 procent oförklarad (därmed, som sagt, inte nödvändigtvis osaklig) löneskillnad. Till dess löneskillnaden antingen försvinner (för den har stadigt minskat) eller förklaras, tycks slutsatsen vara att modellen fungerar bättre för män än för kvinnor. Man kan förstås invända att det egentligen inte är lönebildningsmodellen som sådan det är fel på, utan andra normer och föreställningar om manliga och kvinnliga yrken, utbildningssystemet eller något annat som driver män till vissa yrken och kvinnor till andra. Problemet då är att förklara hur de ”manliga” arbetena är mer värda än de ”kvinnlige” – utan att ta hänsyn till att arbetena värderas genom lönebildningsmodellen. Räknar man in det oavlönade hemarbete, som alltjämt i högre grad utförs av kvinnor, och som inte går att strejka ifrån (i vart fall inte i rättslig mening), ökar skillnaden ytterligare. Det arbetet är i en viss mening värdelöst, eftersom det inte har något pris. Ett pris har däremot den, i och för sig fungerande, lönebildningsmodellen. Det priset får man betala för den svenska modellen verkar det, och alldeles särskilt kvinnor får betala i termer av lägre lön. Men, det kan också tänkas att man (och kvinnor, det är *inte* ett försvarstal från en författare som råkar vara man) betalar ett pris, i termer av att modellen bidrar till att upprätthålla föreställningar om manligt och kvinnligt – föreställningar som är märkligt lika de som rådde när modellen började växa fram vid förra seklets början (även om kvinnor, till exempel, får bli professorer⁴⁵). Kanske är beteckningarna kvinnodominerade och mansdominerade branscher missvisande. Vi (*vi*, för det är en gemensam angelägenhet – diskriminering är ett *samhällsproblem*)⁴⁶ kanske borde tala om mansdominerande och kvinnodominerande yrken istället.

⁴⁵ Vilket inte innebär att förutsättningarna är lika, men det är en annan historia. Den har berättats till exempel av Sandström, Ulf, Wold, Agnes, Jordansson, Birgitta, Ohlsson, Björn, Smedberg, Åsa, Hans Excellens: om miljardsatsningarna på starka forskningsmiljöer Delegationen för jämställdhet i högskolan och Chrapkowska, Cecilia, Akademiens anrikning av män: en studie av svensk utbildningsstatistik 1957–2002.

⁴⁶ Hellborg, Sabina, Diskrimineringsansvar. En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering, Iustus förlag 2018 s. 25.

Referenser

AD 2018 nr 14

AD 2011 nr 37

AD 2009 nr 89

AD 2005 nr 49

AD 2004 nr 111

AD 1996 nr 22

NJA 2015 s. 899

NJA 2011 s. 67

C-341/05 Laval un Partneri

Sørensen v. Denmark och Rasmussen v. Denmark (application nos 52562/99 och 52620/99) Europadomstolens dom den 11 januari 2006

Prop. 1999/2000:32 Lönebildning för full sysselsättning

Prop. 1991/92:155 om skadestånd för arbetstagares deltagande i olovlig stridsåtgärd

Prop. 1975/76:105 bilaga 1 Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet

Prop. 1928 nr 39 förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol

RP 153/2007 rd förslag till lag om säkerställande av patientsäkerhet vid arbetskonflikt inom hälso- och sjukvården

Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2016. Vad säger den officiella lönestatistiken? Medlingsinstitutet 2017

Medlingsinstitutets årsrapport 2017

Medlingsinstitutets årsrapport 2014

Medlingsinstitutets årsrapport 2008

Medlingsinstitutets årsrapport 2003

Angelov, Nikolay, Johansson, Per, Lindahl, Erica, Det envisa könsgapet i inkomster och löner – Hur mycket kan förklaras av skillnader i familjeansvar? IFAU Rapport 2013:2

Bremdal, Patrik, Är RF 1 kap. 2 § bara tomma ord? – Några tankar om målsättningsstadgandet i RF, Karin Åhman (red.) Regeringsformen 40 år 1974–2014, De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014

Bull, Thomas, Sterzel, Fredrik, Regeringsformen – En kommentar, 3 uppl. Studentlitteratur 2015

- Chrapkowska, Cecilia, Akademins anrikning av män: en studie av svensk utbildningsstatistik 1957–2002, Uppsala universitet 2006
- Christensen, Anna, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, Numhauser-Henning, Ann (red.) Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Juristförlaget i Lund 2000 s. 35–65
- Christensen, Anna, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster Tfr 1996 s. 519–574
- Derlén, Mattias, Lindholm, Johan och Maartijärvi, Markus, Konstitutionell rätt, Wolters Kluwer 2016
- Fahlbeck, Reinhold, Anm. av Moberg, Erik, Lockout, strejk och blockad, Arbetsmarknad & Arbetsliv, årg. 15, nr 2 2009
- Fransson, Susanne (red.), Marknaden – saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar, Norstedts Juridik 2007
- Glavå, Mats och Hansson, Mikael, Arbetsrätt, 3 uppl. Studentlitteratur 2015
- Hansson, Mikael, Berättaren och paradigmet – exemplet Niklas Bruun, Ahlberg, Kerstin, Herzfeld Olsson, Petra och Malmberg, Jonas (red.), Niklas Bruun i Sverige. En vänbok s. 153–164
- Hellborg, Sabina, Diskrimineringsansvar. En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering, Iustus förlag 2018
- Hirschfeldt, Johan, Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik, Karin Åhman (red.) Regeringsformen 40 år 1974–2014, De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014
- Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne och Regner, Göran, Grundlagarna, 3 uppl. Norstedts Juridik 2012
- Håkansson, Kristina, Språngbräda eller segmentering? En longitudinell studie av tidsbegränsat anställda, IFAU Rapport 2001:1
- Iossa, Andrea, Collective Autonomy in the European Union Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining, Lund university 2017
- Kjellberg, Anders, Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund, Department of Sociology, Lund University Studies in Social Policy, Industrial Relations, Working Life and Mobility Research Reports 2018:1
- Kjellberg, Anders, Partsrelationer och makt, i Margaretha Holmqvist (red.) Makt och inflytande i arbetslivet Premiss 2016 s. 65–80
- Moberg, Erik, Lockout, strejk och blockad, Ratio 2006

- Sandström, Ulf, Wold, Agnes, Jordansson, Birgitta, Ohlsson, Björn, Smedberg, Åsa, Hans Excellens: om miljardsatsningarna på starka forskningsmiljöer Delegationen för jämställdhet i högskolan Rapport 2010:4
- Sigeman, Tore, Från legostadgan till medbestämmandelagen, SvJT 1984 s. 875–892
- Strömholm, Gunilla, Elsa Eschelsson, Sveriges första kvinnliga jurist, Elsa Eschelsson – ad studium et ad laborem incitavit, De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 1997
- Svenaeus, Lena, Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män, Lund Studies in Sociology of Law 2017
- Svensson, Eva-Maria, Forskaren Elsa Eschelsson: en modern civilist i tiden, Kvinnliga akademikers förening 2011
- Ulander-Wänman, Carin, Priset för flexibiliteten. En analys av anställningsvillkor för arbetstagare i kommuner och landsting, Iustus 2014
- Warnling-Nerep, Wiweka, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Bernitz, Hedvig, Sandström, Lena, Statsrättens grunder, Wolters Kluwer, 5 uppl. 2015

www.industriradet.se/industriavtalet/

www.mi.se

www.scb.se

Lena Holmqvist

Straffrättsliga genusaspekter

1 Kvinnor och män som gärningsmän

1.1 Lura till sig bidrag och andra förmåner

Regeringen föreslår en lag som kommer att öka antalet brott som begås av kvinnor, sammanfattade en journalist i samband med att förslaget att införa brottstypen bidragsbrott lämnades till riksdagen. Att regeringen själv uppmärksammade detta resultat i propositionen var ett tillägg som kan förklaras mer av att alla propositioner ska ha ett avsnitt om konsekvenser av genomförda förslag, vilket även finns i prop. 2006/07:80 Bidragsbrottslag på s. 93, än av att regeringen ville öka kvinnors antal brott och andel av brottsligheten. Under rubriken Jämställdhetsanalys konstateras att de ekonomiska förmåner som lagen skulle bli tillämplig för, enligt dess 1 §, är det något fler kvinnor än män som får utbetalda. Även om kvinnor får mindre belopp, genomsnittligt sett, utgör sådana utbetalningar en större andel av kvinnors inkomster än för män. Regeringen drog av detta först slutsatsen att kvinnor är mer beroende än män av att välfärdssystemet fungerar utan störningar av brottslighet. Med en begränsad mängd medel skulle felaktiga utbetalningar minska det totala belopp som finns att tillgå och därmed nivåerna för transfereringar som betalas ut i enlighet med regelsystemet.

Bidragsbrottsutredningen redovisade i sitt betänkande SOU 2006:48 Bidragsbrott de uppgifter om bidragsfusk av olika slag som fanns tillgängliga. Att statistiken och kunskapsunderlaget hade sina brister var inte något som doldes. Trots detta uppfattades det som ett problem, oberoende av hur stort eller litet det var, att välfärdssystemen utnyttjades på ett sätt som var såväl omoraliskt som illojalt och som ofta redan var straffbelagt som bedrägeribrott enligt brottsbalken (BrB). Regeringen hade inte

någon annan uppfattning, även om remissinstanser ifrågasatt eller i vart fall efterlyst mer utredning av problemets omfattning.

I dag döms i stället för bidragsbrott och grovt bidragsbrott, 2–3 §§ bidragsbrottslagen (2007:612). Innan bidragsbrott infördes som en särskild brottstyp år 2007 tillämpades brottsbalkens bedrägeribestämmelser i 9 kap. för många av dessa gärningar. I propositionens avsnitt med så kallad jämställdhetsanalys på s. 93 konstaterades att trots att utbetalningar gjordes till fler kvinnor än män, var det fler män som lagfördes för bedrägerier anmälda av Försäkringskassan. Den tillgängliga statistiken var inte sådan att det gick att få fram mer detaljerade uppgifter om de bedrägerier som då begicks och som nu utgör bidragsbrott begicks av män eller kvinnor, utan omfattande genomgångar av anmälningar och lagföringar¹ skulle ha krävts för att få fram hur många missbruk av förmånssystemen som det fanns. Regeringen avslutade stycket i propositionen med att det inte har någon betydelse om det är kvinnor eller män som utför gärningarna när frågan kom kriminalisering bedöms. Det klandervärda avgörs av andra hänsynstaganden. Denna slutsats är givetvis lätt att hålla med om, även om frågan kvarstår hur det kan komma sig att kvinnors andel av den totala brottsligheten, och de allra flesta av brottsstyperna, är så mycket mindre än mäns.

Det har i skrivande stund gått tio år sedan bidragsbrottslagen trädde i kraft. Hur blev det, har detta blivit ett brott som avviker från hur det vanligen ser ut när det gäller kvinnor och mäns olika brottsbenägenhet?

1.2 Bidragsbrott

Innan den nyss ställda frågan berörs mer behöver något sägas om bidragsbrott, och därmed grovt bidragsbrott samt vårdslöst bidragsbrott. Brottsrubriceringen bidragsbrott avser både normalgraden av brottet och det ringa brottet. Brottet vårdslöst bidragsbrott, 4 § bidragsbrottslagen, begås genom grov oaktsamhet medan de andra brotten kräver uppsåt. Någon motsvarande oaktsamt bedrägeribrott finns inte i brottsbalken.

Enligt 1 § gäller bidragsbrottslagen sådana ekonomiska förmåner som, enligt lag eller förordning, beslutas av Försäkringskassan, Pensionsmyndigheten, Centrala studiestödsnämnden (CSN), Migrationsverket, Arbetsförmedlingen, kommunerna eller arbetslöshetskassorna (för att slippa upprepa alla dessa varje gång refereras ibland nedan till dem som

¹ Med lagföring avses dom, strafföreläggande och åtalsunderlåtelse.

beslutsfattare eller som myndigheter trots att kommuner och arbetslöshetskassor inte är myndigheter). Det är således inte enbart bidrag som omfattas, utan även ersättningar pensioner och lån för personligt ändamål som beslutas av de i lagtexten och ovan uppräknade. Detta utesluter inte att dessa beslutsfattare på olika sätt kan utsättas för bedrägeri enligt brottsbalken, men i konkurrens med bidragsbrottslagen är det denna lag som ska tillämpas. Bidragsbrottslagen avsåg inte att avkriminalisera någon gärning. Att grovt oaktsamma gärningar straffbelades innebar i stället att fler gärningar kriminaliserades.

Bidragsbrott kan begås genom att en person lämnar oriktiga uppgifter till någon av de uppräknade myndigheterna m.fl. Brottet fullbordas då fara uppstår för att för mycket av den ekonomiska förmånen betalas ut, antingen så att det skulle bli felaktigt att den alls betalades ut eller att ett alltför högt belopp skulle utbetalas. Detta sker ofta när ansökan kommer till myndigheten. Faran för den felaktiga utbetalningen ska vara konkret, vilket kan formuleras som att det ska vara existentiellt möjligt och plausibelt att alltför mycket pengar betalas ut, eller att det ska finnas fara för sådan utbetalning i det särskilda fallet.² Detta innebär att lämnande av oriktigheter av det slag som handläggare upptäcker genom att följa de rutiner som finns för arbetet inte innebär att någon fara uppstår, och att därmed något brott inte begås i sådana fall. Beror en felaktig utbetalning på att den oriktiga uppgiften avser något som borde ha upptäckts vid den normala rutinmässiga kontrollen som skulle ha utförts är det inte något bidragsbrott. Hade det krävts något annat för att upptäcka oriktigheten, som t.ex. samkörningar med andra register som myndigheten inte gör inför beslut, påverkar inte detta frågan om fara uppstått och brott begåtts. Görs sådana kontroller senare blir det ett tillfälle att upptäcka begångna brott, utöver att möjliggöra att felaktigt utbetalda belopp krävs tillbaka. Vilka omständigheter som avses är omöjligt att göra en lista över eftersom dessa är helt beroende av vilka uppgifter som efterfrågas i blanketterna och är relevanta för besluten om den ekonomiska förmånen. Uppgifter som inte kan påverka beslut orsakar inte någon fara för beslut och därmed kan det inte bli brottsligt att lämna oriktigheter avseende sådana.

En annan gärningsform är att underlåta att rätta lämnandet av korrekta uppgifter som senare blivit oriktiga till följd av ändrade förhål-

² SOU 2006:48 Bidragsbrott s. 126 ff. och 153, prop. 2006/07:80 Bidragsbrottslag s. 78 f. och 96, Asp, Petter, m.fl., Kriminalrättens grunder, avsnitt 2.4.2., 2 uppl. Iustus Förlag 2013.

landen. Skyldigheten att anmäla dessa ändrade förhållanden måste vara stadgad i lag eller förordning. Det är inte tillräckligt att det finns ett sådant krav enbart i myndigheters föreskrifter. Då bidragsbrottslagen trätt i kraft visade det sig att kravet på förordningsstöd inte alltid var uppfyllt, utan ärenden som avsåg att någon inte följt myndighetsföreskrifter fick sorteras bort i lagföringsprocessen, men detta torde vara åtgärdat i dag. Under den tidsperiod som författningar anger som förmånstagaren har på sig för att anmäla de ändrade förhållandena är det inte möjligt att begå bidragsbrott, men när den tiden gått ut är underlåtenhetsbrottet fullbordat eftersom faran då uppstår för att mer pengar betalas ut än vad som mottagaren har rätt till. Ett konkret exempel kan hämtas från 110 kap. socialförsäkringsbalken (SFB). 46 § första stycket stadgar att den som ansöker om, har rätt till eller annars får en förmån med stöd av SFB ska anmäla ändrade förhållanden som påverkar rätten eller till eller storleken av förmånen (exempel och undantag finns också angivna i lagrummet). Anmälningsskyldigheten uppstår då förhållandena ändrats. Av 47 § följer att anmälan ska göras så snart som möjligt och senast fjorton dagar efter det att den anmälningsskyldige fick kännedom om förändringen. Detta innebär att fullbordat bidragsbrott kan vara begånget när denna fjortondagarsfrist är över.

Ansvar för bidragsbrott enligt 2 § bidragsbrottslagen, dvs. normalgraden och det ringa brottet, samt grovt bidragsbrott enligt 3 §, förutsätter uppsåt till alla rekvisit, se 2 kap. 1 § BrB. Någon form av uppsåt måste således finnas till de olika omständigheterna som innebär att gärningen är otillåten. För farekrav anses gälla att det är tillräckligt att gärningsmannen har uppsåt till de omständigheter med vars hjälp denne kunde ha dragit slutsatsen att fara uppstod, men denne behöver inte själv ha dragit den slutsatsen. Det har hävdats att slutsatsen inte får komma som en överraskning för gärningsmannen, vilket även innebär att uppsåtskravet inte skulle vara uppfyllt om denne kommit fram till att någon fara inte kunde uppstå.³

Under den tid som brottsbalkens bedrägeribestämmelser tillämpades för missbruk av välfärdssystemen orsakade uppsåtskravet problem för rättstillämpningen, inte minst när det gällde att bevisa uppsåt. Det fanns även andra skäl som bidrog till att ett oaktsamhetsbrott infördes år

³ Både vad som menas med konkret fara och vad uppsåtet ska täcka har utvecklats i den juridiska doktrinen under lång tid. Jag nöjer mig i detta sammanhang med att hänvisa till Asp, Petter, m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 350 ff., 2 uppl. Iustus Förlag 2013.

2007. Kravet på grov oaktsamhet gäller i detta som andra sammanhang både gärningsculpan och den personliga culpan. Gärningen måste avvika mer påtagligt från aktsamhetsnormen, objektivt sett. Det i praktiken vanligaste är att det är den personliga oaktsamheten som bedöms. Grov oaktsamhet är inte detsamma som medveten oaktsamhet, men ofta kan det vara så. Den som inser att det kan vara så att uppgiften är oriktig och att denna uppgift kan få betydelse för förmånsbeslutet, osv., men inte är likgiltig för detta har inte erforderligt uppsåt. Blir svaret nej till andra ledet i likgiltighetsuppsåtet, likgiltighetsprövningen i förhållande till att en följd inträffar eller att en annan omständighet föreligger, är gärningsmannen medvetet oaktsam och kan dömas för vårdslöst bidragsbrott, 4 § bidragsbrottslagen. Oaktsamheten kan även vara grov i fall av omedveten oaktsamhet. Den som håller sig okunnig och inte tänker, särskilt om denne fått upplysningar kanske mer än en gång, kan bedömas vara grovt oaktsam.

En del praktiker kan känna igen beskrivningen att man tar till 4 § när uppsåt inte går att bevisa men en sådan beskrivning avvisas i förarbetena som i stället anger straffvärdhet som ett skäl. Välfärdssystemens funktion förutsätter lojalitet och aktsamhet av förmånstagarna när det kommer till ansökningar, och systemet har av andra skäl byggts upp så att det kan vara lättare att missbruka än i andra sammanhang, vilket anförts som skäl för att straffbelägga grovt oaktsamma gärningar.⁴ Var gärningen mindre allvarlig döms inte till ansvar, framgår av 4 § andra stycket, vilket ger ett visst utrymme för att undvika mindre lyckade resultat. Det vanligaste tillämpningsområdet för detta andra stycke är när beloppet är mindre. Någon motsvarighet finns inte för uppsåtsbrotten, utan för sådana fall är det straffbelagt från första kronan att orsaka fara för att den betalas ut utöver vad som rätteligen skulle ha betalats ut.

Att bidragsbrotten är fullbordade redan då fara för alltför stor utbetalning uppstått, innan pengarna betalats ut, är ett skäl för att det finns möjlighet att så kallat frivilligt tillbakaträda. Den som lyckas orsaka att utbetalningen, som det uppstått fara för, stoppas i tid och att ett korrekt beslut fattas i stället döms inte till ansvar, framgår av 5 §. Har förmånstagaren redan fått pengarna är det för sent att tillämpa lagrummet för att ursäkra gärningsmannen.

Den tidiga fullbordanspunkten har också fört med sig att försöksbrott inte straffbelagts. Inte heller förberedelse är kriminaliserad. En del av de

⁴ SOU 2006:48 Bidragsbrott s. 101 ff.

gärningar som skulle kunnat utgöra förberedelsebrott kan i sig vara att bestraffa som urkundsförfalskning eller andra brott i 14–15 kap. BrB. Eftersom alla brott i bidragsbrottslagen har fängelse i straffskalan följer av 23 kap. 4 § BrB att medverkan till brotten är straffbelagd.

1.3 Upptäckt och anmälan av brott

Till saken hör även att bidragsbrott är vad som brukar kallas spanings- och ingripandebrott. För utredning och lagföring är det i praktiken helt avgörande hur myndigheterna och de andra beslutsfattarna kontrollerar och anmäler brott. Det kanske bästa sättet att minska brottslighet och antalet andra inte korrekta utbetalningar är att förbättra regelsystemet och rutinerna för förmånerna så att det blir lättare för den som ansöker om bidrag att fylla i blanketter korrekt. Ju mer handläggare har i uppgift att kontrollera ansökningarnas uppgifter, desto svårare blir det i praktiken att skapa fara för alltför gynnande beslut. Samtidigt vet vi att många människor är beroende av att utan väntan få pengar samt balanserna ibland är sådana att de inte är förenliga med tidsödande kontroller. I sådana fall kan felaktigheter upptäckas när utbetalaren utför kontroller i efterhand, om tillräckliga resurser läggs på att ha ett sådant kontrollsystem, men då är de otillåtna gärningarna redan utförda. Erfarenheten visar att inte heller denna ordning alltid fungerat tillräckligt bra. Slutligen krävs att myndigheter och andra beslutsfattare anmäler misstänkta brott och bidrar till att förundersökningarna blir tillräckliga för beslut om väckande av åtal och fällande dom.

Anmälningssbenägenheter varierar kraftigt mellan olika brott. Anmälningssstatistiken torde innehålla de flesta mord som begås, medan benägenheten att anmäla t.ex. ringa narkotikabrott är avsevärt mindre. När det gäller bidragsbrott av olika slag finns en anmälningsskyldighet stadgad i 6 § bidragsbrottslagen. Denna innebär att Försäkringskassan, Pensionsmyndigheten, CSN, Migrationsverket, Arbetsförmedlingen, kommunerna och arbetslöshetskassorna måste anmäla till Polismyndigheten eller till Åklagarmyndigheten om det kan misstänkas att brott enligt lagen har begåtts. Misstankegraden ”kan misstänkas” anses vara den lägsta misstankegraden som kan riktas mot en person. Det lägsta beviskravet är annars ”anledning anta” som finns i 23 kap. 1 § rättegångsbalken (RB) enligt vilken förundersökning ska inledas om det finns anledning att anta att brott som hör under allmänt åtal (vilket bidragsbrotten gör) har begåtts. Lagtextens formulering ”anledning anta” ställer inte något

krav på att misstankarna är riktade mot en viss person, till skillnad från "kan misstänkas". Det är tillräckligt att det finns någon misstanke, någon omständighet som ger misstanke, men det behöver inte finnas någon avgörande bevisning mot den misstänkte.⁵ De anmälningar som görs av misstänkta brott enligt bidragsbrottslagen har oftast frågan om vem som är misstänkt klar, med tanke på att det i regel är den som lämnat ansökan till myndigheten och som förmånen ska betalas ut till, men det kan vara en annan person i vissa fall. Tilläggas kan att det händer att anmälningar kommer från allmänheten, men sådana är mer ovanliga än att det är beslutande myndigheter, kommuner eller arbetslöshetskassor som anmäler.

Lagstiftarens val av denna anmälningsskyldighet, trots de skäl som fanns mot att formulera den så, ledde åtminstone i början till en hel del anmälningar som senare inte lades till grund för lagföring. Detta var inte alltför överraskande med tanke på att många handläggare av förmånsärenden av detta slag inte hade de kunskaper och den erfarenhet som kan krävas för att avgöra om brott kan misstänkas ha förövats. Efter en tid blev urvalet av anmälningar bättre. En annan förklaring till förbättringarna finns i de arbetsformer eller arbetsmodeller som utvecklats och som även polis och åklagare arbetat i enlighet med. Ser man till den statistik som finns för de tio år som bidragsbrottslagen varit tillämplig kan det därför vara värt att ha i minnet att anmälningsurvalet kan ha varit något annorlunda den första tiden.

Gör en myndighet en riktad kontrollinsats avseende en viss förmånsform, som t.ex. Försäkringskassan har gjort avseende tillfällig föräldrapenning för vård av barn, kan antalet brott som redovisas öka i statistiken för den perioden. Väljer Försäkringskassan i stället att använda kontrollresurserna för att upptäcka svårare brott kan beloppen blir större men antalet ärenden färre. Statistiken över anmälda och lagförda bidragsbrott kan därför säga mer om annat än den verkliga brottsligheten och deras utveckling. Det hindrar inte att den är av intresse att analysera, om än med försiktighet.

Personuppläringsprocenten är märkbart högre för bidragsbrott än för bedrägeribrott mot brottsbalken. År 2014 klarades 41 % av anmälda bidragsbrott upp. Motsvarande siffra för bedrägerier var totalt 8 %, om

⁵ Se t.ex. Bring, Thomas och Diesen, Christian, Förundersökning, s. 157 f. 4 uppl., Norstedts Juridik 2009.

än något varierande beroende på bedrägerityp.⁶ Detta exempel visar inte enbart de svårigheter som bedrägeribrotten innebär för polis och rättsväsende att beivra, utan även att det finns mer information om bidragsbrotten redan när de anmäls av myndigheterna.

1.4 Gärningspersoner

Man behöver inte mer än bläddra eller scrolla i kriminalstatistiken för att se att män begår merparten av brott, jämfört med kvinnor. Gärningsmän är ofta yngre män. Brottssbenägenheten bland pensionärer är liten. Antalet brottstyper är också begränsat när det gäller hela gruppen av kriminella pensionärer. Ett brott som skulle kunna begås av dessa människor med pension, och inte andra, är dock bidragsbrott. Det är svårt och oftast omöjligt för andra människor att begå bidragsbrott avseende pensionsutbetalningar som beslutas av Pensionsmyndigheten. Å andra sidan är en stor del av dem som studerar unga människor och det finns åldersgränser för studiestöd som beslutas av CSN, vilket i sin tur bidrar till att förklara vilka åldersgrupper som begår sådana bidragsbrott. Män kan vara berättigade till föräldrapenning under ett större antal år av sitt liv än kvinnor, även om modern reproduktionsteknik minskat skillnaden. Redan dessa exempel visar att statistik över bidragsbrott kan förväntas uppvisa lite annorlunda åldersgrupper än andra brott. Delar man upp bidragsbrotten efter vilka förmåner de avser kan också åldersfördelningen se olika ut.

Tonåringar har sällan möjlighet att begå grov försökning, 10 kap. 3 § BrB, redan av det skälet att så unga människor inte fått belopp av sådan storlek i sin besittning genom avtal, tjänst och motsvarande. De få som dömts för spioneri, 19 kap. 5 § BrB, har inte heller varit tonåringar, vilket man lätt förstår efter att ha tänkt på vad som krävs för att typiska spioneribrott ska kunna utföras.⁷

Det finns en hel del kriminologisk litteratur som inte enbart beskriver brottslighet utan även analyserar och diskuterar dess orsaker, av olika slag. Beteendevetare av olika slag har behandlat frågan om varför människor begår brott, och varför män förövar så många fler brott än kvinnor. Det

⁶ Brå rapport 2016:9 Bedrägeribrottsligheten i Sverige. Kartläggning och åtgärdsförslag, s. 52.

⁷ Brottsbeskrivningens utformning får betydelse för hur brottet begås. I Zambia händer det att barn frihetsberövas för misstanke om spioneri. Dessa misstankar beror på att pojkarna stulit telefonledning för att komma åt kopian som kan säljas. Att hindra telefonsystemet är ett sätt att utföra spioneri, är förklaringen i sådana fall.

är lätt att säga att detta inte är en juridisk fråga, men det hindrar inte att den är minst lika viktig och intressant som dem juridik kan erbjuda. Män begår merparten av våldsbrott, visar kriminalstatistiken på ett sätt som inte kan förvåna någon som tittat sig omkring. Ser man till vapenbrott, terroristbrott, grova rån ... listan kan göras lång över sådana brott som i de allra flesta fall begås av män och inte sällan relativt unga män (bland kriminella är dessutom medellivslängden lägre än i befolkningen i stort). Men även för lindrigare brott är bilden densamma, kvinnor står för en mindre andel.

I stort sett alla tonåringar har någon gång begått brott, men de flesta flickor slutar snabbare att testa gränser och göra det förbjudna i form av just brott. I stort ser bilden likadan ut över tid, även om flickors val av brottstyper kan variera mellan olika perioder (som t.ex. att flickor under senare år har använt sig av internet och mobiltelefoner för olika kränkningar som i en del fall utgör brott). Fler flickor ryktar hästar i stallet medan de jämnåriga pojkarna roar sig med mindre brott. Vad vill jag ha sagt med detta förenklade exempel? Jo, en påminnelse om att det inte är någon jämställdhetsfråga som skulle "lösas" av att fler kvinnor begick brott så att statistiken blev jämnare. Tvärtom.

Denna artikel är inte heller avsedd att vara en uppsats i statistik. Därför kommer inte kriminalstatistik att redovisas i någon större utsträckning, utan läsaren hänvisas för sådana uppgifter till kriminalstatistiken som Brottsförebyggande rådet, Brå, redovisar på sin hemsida (www.bra.se). Det min text vill uppmärksamma har jag i det följande hämtat från Brå rapport 2016:9 Bedrägeribrottsligheten i Sverige. Kartläggning och åtgärdsförslag. Sidhänvisningarna i det följande stycket är till denna rapport som avser utvecklingen av bland annat bidragsbrotten 2008–2015.

Under den period som Brå rapporterat om varken ökade eller minskade antalet anmälda bidragsbrott nämnvärt, om man ser till dem totalt sett. År 2015 var de en halv procent högre än år 2008. Anmälningar om brott mot Försäkringskassan fler än mot de andra myndigheterna m.fl. som bidragsbrott kan begås mot, men de har minskat i antal medan anmälningarna om brott mot de andra har ökat motsvarande, om än i varierande grad.⁸ Därefter har det börjat hända mer i statistiken. År 2016 anmäldes 14 000 bidragsbrott, vilket motsvarar en ökning med 36 % jämfört med år 2015. Tre fjärdedelar av de anmälda brotten avser

⁸ Brå rapport 2016:9 s. 43.

Försäkringskassan.⁹ Vad denna ökning av antalet anmälda brott beror på är svårare att säga, kanske siffran säger mer om kontrollinsatser och anmälningsbenägenhet än om utvecklingen av antalet begångna brott.

De lagförda för bidragsbrott är äldre än genomsnittet för lagförda personer. Antalet unga gärningsmän är mindre för bidragsbrott än andra brott, vilket ovan förklarats med att tonåringar mer sällan kan begå brotten ens eftersom många av dem förutsätter att den som ansöker om den ekonomiska förmånen måste vara äldre för att kunna vara förmånstagare. De flesta som lagförts är mellan 20 och 40 år gamla.¹⁰

Brå:s genomgång av bidragsbrott under perioden 2008–2015 visade att könsfördelningen är mer jämn för bidragsbrott än för annan brottslighet. Kvinnor var lagförda för 24 % av samtliga brottsbalksbrott. Plockar man ut bedrägeri enligt brottsbalken var 30 % av de lagförda kvinnor, medan de var 20 % när det kommer till grovt bedrägeri. För bidragsbrott är fördelningen en annan. Ser man till samtliga bidragsbrott var 41 % av de lagförda kvinnor och 59 % män. För grovt bidragsbrott var könsfördelningen ännu jämnare, 44 % kvinnor och 56 % män.¹¹

Könsfördelningen kan i stort sägas ha varit stabil över tidsperioden när det gäller lagförda för samtliga brottsbalksbrott och bidragsbrott. Där emot har andelen kvinnor som lagförts för brottsbalksbedrägeri minskat, steg för steg, under perioden. År 2008 var siffran 35 % och år 2014 26 %. Brå har nämnt den eftersläpning som kan ha funnits, om man ser till att bedrägeribestämmelserna har fortsatt att tillämpas på äldre brott en tid efter det att bidragsbrottslagen trädde i kraft.¹² Det skulle kunna innebära att en del av kvinnors bedrägeribrott var riktade mot välfärdssystemets olika förmånsformer så att dessa gärningar sedan kom att bedömas som bidragsbrott när den lagstiftningen trädde i kraft och fick företräde. Detta skulle således kunna beskrivas så att när kvinnor ska skaffa sig pengar vänder de sig hellre till Försäkringskassan än bedrar en privatperson. Även med justeringar görs för sådant som mer förklaras av statistikens inneboende tillkortakommande verkar det som om man skulle kunna dra slutsatsen att kvinnor är mer benägna att lura till sig förmåner av de slag som bidragsbrottslagen reglerar än att begå andra

⁹ [www.bra.se/Brott och statistik/Statistik utifrån brottstyper/Bedrägerier och ekobrott](http://www.bra.se/Brott%20och%20statistik/Statistik%20utifr%C3%A5n%20brottstyper/Bedr%C3%A4gerier%20och%20ekobrott) (2017-08-10).

¹⁰ Brå rapport 2016:9 s. 49.

¹¹ Brå rapport 2016:9 s. 49.

¹² Brå rapport 2016:9 s. 50.

brott. Det bär emot mindre att begå brott mot en opersonlig myndighet än mot en levande människa som man kan ha en personlig relation till.

2 Sexualbrott och nödvärn

En artikel om tar upp genusaspekter och straffrätt brukar oftast handla om sexualbrott eller nödvärnsregleringen, och inte sällan båda. Att jag inte gjort det här är inte för att förringa dessa frågor som fortsätter att vara av betydelse och intresse, men det finns redan så mycket skrivet om dem att jag nöjer mig med att hänvisa vidare.

3 Bonusmaterial

När punkt först satts för denna artikel kom volym 2–4 av JFT som festskrift till Dan Frände. I den har Petter Asp skrivit artikeln Oaktsamhet och klandervärdhet.¹³ Han har i den utvecklat hur skillnader i likgiltighet, och vad likgiltigheten avser, använts för att förklara skillnader i straffvärdhet när skuldformers klandervärdhet graderas sinsemellan, men även hur denna accepterade teori kan ifrågasättas. Jag upprepar inte artikeln, utan lägger till en genusaspekt.

Asp anspelar på och påminner mig om att jag tidigare ifrågasatt den traditionella straffrättsliga synen på uppsåt som så mycket mer straffvärt än personlig oaktsamhet, och att medveten oaktsamhet är så mycket mer straffvärd än omedveten oaktsamhet.¹⁴ Går man längre tillbaka i tiden ter det sig förklarligt redan av det skälet att uppsåtliga gärningar kunde vara synd, enligt kyrkans synsätt, till skillnad från oaktsamhet.¹⁵ Därmed fanns skäl till en skillnad i straffvärde i jordelivet. I vår tid kan vi se hur oaktsamhet kriminaliserats i större utsträckning. I SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten,¹⁶ föreslås att ett oaktsamhetsbrott ska införas bland sexualbrotten, för att ta ett exempel på ett område som inte tidigare haft någon kriminalisering av oaktsamhet (annat än avseende åldersrekvisit, 6 kap. 13 § BrB). Skillnaden mellan

¹³ Asp, Petter, Oaktsamhet och klandervärdhet. I: Festskrift till Dan Frände, JFT 2017 s. 593–610.

¹⁴ Holmqvist, Lena, Hur mycket? I: Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg, Iustus Förlag 2002.

¹⁵ Inger, Göran, Svensk rättshistoria (2011), s. 70; Christian Häthén, Stat och straff (2004), s. 11.

¹⁶ Proposition har aviserats komma under år 2018.

det lindrigaste straffet i straffskalan för uppsåtligt dödande av en annan människa, rubricerat dråp, och det strängaste straffet för oaktsamt dödande, vållande till annans död, har minskat. När brottsbalken trädde i kraft var det lägst stadgade fängelsestraffet för dråp sex år medan den grova graden av vållande till annans död hade ett högsta straff på fyra år. Det fanns ett mellanrum motsvarande fängelse i två år. I dag finns inte något sådant mellanrum, utan vållande till annans död, grovt brott, har en straffskala som går upp till sex år. Detta kan få tjäna som exempel på att synen på hur klandervärd och förkastlig oaktsamhet är har förändrats i skärpande riktning.

Jag hävdar att en förklaring till denna utveckling är att i vår tid och kultur påverkas alltför ofta flickor och pojkar olika på ett sätt som kan leda till skillnader i synen på oaktsamhet, som sådan såväl som i förhållande till uppsåt till de omständigheter som konstituerar brott. (Alltför) förenklat skulle detta kunna uttryckas så att pojkar oftare uppmuntras till att ta risker. ”Så modig du är som kan hoppa från en sådan höjd”, kan pojkar få höra. En flicka som står lika högt upp och vill hoppa ned kan få tillrop som mer handlar om att vara försiktig och att akta sig. Givetvis menar jag inte att föräldrar medvetet skulle göra någon sådan skillnad, men det räcker att gå till en lekplats för att se exempel på att flickor uppfostras till att vara aktsamma medan pojkar får plus av att ta risker. Den som fått beröm för risktagande ser det som något positivt, medan den som avrätts fått lära sig att det är något negativt att ta risker. Detta har av Hannu Takala beskrivits som att kvinnor önskar undvika risker medan män söker spänning.¹⁷ Han har utvecklat denna skillnad mellan könen genom att se till möjligheten att kontrollera risker. I den traditionella mansrollen ingår att lära sig och därmed få bättre möjligheter att kontrollera risker.

Denna genusaspekt kan vara en del av förklaringen till att det inte längre ter sig främmande att kriminalisera oaktsamma sexualbrott (fast det givetvis finns även andra, mer närliggande, förklaringar till denna förändrade uppfattning) och att skillnaden mellan straffskalor för uppsåtliga och oaktsamma brott minskat jämfört för hur rättsläget var för några decennier sedan. Med detta menar jag att det att ett större antal kvinnor påverkar rättsutvecklingen har bidragit till oaktsamhet inte längre ses som något som inte bör vara straffbelagt eller, i de fall den är

¹⁷ Se Takala, Hannu, Något om risker och straffrätt, s. 53. I: Varning för straff – Om vådan av den nyttiga straffrätten, Norstedts Juridik 1995.

kriminaliserad, något som är så mycket mindre straffvärt. För att undvika missförstånd lägger jag till att jag inte avser beslutsfattande i konkreta fall så att det skulle bli någon skillnad i t.ex. brottmålsdomar, utan beslut i form av främst lagstiftning.

Therése Fridström Montoya

Personrätt på nytt sätt – ett ämne med potential att göra skillnad för personerna i rätten

Det som kan sägas vara ovanligt med begreppet intersektionalitet är att det var en rättsvetare, Kimberlé Crenshaw, som myntade det i den akademiska kontexten och därmed bidrog till dess förmedling från feministisk teori och praktik till samhällsvetenskaplig forskning. När begreppet sattes i arbete av Crenshaw var det i tillämpning på ett rättsligt material och det var här teorin fick en ökad stadga. Från ett skandinaviskt perspektiv framstår det som rätt otroligt att rättsvetenskapen bidragit till detta kritiska forskningsprogram. Den som upplevt den ängsligt apolitiska rättsvetenskapliga kulturen i Norden, med dess snäva horisonter för vad som kan passera som ”riktig rättsvetenskap” efterfrågar en förklaring.¹

1 Ett rop på omformulering av personrätten

Temat för denna utgåva av *De lege är genus* i rättsvetenskapen.² Genusforskning avser av tradition frågor kopplade till kön, såsom orättvisor och förtryck som följer av kvinnors underordning i enlighet med den patriarkala könsmaktsordningen i samhället. Idag förekommer dock att enbart ett könsperspektiv betraktas som alltför ensidigt.³ Istället efter-

¹ Selberg, Niklas & Wegerstad, Linnea, *Inledning. Intersektionella analyser. Att begreppsliggöra ojämlikheter i och genom rätten*. Retfaerd, Årgång 35, 2012, nr 3/138 s. 2.

² Jag vill tacka docent Mikael Hansson för värdefulla kommentarer till mitt bidrag.

³ Jfr Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2012) *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur, s. 236 ff.

frågas mångfaldsforskning, eller *intersektionalitet*.⁴ Som saken uttrycktes redan för 15 år sedan:

Att tala om könsmaktssystem, eller jämställdhet mellan kvinnor och män, framställs [...] idag som något gammalmodigt och passé. De som uppfattar sig som progressiva, är måna om att placera mångfalden högst upp på dagordningen. En gemensam nämnare för detta mångfaldstänkande är att det inte enkom problematiserar maktförhållanden och diskriminering relaterat till genus, utan till en rad ytterligare kategorier: etnicitet, klass, ålder, sexuell preferens, nationalitet etc.⁵

Genusforskning i svensk rättsvetenskap har beskrivits som ”den samlade benämningen för olika sätt att problematisera juridiken utifrån kön/genus”⁶ eller ”den forskning som fokuserar och analyserar sambandet mellan kön och rätt”.⁷ ”En forskare med genusrättsvetenskapligt perspektiv är intresserad av sambandet mellan kön och rätt.”⁸ Om svensk genusrättsvetenskap därmed, med terminologin från citatet ovan, kan betraktas som gammalmodig/passé kan jag inte uttala mig om – i synnerhet som jag inte själv är någon genusrättsforskare.⁹ Vad jag däremot kan ta ställning till och här också kommer att slå ett slag för, är att det finns ett behov av mångfaldsproblematiseringar i rättsvetenskapen. Det finns poänger med att synliggöra maktförhållanden i korsningen och spänningsfältet mellan olika kategoriseringar som rättssystemet upprätthåller och/eller självt skapar. Det finns också poänger med att synliggöra effekter av att rättssystemet tvingar in människor i kategorier som de själva inte kan välja – kategorier som inte sällan kan stå i konflikt med

⁴ För ett exempel från dagspress på att intersektionalitet som en stark politisk och ideologisk ”trend” kan problematiseras, se Schreiber, Evelyn, Med intersektionalitet missar vänstern målet, Dagens Nyheter, 2018-03-25.

⁵ Lykke, Nina (2003) *Intersektionalitet – ett användbart begrepp för genusforskningen*, Tidsskrift för genusvetenskap, 2003:1 s. 47.

⁶ Svensson, Eva-Maria (2001) *Genusforskning i juridiken*, Höskoleverket, s. 8.

⁷ Svensson, Eva-Maria (2013) *Genusrättsvetenskap och juridiska metoder*. I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (2013) *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur, s. 273.

⁸ Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2012) *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur, s. 11.

⁹ För den som är intresserad av svensk genusrättsvetenskap, se texter av bland andra Gudrun Nordborg, Anita Dahlberg, Eva-Maria Svensson, Håkan Gustafsson, Åsa Gunnarsson, Monica Burman, Jenny Westerstrand och Ulrika Andersson.

varandra.¹⁰ Dessa poänger är inte bara att kunskaperna inom vetenskapen kan öka, utan framförallt att kunskaperna i sin tur kan bidra till att göra skillnad för de individer som berörs.

Det brukar sällan finnas utrymme att breda ut sig mer idémässigt i vetenskapliga sammanhang, men i denna uppsats tar jag tillfället i akt att skissartat¹¹ pröva min tanke om vad som generellt skulle kunna vinnas genom en omorientering av forskningsfältet *personrätt*, och i synnerhet genom *intersektionella* personrättsliga undersökningar.

2 Vad är personrätt – och vad skulle det kunna vara?

Personrätten är ett rättsområde som av tradition hänförs till civilrätten, som ett underområde under avtalsrätten.¹² Om personrätt skrev Malmström följande år 1975:

¹⁰ Ett typexempel på kategoriseringar som rättssystemet skapat är *diskrimineringsgrunderna* som räknas upp i RF 1:2 och i diskrimineringslag (2008:567). De kategorier som RF 1:2 räknar upp och som det allmänna ska verka för att motverka diskriminering på grund av är kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person. Diskrimineringslagen anger i 1 § följande kategorier som diskrimineringskyddade: kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning samt ålder.

¹¹ När jag säger skissartat så tänker jag på en *kroki* – en ögonblicksbild, en snabbt nedtecknad skiss av min tanke på uppsatsens tema under några dagar i augusti 2017.

¹² Se Grauers (2017:4) *Person och avtal – en kortfattad inledning till person- och avtalsrätten*, Liber, som redan i titeln visar att personrätt, om än sammanfört med avtalsrätt, betraktas som ett eget rättsområde. Kapitel 2, s. 15–44 bär rubriken ”Personrätt”, och har underrubriker såsom ”Alla rättssubjekt har rättskapacitet”, ”Rättslig handlingsförmåga (rättshabilitet)”, ”Den rättsliga handlingsförmågans inträde”, ”Begränsningar i den rättsliga handlingsförmågan” och ”Gode män”; se även Malmström, Åke (1965) *Civilrätt jämte några grunddrag av den allmänna rättsläran*, som behandlar samma slag av frågor under rubriken ”Några personrättsliga anmärkningar” på s. 34 ff.; i samma bok men i senare upplaga, Malmström, Åke (1986) *Civilrätt*, har rubriken på s. 35 ff. till avsnittet som behandlar samma spörsmål bytts ut till ”Personrättsliga frågor”; i en ytterligare 20 år senare upplaga av samma bok, Agell, Anders & Malmström, Åke (2005) *Civilrätt*, s. 57 ff., behandlas samma frågor under rubriken ”Personrätt”. Att notera är att i den senaste versionen har under samma avsnitt tillförts underrubriker om förmynderskapsrätts regler om förmyndare, gode män och förvaltare, s. 62 ff.

i översiktsframställningar av privaträtten finner man ej sällan en inledande avdelning om personer (rättssubjekt), avsedd att lämna redogörelser för de subjekt med vilka privaträtten räknar. [...] Om man söker uppställa ett avsnitt "personrätt", som skall skildra reglerna om såväl fysiska som juridiska personers ställning, rättsliga kapacitet m.m., kommer man tydligen att sammanföra en mängd spörsmål, som är högeligen disparata. Ett sådant förfaringsätt är uttryck för ett formaljuridiskt betraktelsesätt som numera befinner sig på retur [...].¹³

Att sortera personrättsliga frågor för sig själva betraktades alltså som mer eller mindre förlegat – i det närmaste onödigt. Under etiketten personrätt kan dock viktiga frågeställningar knutna till framförallt de fysiska men även de juridiska personerna i rättssystemet samlas, såsom vem eller vad som räknas som ett rättssubjekt med rättskapacitet, vem som har rätts-handlingsförmåga (och därmed exempelvis kan ingå ett avtal), konsekvenser av att någon (ett barn t.ex.) *inte* har rätts-handlingsförmåga, samt ställföreträdarfrågor.¹⁴ Och personrätten skulle kunna omfatta många fler frågor, om rättsområdets gränser dras på en ny ledd: tvärsigenom den traditionella rättsområdesindelningen.¹⁵ Tvärtemot vad Malmström tycks ha ansett år 1975, har personrätten idag potential att vara ett hög-aktuellt och tidsenligt ämne, istället för en ämnesindelning "på retur". Och den är definitivt inte enbart civilrättslig till sin karaktär.

Skälet till påståendena ovan är att det finns en lång rad synnerligen angelägna frågor rörande särskilt de fysiska personerna i rätten, vilka inte har någon given plats i rådande rättsområdes-/forskningsämnesindelning. Det är inte nödvändigt att gå längre än till den individuella rättighetsdiskursens allt starkare inverkan på rättsordningen och rätts-tillämpningen för att inse att det finns obesvarade frågor om personerna i rätten som pockar på rättsvetenskaplig uppmärksamhet. Men det finns ytterligare frågeställningar som motiverar en omdefiniering av personrätten som ämne. Tänk exempelvis på frågor som handlar om rättens *konse-*

¹³ Norstedts juridiska handbok (1975) s. 2.

¹⁴ Se exempelvis Hästad, Torgny, P Björkdahl, Erika, Brattström, Margareta & Zackariasson, Laila (2016) *Civilrättens grunder* s. 40 ff. Iustus förlag; Grauers, Per Henning (2017:4) *Person och avtal – en kortfattad inledning till person- och avtalsrätten*, Liber.

¹⁵ Med risk för att jag låter lite tjatig, då jag redan föreslagit sådan omdefiniering av personrätten i andra sammanhang. Se Fridström Montoya, *Ett litet steg för HD – ett stort språng för personrätten. En kommentar till NJA 2015 s. 851, SvJT 2016 s. 523–540*, särskilt s. 539 f.; Fridström Montoya, *Homo juridicus. Den kapabla människan i rätten*, avsnittet Efterord, s. 205.

kvenser för olika grupper och individerna inom dessa; vad som förväntas i rätten av människor i termer av egenskaper eller förmågor för att de ska kunna vara rättsliga *aktörer* med *tillgång till rätten* – i synnerhet de rättigheter som de är tillskriva i olika sammanhang; frågor om rättslig *likabehandling* för alla människor i alla rättsområden, om behov av rättslig *särbehandling*, liksom om *diskriminering*. Eller varför inte frågor om rättens *människosyn*, om rättens *hantering av avvikelser* hos rättssubjekten såsom funktionsnedsättningar av olika slag,¹⁶ om rätten som *subjektsskapande makt*, eller vilken betydelse det kan ha om rättssubjektet rättsligt definieras som en man eller kvinna – eller ingetdera.¹⁷

De nu resta frågorna kräver i många fall kompletterande eller andra teoretiska utgångspunkter och metoder än den traditionella rättsdogmatiken. Frågorna ställs visserligen i rätten, på rättens egna premisser inom det egna paradigmet, vilket ger att det inte finns några andra vetenskaper eller forskare som är bättre rustade än rättsvetenskapen och rättsvetarna att besvara dem. Men när frågorna handlar om *annan kunskap* än om rättsordningens innehåll – vad som rättsligt gäller i en viss situation eller hur en viss regel ska tolkas – behöver forskaren andra eller kompletterande slag av källor, utgångspunkter för tolkning och tolkningsmetoder. Det behövs en öppnare vetenskaplig inramning.¹⁸

Det är en sådan utvidgad inramning av personrättsämnet som jag efterlyser i denna uppsats. För att försöka övertyga läsaren om varför jag menar att en sådan omorientering av personrätten är viktig, diskuterar jag senare i uppsatsen vad som skulle kunna vinnas genom en intersektionell analys i ett konkret exempel: vid bedömningar av rätten till kontaktperson enligt LSS. Men innan dess är det nödvändigt att prata lite mer i generella termer om (svensk) rättsvetenskap, maktfrågor och intersektionalitet.

¹⁶ Se på temat rättens människosyn och vilka förväntningar som finns på den rättsliga människans egenskaper och förmågor i rollen som aktör, Fridström Montoya (2017) *Homo juridicus. Den kapabla människan i rätten*, Iustus förlag.

¹⁷ För en problematisering och kritik av det binära könssystemets effekter för barn som föds med obestämbar kön, se Garland, Jameson (2016) *On Science, Law, and Medicine. The case of gender-“normalizing” interventions on children who are diagnosed as different in sex development*. Ak.avh. Uppsala universitet.

¹⁸ Jfr Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2012) *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur, s. 91 ff.

3 Maktfrågor och intersektionalitet i (svensk) rättsvetenskap

Det är alltså relativt ovanligt i Sverige att bedriva rättsvetenskaplig forskning med andra utgångspunkter än den rättsdogmatiska. Det finns dock en rad exempel på motsatsen.¹⁹ Min egen avhandling är ett sådant exempel, och jag kommer senare i uppsatsen att återanvända visst material från den.²⁰

Kritiska perspektiv av olika slag är annars vanligt förekommande inom olika samhällsvetenskaper, så även i rättsvetenskap – om än inte i särskilt hög grad i den svenska rättsvetenskapen.²¹ Med vetenskaplig *kritik* kan avses många olika perspektiv, teoretiska utgångspunkter och metoder. Ett sätt att förklara vad som avses med kritik är att säga att det är ett förhållningssätt som syftar till *att göra motstånd*, vilket betyder att kritiken förstås i makftermer.²² Den handlar då exempelvis om att ”synliggöra historiskt förankrade relationer mellan makt, sanning och subjektivitet”.²³

¹⁹ Se exempelvis, som ett axplock avhandlingar med kritiska ansatser de senaste 20 åren: Svensson, Eva-Maria (1997) *Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten*. Ak. avh. Iustus Förlag; Gustafsson, Håkan (2002) *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Ak. avh. Lunds universitet; Lernestedt, Claes (2003) *Kriminalisering. Problem och principer*. Ak. avh. Iustus förlag; Samuelsson, Joel (2008) *Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsligt tema*. Ak. avh. Iustus Förlag; Hansson, Mikael (2010) *Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse*. Ak. avh. Iustus Förlag; Bladini, Moa (2013) *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i dömande i brottmål*. Ak. avh. Göteborgs universitet; Garland, Jameson (2016) *On Science, Law, and Medicine. The case of gender-“normalizing” interventions on children who are diagnosed as different in sex development*. Ak.avh. Uppsala universitet; Björling, Erik (2017) *Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen*. Ak. avh. Göteborgs universitet.

²⁰ Fridström Montoya (2015) *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox*. Ak. avh. Iustus Förlag.

²¹ Forskningsriktningen Critical Legal Studies (CLS) är dock utbredd internationellt. Inriktningen är mycket varierande. ”CLS ends up meaning different things to many people [...] Part of the problem in explaining CLS is that Crits practice a form of legal criticism that resists a stabilized identity or definition. Indeed, Crits practice a ‘chameleon-like’ form of criticism that exhibits different manifestations which frequently conflict in practice.” Minda, Gary (1995) *Postmodern Legal Movements*. New York University Press, s. 109.

²² Foucault, Michel (2011) *Vad är kritik?* Fronesis nr 36–37 s. 127–152.

²³ Brännström, Leila (2011) *Den reflekterade ohydnadens konst. Kritik enligt Michel Foucault*. Fronesis nr 36–37, s. 117.

Eller, med Foucaults ord, en kritisk hållning i vetenskapen handlar om att göra motstånd genom att

inte låta sig styras på detta sätt, med dessa medel, i namn av dessa principer, för sådana ändamål och genom sådana procedurer, inte så här, inte därför, inte av dem.²⁴

I ett nummer av tidskriften *Retfaerd* från år 2012 på temat intersektionalitet, konstaterade redaktörerna i inledningen att

[...] nordisk rättsvetenskaplig forskning under de senaste decennierna allt mer har uppmärksammat olika maktrelationer i förhållande till rätten, men [...] interaktioner mellan olika maktrelationer har inte analyserats i någon större utsträckning. Däremot har genusvetenskaplig forskning behandlat interaktioner mellan kön, klass, etnicitet, sexualitet, ålder eller funktionshinder inom ramen för vad som har kommit att kallas intersektionalitet.²⁵

Vad menas då med *intersektionalitet*? Begreppet används inom vetenskaper som använder olika maktteoretiska – kritiska – förklaringsramar. Intersektionalitet förklaras som ett kulturteoretiskt begrepp, och har inte minst inom nordamerikansk genus-, etnicitets- och sexualitetsforskning använts för en analys som ”innebär samverkan mellan olika samhälleliga maktasymmetrier, baserade på kategorier såsom genus, sexuell preferens, klass, profession, ålder, nationalitet etc”.²⁶ Teoretiskt kan intersektionell forskning sägas ha sin förankring i ”en skärningspunkt mellan postmodern feministisk teori, postkolonial teori, Black Feminism och queer-teori”.²⁷

Som forskningsteori har intersektionaliteten haft stor inverkan på genusforskningen, men även på många andra områden som ställer underordnade grupper i samhället i fokus, såsom funktionshinderforskningen. Men, kanske det kan undras, vad kan ett ”kulturteoretiskt begrepp” som intersektionalitet tillföra i rättsvetenskap? Svaret är att intersektionalitet som forskningsteori fick fäste just i rättsvetenskapen. Begreppet myntades och användes framgångsrikt av den amerikanska juridikprofessorn

²⁴ Foucault, a.a. s. 130.

²⁵ Selberg, Niklas & Wegerstad, Linnea, *Inledning. Intersektionella analyser. Att begrepps-
liggöra ojämlikheter i och genom rätten*. *Retfaerd*, Årgång 35, 2012, nr 3/138, s. 1.

²⁶ Lykke, Nina (2003) *Intersektionalitet – ett användbart begrepp för genusforskningen*, *Tidskrift för genusvetenskap*, 2003:1 s. 48.

²⁷ Lykke a.a. s. 48. Se för en pedagogisk – men snart 15 år gammal – redogörelse över intersektionalitetens genealogi, Lykke, a.a. s. 48 ff.

Kimberlé Crenshaw i syfte att kritisera feministisk forsknings tillkortakommanden vad gällde att beakta svarta kvinnors erfarenheter.²⁸ I länder som USA och Kanada, där det är vanligt med rättsvetenskaplig forskning såsom "Gender Studies in Law"²⁹ och "Disability Studies in Law",³⁰ har intersektionalitet en given plats.³¹ I nordisk rättsvetenskap har intersektionella forskningsansatser varit mest frekvent förekommande inom kvinnorrätten eller genusrättsvetenskapen.³² Föga överraskande, kan tilläggas, eftersom genusrättsvetenskapen är det rättsvetenskapliga forskningsfält som utmärker sig för att använda andra utgångspunkter eller ansatser än den traditionella rättsdogmatikens.

Mer konkret företas intersektionella analyser med utgångspunkt i förståelsen att en rad *olika* maktordningar påverkar människor och deras ageranden och verkar förtryckande på olika sätt. De klassiska exemplen på sådana maktordningar är den patriarkala könsmaktsordningen och klass enligt marxistisk teori. Med ett intersektionellt perspektiv är det möjligt att synliggöra fler och andra maktfaktorer än de som representeras av de klassiska maktordningsteorierna:

Ett nyckelbegrepp är erfarenheter. Positionen innebär dels att de underordnade drabbas av korsande och samverkande samhälleliga maktprocesser, som är externa i relation till juridiken, dels att juridiken inte förstår män-

²⁸ De två artiklar av Crenshaw som tycks betraktas som klassiker på området är Crenshaw, Kimberlé, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, (1989), (14) 139–167; Crenshaw, Kimberlé, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, Stanford Law Review (1991) (43) 1241–1299.

²⁹ Om man söker på Google på "gender studies in law" får man 27 miljoner träffar.

³⁰ Om man söker på Google på "disability studies in law" får man 78,5 miljoner träffar.

³¹ Om man söker på Google på "gender and disability in law" får man 91,8 miljoner träffar.

³² Se Selberg, Niklas & Wegerstad, Linnea, *Inledning. Intersektionella analyser. Att begreppsliggöra ojämlikheter i och genom rätten*. Retfaerd, Årgång 35, 2012, nr 3/138 för en redogörelse för utvecklingen mot intersektionell forskning i nordisk rättsvetenskaplig forskning. I samma nummer av Retfaerd återfinns fyra artiklar med intersektionella ansatser: Pylkkänen, Anu & Wennberg, Lena (2012) *Intersektionalitet i rätten – en metod för att synliggöra det osynliggjorda*; Schömer, Eva (2012) *Multiple discrimination. A smoke-screen over differences*; Ekström, Veronica (2012) *Inte bara kvinna. Våldsutsatta kvinnor och deras behov av stöd – konstruktioner och komplikationer i svenskt offentligt tryck*; Johannesson, Livia (2012) *Performing Credibility: Assessments of Asylum Claims in Swedish Migration Courts*.

niskors erfarenheter av denna underordning. Positionen innebär också att rätten och dess verkningssätt, i och med att den inte förmår se intersektionell underordning, i sig är förtryckande. Det som det rättsliga maskineriet inte ens ser, det osynliggörs.³³

Det gemensamma för alla de slag av kategoriseringar som nämnts ovan, är att de innebär maktasymmetrier i formen av över- eller underordning beroende av vilken grupp inom en kategori som någon tillhör – eller vill identifiera sig med – och beroende av vad som betraktas som det (majoritetens)normala eller det avvikande.³⁴ Det bör dock noteras att teorier som utgår från en kategorisering i betydelsen en gruppstillhörighet – såsom kön eller klass – kan kritiseras därför att de utgår från och uppmuntrar till ett *binärt* tänkande. Det gör dem visserligen användbara för analyser på gruppnivå, men mindre välfungerande för analyser på individnivå. Skälet är att de inte fångar den komplexitet som individer representerar, och därför inte heller förmår beakta skillnader *inom* gruppen/kategorin. De träffar inte allas erfarenheter. En individ är ju aldrig *bara* exempelvis man eller kvinna (eller nödvändigtvis det ena eller det andra, för att återigen göra läsaren uppmärksam på att det finns skäl att fundera över, även, en så invand kategorisering som könstillhörighet). En person kan alltid kategoriseras på en rad olika sätt.

Förutom att ha ett visst kön – eller ett oklart, om man har den binära utgångspunkten att en person alltid kan hänföras till det ena eller andra könet och att detta också måste uttryckas på vissa förväntade sätt – har denne *samtidigt* också en viss sexuell läggning, en viss etnisk eller kulturell gruppstillhörighet, en funktionsnedsättning eller inte, etc. Och dessa olika identiteter eller kategoriseringar kan såväl *samverka* till att skapa särskilda utsattheter, som *stå i konflikt* med varandra. Särskilt så i ett formaliserat system som rätten, som när en kategori skyddas av rätten men inte en annan. Dessutom måste det beaktas att personen själv kan identifiera sig som tillhörande en kategori, men av andra definieras som tillhörande en annan.

Det är mot denna bakgrund som företrädare för intersektionalitet framhåller att det är viktigt att förstå att det inte är möjligt att analysera

³³ Selberg & Wegerstad a.a. s. 3.

³⁴ Angående normalisering och kategorisering i kontexten av funktionshinder, se Tide-man, Magnus (2000) Normalisering och kategorisering. Om handikappideologi och välfärds politik i teori och praktik för personer med utvecklingsstörning. Ak. avh. Studentlitteratur.

en situation i makttermer med enbart *en* maktordning för ögonen. I vart fall inte om man vill "förstå den föränderliga och dynamiska interaktion som äger rum mellan kategorierna och de maktasymmetrier, som de baserar sig på."³⁵ Det kan även tilläggas att exempelvis ett "antagande som tar för givet att kön alltid är den mest grundläggande sociala relationen och att komplexa sociala relationer kan förklaras med ett enkelt samband mellan makt och kön, är en självuppfyllande teoretisk utgångspunkt."³⁶ Med ett intersektionellt perspektiv kan alltså ensidiga och självuppfyllande förklaringsmodeller motverkas.

Intersektionalitet har som synes mycket att erbjuda om man är intresserad av att synliggöra maktrelationer och deras inbördes spänningar och eventuella konflikter, eller problematisera effekter för individer av samverkande kategoriseringar. Samtidigt bör det också påpekas att själva kategoriseringarna, kategoriserandet och maktteorierna som sådana kan ifrågasättas och kritiseras. Men då rör vi oss bort från intersektionaliteten och vidare till andra vetenskapliga teorier och metoder, och det är inte mitt syfte här. Inte denna gång. Istället är det hög tid att bli konkret, som jag lovat tidigare i uppsatsen.

4 Funktionshindrad, LSS-insatsbehövande – och könlös?

4.1 En avvikelse- och underordningsposition på flera sätt

Mig veterligen har ingen svensk rättsvetare ännu företagit någon större studie med en intersektionell ansats i mötet mellan rätten, funktionshinder³⁷

³⁵ Lykke, Nina (2003) *Intersektionalitet – ett användbart begrepp för genusforskningen*, Tidskrift för genusvetenskap, 2003:1 s. 52.

³⁶ Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2012) *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur, s. 238.

³⁷ Terminologiskt är det viktigt att skilja mellan funktionshinder och funktionsnedsättning. Med en funktionsnedsättning menas en individs faktiska nedsättning av en förmåga – tex en synnedsättning eller en intellektuell funktionsnedsättning. En funktionsnedsättning kan vara funktionshindrande i mötet med omgivningen, men behöver inte vara det. Funktionshinder är ett begrepp som avser relationen mellan individen och miljön. Ett funktionshinder beror på att omgivningen inte är anpassad till alla människors funktionsvariationer. Funktionshinder är alltså något relativt. Se t ex Fridström Montoya (2015) a.a. s. 33 ff. och de referenser som där anges.

och genus.³⁸ Kanske beror detta på att det än så länge är en försvinnande liten grupp svenska rättsvetare som alls ägnat sig åt funktionshinderfrågor i rätten.³⁹ Det finns mycket begränsad kunskap om hur rätten tillämpas för personer med funktionsnedsättningar beroende av deras kön.⁴⁰ Däremot finns årlig statistik över beviljade LSS-insatser.⁴¹ År 2016 publicerade också Myndigheten för delaktighet en rapport med utgångspunkt i regeringens jämställdhetspolitiska mål inom områdena utbildning, arbete/försörjning, hälsa och politiskt inflytande.⁴² Där konstaterades att kvinnor med funktionsnedsättningar har sämre levnadsvillkor än män med funktionsnedsättningar, och även att kvinnor i lägre grad än män har tillgång till olika sociala stödinsatser som till exempel personlig assistans.

Mot denna bakgrund och med syftet att visa varför ämnet personrätt bör omformuleras och innefattas i en vidare vetenskaplig ram än den rättsdogmatiska, har jag i den här uppsatsen valt att pröva tanken om vad som skulle kunna vinnas genom en intersektionell analys av den konkreta situationen då det bedöms om någon har rätt till kontaktperson enligt LSS. Utgångspunkterna för min analys är rätten som subjektskapande makt, funktionshinder och kön. De två första utgångspunkterna använde jag även inom ramen för min avhandling, som handlar om ställningen som rättssubjekt och självbestämmande subjekt i rätten för personer med

³⁸ Inom funktionshinderforskningen finns dock många exempel på intersektionella insatser. Se exempelvis Barron, Karin (1997) *Disability and Gender. Autonomy as an Indication of Adulthood*. Ak. avh. Uppsala universitet.

³⁹ Rättsvetenskapliga avhandlingar som behandlar rättsliga frågor av relevans för personer med funktionsnedsättningar är exempelvis Gustafsson, Håkan ((2002) *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*.; Odlöv, Torbjörn (2005) *Ställföreträdare för vuxna. Kamrer eller handledare?*; Sahlin, Richard (2004) *Diskrimineringskydd för personer med funktionshinder inom utbildningsområdet: En offentlig rättslig studie*; Bäckman, Therese (2013) *Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet – för människor med funktionsnedsättning inom rättsområdena SoL och LSS*; Kindström Dahlin, Moa (2014) *Psykiatrirätt. Intressen, rättigheter och principer*; Fridström Montoya, Therése (2015) *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox*; Pettersson, Andreas (2015) *Out and About in the Welfare State – the Right to Transport in Everyday Life for People with Disabilities in Swedish, Danish and Norwegian Law*; Nilsson, Anna (2017) *Minding equality. Compulsory Mental Health Care and the CRPD*. Ak. avh. Lunds universitet.

⁴⁰ Se debattartikel av Lundälv, Jörgen (2016) *Funktionsnedsatta kvinnor förlorare*, i *Sociologen* nr 3, 2016 s. 69.

⁴¹ Dessa sammanställningar finns att tillgå på Socialstyrelsens hemsida, www.sos.se.

⁴² Myndigheten för delaktighet (2016) *En jämställdhetsanalys av levnadsvillkor och delaktighetsmöjligheter – för personer med funktionsnedsättning*. (Finns på www.mfd.se.)

utvecklingsstörning. Nedan följer först en sammanfattning av mina avhandlingsresultat i den del som handlade om att analysera dessa personers ställning i samband med bedömningar av rätt till kontaktperson. Därefter gör jag här en ”om-läsning” av dessa resultat, med kön som utgångspunkt. Slutligen diskuterar jag vad som kan utvinnas genom en intersektionell analys av samma resultat.

En delundersökning i min avhandling bestod i en analys av åtta kamrarrättsdomar där personer med utvecklingsstörning hade ansökt om kontaktperson enligt LSS.⁴³ Med utgångspunkt i rätten som subjektsskapande makt, funktionshinder som en social konstruktion och en tydlig vi/dem- och normal/onormal-markör, samt med ett crip-teoretiskt perspektiv där funktionsfullkomlighetsnormen ifrågasattes,⁴⁴ kunde jag visa hur ställningen som *rättssubjekt* i rollen som insatssökande enligt LSS befäste en avvikelse- och underordningsposition för denna grupp. I de flesta individuella fallen var också ställningen som ett *självbestämmande subjekt* i rätten påfallande svag – trots den starka betoningen i lagen på självbestämmande, inflytande, goda levnadsvillkor och möjlighet att leva som andra.⁴⁵

Jag problematiserade också själva utgångspunkterna för lagen, det vill säga vilka konsekvenser som förväntningarna på självbestämmande och delaktighet kan få för en viss grupp personer *inom* gruppen ”funktionshindrade”. En norm kunde identifieras om det förväntade sättet att vara i rätten – som ”funktionsduglig” eller funktionsnedsatt – till vilken det gäller för personer med funktionsnedsättningar att anpassa sig. Funktionsnedsättningars uttryck varierar dock, och ger upphov till olika slag av funktionshinder. Med ett speciellt slag av funktionsnedsättning riskerar vissa av lagens ambitioner att bli förfelade, eftersom alla personer med funktionsnedsättningar inte har samma förutsättningar. En funktionsnedsättning behöver inte innebära ett funktionshinder – huruvida en nedsättning innebär ett hinder beror på omgivningens utformning, förväntningar och bemötande. Rättens utformning och bemötandet från rättstillämpare kan bidra till exkludering av (vissa?) funktionsnedsatta, och till och med verka funktionshinderskapande. Men, gruppen ”funk-

⁴³ Fridström Montoya, Therése (2015) *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox*, Ak. avh. Iustus Förlag s. 429–448.

⁴⁴ Om cripteori, se McRuer, Robert (2006) *Crip Theory. Cultural Signs of Queerness and Disability*. New York University Press.

⁴⁵ LSS 5, 6, 7 §§. Se prop. 1992/93:159 om motiven till att LSS infördes.

tionshindrade” är ju inte bara heterogen när det gäller nedsättningens uttryck, utan även på en rad andra sätt. Exempelvis genom att den består av både barn och vuxna, etniskt svenska personer och personer med annan etnisk tillhörighet, män och kvinnor. Den aspekten valde jag att bortse ifrån i min avhandling.

Behov av insats är enligt 7 § det avgörande kriteriet för rätt till insats enligt LSS. I de åtta rättsfall som analyserades med utgångspunkt i hur rätten som makt skapar subjekten, ställde jag de sökandes egna utsagor om att behöva kontaktperson i sin livsföring i centrum.⁴⁶ I de flesta av rättsfallen kunde noteras att rättstillämparna (kommunrepresentanter och domstolarna) inte tog de sökande på allvar, i den meningen att de sökandes beskrivningar av sina behov och av att behöva en kontaktperson inte tolkades inom en förståelseram som utgick ifrån de enskildas situation och upplevelser. Tvärtom ställdes den sökandes egna beskrivningar och viljeyttringar ofta helt åt sidan till förmån för föreställningar hos rättstillämparna om vad som anses *normalt* och *tillräckligt gott* för att ses som goda levnadsvillkor för personer med utvecklingsstörning.

Enligt LSS *ska* de insatsbehövandes självbestämmande respekteras och tillvaratas så långt som möjligt (6 §), men detta möjliggörs endast om deras viljeyttringar faktiskt tillmäts betydelse i rättstillämpningen. Den svaga ställningen som subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning kunde alltså inte bara förklaras med hänvisning till dessa personers speciella slag av funktionsnedsättning och deras underordnade position som behövande i förhållande till det allmänna. Den svaga ställningen *förstärktes* genom att de som har makten över orden, beskrivningarna och tolkningarna av såväl verkligheten som rättsreglerna, inte tog viljeyttringar från personer med utvecklingsstörning på allvar.⁴⁷

⁴⁶ Foucault, Michel (1997) *Samhället måste försvaras*. Collège de France 1975–1976. TankeKraft Förlag s. 49 ff., särskilt s. 54: ”snarare än att utgå från subjektet (eller till och med subjekten) och de element som tycks föregå relationerna, gäller det att utgå från själva maktrelationen, från herraväldets faktiska och verkliga relation, och att se hur denna relation själv formar de element den riktar sig mot. Det handlar alltså inte om att fråga subjekten hur, varför och i vilken rätt de låter sig underkastas, utan att visa hur det är underkastelsens själva relationer som skapar subjekten.” Jfr Hacking, Ian (1999) *Social konstruktion av vad?* Thales, s. 84, som säger att det tas för givet i sociala konstruktionsstudier att makt inte bara utövas uppifrån, utan att *de som kategoriseras deltar i och bidrar till maktstrukturen*. Kategoriseringar av människor har *effekter* på de människor som kategoriseras, som en växelverkan. Mänskliga kategorier kan därför beskrivas som *interaktiva*.

⁴⁷ Fridström Montoya (2015) *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox* s. 447 f.

Det var även möjligt att se hur rätten som normaliserande subjektskapande makt tydligt bidrar till dessa personers ställning som avvikande och underordnade genom den diskurs som omgärdar rättssubjektsrollen som sökande av LSS-insats.⁴⁸ Förutsättningen för att någon ska beviljas insats är att hen framstår som *behövande, svag och utsatt*. Även om en person inte är, eller vill vara och betraktas som behovande, svag och utsatt så är det så denne behöver framställa sig för att kunna få stöd. En annan förutsättning för att beviljas insats är också att personens behov anses falla inom en *normal livsstil* – och att denne inte redan bedöms ha ett ”tillräckligt gott” liv, i betydelse enligt rättstillämparens bedömning tillräckligt goda levnadsvillkor för en person med utvecklingsstörning. En outtalad men tydlig norm om det *normala* livet tycktes styra bedömningarna av rätt till insats.⁴⁹

4.2 Vad tillförs genom en analys med utgångspunkt i kön?

Vid analysen av sagda rättsfall i avhandlingen gjorde jag inte någon skillnad på om de sökande var män eller kvinnor.⁵⁰ Frågan för det följande är därför vad som går att utläsa om samma rättsfallsmaterial tolkas med utgångspunkt i kön. Finns det skillnader i vad som uttrycks som behov och hur dessa viljeyttringar tas emot av rätten beroende av om de sökande är män eller kvinnor? För att förklara den rättsliga kontexten, beskriver jag dock först vad som rättsligt gäller för rätt till insatsen kontaktperson. Slutligen diskuterar jag vad som kan tillföras den analys jag genomförde i avhandlingen när den intersektionellt sammanläggs med analysen från ett könsperspektiv.

⁴⁸ För närmare kunskap om rätten som makt och dess relation till subjekt och sanning, se Michel Foucaults rikliga produktion. Exempelvis Foucault, Michel (1997:2008) *Sambälet måste försvaras*. Collège de France 1975–1976. TankeKraft Förlag.

⁴⁹ Fridström Montoya (2015) a.a. s. 474 ff.

⁵⁰ På klassiskt rättsligt manér, kan självkritiskt tilläggas, för inte gör det väl skillnad om rättssubjektet är en man eller kvinna, rätten är ju könsneutral? ... Jfr Svensson, Eva-Maria (1997) *Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten*. Ak. avh. Iustus Förlag s. 301.

I de åtta kammarrättsfallen⁵¹ var fem sökande män, och tre kvinnor.⁵² Av de fem männen var det två som beviljades insatsen och tre som nekades. Av de tre kvinnorna var det en som beviljades insatsen och två som nekades. När alla åtta fallen jämförs, var de sökandes situationer mycket likartade. Det var fråga om personer med utvecklingsstörning som bodde i gruppboheter (i vilka det enligt LSS 9 e § ska ingå kulturella och fritidsaktiviteter).

Rättsligt är förutsättningarna för att beviljas insats enligt LSS 7 § att den sökande behöver sådan hjälp i sin livsföring och att behovet inte tillgodoses på annat sätt. Det avgörande är alltså *behovet*. Angående bedömningen av om behov föreligger eller inte, framgår i propositionen till lagen att:

Insatserna till vuxna skall grundas på behov som den enskilde själv finner angelägna att få tillgodosedda för att kunna leva ett så självständigt och oberoende liv som möjligt.⁵³

Angående syftet med kontaktperson, uttalades följande i den allmänna motiveringen till lagen:

Avsikten är främst att tillgodose behovet av en medmänniska när anhörigkontakt saknas eller behöver kompletteras. [...] Många personer med funktionshinder har få kontakter vid sidan av sina anhöriga. Människor med funktionshinder bor också ensamma i mycket större utsträckning än andra. Många saknar gemenskapen med andra människor i arbetslivet och i fritidssammanhang. Jag anser att personer med funktionshinder som omfattas av den nya lagen ska kunna erbjudas ett personligt stöd i form av kontaktperson för att *underlätta ett självständigt liv i samhället*. [...] Kontaktpersonen bör vara en person som ställer sig till förfogande *som medmänniska* för en person med funktionshinder som behöver hjälp för att *komma i kontakt med andra* människor och för att *komma ut i samhället*. Ungdomar med funktionshinder som vill delta i olika aktiviteter tillsammans med andra ungdomar behöver ofta någon som följer med dem dit och därifrån och någon att vara tillsammans med under tiden aktiviteten pågår. Andra kan behöva en intresserad person eller en familj att regelbundet prata och umgås

⁵¹ Se Fridström Montoya (2015) a.a. s. 433–441 för rättsfallsreferaten.

⁵² Och här kan man då göra en poäng genom att påtala att det åtminstone är *som män eller kvinnor som de beskrivs och omtalas i rättsfallen*. Det behöver dock inte betyda att det är som män eller som kvinnor som individerna själva identifierade sig eller ville att andra skulle betrakta dem.

⁵³ Prop. 1992/93:159 s. 51.

med. De som bor på vårdhem behöver ofta hjälp för att få kontakter utanför vårdhemmet.⁵⁴ (mina kursiveringar)

I specialmotiveringen till kontaktpersoninsatsen framhölls i likhet med vad som uttalades i den allmänna motiveringen, att en kontaktperson ska vara en medmänniska, men med tillägget att:

En viktig uppgift för kontaktpersonen ska vara att bryta den funktionshinderdrades isolering genom samvaro och genom hjälp till fritidsverksamhet.⁵⁵

Med stöd i uttalandena i propositionen får syftet med insatsen kontaktperson sägas vara dubbelt: *dels* att underlätta ett självständigt liv i samhället genom att tillsammans med kontaktpersonen kunna komma ut på aktiviteter, *dels* att öka de medmänskliga kontaktytorna eller att komplettera eller ersätta anhörigkontakt när sådan saknas. Den *medmänskliga* aspekten av uppdraget är vad som särskilt betonas; ibland beskrivs insatsen som en betald kompis. Skälet till detta är att personer med funktionsnedsättningar av det slag som kvalificerar för LSS-insatser ofta har svårt att knyta kontakter på egen hand och att ta del av samhällets gemenskap. För social samvaro är de ofta hänvisade uteslutande till de omsorgsverksamheter de befinner sig inom, och den personal som där står till buds. Insatsen kontaktperson måste förstås mot denna bakgrund. Därför var det något överraskande att finna att det var frågan om den sökande betraktades som *isolerad* eller inte som var den avgörande för bedömningen i de åtta kammarrättsfallen – både i de fall den sökande beviljades eller nekades insatsen.

Männen som sökte kontaktperson betonade i fyra fall av fem sitt behov av *aktiviteter* som de kunde göra med en kontaktperson. I ett av dessa fall beviljades mannen kontaktperson, eftersom han tillsammans med denne (en *man* som han redan hade haft som kontaktperson sedan ett antal år) kunde gå på folkrace, bilutställningar, fotboll etc. Kammarrätten bedömde att dessa intressen svårligen skulle kunna tillgodoses inom ramen för gruppboendets fritidsaktiviteter för de boende. I det femte fallet som gällde en man, betonade den sökande istället sitt behov av *just* den *manliga* kontaktperson som han redan haft under ett antal år, och med vilken han hade en djup kontakt. Detta behov skulle enligt mannen inte kunna tillgodoses av den i huvudsak kvinnliga personalen på boendet. Kammar-

⁵⁴ Prop. 1992/93:159 s. 75 f.

⁵⁵ Prop. 1992/93:159 s. 178.

rätten beviljade insatsen och pekade särskilt på risken att mannen kunde bli isolerad.

Av de tre *kvinnorna* som sökte kontaktperson, var det endast en 83-årig kvinna som beviljades insatsen. Beskrivningen av hennes tillvaro var aktivitetslöshet och ensamhet, trots att hon bodde i en gruppbostad. Kvinnan anförde att hon behövde en kontaktperson huvudsakligen för stimulans, hjälp med att kunna ha kontakt med anhöriga och för att kunna ta del av kulturliv och fritidsaktiviteter. Kammarrätten ansåg att kvinnan i praktiken var så isolerad att hon behövde en person att vara förtrolig med, och beviljade kontaktperson. Här kan noteras att kvinnan själv dock inte uttalade något "förtrolighetsbehov" utan pekade på sin innehållslösa tillvaro som grund för behovet av en kontaktperson. I de två andra fallen där de sökande var kvinnor betonade de sökande sin ensamhet, sitt behov av någon att kunna prata med, "hitta på trevliga saker med" för att må bättre eller för att kunna komma ut bland människor i staden, eller fika eller gå på museum tillsammans med. Domstolarna avslag dock dessa ansökningar med hänvisning till att kvinnorna inte kunde anses "så isolerade som avses i lagens förarbeten".

Jämförs fallen med manliga respektive kvinnliga sökande, kan två saker sägas. För det första att männen i högre utsträckning än kvinnorna motiverade sitt behov av kontaktperson med hänvisning till specifika aktiviteter, framför behovet av en vänskapsrelation. För kvinnornas del var det omvänt så att dessa i högre grad än männen betonade behovet av en medmänsklig relation framför specifika aktiviteter. För det andra beviljades de två män som fick insatsen en specifik manlig kontaktperson, med hänvisning till att deras särskilda – typiskt manliga? – intressen och behov av just en manlig vän var betydelsefullt. För kvinnan som beviljades kontaktperson var könet på kontaktpersonen inte överhuvudtaget en fråga. Däremot fick kvinnan en kontaktperson med hänvisning till att hon ansågs behöva en förtrolig relation, trots att hon själv uttryckt behov av aktivitet.

Mitt rättsfallsmaterial är givetvis alldeles för begränsat för att det ska vara möjligt att dra några långtgående eller generella slutsatser av det. Det går inte att säga att män och kvinnor med funktionsnedsättningar behandlas olika i samband med ansökningar om kontaktperson, eller att mäns och kvinnors sätt att tala om vad de behöver generellt sett skiljer sig åt. Däremot går det med utgångspunkt i dessa rättsfall att reflektera över några frågor som skulle kunna ligga till grund för framtida undersökningar.

Det *tycks* vara enklare att få en kontaktperson för den som kan peka på ett specialintresse jämfört med vad som kan tillgodoses inom ramen för en gruppbostad, eller som befinner sig i en situation där det mest förekommer personer av det andra könet (läs: om den sökande är man inom omsorgerna, där i huvudsak kvinnor arbetar). Det tål att funderas över om dessa konstateranden har olika effekter för män respektive kvinnor, eller om inte, om de kanske borde ha det. Lagen och förarbetena är könlösa, så till vida att det inte problematiseras om män och kvinnor i samma utsträckning efterfrågar/behöver aktiviteter eller medmänskligt umgänge. Däremot betonas att det vid bedömningen av om någon har ett behov av LSS-insats ska tas hänsyn till vilka "behov den enskilde själv finner angelägna att få tillgodosedda för att kunna leva ett så självständigt och oberoende liv som möjligt". Det leder till frågan om det finns en rättslig beredskap att göra nyanserade bedömningar beroende av mäns eller kvinnors eventuella olikheter gällande vad de efterfrågar och deras eventuellt olika möjligheter att leva självständigt och oberoende?

Vidare kan man fråga sig om rättstillämpningen bidrar till att upprätthålla könsstereotyper genom hur mäns respektive kvinnors behov bemöts, beviljas eller nekas. Eller om det kan vara så att könsidentiteter för personer med funktionsnedsättningar – oaktat vilka – *motverkas* genom rätten på ett sådant sätt att "funktionsnedsatt" blir den enda identitet som står tillbuds för dessa personer? Blir de inför rätten och de sociala omsorgerna helt enkelt könlösa i rollen som insatssökande enligt LSS, trots att könet kanske borde spela roll?⁵⁶ Eller *förstärker* rättens utformning och tillämpning utsatthetspositioner när kategorierna kön och funktionshinder *sammanfaller*?

Karin Barron, professor i socialt arbete och professor i sociologi, har problematiserat den sista frågan på följande sätt:

Dependence is the key part of the social construction of gender for women and of the social construction of disability. There is thus partial congruity between the two roles of being a woman and disabled since both are associated with passivity and dependency. This means that the powerlessness of women is confirmed by disability and vice versa.⁵⁷

⁵⁶ Jfr Barron, Karin (1997) *Disability and Gender. Autonomus as an Indication of Adulthood*. Ak. avh. Uppsala universitet, som på s. 28 skriver: "Having a physical impairment can mean being seen as genderless, or at least having the feeling that this is the case."

⁵⁷ Barron a.a. s. 28.

Kan alltså det sätt som män respektive kvinnor med funktionsnedsättningar bemöts i rättsliga sammanhang förutom att befästa avvikelse- och underordningspositioner i förhållande till funktionsfullkomlighetsnormen och förväntningar på särskilda egenskaper eller förmågor hos rättssubjekten i formen av autonomi, suveränitet och rationalitet, *även* befästa könsmaktordningen? Exempelvis därför att nämnda förväntningar kan betraktas som typiskt manliga? Och finns det spänningar eller kanske till och med konflikter dessa kategoriseringar sinsemellan som borde uppmärksammas?

Jag har inget svar på dessa frågor. Däremot anser jag att de är värda att försöka besvara, och det faller sig naturligt att nu vända tillbaka till frågan om behovet av en omdefinierad personrätt.

5 Åter till frågan om behovet av en omdefinierad personrätt

Personrätten är ett rättsområde som sätter *rättssubjektet* i centrum. Vad gäller de fysiska rättssubjekten kan det särskilt påpekas att rätten

missar underordnades erfarenheter. För det första är det avskalade och kontextlösa rättssubjektet utgångspunkten för varje rättslig argumentation; tänk på köparen, säljaren, arbetsgivaren, arbetstagaren, målsäganden, den tilltalade, borgenären, gäldenären, ”den enskilde”, medborgaren. Den jurist som tagit till sig intersektionalitet och som vill verka för en förändring på denna punkt har att reflektera över *rättens möjligheter till nyansering*, utan att rättssäkerhetsvärden träds förnär. För det andra har vi *rättens dubbla binaritet* både ifråga om rättstillämpning och bevisprövning; tänk på hur käromålet eller åtalet antingen når upp till beviskravet, eller inte gör det; på hur rekvisit är uppfyllda, eller inte. *En sanning kvalificeras över en annan* i domskälen, och *en normativ syn privilegieras helt över en annan* i domslutet. Rätten är lika onyanserad som den är kraftfull.⁵⁸ (mina kursiveringar)

Jämfört med vad som framgick i avsnittet ovan i analysen av rättsfall, framstår påståendena i citatet som högrelevanta att reflektera över. Förutom att de bekräftar vad jag problematiserat ovan, är de också goda argument för varför personrätten, som till skillnad från alla andra rätts-

⁵⁸ Selberg, Niklas & Wegerstad, Linnea, *Inledning. Intersektionella analyser. Att begreppsliggöra ojämlikheter i och genom rätten*. Retfaerd, Årgång 35, 2012, nr 3/138, s. 1.

områden ställer just rättssubjektet i centrum, bör omformuleras, omdefinieras och omorienteras vetenskapligt.

Inom ramen för en omorienterad personrätt skulle frågor såsom de jag har rest i denna uppsats kunna få en naturlig plattform för forskning. En personrätt som anammar ett gemensamt intresse för rättssubjektet/en i kombination med kompletterande teoribildningar och metoder kunde verka inbjudande för alla(?) forskare i rättsvetenskap som intresserar sig för vissa grupper i rätten – kvinnor, barn, sjuka, funktionsnedsatta etc. Under ett omorienterat personrättsparaply kunde dessa forskare samverka och dra såväl intersektionell som annan nytta av varandras kunskaper och kompetenser. Inte bara i vetenskapens och kunskapens namn, utan framförallt i de enskilda personernas. I slutänden är det ju inte människorna som ska stå i vetenskapens tjänst, utan vetenskapen som ska stå i människornas. Genom nya slag av frågor och nya slag av kunskaper om människors olikartade förutsättningar och erfarenheter av rätten och maktstrukturer, möjliggörs framtida förändringar i regelverk, rättstillämpning och bemötande. Och däri ligger personrättsämnets potential att kunna bidra till verklig skillnad för de fysiska personerna i rätten.

Annika Rejmer

Vårdnadstvist – en kontra- produktiv genusbias?

1 Inledning

Krossade drömmar om ett familjeliv fyllt av kärlek och respekt är vårdnadstvistens drivkrafter. Föräldrar strider i domstol för att utses till vårdnadshavare eller för att få en fastställelse av barnets rätt till umgänge med båda föräldrarna. Av uppdraget som vårdnadshavare följer en rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter.¹ Vårdnadshavare har dessutom ett ansvar för barnets personliga förhållanden, som innebär att de ska säkerställa att barnets rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran tillgodoses.² Därutöver ska vårdnadshavare säkerställa att barnet behandlas med aktning för sin person och att det inte utsätts för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.³

Oberoende av om den ena föräldern är ensam vårdnadshavare eller om föräldrarna är vårdnadshavare gemensamt, har barn rätt till umgänge med en frånlevande förälder. Föräldrarna har ett gemensamt ansvar för att så långt som möjligt tillgodose barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Mot denna bakgrund har vårdnadshavare även ålagts en skyldighet att lämna upplysningar, som kan underlätta barnets umgänge med den frånlevande föräldern.⁴ Brott mot upplysningsskyldigheten är visserligen inte sanktionerat, den ska förstås som en markering från samhället beträffande vikten av att barn har ett nära och gott umgänge med båda sina föräldrar.

¹ Föräldrabalken 6 kap. 11 § 1 st.

² Föräldrabalken 6 kap. 2 § 2 st.

³ Föräldrabalken 6 kap. 1 §.

⁴ Föräldrabalken 6 kap. 15 §.

Då föräldrarnas relation är våldsam uppstår en situation av motstridiga skyldigheter. Vårdnadshavare har å ena sidan skyldighet att skydda barnet från åga, kränkande behandling, missaktning och att tillgodose barnets behov av trygghet och å andra sidan en skyldighet att underlätta barnets umgänge med den frånlevande föräldern. Mot denna bakgrund är syftet med föreliggande artikel att utforska hur det regelkomplex som aktualiseras då det förekommer våld mellan föräldrar som strider om vårdnad, boende och umgänge i domstol förhåller sig till barnets bästa. Mer specifikt kommer jag att undersöka förekomsten av och karaktären på våld mellan föräldrar i vårdnadstvist, för att därefter utforska i vilken utsträckning föräldrabalkens bestämmelser om barnets bästa korresponderar med brottsbalkens bestämmelser. Jag kommer också att utforska om regelkomplexet ger upphov till genusbias, det vill säga till en systematisk snedvridning på grund av att lagstiftningen inte tar hänsyn till kön.

2 Metod

Undersökningen utgår från ett rättssociologiskt perspektiv. Det innebär att växelverkan mellan samhället och dess rättsordning undersöks med hjälp av en kombination av rätts- och samhällsvetenskaplig metod. Artikeln baseras på fyra underlag. Det första underlaget består av 1 087 stämningsansökningar insamlade vid sex tingsrätter i Stockholmstrakten under perioden 2013.01.01–2013.03.31 som har bearbetats statistiskt. Undersökningen är en totalundersökning. Det andra underlaget utgörs av 202 enkätsvar som har besvarats av slumpmässigt utvalda föräldrar som har fått sin vårdnadstvist handlagd vid representativt spridda tingsrätter.⁵ 107 enkätsvar erhöles från föräldrar som har fått sin vårdnadstvist handlagd i tingsrätt enligt den *Traditionella metoden*, det vill säga på sedvanligt sätt. 95 enkätsvar erhöles från föräldrar som har fått konflikten handlagd enligt metoden *Konflikt och försoning*, som några svenska tingsrätter har infört. Det är en norsk handläggningsmetod som inbegriper ett nära samarbete mellan föräldrar, familjerätt och tingsrätt med målsättningen att föräldrarna ska uppnå en överenskommelse om fortsatt gemensam vårdnad. Enkätundersökningen genomfördes under perioden 2014.10.08–2015.05.27.

⁵ Enkätundersökningen har administrerats av jur. kand. Tina Varis som också har sammanställt resultaten inför den statistiska bearbetning som har gjorts av Pierre Carbonnier, statistiker vid Lunds universitet.

Svarsfrekvensen på enkäter riktade till föräldrar som fått tvisten handlagd på *Traditionellt sätt* uppgår till drygt 25 procent. Bortfallsanalysen visar att respondenterna utgörs av föräldrar av svensk medelklass med hög konfliktnivå. Ungefär 30 procent av samtliga mål om vårdnad, boende och umgänge drivs av svenska medelklassföräldrar vid *Traditionell handläggning*. Avseende *Konflikt och försoning* uppgår svarsfrekvensen till 54 procent. Även dessa föräldrar utgörs av svenska medelklassföräldrar med hög konfliktnivå, varför materialen är jämförbara. Det empiriska underlaget är sammantaget representativt och generaliserbart för svenska medelklassföräldrar i en högentensiv vårdnadstvist. Enkätsvaren har kodats i en databas och bearbetats statistiskt.

Det tredje underlaget utgörs av en intervjustudie där föräldrar som har deltagit i enkätundersökningen har fått möjlighet att utveckla och nansera sina enkätsvar.⁶ 48 föräldrar har intervjuats. Intervjuerna har bandats, transkriberats och analyserats kvalitativt. Det fjärde underlaget är en rättsutredning av korrespondensen mellan föräldrabalkens och brottsbalkens bestämmelser med relevans för barnperspektivet och barnets bästa i vårdnadstvister samt föräldrars kön och genus.

3 Våld i nära relation – förekomst och definition

Förekomsten av våld i nära relation undersöks regelbundet av Brottsförebyggande rådet (BRÅ). Kartläggningen från 2012 visar att ungefär 7 procent av Sveriges befolkning, oberoende av kön, årligen upplever sig utsatta för våld i nära relation. Trots att båda könen är exponerade i lika stor utsträckning föreligger det könsrelaterade skillnader. Kvinnor utsätts för grövre våld av närstående än män. Det är dessutom någon decimal fler kvinnor som rapporterar utsatthet årligen varför det utifrån ett livsloppsperspektiv uppstår en könsskillnad. Under en livstid uppskattas att drygt 25 procent av kvinnorna och cirka 17 procent av männen i befolkningen utsätts för våld av närstående.⁷ Mörkertalet är dock stort. Det beräknas

⁶ Intervjustudien har genomförts av lektor Anna Piasecka, kriminolog Kajsa Rydén och lektor Ann-Sofie Bergman.

⁷ BRÅ, Brotts och statistik 2017-11-26. Frenzel, Anna 2014.

uppgå till 94 procent, vilket innebär att endast 6 procent av utövat våld i nära relation antas komma till rättsvårdande myndigheters kännedom.⁸

Resultatet kan delvis förklaras av att parterna anser att våldet var en småsak eller att de har hanterat det privat.⁹ En annan förklaring är att våldsutsatta anser att det inte är lönt att anmäla eftersom beviskraven avseende uppsåt bidrar till att det är svårt att få våldet lagfört. Svårigheterna beror bland annat på två rättsliga principer. Den första föreskriver att om en handling ska betraktas som kriminell (vållandebrott undantagna) måste det kunna bevisas att utövat våld var avsiktligt samt att den anklagade förstod och var medveten om konsekvenserna av det. Vid våld i nära relation kan det vara svårt att bevisa uppsåt eftersom det företrädesvis utövas inom hemmets fyra väggar och att andra vittnen än eventuella barn sällan är närvarande. Brottutredningen slutar vanligtvis i en "ord mot ord situation" där offret hävdar uppsåtligt våld medan den anklagade hävdar att uppsåt saknades. När uppsåt inte kan bevisas träder nästa rättsliga princip in, *in dubio pro reo*, som föreskriver att vid tvivel om uppsåt ska det komma den anklagade till godo. Dessa rättsliga principer kom till under romarriket, då *bonus pater familias* förutsattes äga sin familj av omsorg och i fostrande syfte. Det var således inte kriminaliserat att slå sina fruar och barn. Principerna torde därför ha tillkommit för att reglera domstols handläggning av våld mellan män.

Våld i nära relation skiljer sig emellertid från våld mellan obekanta och bekanta män genom att offer och gärningsperson har en pågående eller avslutad relation, som har gett förövaren möjlighet att skaffa sig makt över offret genom att utöva fysisk, psykisk, sexuell eller ekonomisk kontroll. Enligt Michael P Johnson räcker det emellertid inte att beakta relationen mellan offer och gärningsperson för att kunna förstå och förklara våld i nära relation. Det är en mera heterogen företeelse än så. Johnson gör en första differentiering av våld i nära relation genom begreppen situationsbundet och systematiskt våld. Med systematiskt våld avser Johnson att våld har förekommit i relationen under en längre tid. Denna typ av våld är vanligtvis upprepat och av eskalerande karaktär. Det är dessutom mestadels ensidigt och syftar till att ta makt och kontroll över offret. Med tiden bryts offer för systematiskt våld ned vilket leder till att våld normaliseras i relationen.¹⁰ Med begreppet situationsbundet våld avser Johnson

⁸ BRÅ, Brotts och statistik 2017-11-26. Frenzel, Anna 2014.

⁹ BRÅ, Brotts och statistik 2017-11-26. Frenzel, Anna 2014.

¹⁰ Lundgren 2001, s. 13 f.

våld som är avgränsat till en situation, exempelvis en separation. Situationsbundet våld utövas i större utsträckning av båda parterna. Våldet är dessutom mindre frekvent och grovt vid en jämförelse med systematiskt våld, vilket kan förklaras av att situationsbundet våld syftar till att ta makt och kontroll över en situation och inte en person.¹¹ I kontexten vårdnadstvist är en distinktion mellan situationsbundet och systematiskt våld av vikt, då systematiskt våld ger indikation om att våldet troligen inte kommer att upphöra genom att vårdnadstvisten biläggs. Förövarens behov av makt över offer kvarstår och kan till och med öka beroende på domens utfall.

Malou Andersson konstaterar, i sin avhandling från 2016, att lagstiftarens syn på våld i nära relation har skiftat över tid men att teorin om genussystem, där orsaken till våld i nära relation förklaras av bristande jämställdhet, har haft stort genomslag under de senaste 25 åren.¹² Det kan förklaras av att teorin antogs som en officiell förklaringsmodell till det svenska (o)jämställda samhället i propositionen *Jämställdhet – Delad makt, delat ansvar*.¹³ Teorin om genussystemet kan användas för att förklara hur relationen mellan kvinnor och män uttrycks och reproduceras på olika samhällsnivåer. Den kan också användas för att undersöka hur människors livsstrategier samvarierar med lagstiftning och andra normer. Teorin tar utgångspunkt i att genus måste definieras både utifrån biologiskt och socialt kön och att de är oskiljbara. Med denna utgångspunkt definieras begreppet *genus* som sociala och kulturella föreställningar och normer om kön, som ligger till grund för att klassificera människor som kvinna eller man samt för att klassificera handlingar och föremål som kvinnliga och manliga. Kategorierna kvinna och man ses som separata men komplementära.¹⁴ Därigenom kan olikheter mellan könen och hierarkier i samhället synliggöras. Med begreppet *genussystem* avses den sociala struktur, på såväl individ- som samhällsnivå, som reglerar kvinnors och mäns handlingsutrymme. Utmärkande för *genussystemet* är principen om *mäns överordning* och *kvinnors underordning* på olika samhällsområden.¹⁵ Principen om den manliga normens primat, bygger på att mannen betraktas som norm i samhället.¹⁶ Vid kriminaliseringen av fridskränk-

¹¹ Johnson 1995, s. 283–294. Se även Johnson 2006.

¹² Anderson 2016. Se även Nilsson & Lövkrona 2015. NCK, 2017-12-18.

¹³ Prop. 1993/94:147 s. 20–23.

¹⁴ Prop. 1993/94:147 s. 20–21.

¹⁵ Prop. 1993/94:147 s. 21 f. Wendt 2002.

¹⁶ Hirdman 2010, s. 66.

ningar mellan närstående som har eller har haft en relation tog lagstiftaren sin utgångspunkt i teorin om genussystem. Orsaken till fridskränkningar antogs exempelvis vara bristande jämställdhet, där överordnade män utövar våld mot underordnade kvinnor, ett beteende som också antogs normaliseras i relationen med tiden.¹⁷ I Johnsons termer syftade kriminaliseringen av fridskränkningar till att öka samhällets förmåga att hantera systematiskt våld i nära relation.

Malou Andersson konstaterar att definitionen av våld är bredare inom beteende- och samhällsvetenskap än inom rättsvetenskap och lagstiftning och att detta särskilt gäller psykiskt våld. Det finns ett flertal handlingar som kan upplevas som våld men som inte är kriminaliserade.¹⁸ Michael P Johnson har i likhet med Andersson uppmärksammat att våld i nära relation kan utövas genom olika psykologiska strategier. Han har bland annat identifierat följande strategier:¹⁹

- Könsbundna privilegier
Strategin om könsbundna privilegier kan utövas genom att en förälder tar sig rätten att fatta beslut som påverkar den andra föräldern. Den kan också utövas genom att den ena föräldern tar sig rätten att definiera genus; vad mammor respektive pappor ska och får göra som förälder.
- Barn som vapen
Strategin om barn som vapen kan utövas genom att exempelvis skuldbelägga den andra föräldern för att barnen far illa av hemförhållandena. Den kan också utövas genom att den ena föräldern använder umgänget med barnet för att trakassera den andra föräldern eller genom att hota att flytta med barnet eller att föra bort det.
- Känsломässiga övergrepp
Denna strategi kan utövas genom att den ena föräldern skuldbelägger, förödmjucar, förminskar eller hävdar att den andra föräldern är galen eller genom att kalla den andra föräldern för nedsättande öknamn. Ett annat sätt att utöva strategin är att spela psykologiska spel.
- Förneka, förminska och skuldbelägga våld
Denna strategi kan användas genom att den våldsutövande föräldern inte erkänner eller vill prata om våld i relationen eller genom att hävda

¹⁷ Andersson 2016, s. 64–68, 73–89.

¹⁸ Andersson 2016, s. 18–55, 253–255.

¹⁹ Johnson 1995, s. 283–294.

att det aldrig har hänt. Strategin kan också utövas genom att hävda att det var den andra förälderns fel och därigenom föra över skulden på den våldsutsatta föräldern.

Tidigare forskning visar att föräldrakonflikter som karaktäriseras av höga konfliktnivåer med inslag av fysiskt och psykiskt våld, umgängessabotage inbegripet, kan ge upphov till ohälsa hos barn på såväl kort som lång sikt.²⁰ Barn behöver inte vara utsatta för våld för att en risk ska föreligga, det räcker med att barn bevittnar eller överhör våld mellan föräldrar. Enligt tidigare forskning bör uppgifter om våld i samband med vårdnadstvister ses som indikation på att barnet är utsatt för risk.²¹

4 Empiriska resultat

I denna studie har föräldrar inte besvarat frågor om våld utifrån en tidsram, såsom senaste året, utan utifrån sin relation, varför resultaten inte kan relateras till ovan refererade prevalensstudier från BRÅ. Förekomsten av våld i samband med en vårdnadstvist har undersökts genom en granskning av stämningsansökningar. Granskningen visar att hälften av samtliga stämningsansökningar om vårdnad, boende och umgänge rör en icke fungerande gemensam vårdnad på grund av att den ena föräldern är frånvarande eller passiv i utövningen av den gemensamma vårdnaden. Dessa vårdnadstvister är således av en mera administrativ karaktär. Den andra hälften av stämningsansökningarna rör högintensiva vårdnadstvister, det vill säga två föräldrar som strider för att aktivt utses till ensam vårdnadshavare, boendeförälder eller för att få ett umgänge med barnet fastställt. I hälften av stämningsansökningarna som rör högintensiva vårdnadstvisterna finns uppgifter om våld. Det är enbart mammor som är uppgiftslämnare. Granskningen av stämningsansökningar visar således att det finns uppgifter om våld i 25 procent av samtliga ansökningar om vårdnad, boende och umgänge.

Nedan utforskas föräldrar som har lämnat uppgifter om våld i den genomförda enkätundersökningen och intervjustudien närmare. Av resultaten från enkätundersökningen framgår att det finns en könsskillnad i upplevelsen av om våld har förekommit eller inte bland medelklassföräldrar. Det är något fler mammor än pappor som upplever att våld har

²⁰ Johnston 2009, Wadsby & Svedin 1995, Bergman & Rejmer 2017.

²¹ Radford & Hester 2006, s. 66.

förekommit i relationen (58 procent jämfört med 42 procent). Mammor och pappor har också olika uppfattningar om våldet har varit ömsesidigt eller inte. 12 procent av mammorna och 27 procent av papporna menar att det har varit ömsesidigt. Resultatet indikerar att mammor företrädesvis upplever sig som offer medan pappor upplever sig både som förövare och offer.

En annan skillnad är att mammor och pappor definierar våld på olika sätt. Relaterat till Michael P Johnsons kategorisering i systematiskt och situationsbundet våld indikerar enkätsvaren att 42 procent av våldet bör definieras som situationsbundet separationsvåld. Det innebär att våldet upplevs som avgränsat till tiden för familjeuppbrottet och att det har syftat till att ta makt och kontroll över situationen. Resultatet innebär samtidigt att 58 procent av föräldrarna upplever våldet som systematiskt. Det vill säga att våld har förekommit i relationen innan separationen och vårdnadstvisterna var ett faktum och att det syftar till att ta makt och kontroll över dem eller barnet. Resultaten visar därutöver att det föreligger en könsskillnad avseende hur våldet kategoriseras som innebär att 70 procent av mammorna med upplevelser av våld menar att det är systematiskt och att hälften av papporna delar denna uppfattning. Resultatet innebär att mammor upplever att våldet har pågått under längre tid än pappor och att majoriteten av föräldrarnas barn har varit exponerade för våld under en längre tid.

Det är inte bara kategoriseringen av våld som skiljer mellan mammor och pappor. Resultaten visar även att det råder delade uppfattningar om det utövade våldet. Föräldrarna har ungefär samma uppfattning om förekomsten av knuffar, örffilar, sparkar och knytnävslag. Däremot föreligger det en statistiskt säkerställd skillnad avseende upplevelsen av förekomsten av våld genom hot, skakningar, stryptag, användning av vapen och om det har förekommit sexuellt våld. Skillnaden utgörs av att mammor upplever att dessa typer av våld har förekommit i större utsträckning än pappor. Inte någon pappa uppger sig exempelvis ha upplevt att det har förekommit sexuellt våld.²²

Mammornas och pappornas skilda upplevelser har även stöd i att hälften av föräldrarna uppger att våld är orsaken till familjeuppbrottet. Även i detta avseende föreligger det en statistiskt säkerställd könsmissig skill-

²² Rejmer et al. 2018 kap. 5.

nad.²³ 40 procent av mammorna menar att våld är en orsak till familjeuppbrottet, motsvarande andel bland papporna är 10 procent. Resultatet ger indikation om att mammor upplever våld i nära relation som mera allvarligt än pappor. Ovan presenterade resultat stämmer väl överens med resultat från tidigare internationell forskning.²⁴

För att ta kontroll och makt över en annan person behöver inte alltid fysiskt och sexuellt våld utövas. Det kan det vara tillräckligt med att utöva psykiskt våld. Utifrån Michael P Johnson strategier ger enkätundersökningens resultat stöd för följande psykologiska strategier:

1. Att använda könsbundna privilegier

Resultaten från enkätundersökningen visar att barn med särlevande medelklassföräldrar i vårdnadstvist, företrädesvis bor med sin mamma, vilket ger henne könsbundna privilegier. Att barnet bor hos mamma är ett signifikant resultat. Det är samtidigt signifikant fler mammor än pappor som uppger att barnet tar parti för en förälder.²⁵ Det föreligger även en signifikant skillnad²⁶ i uppfattningen om barnets vilja till umgänge mellan mammor och pappor. Mammor menar att barnet inte vill umgås med pappa. Samtidigt uppger mammor i signifikant större utsträckning än pappor att den andra föräldern är en oviktig person för barnet.²⁷ En tredjedel av mammorna menar att pappa är en oviktig person för barnet. Pappor anser däremot att mamma är en viktig person för barnet.²⁸

2. Känslomässiga övergrepp

Resultaten från enkätundersökningen visar att det även föreligger skillnader i medelklassföräldrarnas syn på den andres föräldraförmåga som upplevs som känslomässiga övergrepp. Pappor upplever att mammor förminskar dem som förälder efter separationen. Mammorna ger stöd för pappornas upplevelse. Resultaten visar att det föreligger signi-

²³ Traditionell handläggning p=.001, signifikant. Konflikt och försoning p=.002, signifikant.

²⁴ Hester, Abrahams, Harwin, Pearson 2006.

²⁵ Skillnaden är signifikant bland föräldrar som medverkar i Konflikt och försoning p=.0048.

²⁶ Traditionell handläggning, umgänge p=.006, signifikant.

²⁷ Traditionell handläggning p=.006, signifikant. Konflikt och försoning p=.022, signifikant.

²⁸ Traditionell handläggning p=.027, signifikant. Konflikt och försoning p=.000, signifikant.

fikanta skillnader i föräldrarnas syn på varandras föräldraskap. Mammor upplever i större utsträckning än pappor att den andra föräldern inte kan tillgodose barnets emotionella och psykiska behov.²⁹ Det är också signifikant säkerställt att mammor upplever att pappor inte kan ta ansvar för barnet på ett bra sätt³⁰ och att barnet inte kan lita på pappa.³¹

3. Barn som vapen

Resultaten från enkätundersökningen visar också att barn används som vapen i vårdnadstvister. Resultaten ger en statistiskt säkerställd indikation om att medelklasspappor i större utsträckning än mammor upplever att de hindras från att vara förälder efter separationen. 76 procent av papporna upplever att de hindras från att ha kontakt med sitt barn. 41 procent av mammorna delar denna upplevelse.

4. Förneka, förminska och skuldbelägga våld

Av ovanstående redovisning av föräldrars upplevelser av våld framgår att medelklassföräldrar har delvis olika upplevelser av såväl förekomsten av som karaktären på det våld som har utövats. Mammor upplever att våld har utövats i större utsträckning än pappor. Mammor upplever därutöver pappors våld som systematiskt och grövre i större utsträckning än vad papporna själva upplever.

Resultaten kan tolkas som att pappor inte respekterar mammors upplevelser och att de förnekar och förminskar, i synnerhet det grova och sexuella våldet. Även detta resultat har stöd i tidigare forskning.³² Papporna definierar däremot inte mammors förminskning av dem som förälder och förvägran att låta dem utöva umgänge, som våld.

Av resultaten från den genomförda enkätundersökningen framgår att det dessutom föreligger en signifikant skillnad mellan medelklassföräldrars uppfattningar om barnets utsatthet för våldet.³³ Skillnaden utgörs av att en klar majoritet av mammorna upplever att barnet har utsatts för våld

²⁹ Emotionella/psykiska behov, traditionell handläggning $p=.0012$, signifikant. Konflikt och försoning $p=.005$, signifikant.

³⁰ Ansvar, traditionell handläggning $p=.049$, signifikant. Konflikt och försoning $p=.064$, signifikant.

³¹ Tillit, traditionell handläggning $p=.003$, signifikant. Konflikt och försoning $p=.001$, signifikant.

³² Nilsson och Lövkrona 2015 s. 80 f. Hearn Jeff 1998 s. 60 f.

³³ Traditionell handläggning $p=.004$, signifikant, Konflikt och försoning $p=.006$, signifikant.

antingen genom att ha blivit utsatt eller genom att ha hört eller sett föräldrarnas våldsutövning. En tredjedel av papporna delar denna uppfattning.

Av intervjustudien framgår att de föräldrar som har en konflikt där det har förekommit våld upplever att det i vårdnadsmålets handläggningsordning saknas ett forum för att diskutera våld.³⁴ Hos familjerätten blir föräldrarna tillsagda att våldet inte ska diskuteras där. De hänvisas till polismyndigheten och uppmanas att göra polisanmälan, och hos polisen läggs sådana anmälningar vanligtvis ner på grund av svårigheter med bevisningen. När föräldrarna vill berätta om våld i handläggningen av vårdnadsmålet går inte det heller eftersom domstolen bara tar hänsyn till den information som finns med i redan inkomna yttranden och utredningar från familjerätten. Våldet hör med andra ord inte hemma i någon av de instanser som har med handläggningen av tvisten att göra, och frågan fångas därför inte upp. Vissa föräldrar upplever även att de inte "får" berätta om den andres våld, oavsett i vilken form våldet har utspelats, eftersom det anses vara ett tecken på att de har samarbetssvårigheter kring barnet. Ett exempel på en sådan situation är att när våld förekommer uppstår en, för den våldsutsatta föräldern, problematisk situation i handläggningen av konflikten där föräldern för att skydda barnet, måste påvisa att det inte är bra för barnet att bo hos den våldsamma föräldern, samtidigt som föräldern måste visa en vilja till samarbete för att inte riskera vårdnaden och därigenom exponera barnet ytterligare för den våldsamma föräldern. Ett annat exempel är när föräldern vill berätta att man inte förmår lämna barnen till umgänge hos den andra föräldern eftersom man misstänker att barnet blir utsatt för våld, och att detta riskerar att ses som ett tecken på bristande samarbetsförmåga.

5 Vad föreskriver rättskällorna?

Vårdnadshavare som hamnar i dilemmat med motstridiga skyldigheter avseende barns rätt till att inte bli exponerad för föräldrars våld och rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar kan söka vägledning i föräldrabalken 6 kap. 2 a § som föreskriver vad domstol ska beakta vid bedömningen av barnets bästa. Av bestämmelsen framgår att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och um-

³⁴ Redovisningen av resultaten från intervjustudien har huvudsakligen författats av Kajsa Rydén. Se Rejmer et al kap. 5.

gånge. Vad som är barnets bästa är individuellt, varför hänsyn ska tas till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling på såväl kort som lång sikt.³⁵ Barnets bästa fastställs genom att ett barnperspektiv anläggs. Det innebär att ett objektivt perspektiv, som utgörs av vedertagen kunskap och erfarenhet, sammanvägs med barnets subjektiva perspektiv.³⁶ I bedömningen av barnets bästa ska domstolen fästa särskilt avseende vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp. Det medför att inte bara barnets utsatthet för övergrepp utan också exponeringen för våld mellan föräldrar ska beaktas i bedömningen av barnets bästa. Av rättsutredningen framgår att barn har ett straffrättsligt skydd då de utsätts för våld. Däremot saknar barn straffrättsligt skydd vid exponering för våld mellan föräldrar. Det är således inte möjligt att lagföra en förälder som låter sitt barn bevittna eller överhöra våld mellan föräldrarna.

Av föräldrabalken 6 kap. 2 a § framgår att i bedömningen av barnets bästa ska domstol även beakta risken för att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar. Skrivningen medför att en förälder som inte lämnar tillbaka barnet till boendeföräldern i tid efter umgänge eller som för bort barnet ska betraktas som en risk. En förälder, utan del i vårdnaden, som kvarhåller eller för bort ett barn kan dömas för egenmäktighet med barn enligt brottsbalken 7 kap. § 4. Av praxis kan utläsas att det finns situationer där en umgängesförälder som kvarhåller eller bortför barn inte ska anses göra sig skyldig till egenmäktighet med barn. Exempelvis föreligger det inte egenmäktighet med barn om umgängesföräldern inte aktivt har gömt eller förhindrat vårdnadshavaren att besöka och hämta barnet.³⁷ Det föreligger inte heller egenmäktighet med barn om umgängesföräldrarnas motiv har varit att skydda barnet mot övergrepp från vårdnadshavaren. Egenmäktighet med barn föreligger inte heller om handlingen bedöms som nödrätt.³⁸ Vårdnadshavare som inte lämnar barnet till ett beslutat, utdömt eller avtalat umgänge, med en frånlevande förälder utan del i vårdnaden, kan däremot inte dömas för egenmäktighet med barn. Umgängesföräldrar utan del i vårdnaden, saknar således möjlighet att polisanmäla en vårdnadshavare som saboterar ett beslutat, utdömt eller avtalat umgänge.

³⁵ Prop. 1997/98:7 s. 105 f.

³⁶ SOU 1997:116 s. 134.

³⁷ NJA 2017 s. 557.

³⁸ NJA 1991 s. 241.

I brottsbalken 7 kap. § 4 regleras också egenmäktighet med barn då föräldrarna utövar gemensam vårdnad. Egenmäktighet med barn föreligger då den ena vårdnadshavaren varaktigt skiljer barnet från den andra vårdnadshavaren genom att olovligen bortföra eller undanhålla barnet så att det blir dolt eller oåtkomligt för den andra vårdnadshavaren. Straffansvar föreligger oberoende av hos vem av vårdnadshavarna barnet har sitt stadigvarande boende. Ett försenat överlämnande eller återlämnande utan avsikt att varaktigt skilja barnet från den ena vårdnadshavaren ses således inte som egenmäktighet med barn, vid gemensam vårdnad. Inte heller den omständigheten att den ena föräldern flyttar med barnet till en annan landsände behöver innebära att barnet anses vara varaktigt skilt från den andra vårdnadshavaren.³⁹ Om den ena vårdnadshavaren anser sig ha beaktansvärda skäl som innebär att en skyldighet att skydda barnet från den andra vårdnadshavaren föreligger finns ett visst utrymme för att vidta åtgärder, som annars skulle vara straffbara.⁴⁰ Beaktansvärda skäl föreligger dock inte på grund av att vårdnadshavarna har olika syn på barnuppfostran, kost, sovtider eller val av ny partner. Beaktansvärda skäl föreligger inte heller då domstol tidigare har avgjort barnets vårdnad, boende och umgänge. En vårdnadshavare saknar således mandat att göra en egen bedömning av barnets bästa när det finns en dom, om det inte har tillkommit nya omständigheter.⁴¹ Pappor och barn som utsätts för umgängessabotage har således svårt att få till stånd ett avtalat eller beslutat umgänge. Lagstiftningen erbjuder två möjligheter, antingen kan pappor begära verkställighet eller stämma om vårdnad och boende.

I föräldrabalken 6 kap. 2 a § föreskrivs därutöver att domstol vid bedömningen av barnets bästa ska beakta barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Stadgandet ska tolkas som att barnets behov av umgänge ska väga tungt i bedömningen av barnets bästa, och att umgängessabotage utan grund ska ses som ett argument för överflyttning av vårdnad och boende.⁴² Barns rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar ska emellertid inte tolkas som att barn måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden. Barn har exempelvis en absolut rätt till skydd från exponering för våld och kränkningar.⁴³ Vid

³⁹ Prop. 2013/14:120 s. 11 och 16.

⁴⁰ Prop. 2013/14:120 s. 13.

⁴¹ Prop. 2013/14:120 s. 12 f.

⁴² Prop. 2005/06:99 s. 42.

⁴³ NJA II 2006 s. 208.

domstols bedömning av om umgängessabotage ska leda till en överföring av vårdnad eller boende vägs barnets behov av trygghet och kontinuitet mot barnets behov av kontakt med båda föräldrarna. Det medför att en förälder som har barnet boende hos sig under processen, kan ha en fördel trots umgängessabotage, eftersom barnets behov av trygghet och kontinuitet vanligtvis anses väga tyngre än barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar. Tidigare forskning visar att det sällan beslutas om överflyttning av vårdnaden på grund av umgängessabotage.⁴⁴

Av barns rätt till en uppväxt utan våld och kränkningar följer en skyldighet för domstol att pröva sådana uppgifter i vårdnadsmål.⁴⁵ Tingsrätten, som är första instans, kan införskaffa underlag till prövningen genom att ge socialtjänstens familjerätt i uppdrag att inkomma med yttrande, snabbyttrande eller en vårdnadsutredning.⁴⁶ Vårdnadsutredare har lagstöd för att utreda risken för att barnet kommer att utsättas för våld och kränkningar genom slagningar i social-, misstanke- och belastningsregistren.⁴⁷ Av förarbetena framgår att det vid tingsrättens prövning inte ska ställas lika höga beviskrav som i brottmål, exempelvis ska uppgifter om övergrepp beaktas även om en förundersökning har lagts ned.⁴⁸ Av skrivningarna framgår att det är den juridiska definitionen av våld, det vill säga den snävare definitionen, som ska ligga till grund för bedömning av barnets våldsexponering. Andra former av våld kan således inte beaktas även om definitionen av barnets bästa tyder på att begreppet ska förstås och tillämpas utifrån en bredare beteende- och samhällsvetenskaplig definition.

Följaktligen är det brottsbalken som kan ge vägledning i att identifiera och definiera begreppet våld som en risk för barn i vårdnadsmål.⁴⁹ Med utgångspunkt i föräldrarnas beskrivning av det våld som har utövats framgår att möjliga brottsrubriceringar är misshandel enligt brottsbalken 3 kap. 5–6 §§. Bestämmelserna ska skydda såväl vuxna offer som barn. De empiriska undersökningarna visar att mammor även upplever att de har utsatts för handlingar som kan rubriceras som sexuellt våld i

⁴⁴ Schiratzki 2013 s. 311.

⁴⁵ Prop. 2005/06:99 s. 113 f.

⁴⁶ Föräldrabalken 6 kap. 19–20 §§.

⁴⁷ Offentlighets- och sekretesslagen, SFS 2009:400, kap. 26 § 1, förordning om belastningsregister, SFS 1999:1134, § 11 p. 8 b, lag om misstankeregister, SFS 1998:621, § 4 p. 9 b.

⁴⁸ Prop. 2005/06:99 s. 42.

⁴⁹ NJA II 2006 s. 208.

relationen med barnets pappa. Sexualbrott och brott mot den personliga integriteten regleras i brottsbalken kap. 6 och kan utifrån mammornas utsagor röra brottsrubriceringar som våldtäkt, sexuellt tvång och utnyttjande. Av beskrivningarna framgår därutöver att rubriceringen brott mot individens frihet och frid enligt brottsbalken kap. 4 kan aktualiseras. I 4 kap. 5 § behandlas exempelvis hot. Ett annat exempel är ofredande genom hänsynslöst beteende eller handgripligt antastande som regleras i 4 kap. 7 §. Ofredande kan exempelvis röra sexuell beröring av en sovande person eller dolda upptagningar via ljud eller bild. Barn som har tvingats bevittna våld och lyssna på hot mellan sina föräldrar har däremot inte ansetts vara utsatta för ofredande.⁵⁰ I brottsbalken 4 kap. 4 a § finns dessutom bestämmelser om grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning som har ett specifikt fokus på våld i nära relation. Av bestämmelsen framgår att den som begår handlingar enligt brottsbalken 3 kap. (brott mot liv och hälsa), 4 kap. (brott mot frihet och frid), 6 kap. (sexualbrott), 12 kap. (skadegörelse) eller enligt § 24 lagen om kontaktförbud mot nuvarande eller tidigare närstående döms, om var och en av gärningarna utgjort ett led i upprepad kränkning av individens integritet och varit ägnad att allvarligt skada individens självkänsla för grov fridskränkning. Har gärningarna begåtts av en man mot en nuvarande eller tidigare närstående kvinna ska han dömas till grov kvinnofridskränkning.

6 Analys

Av genomförda empiriska studier framgår att uppgifter om våld förekommer i 25 procent av samtliga stämningsansökningar om vårdnad, boende och umgänge. Enligt BRÅ:s kartläggning upplever 7 procent av befolkningen årligen att de utsatts för våld i nära relation. Det kan emellertid ta flera år att handlägga en vårdnadstvist varför det inte utifrån dessa uppgifter går att dra slutsatsen att våld är överrepresenterat bland föräldrar i vårdnadstvist.

Enligt resultaten från enkätundersökningen tycks medelklasspappor huvudsakligen utöva fysiskt och sexuellt våld under samlevnaden. Mammorna upplever dessutom att de är utsatta för grövre våld än vad papporna upplever sig ha utövat. Resultaten visar också att medelklassmammor företar handlingar som enligt den bredare beteende- och samhällsvetenskapliga definitionen kan ses som psykiskt våld mot pappor i

⁵⁰ NJA 2005 s. 712.

det särlevande föräldraskapet. Mammor förminskar pappors föräldraroll och förvägrar dem att fullgöra beslutat, utdömt eller avtalat umgänge. Om pappors utsatthet beaktas föreligger sannolikt en överrepresentation av våld mellan föräldrar i vårdnadstvist utifrån den beteende- och samhällsvetenskapliga definitionen av våld i nära relation.

De empiriska resultaten och rättsutredningen ger indikation om det föreligger åtminstone två genusbias i samband med vårdnadstvister där uppgifter om våld florerar. För det första tycks det föreligga en genusbias där mammors utsatthet för våld under samlevnaden inte fångas av lagstiftningen. Våldsutsatta mammor har svårt att få våld i nära relation lagfört på grund av två principer som härstammar från romarriket. Den ena föreskriver att uppsåt måste bevisas, vilket är svårt i ”ord mot ord situationer” och utan andra vittnen än barnet.⁵¹ Den andra principen föreskriver att vid tvivel om uppsåt ska det komma den anklagade till godo. I fallet våld i nära relation i samband med vårdnadstvist medför det att våldsutövande föräldrars intresse ska prioriteras. Det är vanligtvis pappor som utövar sanktionerat våld. Den manliga normens primat, mannens överordning och kvinnan underordning i samhället, får således genomslag. Det kan förklaras av att principerna är närmare 2000 år gamla och att det på den tiden var lagligt att slå både fruar och barn. Våldsutsatta mammor har således små möjligheter att skydda barnet från risken att bevittna våld genom att försöka lagföra våldsutövande pappor.

För det andra tycks det föreligga en genusbias i lagstiftningen som drabbar särlevande pappor. Det kan förklaras av att det särlevande föräldraskapet är mer traditionellt än det samlevande. Barn med särlevande föräldrar som är i konflikt bor företrädesvis hos sin mamma.⁵² Det ger mammor, i Johnsons terminologi, ett könsbundet privilegium som ger henne möjlighet att på egen hand fatta beslut om barnet som även påverkar umgängesföräldern. Det ger henne också möjlighet att definiera genus, det vill säga vad mammor och pappor ska göra och inte ska göra som förälder och hur de ska genomföras. Det empiriska resultatet indikerar att mammor menar att det är hennes normer för föräldraskap och barnets bästa som gäller. Det könsbundna privilegiet ger därutöver mammor möjlighet att använda barnet som vapen. Det är exempelvis signifikant fler pappor än mammor som upplever att den andra föräldern förvägrar dem att tillgodose barnets bästa genom att fullgöra beslutat, utdömt eller avtalat

⁵¹ Se Hearn 1998, Nilsson och Lövkrona 2015.

⁵² Se Johansson 2009, 2013.

umgänge. Det könsbundna privilegiet ger även mammor möjlighet att utöva känslomässiga övergrepp i det särlevande konfliktfyllda föräldraskapet. Utifrån medelklassföräldrarnas samstämmiga och statistiskt säkerställda uppgifter förminskar mammor särlevande pappors föräldraroll. En tredjedel av mammorna uppger till och med att de anser att pappa är en oviktig person för barnet. Föräldrar utan del i vårdnaden saknar samtidigt möjlighet att lagföra en vårdnadshavare som inte lämnar barnet för beslutat, utdömt eller avtalat umgänge. En umgängesförälder, utan del i vårdnaden, som kvarhåller eller bortför barnet kan däremot polisanmälas för egenmäktighet med barn av vårdnadshavaren. Mammor är ensam vårdnadshavare i högre utsträckning än pappor. Om båda föräldrarna är vårdnadshavare kan egenmäktighet med barn endast aktualiseras om den ena vårdnadshavaren har för avsikt att varaktigt skilja barnet från den andra vårdnadshavaren. En vårdnadshavare som utövar umgänge saknar således möjlighet att lagföra en boendeförälder som missköter umgänget. Genusbiasen utgörs i detta fall av att särlevande pappor har små möjligheter att få samhällets stöd för att tillgodose barnets bästa genom att uppfylla beslutat, utdömt eller avtalat umgänge, när mammor ägnar sig åt umgängessabotage. Det finns med andra ord också en norm om ett kvinnligt primat i det särlevande konfliktfyllda föräldraskapet, som medför att mammor är överordnade pappor.

Korrespondensen mellan föräldrabalkens och brottsbalkens bestämmelser avseende våld mot närstående, barns exponering för närståendes våld och barns rätt till en nära och god kontakt med båda föräldrarna kan således diskuteras. Av rättsutredningen framgår därutöver att det helt saknas korrespondens utifrån barnets perspektiv. Barn saknar straffrättsligt skydd både avseende exponering för föräldrars våld och umgängessabotage. En förälder som förvägrar sitt barn rätten till fastställt umgänge gör sig inte skyldig till brott. Det gör inte heller en förälder som låter sitt barn bevittna våld. Detta medför att brottsbalken inte kan användas som ett medel för att uppnå föräldrabalkens målsättning om barnets bästa.

Risken för att barn exponeras för våld mellan föräldrar i en vårdnadstvist kan endast utredas och hanteras inom ramen för vårdnadsmål. För att erhålla ett beslutsunderlag ger tingsrätten socialtjänstens familjerätt i uppdrag att utreda barnets bästa. Utredarna har lagstöd för att undersöka barnets risk för våldsexponering genom slagningar i misstanke- och belastningsregistret. Mörkertalet för våld i nära relation är dock stort. Uppskattningsvis kommer 6 procent av utövat våld i nära relation till rättsvårdande myndigheters kännedom, varför det kan diskuteras i vilken

utsträckning registren kan fylla familjerättens och tingsrättens informationsbehov. I synnerhet då det i bedömningen av barnets bästa ska tas hänsyn till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Om de handlingar som barn exponeras för är kriminaliserade eller inte enligt brottsbalkens bestämmelser torde vara ointressant utifrån ett barnperspektiv och barnets bästa. Uppgifterna kan möjligtvis vara av relevans för att definiera våld som situationsbundet eller systematiskt våld och vilka samhällsinsatser som krävs för att skydda barnet. I intervjustudien efterlyser mammor ett forum i handläggningen av vårdnadstvister för att diskutera innebörden av det mångtydiga begreppet våld i nära relation och dess inverkan på barn. Föräldrars upplevelser av olika former av våld och deras oro för barnets riskexponering tycks inte höra hemma någonstans i handläggningen av vårdnadstvister.

Lagstiftningen verkar inte bara bidra till att reproducera och vidmakthålla våldsamma föräldrakonflikter utan också till att driva på dem genom att föräldrarnas enda möjliga strategi för att tillgodose sitt barns bästa är stämma upprepade gånger, om antingen vårdnad, boende, umgänge eller verkställighet. Därigenom bidrar lagstiftningen också till att barn exponeras för långvariga och våldsamma föräldrakonflikter.

Slutsatsen som kan dras utifrån ovanstående argumentation är att handläggningen av vårdnadstvister saknar förutsättning att tillgodose barnets bästa i föräldrakonflikter där det framförs uppgifter om våld. Det vill säga i så gott som alla högintensiva vårdnadstvister om våld definieras utifrån den bredare samhälls- och beteendevetenskapliga definitionen.

Referenser

- Andersson, Malou (2016). *Grov fridskränkning och grov kvinnofrids-
kränkning: fridskränkningens brotten som rättslig konstruktion*. Diss.
Stockholm: Stockholms universitet, 2016.
- Bergman, Ann-Sofie, Rejmer, Annika (2017). Det är klart att barnen
blir lidande. *Socialmedicinsk Tidskrift*, vol. 94, nr 4, s. 437–446.
- Frenzel, Anna. Brott i nära relation. En nationell kartläggning, *BRÅ*
2014:8.
- Hearn, Jeff (1998). *The violences of men: how men talk about and how
agencies respond to men's violence to women*. London: SAGE.
- Hester, Marianne, Abrahams, Hilary, Harwin, Nicola, Pearson, Chris
(2006). *Making an Impact: Children and Domestic Violence*, Publis-
hers Jessica Kingsley.

- Hirdman, Yvonne (2010). *Gösta och genusordningen: feministiska betraktelser*. [Ny utg.] Stockholm: Ordfront.
- Johansson, Thomas (2009). *Familjeliv*. 1 uppl. Malmö: Liber.
- Johansson, Thomas, Lindgren, Simon & Hellman, Anette (2013). *Nya uppväxtvillkor: samhälle och individ i förändring*. 1 uppl. Stockholm: Liber.
- Johnson, Michael (1995). Patriarchal terrorism and common couple violence: Two forms of violence against women. *Journal of Marriage and Family*, 57, 283–294. Doi:10.2307/353683.
- Johnson, Michael P. (2006). Conflict and control: Gender symmetry and asymmetry in domestic violence. *Violence against women* Volym: 12 Häfte: 11.
- Johnston, J., Roseby, V. & Kuehnle, K. (2009). *In the name of the child – a developmental approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*. New York: Springer Publishing Company.
- Lundgren, Eva (red.) (2001). *Slagen dam: mäns våld mot kvinnor i jämställda Sverige: en omfångsundersökning*. Umeå: Brottsoffermynigheten.
- Nilsson, Gabriella & Lövkrona, Inger (2015). *Våldets kön: kulturella föreställningar, funktioner och konsekvenser*. 1 uppl. Lund: Studentlitteratur.
- Redford, Lorrain, Hester, Marianne (2006). *Mothering Through Domestic Violence*, Publisher Jessica Kingsley.
- Rejmer, A. et al. (under publicering 2018). *Föräldrar i vårdnadstvist: vilka är de, vad handlar konflikten om och hur upplever de samhällets interventioner? Slutrapport*.
- Schiratzki, Johanna (2013). *Föräldraansvar i välfärdsrätten: om vårdnad, vårdnadstvister och barnskydd*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Wadsby, M. & Svedin, D.G. (1995). Barns reaktioner och psykiska hälsa vid föräldrars skilsmässa. *Socialmedicinsk Tidskrift*, 72 (8), 334–339.
- Wendt, Maria (2002). *Rädslans politik: våld och sexualitet i den svenska demokratin*. Diss. Stockholm Univ., 2002.

Internetkällor

BRA, <https://www.bra.se/brott-och-statistik/statistik-utifran-brottstyper/vald-i-nara-relationer.html> 2017-11-26.

NCK <http://www.nck.uu.se/kunskapsbanken/amnesguider/vald-i-nara-relationer/vald-i-nara-relationer/> 2017-12-18.

Propositioner

Prop. 1993/94:147	Jämställdhetspolitiken: Delad makt – delat ansvar
Prop. 1997/98:7	Vårdnad, boende och umgänge
Prop. 2005/06:99	Nya vårdnadsregler
Prop. 2013/14:120	Straffansvaret vid egenmäktighet med barn

Statens offentliga utredningar

SOU 1997:116	Barnets bästa i främsta rummet
--------------	--------------------------------

Rättsfall

NJA 2005 s. 712

NJA II 2006 s. 208

Joel Samuelsson

Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten*

"The law of contracts is an area which is ripe for feminist analysis. Of the 'core' common law subjects, it is the one most obviously imbued with values associated with the marginalisation of women and the feminine.

[...]

The task of introducing a feminist perspective on contractual law is a difficult one."

Linda Mulcahy

Vårt språk,¹ för att börja med det, skiljer manligt från kvinnligt, och det är en skillnad som spelar roll. Det manliga prioriteras framför det kvinn-

* Det är inte okomplicerat att som *man* skriva tänkande om kvinnans tillvaro. Man skriver om en plats på vilken man inte befinner sig. Orden blir ofrånkomligen den andres och gör utan grund i egen erfarenhet det kvinnliga till objekt – och är sammanhanget, som här, akademiskt kommer orden dessutom uppifrån en position som under långa tider varit förbehållen mannen, vilket präglat dem. Se här till t.ex. Grahn-Farley, M., An Open Letter to Pierre Schlag, University of Miami Law Review, Vol. 57, 2002–03 s. 755 ff.; Gustafsson, H., Cyklopens öga. En betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet, Retfærd nr 113, 29 årgång (2006) s. 3 ff.; Lahey, K. A., "Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 23, 1985 s. 519 ff.; Whelehan, I., Modern Feminist Thought. From the Second Wave to 'Post-Feminism', Edinburgh 1995 s. 177 ff.

¹ Uttrycket "vårt språk" innesluter och utesluter. Men vilka är *vi* som har detta språk, och finns det verkligen någonting sådant som "ett språk" – vad är då det? – som en gemenskap i någon mening kan *ha*? Ja ... gör man halt för att filosofera över innebördena blir man stående, och det är i sin ordning, men det är inte så man tar innebörden, i t.ex. en text, till sig.

liga. Mannen överordnas kvinnan. Kvinnan underordnas mannen.² Till exempel associeras det kvinnliga regelmässigt med den lägre värderade termen i våra grundläggande dikotomier: objektivt/subjektivt, förnuft/känsla, offentligt/privat, stark/svag, stor/liten, aktiv/passiv, ljus/mörker, själ/kropp, djup/yta med flera.³ Och en kvinna som bryter mot denna regel vinner typiskt sett ingenting på det, i moraliskt hänseende.⁴ Detta mönster kan man göra synligt för sig själv genom att byta alla maskulinformer mot femininformer, och tvärtom, i nästan vilken text som helst.⁵ En "stor kvinna" är – och nu pratar vi stereotyper – inte stor på det sätt en "stor man" är stor; en "stark kvinna" är inte stark på det sätt en "stark man" är stark, och så vidare. Skillnadsspelet här, som genomsyrar språket och därmed vår tillvaro, är komplicerat och svåröverskådligt, men det är inte desto mindre verkligt. Det bestämmer oss, för tänkandet kommer ingenstans utan språket, och språket bär vår kultur. Mannen kommer först, från Adam och framåt. Och kvinnan är en avvikelse. Om det är detta som menas med "könsmaktsordningen" låter den sig inte betvivlas. Det är ingen teori. Det är ett faktum.⁶

Filmen "Wonder Woman" (2017) ger ett i skrivande stund aktuellt exempel. Det är den senaste i den långa raden av superhjältefilmer och den första i någorlunda modern tid som har en kvinnlig huvudperson (titelkaraktären, som i filmen kallas Diana, spelas av Gal Gadot). Detta har fört med sig viss uppståndelse, och eftersom regissören, Patty Jenkins, också är kvinna, och särskilt som filmen blivit en kritikerframgång, har den på sina håll setts som en sorts feministisk triumf. Ett fenomen som är omskrivet i sammanhanget är att en del kvinnor inte kunnat låta bli att gråta under filmens stridsscener, i ett sorts förlösande "Äntligen!". Det gäller inte minst en scen som utspelas på Västfronten under första

² Jag rör mig här delvis på ett fält som inte är mitt, rent professionellt. Varje försök till tanke man här kan tänkas komma med har säkerligen redan tänkts och tänkts om i otaliga varianter av de som vikt sitt liv åt problematiken. För min del kan det bara bli fråga om slump- och amatörmässiga reflektioner och referenser. Vetenskapskulturell appropriering.

³ Se här till t.ex. Gunnarsson, Å., Svensson, E.-M., *Genusrättsvetenskap*, Lund 2009 s. 201 ff.

⁴ Se här till t.ex. Pauly Morgan, K., *Kvinnor och moraliskt vansinne*, Emt, J. E., Mansén, E. (red.), *Feministisk filosofi*, Nora 1994 s. 175 ff.

⁵ För ett belysande exempel se Pauly Morgan s. 184 f. Jfr Frug, M. J., *Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, *The American University Law Review*, Vol. 34, 1985 s. 1065 ff., s. 1105 n. 138.

⁶ Ett "grammatiskt" faktum, i meningen: det är så vi använder språket (det är så vi lever).

världskriget (händelsevis regissörens favoritscen). Hjältinnan får reda på att det finns en by med överlevande civila i ingenmanslandet mellan de belgiska och de tyska posteringarna. Hon beslutar sig för att ge sig upp över kanten på skyttegraven för att rädda de civila, trots att hon bestämt avråds från detta av samtliga närvarande, som alla är män; män som vet vad det innebär, eller vad det skulle ha inneburit om Diana inte hade varit en halvgudinna. Så hon ger sig över kanten och går beslutsamt mot byn i *slow motion*, under massiv beskjutning. Det är en nyckelscen; det är nu hon blir sig själv, genom eget fritt val. Men om detta är en feministisk triumf eller inte kan diskuteras – för undantaget får här upprättelse genom att anpassa sig efter regeln: genom att vara en individ, en hjälte, en krigare, självständig, aktiv, våldsam osv. Diana är den främsta bland amasonerna, en stam kvinnor som definieras genom sin förmåga att vara som män, vilket bekräftar såväl regeln som undantaget, det vill säga den dikotoma struktur som kallas könsmaktsordningen. I språket och tänkandet finns ingen tredje möjlighet, ingen plats förberedd där kvinnor ”verkligt” skulle kunna vara sig själva, i meningen någonting annat än en avvikelse från normen.⁷ (Därför är det svårt att tänka sig en feminism utan revolutionär syftning.)

Det är, kan man alltså säga, skillnad på män och kvinnor. Nu finns det juridik som tar sikte på detta förhållande, men mestadels återspeglas skillnaden mellan könen inte *direkt* i det rättsliga källmaterialet. Rättvisan är blind, som bekant, också i detta avseende.⁸ Lagen är väsentligen könsneutral – åtminstone till sin utformning.

Avtalsrätten utgör ett kanske särskilt tydligt exempel. På ytan kännetecknas reglerna i den klassiska avtalsrättens allmänna del just av sin neu-

⁷ Vi är hänvisade till språket, och språket är gemensamt. Det sätter en gräns för hur långt man kan komma t.ex. med ”medvetandehöjande”, i personliga erfarenheter grundade, samtal. Jfr MacKinnons definition på *consciousness raising*: ”the collective critical reconstitution of the meaning of women’s social experience, as women live through it”; MacKinnon, C. A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Massachusetts-London 1989 s. 83. Jfr t.ex. Lahey, ”Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell”, som i sammanhanget bl.a. framhåller och problematiserar den ”rejection of dualism” som ligger implicit i den skrivande feminismen. Dualismen kan man bara avsäga sig i teorin, inte i praktiken. Tänkandet kan inte fly från sig självt. Se här till särskilt Lahey, a.a. s. 533 och 540 f. och vidare nedan i n. 60.

⁸ Jfr t.ex. Conaghan, J., *Law and Gender*, Oxford 2013 s. 8: ”[L]egal scholarship continues to hold on to the view that gender plays little or no role in the conceptual make-up, normative grounding, or categorical ordering of law. The official position is that the idea of law and legal fundamentals are, and certainly ought to be, gender-independent.”

tralitet – eller kanske likgiltighet – i förhållande till alla materiella frågor.⁹ De behandlar rättshandlandets form – anger *hur* man rättshandlar, och låter de rättshandlande subjekten själva fylla formen med innehåll. Var och en sätter sin egen, individuella bundenhets gränser. Rättigheterna och skyldigheterna definieras såtillvida inte i lagen utan genom rättssubjektens fria val.¹⁰ De regler som avtalsrätten tillhandahåller är procedurrella; spelregler som ska garantera att allt går rätt till, och med ”rätt” menas då, ytterst, att de agerande subjektens autonomi inte kränks. När det som i avtalsrätten handlar om mellanmännsliga relationer – avtalande är ett gemensamt handlande till ömsesidig nytta – är det bara möjligt när autonomin tar sig uttryck som alla inblandade har förutsättningar att förstå, det vill säga i en rationell diskurs. Individualiteten balanseras mot det allmängiltiga. Det strikt privata är inte rättsskapande. Det är det *befogade* intrycket som styr, förutsatt att viljebildningen inte manipulerats illojalt eller på annat sätt störts ut.¹¹ (Djävulen skulle förlora om hans (hennes?) kontrakt prövades i domstol.) Avtalsrätten förkroppsligar på sitt sätt så, precis som så många andra rättsområden, den grundläggande västerländska föreställningen att den fria och rationella individens ansvar ska vara en effekt av denna individs eget handlande. Ansvar mot svarar handlingen, som motvikten i en vågskål. *Suum cuique*.

Kort sagt lämnar avtalsrätten öppet mål för identitetskritiskt tänkande.

Genom att fokusera uteslutande på individerna gör den sig blind för strukturella orättvisor, det vill säga alla orättvisor som präglar samhället i stort, och dit hör, för att ta det exempel som vi nu diskuterar, könsmaktsordningen. Avtalsrätt handlar förvisso om rättvisa, men konsekvent om en rättvisa av ett annat slag, som, enligt ovan, inte ser bortom det indivi-

⁹ Jfr 36 § AvtL, som explicit erkänner avtalets materiella innehåll som rättsfaktum och i vilken progressiva teoretiker sett ett löfte om en annorlunda, materiellt orienterad, avtalsrätt.

¹⁰ I den speciella kontraktsrätten finns dock, som bekant, åtskilliga tvingande regler som föreskriver bestämda rättigheter och skyldigheter. Den materiella avtalsfrihetens gränser bestäms även negativt – enligt allmänna principer, men också i lag. I sammanhanget kan nämnas att avtal som inskränker någons rättigheter eller skyldigheter enligt diskrimineringslagen (2008:567) är utan verkan i den delen, vilket framgår av denna lags 1 kap. 3 §. Därmed fräntas bland annat avtal som medger könsdiskriminering verkan på en rad områden.

¹¹ *Detta* har ingenting med tillitsprincipen eller den nordiska avtalsrättens särart att göra, utan är en grundpremiss i all västerländsk avtalsrätt. Se och jfr Karhu, J., Den nordiska avtalsrättens byggstenar, Andersen, M. B., m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015 s. 90 ff.

duella händelseförloppet parterna emellan. Den som blott bär ansvar för sina egna handlingar ansvarar inte för könsmaktsordningen, eller överhuvudtaget för rådande samhällstillstånd. Och eftersom det här rör sig om ett avgränsat regelsystem, och inte om en politisk ideologi med anspråk på allmängiltighet, ligger det ytligt sett ingen värdering i denna begränsning av ansvaret, bara ett konstaterande, av att könsmaktsordningens orättvisa inte kan hanteras inom ramen för den klassiska avtalsrätts system. Det utesluter naturligtvis inte att denna orättvisa bemöts med andra medel – vilket ju också sker. Det innebär bara att könsmaktsordningen saknar specifikt avtalsrättsliga konsekvenser. Kön är helt enkelt ett faktum utan avtalsrättslig relevans, och vad spelar det för roll? Den avtalsrättsliga logiken fungerar som en rå och lokal – till ett visst område avgränsad – liberalism, som kan fortleva i sin primitiva, oreflekterade form därför att den inte behöver ta ansvar för det den stöter bort, eftersom den är just lokal och alltså saknar explicita ideologiska anspråk. Avtalsrätten är bara ett verktyg i omsättningens tjänst (som om den tanken inte vore ideologisk). Teknisk. Neutral. Men ... det är den ju inte.

Även om det vore möjligt att utforma ett avtalsrättsligt system som verkligen var neutralt i den åsyftade meningen – ett *rent* instrument (hur det skulle gå till kan jag inte föreställa mig) – skulle detta likafullt ha samhälleliga konsekvenser. Ett instrument är nyttigt i proportion till användarens makt och möjligheter. "Neutrala" instrument befäster och understödjer rådande maktförhållanden.¹² Avtalsfriheten är mer värd för den som har makt, resurser och inflytande. Det kan man visa rent empiriskt,¹³ och det följer av sunt förnuft. Den som har mindre att erbjuda får sämre villkor – får bo mindre attraktivt, sämre anställningsvillkor, högre räntor på sina eventuella lån osv. Den som inte vill förneka könsmaktsordningen existens (lycka till med det, i så fall), får nog dra slutsatsen att avtalsrätten – också i fiktiv, idealt neutral form – hör till de mekanismer som vidmakthåller denna ordning.

¹² Se här till Frug, *Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook* s. 1103 ff., som gör poängen att avtalsrättsens abstrakta och analytiska karaktär, parad med dess auktoritära neutralitetsanspråk i sig ger uttryck för den manliga normen. Denna karaktär och dessa anspråk påminner för övrigt starkt om den vetenskapliga praktikens i allmänhet; se här till t.ex. Lahey, "Until Women themselves Have Told All That They Have to Tell" s. 523 ff. Och, för all del, om själva förnuftets antagna karaktär; se t.ex. Conaghan, *Law and Gender* s. 204 ff.

¹³ Vilket är utgångspunkten t.ex. för framställningen i Wilhelmsson, T., *Avtal och jämlikhet*, SvJT 1997 s. 505 ff.

Men nu är avtalsrätten alltså inte ens neutral på ytan. Den är partisk till förmån för mannen och till förfång för kvinnan. Hur skulle det kunna vara annorlunda? Avtalsrätten är djupt förankrad i den västerländska traditionen, en oskiljaktig del av denna. Områdets centrala begrepp är instanser av föreställningar man gärna spårar tillbaka till vår kulturs mytiska ursprung. Sådant som man kan hitta hos Aristoteles.¹⁴ Till exempel. Det gäller idén om rättvisa mellan kontrahenterna som någonting artskilt från den samhälleliga rättvisan. Distinktionen mellan privat och offentligt. Föreställningen om det autonoma subjektet. Rationalitetsidealet. Åtskillnaderna mellan det inre (psykiska) och det yttre (fysiska), mellan aktivitet och passivitet och mellan avsikten och orden. Med mera. Sammantaget åtskilliga av de element som man menat tydligast manifesterar kvinnans underordning. Avtalsrätten är inte könsneutral till sin utformning utan tvärtom ”könad” (*gendered*). Den är, kan man rentav säga, manlig.¹⁵

¹⁴ Följdenligt är aristotelisk avtalsrätt närmast en egen subgenre inom ramen för den avtalsrättsliga litteraturen. Det stora namnet här är James Gordley, vars ”The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine” (1993) har haft stort inflytande i flera discipliner. För svenskspråkiga bidrag se Holm, A., Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, Linköping 2004; Norlén, A., Oskälighet och 36 § avtalslagen, Linköping 2004; Votinius, Z., Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen, Flodgren, B., Gorton, L., Lindell-Frantz, E., Samuelsson, P. (red.), Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis s. 335 ff., Stockholm 2005; dens., Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund, Stockholm-Stehag 2004.

¹⁵ Kan man verkligen säga det? Det är klart, men frågan är vad som menas. MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State s. 161 f., har rent generellt hävdat att ”[t]he state is male in the feminist sense: the law sees and treats women the way men sees and treat women”; se och jfr, gällande avtalsrätten, t.ex. Frug, M. J., Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140, 1992 s. 1029 ff., s. 1031. Jfr Conaghan, Law and Gender s. 75 f., som i anslutning till MacKinnons strax ovan citerade uttalande skriver: ”Nowadays, feminist scholars rarely attempt to put forward the claim that law is male as it recognizably relies upon a fixed and unitary conception of masculinity in terms of a core set of features which serve as an appropriate indicator of maleness. Such an essentialist and reductionist approach has increasingly given way to an understanding of masculinity, and indeed gender categories more generally, as complex, pluralistic, and unstable. This makes it much more difficult to talk in a meaningful way about law as male.” Conaghans standpunkt här, som illustrerar poängen nedan vid n. 29, kan diskuteras. Det faktum att en analys inte är populär för stunden talar inte nödvändigtvis emot den, och bortsett från det: En abstrakt beskrivning förlorar inte i värde redan genom att vara abstrakt. Faktum är att en

Detta förhållande präglar också de svenska avtalsrättsliga källorna, på den rent tekniska nivån. Ta till exempel 32 § 1 st. avtalslagen, lagens ideologiskt sett mest betydelsefulla bestämmelse. Motsatsvis ger denna uttryck för tillitsprincipen, det vill säga principen att en rättshandlings mottagare har rätt att lita till det objektivt sett befogade intryck som rättshandlingen ger, under förutsättning att han eller hon inte insåg eller borde ha insett att avgivaren avsett något annat.¹⁶ Denna princip – som alltså tar sikte specifikt på fall i vilka rättshandlingens avgivare menat något annat än vad han eller hon har sagt (förklaringsmisstagsfallen) – gäller vid onerösa rättshandlingar. Är det fråga om rättshandlingar med övervägande benefika inslag¹⁷ ska förklaringsmisstag däremot hanteras i enlighet med den så kallade viljeprincipen, som anvisar den rakt motsatta lösningen: rättshandlingen blir gällande med den avsedda innebörden, oavsett om mottagaren varit i god eller ond tro om att ett misstag begåtts. Den senare principen gäller följdriktigt, som framgår av ärvdabalken 11 kap. 1 § 2 st., också inom familjerätten, vid tolkning av testamenten. I de ursprungliga motiven förklaras skillnaden visavi avtalslagen med att ”den rättsliga samfärdsels intressen” inte gör sig gällande på samma sätt vid testamenterandet, som vid rättshandlande mellan levande.¹⁸ Tillitsprincipen – som i debatterna som kulminerade i dennas seger på förmögenhetsrättens område regelmässigt förknippades med ljus, förnuft och modernitet, till och med godhet¹⁹ – gäller på marknaden, i det offentliga.

beskrivning som inte är abstrakt inte är en beskrivning alls. Är en karta som är identiskt med verkligheten fullständigt korrekt? Nej, det är inte ens en karta.

¹⁶ Förslag till lag om avtal (1914) s. 140. Jfr n. 11 ovan.

¹⁷ I ”sådana fall, då den rättshandling, varom fråga är, har egenskap av gåva eller för medkontrahenten medför förmåner, vilka i värde väsentligen överstiga den betingade motprestationen [...]”; a. st.

¹⁸ Förslag till lag om testamente (1929) s. 71 f.: ”Förklaringen till denna olikhet ligger däruti att beträffande testamente den rättsliga samfärdsels intressen ej göra sig gällande på samma sätt som vid rättshandlingar i levande livet; den som vill grunda rätt på testamente kan ej med fog göra anspråk på annat eller mera än testator velat tillerkänna honom.”

¹⁹ Så t.ex. Arnholm, C. J., *Avtalerettslige spørsmål SvJT* 1955 s. 316 ff., s. 316: ”For oss som var studenter dengang, var det en av de store begivenheter at aftaleloven kom. Den markerte en milepel i den nordiske privatrett. Ikke fordi den bragte så meget nyt [...] Det store lå på et høyere plan. Nå hadde det gode definitivt seiret – viljesteoretikere og andre vranglærere var styrtet ut i mørkret.” Se vidare Björne, L., *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III, 1871–1910*, Lund 2002 s. 336 ff.; Tamm, D., *De nordiske aftalelove – mellem ”megaloman chauvinism” og nord-*

För det oegennyttiga benefika handlandet, och i det privata, gäller viljeprincipen. Och vilken princip ska man välja i tveksamma fall? Vi utgår från att den rättshandlande avsett att vinna någonting på sitt handlande, och alltså att detta är oneröst och inte benefikt.

Låt oss stanna där. Märk hur fältet struktureras genom upprepningar och variationer av vissa grundläggande dikotomier.²⁰

+	—
tillit	vilja
befogad uppfattning	avsikt
objektivt	subjektivt
(ekonomisk) rationalitet	altruism
onerös	benefik
marknad	familj
offentligt	privat
förmögenhetsrätt	familjerätt
förnuft	känsla
ljus	mörker
modernitet	historia
gott	ont
liv	död
huvudregel	undantag

Så hålls det avtalsrättsliga narrativet samman. Och det på ett sätt som är kongruent med språket i övrigt och som ger uttryck för och vidmakthåller kvinnans underordning (känslovarelsen kvinnan, vars plats är hemmet och så vidare).²¹

isk pragmatisme, Andersen, M. B., m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015 s. 17 ff.

²⁰ Se och jfr t.ex. Dalton, C., An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, The Yale Law Journal, Vol. 94, 1985 s. 997 ff.

²¹ Och här vi inte ens tagit hänsyn till faktorer som könstillhörigheten på de som sysslar med kommersiell avtalsrätt, t.ex. på de författare som skriver i ämnet, eller på förekomsten av kvinnor i de standardexempel som diskuteras, bland parterna i de mål som uppmärksammas, eller vilka livsområden som berörs. För en klassisk analys i denna riktning se Frug, Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook. Se även

Avtalsrätten förtrycker. Det *borde* inte kunna betvivlas. Frågan tycks bara vara vad som ska göras åt saken. Förtryck kan inte accepteras, så hur ska frigörelsen gestalta sig? Vilka emancipatoriska handlingar måste vi vidta? Det är här frågan ligger, för det är nu det blir svårt. Det verkar som om vi behöver en annan avtalsrätt, men hur ska den vara beskaffad?

Anta att vi försökte häva förtrycket genom att vända strukturen – ställa den på huvudet, upp och ned.²² På något sätt. Kanske genom att ersätta de förment neutrala reglerna med regler som uttryckligen tar upp parternas könstillhörighet som rättsfaktum? Eller, mindre våldsamt, närmare gränsen för det redan rättsligt möjliga, läsa 36 § 2 st. avtalslagen så, att avtal som ingåtts mellan en man eller en juridisk person å ena sidan och en kvinna å den andra kan jämkas till kvinnans fördel av särskild hänsyn till det behov av skydd som hennes underlägsna ställning medför?²³ Eller, skulle man inte kunna nöja sig med att, som Thomas Wilhelmsson föreslog redan för två decennier sedan, uttryckligen erkänna och bejaka den jämlikhetsprincip som på flera sätt redan ligger implicit i den avtalsrättsliga materian?²⁴ Emellertid, oavsett vilken variant man föreslår infinner sig här omedelbart en rad, i normkritiska sammanhang välbekanta, svårigheter.

En regel som direkt och uttryckligen kompenserar effekterna av en förtryckande struktur bekräftar denna – så kvinnan *är* alltså underlägsen? – och riskerar att befästa den ytterligare. Och *vilka* undantag från normen ska vi kompensera för? Det är inte bara kvinnan som avviker och straffas för det. Utöver kön – som i sig är en problematisk kategori²⁵ – har vi att räkna med klass, etnicitet, sexuell läggning, religion, ålder, längd, vikt, hälsotillstånd, funktionsvariationer, utbildning och så vidare. (Listan på relevanta undantag är under ständig omförhandling och tenderar att bli längre med tiden.) Är du till exempel överviktig riskerar du ett

t.ex. Wheeler, S., *Going Shopping*, Mulcahy, L., Wheeler, S., *Feminist Perspectives on Contract Law*, London-New York 2005 s. 21 ff.

²² Jfr Wilhelmsson, *Avtal och jämlikhet* s. 522 ff.

²³ Enligt detta stycke skall vid prövningen av den jämningsmöjlighet som första stycket samma paragraf medger, "särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenkap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet". Även om den föreslagna läsarten är möjlig rent semantiskt saknar den i princip stöd i sekundärkällorna.

²⁴ Wilhelmsson, a.a.

²⁵ Se här till t.ex. Garland, J., *On Science, Law and Medicine. The case of gender "normalizing" interventions on children who are diagnosed as different in sex development*, Uppsala 2016 s. 36 ff. och 447 ff., som närmar sig frågan från ett kritiskt medicinerettsligt perspektiv.

sämre bemötande i alla möjliga livssituationer; du riskerar sämre avtal och en hårdare bedömning vid en rättslig prövning.²⁶ Regler som uteslutande tar sikte på könstillhörighet osynliggör och förtrycker dig. Och du kanske är överviktig *och* kvinna? Vi måste uppenbarligen ta hänsyn till effekten av att kategorierna ibland överlappar varandra.²⁷ Lägg till detta att normen är relativ den sociala kontexten. Vi gynnar våra likar. Kvinnor gynnar kvinnor, till exempel (i en kvinnlig gemenskap är kvinnan norm och mannen undantag).²⁸ Strävan efter rättvisa tycks driva fram en analys som underminerar och fragmenterar sig själv.²⁹ Kan det *du* är överhuvudtaget fångas i abstrakta kategorier?³⁰ Till sist räcker språket inte till.³¹

Normkritiken lämnar oss så med en känsla av att någonting är akut fel med avtalsrätten, men svarar inte på frågan vad som borde göras åt saken. Och det är inte så konstigt. Vi har att göra med två radikalt skilda verksamheter, som bedrivs på skilda villkor, i skilda fora, för skilda syften, på skilda ... språk.³² Avtalsrätten är instrumentell på ett för jurister bekant sätt. Det avtalsrättsliga samtalet bedrivs, oavsett abstraktionsgrad, oav-

²⁶ Se och jfr Levinson, J. D., Bennett, M. W., Hioki, K., Implicit Bias: A National Empirical Study of Judicial Stereotypes, Florida Law Review, Vol. 69, 2017 s. 63 ff., s. 66 ff.

²⁷ Se t.ex. Gunnarsson, Svensson, Genusrättsvetenskap s. 236 ff.

²⁸ Rudman, L. A., Goodwin, S. A., Gender Differences in Automatic In-Group Bias: Why Do Women Like Women More Than Men Like Men?, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 87, 2004 s. 494 ff.

²⁹ Vilket har präglat den normkritiska rörelsens historia. Se här till t.ex. Minda, G., Post-modern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, London-New York 1996. Den fragmentiseringstrend som Minda beskriver har ännu inte brutits. (Och den kommer inte att brytas. Men det kan tänkas att ett nytt historiskt narrativ småningom kommer att ersätta det gamla.) Jfr bara t.ex. Nash, M., Warin, M., Squeezed between identity politics and intersectionality: A critique of 'thin privilege' in Fat Studies, Feminist Theory, Vol. 18, 2017 s. 69 ff., om konflikten mellan identitetspolitik och intersektionalism inom ramen för Fat Studies.

³⁰ Se här till t.ex. Gustafsson, H., Dissens. Om det rättsliga vetandet, Göteborg 2011 s. 127 ff.; dens., Persona non grata? Skisser till rättssubjektets upplösning, Husa, J. m.fl. (red.), Oikeuden avantgarde. Juhlajulkaisu Juha Karhu, Helsinki 2013 s. 27 ff.; Fridström Montoya, T., Homo juridicus. Den rättsliga människan, Uppsala 2017.

³¹ Det är inte heller så att vi förfogar över språket. Det är inte en konstruktion, med element som vi kan byta ut efter eget gottfinnande (jfr Neuraths båt). Noga taget vet vi väl inte vad språket är, som objekt betraktat. Vi skriver, pratar, tänker ... och använder då språket, vill vi säga, men det är inte alls klart vad det egentligen betyder. Språket är inte givet för oss som ett någonting, som är där för att användas när vi, exempelvis, yttrar ett ord. Vi yttrar det bara. Vi överblickar inte språket, utan är hela tiden mitt i det. Och det är naturligtvis också missvisande uttryckt.

³² Till det följande, se och jfr Rider, S. P., Avoiding the Subject, Stockholm 1998.

låtligen med sikte på att fastställa rättsläget. Det är ett exegetiskt samtal, avgränsat till en uppsättning givna källor, med dogmatisk syftning. Frågan är alltid hur rätten egentligen är beskaffad och den frågan kan bara förstås mot rättstillämpningens horisont. Avtalsrätten syftar ytterst till att leverera konkreta svar på konkreta frågor i individuella fall. (Med hänsyn tagen till *dess* omständigheter, ska *detta* villkor, givet rättsläget, jämkas eller inte?) Avtalsrätten *är* den praktik som låter oss avgöra sådana frågor. Det normkritiska samtalet – i den utsträckning man kan prata om ett sådant – kan inte definieras med hänvisning till ett på motsvarande sätt entydigt bestämt syfte.³³ Det är öppet och pluralistiskt och tar alltså typiskt sett inte sikte på att fastställa en slutgiltig sanning; vilket i praktiken däremot är själva poängen med juridiken.³⁴ Det är inte i första hand exegetiskt, tar inte avstamp i en viss uppsättning givna källor, och karakteriseras inte av en medveten strävan att upprätta dogmatiska strukturer, låt vara att det finns klassiska normkritiska texter, givna referenser, och en (uppsättning) normkritisk(a) tradition(er). Sin politiska natur till trots är den normkritiska praktiken primärt teoretisk; den gör livet till föremål för reflektion, men den kan inte tala om för dig hur du ska leva.³⁵ Den kan få dig att fundera över huruvida den romantiska kärleken är en borgerlig social konstruktion, men den ger dig inga entydiga besked om hur du ska hantera din egen förälskelse.³⁶

Det finns ett glapp mellan dessa båda praktiker – mellan den avtalsrättsliga och den normkritiska, till exempel feministiska.³⁷ Och det är ett

³³ I den nordiska kontexten, se Svensson, E.-M., *Formering och transformering av ett kunskapsfält*, Svensson, E.-M. m.fl. (red.), *På vei – kjønn og rett i Norden*, Göteborg-Stockholm 2011 s. 437 ff.

³⁴ Ett förhållande som rådande teoretiska fördomar gärna skymmer. Vad jurister faktiskt gör ska inte blandas ihop med vad jurister *påstår* att de gör när de undantagsvis tar sig för att reflektera över den saken. Jfr Svensson, E.-M., *De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion*, JP 2014 s. 211 ff.

³⁵ Det är en paradox och ett hinder, som varje politiskt syftande teoribildning på något sätt måste hantera. Se t.ex. hur själva teoribegreppet omdefinieras hos MacKinnon, C. A., *From Practice to Theory, or What Is a White Woman Anyway*, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 4, 1991 s. 13 ff.; Hooks, B., *Theory as Liberatory Practice*, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 4, 1991 s. 1 ff.; Harris, A. P., *Bad Subjects: The Practice of Theory and the Constitution of Identity in Legal Culture*, *Cardozo Women's Law Journal*, Vol. 9, 2003 s. 515 ff. Men tanken på en teori som griper in i det vardagliga livets praktik är i sig teoretisk.

³⁶ Hör Pet Shop Boys "Love is a Bourgeois Construct" (2013).

³⁷ Se här till Conaghan, *Law and Gender* s. 1 ff., särskilt s. 16.

glapp som manifesterar sig mycket konkret, i själva formerna för det faktiska handlandet. Mitt i ett rättstillämpningsresonemang, i försöket att med de juridiska teknikernas hjälp stänga tolkningsmöjligheterna, i syfte att visa att den valda lösningen och inte någon annan har företräde, är det inte läge att ifrågasätta avtalsfrihetens princip med hänvisning till den eller den andra feministiska analysen. Inte läge? Normativt och politiskt, visst, men inte faktiskt, i *denna* mening: Rådande livsformer obstruerar – hindrar försöket att omsätta de teoretiska, normkritiska tankarna i den avtalsrättsliga praktiken.³⁸ Vi vet inte vad ett avtal är om det inte är frivilligt. Vi vet inte hur vi ska ta nästa steg. Hur mycket av den avtalsrättsliga väven måste inte rivas upp om inte avtalsfrihetens princip gäller?! Kritiken visar in i ett vakuum.

Följdriktigt har den feministiska teorin inte levererat någon alternativ avtalsrätt att fylla tomrummet med. Det har inte heller någon annan kritisk teoribildning lyckats med.³⁹ Och just *detta* är konstitutivt för den samtida förståelsen av ämnet, inte bara i Sverige, och Norden i övrigt, utan, tillsynes, i den internationella avtalsrättsliga debatten i allmänhet. Generellt gäller att den ”moderna” avtalsrätten förstår sig själv som motsatsen till en tidigare ”klassisk” avtalsrätt, som ska ha byggt på vissa välbekanta antaganden om individens fria vilja och så vidare.⁴⁰ Vår avtalsrätt definieras alltså i teorin negativt, med hänvisning till avståndstagandet från viljeteorin, viljeförklaringsbegreppet, avtalsfriheten etc., samtidigt som den i praktiken framhårdar i invanda former. Ryktet om avtalsrättens död (*the death of contract*) är lika överdrivet som en gång ryktet om Mark Twains.⁴¹ David Campbell skriver:

³⁸ Normbrytande beteende är kostsamt; det kan kosta dig ditt betyg, ditt anseende, din karriär... Se här till t.ex. Lahey, "Until Women Themselves Have Told All That They Have to Tell" s. 536 f.

³⁹ Se här till Samuelsson, J., Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema, Uppsala 2008, s. 137 f.

⁴⁰ Detta mönster har legat fast i ungefär ett och ett halvt sekel. För ett inflytelserikt sentida exempel se Kennedy, D., Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000, Trubek, D. M., Santos, A. (eds.), The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal, Cambridge 2006 s. 19 ff. Temat löper som en röd tråd genom hela Kennedys författarskap; se dens., The Rise and Fall of Classical Legal Thought, Washington 2006 s. 157 ff. ("The Rise and Fall" är Kennedys första bok.)

⁴¹ Jfr Andersen, M. B., m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015 s. 329 ff.

”[A] very thorough job of criticism has been carried out, to the point where further criticism of the classical law is superfluous, but this negative work has not yet been matched by similarly successful positive work of constructing an alternative theory to the classical law.”⁴²

Jag tror inte att vi ska vänta oss några sådana framgångar i närtid, eller någonsin. Vi kommer inte att kunna rubba diskursens oerhörda vikt. Vi kommer inte lyckas lyfta oss själva i håret. Här är det, vill jag göra gällande, inte fråga om en avtalsrättsspecifik svårighet, som skulle kunna lösas genom någon form av avtalsrättsvetenskapligt arbete. Problematiken griper omkring sig överallt där det teoretiska förnuftet tar sig för att normera livsvärlden. Rätten i stort är väsentligen i samma läge som avtalsrätten.⁴³ *Vår kultur* är i stort i samma läge. Så länge vi ger efter för instinkten att förkasta det förflutna kommer vi att finna oss i det ”post-moderna tillståndet” – där allt är i spillror och ingenting nytt längre är möjligt. (Vill man slippa ut är det i och för sig enkelt nog; man behöver bara överge det modernistiska narrativet.⁴⁴)

Det ligger i rättskritikens natur att den vill överskrida *sina egna* gränser. Med detta inte sagt att det kritiska projektet är hopplöst. Rätten är inte evig och statisk. Och skotten mellan teorin och praktiken är inte vattentäta. Det kan väl till exempel antas, att en jurist som – trots att han eller hon är jurist – kan någonting om feministisk teori,⁴⁵ tar med sig den erfaren-

⁴² Campbell, D., Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting, Mulcahy, L., Wheeler, S., *Feminist Perspectives on Contract Law*, London-New York 2005 s. 161 ff., s. 161.

⁴³ Se, bara t.ex., Gordley, J., *The Jurists. A Critical History*, Oxford 2013, särskilt s. 309 ff. Gordley, a.a. s. 312, har, menar jag, rätt när han skriver: ”The problem is not that law is impossible. The problem is that the legacy of rationalism has made it seem so”; jfr Lindroos-Hovinhoimo, S., *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Oxon 2012 s. 131.

⁴⁴ Fråga inte: Hur ska jag kunna komma *framåt*? Utan, kanske, till att börja med: Vem har tagit ut riktningen åt mig?

⁴⁵ Den svenska juristutbildningens tekniska och, ofta öppet, bildningsfientliga karaktär är förvisso beklagansvärd. Häromåret publicerade Dagens Nyheter en intervju med Justitiekanslern, Anna Skarhed (DN 2015-02-06). Skarhed framhöll då att juridik inte är någon vetenskap i vanlig bemärkelse, och tryckte särskilt på att varje juridiskt beslut i viss mening är ofrånkomligen subjektivt: ”Vi jurister kan försöka skydda oss bakom idén att vi bara tillämpar lagen, men i alla beslut som fattas finns alltid människan, man kan inte komma ifrån det.” På följdfrågan om det finns för lite etik och moral i juridikutbildningen svarade hon: ”Det finns ingen alls tror jag. Det fanns i vart fall inte på min tid. I Norge måste man läsa filosofi och etik innan man börjar läsa juridik. Det borde man

heten i sitt dömande.⁴⁶ Vad vi inte vet är, vad det verkar, hur vi ska tänka oss – konceptualisera – denna levda förmedling mellan teori och praktik. Levd förmedling, till skillnad från blott teoretiskt föreskriven. Kanske ... skulle man kunna tillåta sig att tänka någonting i stil med det följande.

Det som sägs och skrivs utanför det teoretiska sammanhanget tål sällan teoretisk betoning. Det hindrar typiskt sett inte teoretikern från att tolka utsagorna ifråga teoretiskt. Teorin strävar efter att kolonisera livsvärlden i övrigt. Jurister, till exempel, de pratar om sådant som "lagstiftarens avsikt", "gällande rätt", "rättssystemet" och "naturliga tolkningar", utan att kunna förklara exakt vad som menas ... och rättsteoretikerna kan inte hjälpa sig själva – de *måste* försöka slå sina mindre upplysta kollegor på fingrarna.⁴⁷ Men hur de slår verkar det inte ha någon direkt verkan, och det är nog i sin ordning, för någon egentlig grund för teoretikerns anspråk på att kunna rätta sina medmänniskors språkbruk finns väl inte, *annat än i teorin*. Att läxa upp en jurist som talat om lagstiftarens avsikt, med hänvisning till att det ju inte finns någon enskild fysisk lagstiftare,

kräva även i Sverige." Det kan tyckas självklart, kanske, *nu*. Tiderna har förändrats. När den juridiska examen stöptes om från vetenskaplig till yrkesexamen för drygt ett sekel sedan avsåg sig akademien alldeles uttryckligen ansvaret för "individens bildning". Vid sin installationsföreläsning 1906 konstaterade Winroth, A. O., Rättsväsende och juridisk utbildning. Installationsföreläsning den 1 februari 1906, Uppsala 1906 s. 19 (jag tackar Henrik Forshamn för att ha försett mig med detta fantastiska citat): "Den högre utbildningen kan ej längre hafva till mål att utdanna menniskor utan måste gå ut på att åstadkomma maskindelar, som, noga afpassade efter sin framtida plats i samhällsorganisationen måste blifva verklig fackbildning, och för allmänbildningen det mera än förut litas till lifvet och den enskilde själf." Vad Winroth här säger innebär en total omkastning av det humboldtska bildningsideal som behärskade också juridiken fram till artonhundratalets slut. Kontrasten med Jherings uttalande i sin installationsföreläsning i Wien 1868 är slående: "[K]eine Fachwissenschaft fordert so sehr das eigene Denken und die Kritik heraus als die Jurisprudenz, und doch gibt es keine deren Jünger so leicht in Gefahr kommen, sich desselben zu entschlagen. ‚Lex ita scripta est‘ damit ist für sie die Thatsache des Rechts gesetzt, was kümmert es sie viel das Woher und das Warum?"; Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16 Oktober 1868. Göttingen 1998 s. 51. Ett annat exempel, som är lika träffande, ger John Stuart Mills installationsföreläsning (i egenskap av *vice chancellor*) vid St. Andrews året innan (1867); se Rider, S., Higher Heteronomy: Thinking through Modern University Education, Rider, S., Hasselberg, Y., Waluszewski, A. (eds.), Transformation in Research, Higher Education and the Academic Market. The Breakdown of Scientific Thought, Dordrecht 2013 s. 171 ff., s. 175.

⁴⁶ Se här till Conaghan, Law and Gender s. 238 f.

⁴⁷ Vi borde *skämmas*, menar t.ex. Dworkin, R., Taking Rights Seriously, 2nd ed., London 1978 s. 14 f.

och att, ens om en sådan funnits hade denna inte haft någon empiriskt konstaterbar avsikt, är inte bara teoretiskt obildat,⁴⁸ det är också ett misstag jämförbart med att tillrättavisa någon som talat om solens uppgång med upplysningen att solen faktiskt inte ”går upp” – det ser bara så ut eftersom jorden roterar kring sin egen axel.⁴⁹ Det förra är blott en något mindre vansinnig variant av det senare.

Fråga är om inte den formenliga rättskritiken – också den feministiskt syftande – ofta bygger på detta misstag när den beskriver sitt objekt: här alltså avtalsrätten. Det går ofta *snabbt* när man rör sig från den konkreta rättsliga materian (till exempel Windscheids syn på förhållandet mellan vilja och förklaring) till de övergripande principerna (viljeteorin) och därifrån vidare ner till den förmenta ideologiska grunden (liberalism). Den första anhalten hoppar man vanligen över helt. Bam!, så har man en färdig karakteristik av fienden.⁵⁰ Men strukturen är postulerad, inte verklig. Det är högst oklart vad det innebär att påstå att Windscheids rättshandlingslära vilar på liberal ideologi. Politisk filosofi är inte juridikens grund, utan helt enkelt någonting annat, någon annanstans.⁵¹ Och Windscheid var förvisso ingen viljeteoretiker i den mening som ”viljeteorins” kritiker lägger i begreppet. ”Viljeteori” och ”liberalism” är först och främst ideologiska markörer; inverterade fälttecken i de upplystas kamp mot det förlegade. Men i larmet går nyanserna förlorade, och man avlägsnar sig från det som skulle angripas. Bättre vore det, att sänka volymen, kanske rentav vara tyst och lyssna. För en stund.

Ta detta med viljan, för det är viljan det handlar om, i avtalsrätten. Viljan är den stora stötestenen för det moderna kritiska projektet på detta område. Rubbar vi viljebegreppet kollapsar systemet. Men vad bestämmer kritikerns vilja att rubba detta begrepp? Kanske en alltför enkel bild av detsamma. Förstår vi viljan på den naiva realistiska teorins premisser – det vill säga som någonting faktiskt psykiskt; rent individuellt, rent internt – så är det *givet* att viljan i princip bör strykas ur den avtalsrättsliga ekvationen, för någonting som är så ogreppbart kan man inte gärna låta vara avgörande för rättsverkningarna, alldeles särskilt som detta otung

⁴⁸ För en mer nyanserad syn på lagstiftarbegreppet se Hult, Lagstiftnings ändamålsenlighet. En regleringsteoretisk utvärdering av fjärrvärmelagens potential att skapa förtroende, Stockholm 2015, särskilt s. 34 ff.

⁴⁹ Jfr Heidegger, M., Einführung in die Metaphysik, 6. Aufl., Tübingen 1998 s. 80.

⁵⁰ Jfr Gordley, The Jurists s. 248: ”The nineteenth-century jurists defined contract in terms of the will of the parties.”

⁵¹ Jfr t.ex. greppet i Votinius, Varandra som vänner och fiender.

– viljan – antas vara intimt förbundet med en skadlig ideologi och ett nyckelelement i en förtryckande struktur. Så vi stryker viljan – i teorin – och tvingas därmed att få ekvationen att gå ihop ändå, vilket den inte gör. Dödläge.

Men denna enkla teoretiska bild gör inte den avtalsrättsliga praktiken rättvisa. Så många avtalsrättsliga frågor – nästan alla, faktiskt – avgörs genom konkreta ställningstaganden i frågan vad den, eller de, rättshandlande avsett. Vilken var partsviljan? Men det betyder naturligtvis inte att det bara finns en grundläggande rättsfråga i avtalsrätten och att resten är bevisvärdering. Fråga vad du vill: Anbud? Accept? Avtal? Avtaltat formkrav? Fullmakt? Tredjemansavtal? Gåva? Avsiktsförklaring? Garanti? Osv. Avtalsrätten hänvisar till partsavsikten. Är nu denna ett faktiskt fenomen, som det är omöjligt att bevisa förekomsten av med hänvisning till yttre omständigheter, så verkar avtalsrätten tämligen svårbegriplig. Varför skulle man låta i det närmaste allt hänga på ett test som är praktiskt taget omöjligt att genomföra? Ja, varför skulle man? Släpp då den bild, som du bygger din förståelse på! Och *se efter*. Här måste man vara konkret.⁵² Huruvida en viljeförklaring är att betrakta som ett anbud eller inte är avhängigt huruvida mottagaren med fog kunnat uppfatta att avsändaren avsett att binda sig till ett avtal med mottagaren, förutsatt att mottagaren accepterar erbjudandet. I *den* meningen är partsviljan avgörande här, och för att ta ställning i frågan tolkar vi viljeförklaringen med utgångspunkt i själva förklaringen som sådan.⁵³ Vi ser till lydelsen, läser den i utgångsläget med beaktande av allmänt språkbruk, men lägger, om omständigheterna ger anledning till det ett mer specifikt språkbruk till grund, såväl som eventuella andra kutymer som handlandet aktualiserar. Vi är inte formalister utan förstår uttrycket i ljuset av kontexten, såväl den individuella som den vidare, och här inkluderar vi också rättsläget. Fokus i tolkningen kommer naturligen att riktas mot graden av precision i uttrycket, med avseende på avtalsinnehållet och bindningsviljan, och allt annat som låter oss dra en slutsats i frågan om det var rimligt att viljeförklaringen uppfattades som ett uttryck för avsikten att binda sig rättsligt eller inte.⁵⁴ När rättstillämparen slutligen tar ställning är det ett

⁵² Se och jfr Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1039 ff.

⁵³ Det finns ingen alternativ metod. Jfr t.ex. Dotevall, R., *Avtal*, Lund 2017 s. 174.

⁵⁴ Viljan kan inte skiljas från tilliten – att någonting sådant skulle vara möjligt var dock premissen för det sena artonhundratalets objektivistiska avtalsrätt, som konstituerades genom upproret mot ”viljeteorin”. I nästa skede, i Norden t.ex. hos Ussing, löstes motsättningen upp i en riktninglös pragmatism; se Ussing, *Aftaler*, 1 udg., København 1931

ställningstagande i en rättvisefråga – en dom över parternas beteende, som kan formuleras i termer av rättigheter och skyldigheter. Hade av-sändaren verkligen avsett någonting annat, som att bara komma med en förhandlingsinvt, borde han eller hon inte ha uttryckt sig så oförsiktigt.⁵⁵ Mottagaren hade givet omständigheterna rätt att anta att detta faktiskt var ett bindande anbud. Det får anses vara ett anbud. Det ger uttryck för den avsikten. Det är ett anbud.

Här finns inget utrymme för teoretiskt tvivel. ”Men, vi vet inte vad avgivaren *egentligen* avsåg!” Det har inte med saken att göra. Det är inte en kunskapsfråga, i den meningen, som vi har tagit ställning till här.⁵⁶ Vi har balanserat parternas intressen mot varandra i en bedömning som på argumentationsplanet uppenbarligen har såväl faktiska som normativa komponenter. Bedömningen är faktiskt-individuell i det att den är in-riktad på den individuella situationen, på den specifika viljeförklaringen; den är vad vi uttalar oss om, det vars innebörd det gäller. Bedömningen är samtidigt normativt-generell, i det att den, för att någon mening över-huvudtaget ska kunna tillskrivas förklaringen, måste sätta den i samband med allmänna begrepp och normer. *Hur* denna koppling – detta ”tillskri-vande av innebörd” – ska genomföras bestäms inte entydigt av vare sig rätten eller viljeförklaringen. Argumentationsformerna är i viss mening bundna, men aldrig utgången. Det spelar roll vem rättstillämparen är.⁵⁷

s. 6 ff. jfr s. 216 ff., samt t.ex. Vahlén, L., *Avtal och tolkning*, Stockholm 1960 s. 93, 97, 171, 181 f. och 189 f. Avgörandet i NJA 2014 s. 684 framstår i sammanhanget som något av ett eko av den äldre uppfattningen; jfr Lindskog, S., *Betalning. Om kongruent infri-ande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, 2 uppl., Stockholm 2018 s. 131 f., särskilt n. 393.

⁵⁵ Jfr Vahlén, *Avtal och tolkning* s. 180.

⁵⁶ Viljan som psykologiskt faktum är ointressant för avtalsrätten. Partsavsikten är inte en sakomständighet, utan det som parternas agerande betyder; jfr Schöldström, P., *Tviste-målsanalys för praktiskt bruk*, Stockholm 2017 s. 64 ff.; märk dock a.a. s. 66 n. 72. Mot-svarande gäller tolkningen av språkliga uttryck i allmänhet. Det leder tanken fel att föreställa sig den avsikt som förmedlas som ett bakomliggande psykiskt faktum som det skulle vara tolkningens mål att fastställa. Vi lever inte våra liv som amatörmässiga naturvetare. Detta var en svår punkt för nittonhundratalets scientistiskt orienterade rättsvetenskap; se t.ex. Ekelöf, P. O., *En essay om tolkning och mening*, Kungliga vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 20/1976; särskilt s. 7 ff., 29 och 48.

⁵⁷ Motsvarande gäller all rättslig tolkning; se här till t.ex. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*.

På detta sätt rymmer den avtalsrättsliga praktiken en irreducibel politisk-etisk dimension, också när den är som mest teknisk.⁵⁸ Och – för att återknyta till den grundläggande frågeställningen i detta bidrag – hur blir det då med emancipationen, inom ramen för avtalsrätten? Då, det vill säga om det jag här har sagt är riktigt, kan svaret inte dikteras. Det kan inte dikteras, lika litet som något annat avgörande i en etisk fråga.⁵⁹ Det ligger på var och en av oss att ta ställning, konkret och allteftersom.⁶⁰ För rättsteorins del kan budskapet vara att det finns anledning att närmare undersöka premisserna för det ”moderna” rättskritiska projektet (fortfarande, efter all denna tid). Istället för att fundera över hur den ”klassiska” rätten ska rekonstrueras, borde man kanske rikta uppmärksamheten mot frågan vilka människor som är och blir jurister. Ett teknokratiskt tjänstemannaideal kan antas vara skadligt för kvinnans sak – och för många andra saker. Uppfattningen att juridik och politik är skilda ting likaså. Hur är juristutbildningen uppbyggd? Vad innehåller den? Vem undervisar där? Att juriststudenten kan gå rakt igenom utbildningen, direkt efter gymnasiet, utan att läsa om någonting annat än materiell rätt, är smått häpnadsväckande, och ärligt talat skrämmande, särskilt i ljuset av juridikens enastående förmåga att normera tänkandet, och likrikta det.⁶¹ Jurister tenderar att blanda ihop rätt och verklighet. Oreflekterat utgår vi från att rätten är någon sorts faktisk samhällelig infrastruktur. Som om avtalslagen hade någonting med det faktiska beteendet på marknaden att göra, eller som om regeringsformen skulle ge en rättvisande bild av – eller,

⁵⁸ Avtalsrätten har plats för det mänskliga. Jfr Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1113: ”The stories told by contract doctrine are human stories of power and knowledge”; jfr Kennedy, D., *The Political Stakes in ”Merely Technical” Issues of Contract Law*, *European Review of Private Law*, Vol 10, 2002 s. 7 ff.

⁵⁹ Se här till Eriksen, C., *Moral Change*. Wittgenstein, *Law and the Dynamics of Ethics*, Aarhus 2017, som försvarar ”an irreducibly pluralistic account of moral change” (s. 245), utan att för den skull frångå det etiska anspråket giltighet – dvs. trots detta anspråks absoluta karaktär (”the ethical is what in an absolute sense ought to matter to us [...]” (s. 49)).

⁶⁰ Jfr Grahn-Farley, M., *Kvinnomaraton 2017* (Föreningen för kvinnliga forskare i Uppsala), 10 nov. 2017: ”Feminism has been preoccupied with escaping the trap of binarism. But at each bend and turn, feminists find themselves recaptured by the trap once again.” Detta synliggör ”the binary struggle” som en etik, en livshållning, vars enda alternativ är det helt och fullt oreflekterade våldet.

⁶¹ Som Conaghan, *Law and Gender* s. 232, framhåller, antar rätten ”a discursive form in which norms of sameness are repeatedly re-inscribed”, vilket gör att det finns ”a performative dimension to legal reasoning which is normatively reiterative”.

värre, *vara* – samhällets värdegrund (vad nu det är för någonting). Juridiken riskerar att, för var och en av oss, utöver juridik också bli protetisk bildning. Det är den mekanismen som verkar när juristen som konfronteras med frågan om kvinnans ställning i rätten omedelbart börjar prata om de undantagssituationer i vilka rättssubjektens könstillhörighet i den rättsliga diskursen uttryckligen erkänts som en rättsligt relevant faktor.

Vad annat kan vi göra?

Mosa Sayed och Marie Linton

Kvinnor ”i kläm” vid bedömning av mångfald?

”Då vår tid präglas av en i princip obegränsad virtuell kommunikation är det numera även fullt möjligt att en person ”lever” i en annan värld än där man varaktigt bor.”¹

1 Ett exempel

Två iranska medborgare hade lärt känna varandra under år 2005 och tyckte uppstod. Kvinnan var sedan år 2003 bosatt i Sverige, medan mannen var bosatt i Iran. År 2006 gifte de sig i Iran enligt iransk lag och iranska seder som bl.a. påbjöd en s.k. mahr om 700 guldmynt (motsvarande två miljoner svenska kronor). Mahr kan sägas utgöra en integrerad del av det av makarna undertecknade kontraktet som enligt islamsk rätt utgör ett äktenskap, och det saknar motsvarighet i den svenska rättsordningen. I svensk litteratur brukar mahr benämnas som islamisk morgongåva, brudpenning eller brudgåva.² Mahr skulle utbetalas till kvinnan vid anfordran när som helst under äktenskapet. Efter giftermålet åkte kvinnan tillbaka till Sverige och mot slutet av år 2006 flyttade också mannen hit.

Kort tid efter att mannen anlant till Sverige ansökte kvinnan om äktenskapsskillnad vid Södertörns tingsrätt; i januari år 2008 meddelade rätten en dom på äktenskapsskillnad. Samtidigt inledde kvinnan en pro-

¹ Jänterä-Jareborg, Maarit, Under vilken lag lyder en människa? Om nationalitet, hemvist och tro som grunder för tillhörighet, Kungliga vitterhets historie- och antikvitets akademien, Årsbok 2015 s. 117 f.

² Se exempelvis Brattström, Margareta och Sayed, Mosa, Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt, Juridisk publikation 2/2013 s. 207–226 samt Bogdan Michael, Högsta domstolen om islamisk brudpenning (mahr), JT 2016–17 s. 258–266.

cess vid en moské i Sverige för att få till stånd en religiös skilsmässa. Mannen vägrade emellertid att medverka till den religiösa skilsmässan, vilket var en nödvändig förutsättning för att imamen vid moskén skulle kunna meddela en skilsmässa som kunde erkännas i Iran.

Kvinnan väckte då en talan vid Umeå tingsrätt med anspråk på att få ut sin mahr. Hennes talan, och anspråket om att mannen skulle uppfylla åtagandet om mahr, verkar ha väckts för att förmå mannen att medverka till den religiösa skilsmässan.³ Mannen bestred anspråket om mahr. Tvis-ten hamnade slutligen hos Högsta domstolen (HD), som avgjorde fallet våren 2017.⁴

2 Problemets relevans utifrån en samhällelig kontext

De senaste årtiondena har Sverige omvandlats till ett mångkulturellt samhälle, inte minst till följd av den utomeuropeiska migrationen.⁵ Uttrycket mångkultur kan förstås på många olika sätt. I svensk forskning är

³ I Umeå tingsrätts första dom finns en koppling mellan anspråket om mahr och kvinnans möjlighet att få till stånd en skilsmässa som kunde erkännas i Iran. Tingsrätten konstaterar exempelvis att det faktum att kvinnan uttryckt en önskan om att få skilja sig inte fråntar henne rätten att begära utfående av sin mahr. En sådan ordning skulle enligt tingsrätten nämligen ”medföra att institutet med så kallade khul-skilsmässor skulle sakna funktion; detta eftersom hustrun i sådant fall inte skulle ha kvar någon mahr att avstå från för att så att säga köpa sig ur äktenskapet genom khul”. Se Umeå tingsrätts dom den 24 mars 2011, mål nr T 488-09.

⁴ Se HD:s notisfall NJA 2017 N6, av den 29 mars 2017.

⁵ I offentliga sammanhang togs uttrycket mångkultur och mångkulturellt samhälle i bruk först under 1970-talet i Sverige. Det har från början varit kopplat till det invandringspolitiska språket och var till en början ett positivt begrepp. Men till följd av att uttrycket ”lad-dats” med så många olika innebörder har man i officiella sammanhang velat övergå till att i stället tala om samhällets mångfald. Med språkbruksändringen trodde man sig kunna komma ifrån den ensidiga fokuseringen på invandrare, etnicitet och etnisk tillhörighet. Se t.ex. prop. 1997/98:16 s. 19. I den europeiska kontexten används uttrycken mångkultur och mångkulturella samhällen i princip för att beskriva en viss typ av mångfald. I vid mening kan mångfald inkludera en mängd grupper och rörelser som varierar över tid och geografiska gränser. I t.ex. USA definieras varje politisk rörelse initierad av en marginaliserad grupp som mångkulturell (såsom svarta amerikaners frihetskamp, kvinno- och homosexuell kamp för lika rättigheter osv.). Om begreppsbildningen, se Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige. En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Iustus Förlag 2009 s. 30 ff.

dock mångkulturbegreppet kopplat till ”nyare” invandrargrupper för att beteckna situationer där minoritetsgrupper upprätthåller och lever efter andra regler, trosuppfattningar eller sedvänjor än de ”svenska” majoritetsvärderingarna.⁶ Med mångkulturella tvister avser vi rättsförhållanden som kan inkludera en konflikt mellan formella regelverk (= en stats rättsordning) och informella normsystem (= exempelvis religionsbaserade normer som inte nödvändigtvis är statligt sanktionerade). Men det kan även vara tvister som slits uteslutande vid informella, t.ex. religiösa, institutioner.

Utvecklingstendensen mot ett mångkulturellt samhälle har medfört att svenska domstolar allt oftare ställs inför tvister som på ett eller annat sätt har anknytning till flera länder.⁷ Det rättsområde som reglerar mångfaldens följder i gränsöverskridande situationer är den internationella privat- och processrätten. Ämnets internationalitet består i att det reglerar privaträttsliga förhållanden som har anknytning till flera länder.⁸ Så snart ett rättsförhållande har anknytning till flera länder måste den internationella privat- och processrättsliga regleringen således tillämpas. I själva verket krävs väldigt lite för att en utlandsanknytning ska föreligga. I vissa fall har det räckt med att en av parterna har ett utländskt medborgarskap, medan rättsförhållandet i övrigt bara har nationella anknytningar.⁹

Det är i huvudsak tre frågor som den internationella privat- och processrätten reglerar. 1) När kan en nationell domstol handlägga en utlandsanknuten tvist (domsrätsfrågan)? 2) Vilken rättsordningen ska den behöriga domstolen tillämpa (lagvalsfrågan)? 3) Vilken verkan har ett utländskt avgörande i den egna staten (erkännandefrågan)?¹⁰

⁶ Om svenska värderingar, se Hirschfeldt, Johan och Petersson, Olof, DN Debatt den 19 december 2017.

⁷ Beträffande mångkulturella tvister i utländsk rättspraxis, se t.ex. förslag till avgörande i mål C-372/16, Soha Sahyouni mot Raja Mamisch, ECLI:EU:C:2017:686 och Indira Gandhi v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak v.a., [2018] 1 LNS 86 (Federal Court of Malaysia).

⁸ Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie, Iustus Förlag, Uppsala 1997 s. 28.

⁹ Se t.ex. EU-domstolens avgörande C-327/10 Hypoteční banka a.s. v Udo Mike Lindner, ECLI:EU:C:2011:745.

¹⁰ Om den internationella privat- och processrätten i svensk rättstillämpning se Linton, Marie, EU:s internationella privat- och processrätt – vilket inflytande har den i svensk rättskipning i gränsöverskridande civilrättsliga tvister? Europarätten – 20 år i Sverige, Juridiska fakultetens årsbok 2015, Iustus Förlag 2016 s. 169–196.

Huvuduppgiften för den internationella privat- och processrätten har ansetts vara att fastställa den tillämpliga rättsordningen.¹¹ Förklaringen till lagvalsfrågans dominans inom ämnet är enkel. Det är i den tillämpliga lagen som den materiella lösningen på ett tvistigt utlandsanknutet rättsförhållande finns. Eftersom rättsordningar materiellt sett kan se mycket olika ut, kan lagvalsfrågan därför bli mycket viktig för parterna. Inte minst kan lösningen av lagvalsfrågan bli utmanande om de aktuella rättsordningarna tillhör "olika läger" beträffande religion och kultur.¹² I vissa rättsordningar kan män t.ex. vara rättsligt privilegierade på olika sätt. I bl.a. iransk rätt har exempelvis män en ensidig rätt till skilsmässa medan kvinnor saknar en sådan.¹³

Exemplet ovan, och HD:s avgörande, väcker en rad svåra frågor, såväl av juridisk som av rättspolitisk natur. Det ger t.ex. upphov till frågan om kvinnors rättigheter i gränsöverskridande situationer. I det globaliserade och mångkulturella svenska samhället förekommer att människor lever enligt ett religiöst, informellt normsystem som kan ha en annan syn på relationer mellan kvinnor och män än den som i allmänhet råder i Sverige.¹⁴ Det kan innebära att en person bosatt i Sverige rättar sig efter en annan religion, kultur eller tradition vid sidan av det svenska rättssystemet.¹⁵ Hur hanterar svenska lagvalsregler människors familjerättsliga villkor i sådana fall? Är de svenska lagvalsreglerna och lösningarna som finns för mahr-fallen jämställda och ändamålsenliga för både kvinnor och

¹¹ Se t.ex. Jänterä-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie, Iustus Förlag, Uppsala 1997 s. 23.

¹² Se Jänterä-Jareborg, Maarit, Women's Human Rights: International Law in the Intersections between Socioeconomic Conditions, Culture, Tradition and Religion, Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination. The Hague Academy of International Law 2016 s. 6.

¹³ De iranska skilsmässoreglerna finns i artikel 1120-1157 i den iranska civillagen. Mannens absoluta skilsmässorätt är fastslagen i artikel 113. Någon motsvarande regel för kvinnor finns inte. Den iranska civillagen finns i engelsk översättning av Taleghany, M.A.R., The Civil Code of Iran, Fred B. Rothman 6 Co, Littleton, Colorado 1995.

¹⁴ Se vidare Sayed, Mosa, Svensk och islamisk familjerätt – en jämförelse, Juridisk Publikation 2/2010 s. 201–234 och Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten, Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – rätthistoriskt och komparativt: Vänbok till Rolf Nygren (red. Jänterä-Jareborg och Kumlien) Uppsala: Iustus Förlag 2011 s. 413–434.

¹⁵ Kultur, tradition och sedvänja kan dock inte ses som något negativt som per automatik diskriminerar flickor eller kvinnor, se Westendorp, Ingrid, Using Culture to Achieve Equality, The Women's Convention Turned 30, I. Westendorp (eds.) 2012 s. 112.

män? Kan relationer mellan kvinnor och män påverkas i ett till synes könsneutralt sammanhang på grund av att en tvist uppstått i en mångkulturell kontext?¹⁶

Utgångspunkten enligt svensk internationell privat- och processrätt är att ingen skillnad ska göras mellan nationell rätt och utländsk rätt; rättsordningar är med andra ord likvärdiga enligt den s.k. likställighetsprincipen.¹⁷ Förförståelsen är att lagvalsregler gör anspråk på att vara könsneutrala, objektiva och opartiska.

Frågor om jämställdhet och strukturella orättvisor mellan kvinnor och män i mångkulturella gränsöverskridande sammanhang har börjat tilldra sig uppmärksamhet i den svenska internationellt privat- och processrättsliga litteraturen. Det senaste årtiondet har det vuxit fram en rättslig diskussion som generellt fokuserar på de juridiska utmaningar som följer av Sveriges omvandling till ett mångkulturellt och mångreligiöst samhälle. Den juridiska institutionen vid Uppsala universitet har haft en tongivande roll i den svenska forskningen som rör familjerätt och religion.¹⁸

¹⁶ Intressant också Garland, Jameson, *On Science, Law and Medicine. The case of gender-“normalizing” interventions on children who are diagnosed as different in sex development*. Uppsala universitet 2016 (ak.avh.) s. 449–457.

¹⁷ Se Jänterä-Jareborg, Maarit, *Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie*. Iustus Förlag 1997 s. 56.

¹⁸ Här redovisas ett axplock av relevanta publikationer från Uppsalamiljön, Jänterä-Jareborg, Maarit, *The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016 (red.), *Under vilken lag lyder en människa?: Om nationalitet, hemvist och tro som grunder för tillhörighet*, Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademien: Årsbok 2015, Stockholm: Vitterhetsakademien 2015, MMXV s. 117–129, *On the Cooperation between Religious and State Institutions in Family Matters: Nordic Experiences*, Religious Personal Laws, Family, Religion and Law: Cultural Encounters in Europe (red. Shah, Foblets och Rohe) Surrey: Ashgate 2014, s. 79–101, *Cross-border Family Cases and Religious Diversity: What Can Judges Do?* Family, Religion and Law: Cultural Encounters in Europe (red. Shah, Foblets och Rohe) Surrey: Ashgate 2014 s. 143–163, *Freedom of Religion, Human Rights and Public Policy in Private International Law*, Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali / The 90th Birthday of Boutros Boutros-Ghali: Hommage du Curatorium à son Président / Tribute of the Curatorium to Its President, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2013 s. 155–170, *The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages*, Essays in Honour of Michael Bogdan (red. Lindskoug, Maunsbach, Millqvist, Juristförlaget, Lund 2013 s. 149–164, Religion och rätt i samverkan, Det goda universitetet. Rektorsperioden 2006–2011: Festskrift till Anders Hallberg (red. Björk, Bolkéus Blom och Ström) Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis 2011 s. 57–64, Kan polygami vara laglig i Sverige? Turéusföredrag hållet vid prisutdelningen den 31 augusti 2010 Kungl. Vetenskaps-Societeten i Uppsala Årsbok 2010, Barn-

Mycket av forskningen som finns om islamisk familjerätt i Sverige kommer likaså från den Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet.¹⁹ I Sverige har dock nästan ingen forskning genomförts om informella religiösa skilsmässor och de utmaningar som dessa medför på det internationellt privat- och processrättsliga planet.²⁰

I detta bidrag försöker vi identifiera, närma oss och reflektera över mångkulturens utmaningar i ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv, utan att göra anspråk på att ha givna eller säkra svar. Vi avser inte att sätta en objektiv sanning framför en annan, och detta bidrag kommer inte heller att leda till bestämda resultat eller att ”avslöja en sanning”. Det ska i stället ses som en påminnelse om att det kan finnas

och tvångsäktenskap i Sverige – finns det utrymme för olika kulturer och tolerans? Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år, Oslo: Gyldendal Akademisk 2007 s. 304–320. För ytterligare litteratur från Uppsalamiljön se Sayed, Mosa, Tvångsäktenskap och barnäktenskap: en analys av det svenska rättsläget, Svensk Juristtidning, 2015 s. 479–495, Några aspekter på mångkulturens utmaningar – med särskilt fokus på islamisk rätt, SvJT 2013 s. 877–886, The Accomodation of Minority Customs in Sweden: The Islamic Law of Inheritance as an Example, European Journal of Law Reform, 2009, Vol. 12, nr 3–4 s. 319–339, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige: En internationellt och jämförande studie, Iustus Förlag, Uppsala 2009 (ak.avh.).

¹⁹ Sayed, Mosa (i urval), Arvsrätt enligt shiaislam: Med jämförelser av shia- och sunnimuslimska arvssystem, Uppsala: Iustus Förlag, 2016, The Impact of Islamic Family Law on the Swedish Legal Landscape: Challenges and Possibilities, Reconsidering Religion, Law, and Democracy: New Challenges for Society and Research (Lind, Lövheim och Zackariasson) Lund: Nordic Academic Press 2016 s. 157–176, Abort inom den islamiska rättstraditionen, SvJT 2014 s. 812–834, The Kafala of Islamic Law: How to Approach it in the West, Essays in Honour of Michael Bogdan (red. Lindskoug, Maunsbach och Millqvist) Lund: Juristförlaget, Lund 2013 s. 507–520, Några aspekter på mötet mellan svensk och islamisk rätt, Karnov Juridik, 2013, Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten, Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – rätthistoriskt och komparativt: Vänbok till Rolf Nygren (red. Jänterä-Jareborg och Kumlien) Uppsala: Iustus Förlag 2011 s. 413–434, Svensk och islamisk familjerätt: En jämförelse, Juridisk publikation, 2010, nr 2 s. 201–234, The Muslim Dower (MAHR) in Europe: With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Family Law (red. Boele-Woelki och Sverdrup) Antwerpen: Intersentia, 2008 s. 187–208. Från andra lärosäten se exempelvis Schiratzki, Johanna, Muslimsk familjerätt: i svenskt perspektiv, Norstedts Juridik 2001. Utanför familjerätten se exempelvis Johnson, Bo, Islamisk rätt. Studier i den islamiska rätts- och samhällsordningen, Liber Förlag, Stockholm 1975 och Samadi, Mona, Defamation of Religion: The Right to Freedom of Expression in International and Islamic Law, Örebro Studies in Law 3, 2012.

²⁰ Se dock Jänterä-Jareborg, Maarit, The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages, Essays in Honour of Michael Bogdan (red. Lindskoug med flera), Juristförlaget i Lund 2013 s. 149–164.

alternativa synsätt och uppfattningar i lösningen av lagvalsfrågan när det gäller gränsöverskridande skilsmässor och mahr. Utanför bidragets ramar faller därmed mångkulturella tvister och frågor som avser polygama äktenskap, tvångsäktenskap, barnäktenskap osv.

Avsikten med detta bidrag är att presentera en ”ny” typ av problem som berör den internationella privat- och processrättens grundvalar.²¹ Det gäller t.ex. om geografi och territorialitet alltjämt kan ha en avgörande betydelse i lösningen av lagvalsfrågan. Dessutom utmanar mångfalden i rättstillämpningen de traditionella internationellt privat- och processrättsliga rättskällorna genom att individer åberopar regler i informella normsystem vid svensk domstol, trots att ämnet traditionellt inte har beaktat sådant material.

3 Lagvalsregler

Innan vi kommer in på HD:s avgörande finns det anledning att säga något allmänt om lagvalsreglers uppbyggnad och ändamål. Vilken rättsordning som ska tillämpas på ett tvistigt rättsförhållande avgörs av domstolslandets lagvalsregler.²² En konsekvens av lagvalsregler är att den domstol som har internationell behörighet kan ställas inför uppgiften att behöva tillämpa ett annat lands materiella regler.²³ Dessa utländska regler ska sedan tillämpas lojalt, dvs. såsom de tolkas och tillämpas i ursprungsstaten.

Enligt den moderna internationella privat- och processrättens fader, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), har varje rättsförhållande ett ”säte” eller en tyngdpunkt i en rättsordning.²⁴ Det handlar med andra

²¹ Om den internationella privat- och processrättens pluralism se Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. Cambridge University Press 2009 s. 1–24. Intressant också Jareborg, Nils, *Legal Dogmatics and the Concept of Science: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy und Walter Perron. Duncker & Humblot. Berlin 2013, s. 53.

²² Svenska lagvalsregler har numera i mycket hög utsträckning sitt ursprung i EU-rätten, och den svenska lagstiftarens möjligheter att på egen hand anta lagvalsregler har decimerats avsevärt.

²³ Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, *Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie*. Iustus Förlag 1997 s. 48.

²⁴ Se redogörelsen för von Savigny's teser i Jänterä-Jareborg, Maarit, *Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective*, Offprint from the *Recueil des Cours*, Vol. 304 (2003). Martinus Nijhoff Publishers 2004 s. 206–210.

ord om att hitta den rättsordning som har den närmaste anknytningen till ett givet rättsförhållande. Lagvalsregler utgår än idag ifrån föreställningen om att en rättsordning utpekas och att den bara gäller inom ett visst territoriellt avgränsat geografiskt område.²⁵ Tanken med en tillämpning av den närmast anknutna lagen är att vinna förutsebarhet och internationellt enhetliga avgöranden, dvs. oavsett vilken nationell domstol som handlägger en tvist utpekas samma rättsordning. På så sätt kan även parternas berättigade förväntningar enligt en objektiv standard uppfyllas.²⁶

Ett exempel på en lagvalsregel är 4 § första stycket i den autonoma svenska lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). Av denna lagvalsregel framgår att i tvister om *makars förmögenhetsförhållanden ska lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig tillämpas*.²⁷ Man kan säga att denna lagvalsregel är neutral i sin utformning. Den ger inte företräde för den ena eller andra makens hemvist. Sätillvida återspeglar den rättspolitiska målsättningar i Sverige, nämligen jämställdhet mellan makarna.²⁸ På ett till synes neutralt och förutsebart sätt är *båda* makarnas hemvist avgörande för lagvalet.

Valet av hemvist som bestämmande för lagvalet bottnar i en föreställning om att en person normalt har starkare anknytning till det land där han eller hon lever än till födelse- eller medborgarskapslandet.²⁹ Hem-

²⁵ Gihl skriver t.ex. att till ”rättssystemets egenskaper höra, ..., universalitet och exklusivitet. Rättssystemets exklusivitet framgår redan av rättsreglernas egenskap av värderingskriterier. Det är nämligen logiskt omöjligt att på en och samma gång bedöma ett och samma faktum enligt två olika kriterier. Ett visst rättssystem kan endast lägga sina egna kriterier till grund för bedömningen”. Gihl, Torsten Den internationella privaträtts historia och allmänna principer. Stockholm 1951 s. 276.

²⁶ Om det komplexa begreppet ”berättigade förväntningar” se avgörandet Tolofson v. Jensen [1994] 3 SCR 1022, 1046–1047, från Kanadas *Supreme Court*.

²⁷ Bestämmelsen är uppbyggd som en klassisk lagvalsregel och består av tre led. Tillämpningsledet anger lagvalsregelns tillämpningsområde (makars förmögenhetsförhållanden). Normledet utpekar den tillämpliga rättsordningen (omfattas av lagen i en viss stat) med hjälp av anknytningsledet som anger vilket anknytningsmoment till en viss stat som avgör lagvalet (makarnas gemensamma hemvist när de gifte sig). Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie. Iustus Förlag 1997 s. 46.

²⁸ Se prop. 1989/90:87 s. 19 ff.

²⁹ Enligt Pålsson är den sociala miljön ”det viktigaste elementet vid regleringen av människors familjerättsliga förhållanden, se Pålsson, Lennart, Utvecklingslinjer och aktuella problem i svensk internationell privaträtt, SvJT 1984 s. 853.

vistprincipen rättfärdigas även av att den möjliggör en tillämpning av familjerättsliga regler som står i samklang med sociala värderingar och annan lagstiftning i den miljö där personen lever.³⁰

Denna lösning kan jämföras med den tidigare där medborgarskap var centralt för att avgöra lagvalet i familjerättsliga frågor i Sverige (och även i andra kontinentaleuropeiska länder). I äldre svensk rätt löstes t.ex. lagvalsfrågan genom att lagen i mannens medborgarskapsland skulle tillämpas på äktenskapets rättsverkningar, eftersom mannen betraktades som familjens överhuvud och kvinnan ofta förvärvade mannens medborgarskap efter äktenskapets ingående.³¹ Lagvalslösningen återspeglade den tidens syn på kvinnor och män.³² Lagvalsregler är – och bör – följaktligen vara anpassningsbara till samhälls- och kulturförändringar.³³

³⁰ Se även NJA 2017 s. 168.

³¹ Lag (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar.

³² I anglosaxisk och kontinentaleuropeisk tradition förhärskade länge principen om *converture*. Principen innebar att mannen och kvinnan sågs som en person genom äktenskap. Kvinnans självständiga juridiska existens upphörde i och med äktenskap och istället inkorporerades hon i mannens rättsställning och kom att omfattas av hans rättshandlingsförmåga, se Zaher, Claudia, When a Woman's Marital Status Determined Her Legal Status: A Research Guide on the Common Law Doctrine of Converture, Law Library Journal 2002 s. 459–486.

³³ Dessa lagvalsregler kan kontrasteras mot det interpersonella rättssystem som gäller i många islamiskt präglade länder, varifrån många muslimer bosatta i Sverige härrör. I dessa rättssystem grundas "lagvalet" på en persons religiösa tillhörighet, i syfte att avgöra konkurrensen mellan familjerättslagarna i ett och samma land. I Israel lyder exempelvis muslimer, kristna och judar under islamiska, kristna respektive på judendom grundade lagar, dvs. olika normer tillämpas på olika personer bosatta inom samma land. Vid sidan av normer baserade på trostillhörighet existerar i dessa länder även internationellt privat- och processrättsliga regler för utlandsanknutna tvister. I de islamiskt präglade länderna i Mellanöstern och Nordafrika har nationalitetsprincipen en stark ställning i lagvalet vid gränsöverskridande tvister. Enligt svensk internationell privat- och processrätt ska, i de fall utländsk rätt ska tillämpas och där finns flera gällande system, den svenska domstolen bestämma tillämpligt system enligt de regler som bestämmer detta i den tillämpliga rättsordningen (se exempelvis 7 kap. 1 § IÄL).

4 Den sekulära rätten, religionen och kvinnors rättigheter

4.1 Lex forism?

Det finns nu anledning att återvända till det inledande rättsfallet. Enligt HD skulle kvinnans anspråk på mahr i det aktuella fallet klassificeras som en fråga om makars förmögenhetsförhållande.³⁴ Det innebär att HD i detta fall betraktar mahr som en ekonomisk konsekvens av äktenskapet, eftersom den enligt HD kan bidra till en förmögenhetsutjämning mellan makarna när hustrun har begränsade möjligheter att förvärva egendom genom arbete eller gåva. I förbigående lyfter HD också fram andra funktioner som är förknippade med mahr. HD konstaterar att mahr kan kompensera för skillnader i kvinnors och mäns rätt till äktenskapsskillnad som råder i exempelvis Iran. Mannen har nämligen en ensidig och villkorlös rätt till äktenskapsskillnad, medan kvinnans rätt är mycket begränsad. HD förklarar vidare att en hög mahr kan användas som ett instrument för kvinnor i Iran att få äktenskapsskillnad genom att kräva att mannen medverkar till skilsmässa, mot att hon i gengäld avstår sin mahr. HD:s analys av hur mahr ofta används i islamiskt präglade rättsordningar är korrekt.³⁵ Här kan också tilläggas att en oförmåga att uppfylla ett avtal om mahr är straffrättsligt sanktionerat i Iran.³⁶

Klassificeringen fick till följd att lagvalsreglerna i LIMF skulle tillämpas. Något lagvalsavtal som utpekade en viss rättsordning enligt 3 § LIMF fanns inte enligt HD. Därför fick tillämplig lag fastställas på objektiva grunder enligt 4 § LIMF. Enligt 4 § första stycket LIMF ska tillämplig lag vara lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig. Makarnas gemensamma hemvist vid äktenskapets ingående var med andra ord avgörande för lagvalsfrågan. Kvinnan hade sitt hemvist i Sverige, då hon varit bosatt här i flera år. Mannen, däremot, hade hemvist i Iran

³⁴ De realistiska sätten att kvalificera mahr mot bakgrund av deras syften och ändamål är som makars förmögenhetsförhållanden, som underhåll eller *sui generis*. För en sådan diskussion, se Brattström, Margareta och Sayed, Mosa, Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt, Juridisk Publikation 2/2013 s. 207–226.

³⁵ Se exempelvis Mir-Hosseini, Ziba, Marriage on Trial – Islamic Family Law in Iran and Morocco, I.B. Tauris, London, 2000.

³⁶ I mars 2017 satt 2 297 iranska män i fängelse för att inte ha uppfyllt avtal om mahr, The National <https://www.thenational.ae/world/iran-pre-nups-land-thousands-of-men-in-jail-1.81305> (tillgänglig den 15 september 2017).

vid äktenskapets ingående. Trots detta fann HD att då parterna hade för *avsikt att i framtiden* bosätta sig tillsammans i Sverige fick makarna anses ha tagit hemvist här när de gifte sig. Därför skulle svensk lag tillämpas på anspråket om mahr. Eftersom mahr i denna utformning inte är giltigt enligt svensk rätt, kunde kvinnans anspråk inte bifallas.

I detta sammanhang är det intressant att notera att HD i skäl 20 i domen anför att det måste finnas ett utrymme för att beakta den kulturella, sociala och rättsliga miljö i vilket avtalet om mahr har ingåtts. I lösningen av lagvalsfrågan tog HD emellertid inte hänsyn till kopplingen som avtalet om mahr hade till det aktuella informella religiösa systemet eller att tvisten hade inletts som ett svar på mannens vägran att medverka till en religiös skilsmässa.

HD:s hemvistbedömning i fallet väcker en rad frågor, inte minst mot bakgrund av att lagvalslösningen resulterade i tillämpning av den egna svenska rätten (*lex fori*). Av 19 § LIMF framgår att *[d]en som är bosatt i viss stat anses vid tillämpningen av denna lag ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande*. Av bestämmelsen följer således att faktiska förhållanden (att en person verkligen fysiskt bor i en viss stat) och denna persons intentioner att kvarstanna i det landet (*animus remanendi*) avgör en persons hemvist. Det svenska hemvistbegreppet innehåller alltså två moment: ett objektivt (byggt på faktiska förhållanden) och ett subjektivt (byggt på personliga intentioner). Det går således inte att ”på förhand” ta hemvist i en viss stat om man, som fallet var här, aldrig någonsin har satt sin fot i det aktuella landet.

Av avgörandet verkar det som om HD bara beaktat det andra momentet i hemvistbedömningen i 19 § LIMF, nämligen avsikten att i framtiden bo i Sverige. Vid tidpunkten för äktenskapets ingående var mannen faktiskt bosatt i Iran och inte i Sverige. Således hade inte makarna gemensamt hemvist när äktenskapet ingicks. Därför borde inte tillämplig lag ha fastställts med hjälp av lagvalsregeln i 4 § första stycket LIMF. Av förarbetena till LIMF följer att i sådana fall ska den närmast anknutna lagen tillämpas genom att rättsförhållandets anknytningar till olika länder viktas.³⁷ Det som talar för svensk lag i fallet är att kvinnan vid äktenskapets ingående var bosatt i Sverige. Det som talar för iransk lag är att mannen var bosatt i Iran vid äktenskapets ingående, att parterna var iranska medborgare, att det var i Iran som äktenskapet och avtalet om

³⁷ Se prop. 1989/90:87 s. 43 och RH 2005:66 som också avsåg ett avtal om mahr.

mahr ingicks. Vidare har parterna fortfarande släkt, vänner och intressen i Iran. Det förefaller därför som om det finns en övervikt för iransk lag genom att makarna har starkast anknytning dit.³⁸ Om iransk lag hade tillämpats skulle kvinnan fått sin mahr och kunnat avstå den i ”utbyte” mot en religiös skilsmässa.

Men hur kan man förstå HD:s avgörande i lagvalsfrågan? Avgörandet kan tolkas som ett uttryck för att ”slippa” tillämpa utländsk rätt. Genom att avgöra lagvalet i ljuset av parternas avsikt att i framtiden leva i Sverige kunde den tillämpliga rättsordningen styras till Sverige i stället för till Iran som var den relevanta kontexten för parternas avtal. Genom utpekandet av svensk rätt kunde giltighet av mahr bestämmas enligt svensk rätt. En likartad problematik finns i det prejudicerande avgörandet NJA 2017 s. 168.

HD:s hemvistbedömning och lösningen av lagvalsfrågan i fallet kan anses ge uttryck för en negativ företeelse som i internationellt privat- och processrättsliga sammanhang brukar kallas för *lex forism* eller en s.k. *homeward trend*. I detta sammanhang innebär det att lagvalsregler tolkas och tillämpas så att de resulterar i tillämpning av domstolslandets egen lag, oavsett anknytningarna till ett annat land eller konsekvenserna i det enskilda fallet. *Lex forism* är oförenlig med principen om att rättsordningar är likvärdiga. Fenomenet bidrar inte heller till förutsebara resultat i lagvalsfrågan eller främjar en önskan om internationellt enhetliga avgöranden.

4.2 Konsekvenserna i det enskilda fallet

Ett av skälen till varför kvinnor i den iranska kontexten insisterar på höga mahr, som ofta avser värden som överstiger mannens ekonomiska betalningsförmåga är, som HD också nämner i avgörandet, att säkerställa möjligheten att förhandla fram en skilsmässa i ett system som diskrimine-

³⁸ I förarbetena till LIMF slås det dock fast att man vid bedömningen av hemvist inte kan begränsa sig till att enbart beakta förhållandena vid dagen för vigseln. Makarnas avsikt att etablera sig i ett visst land kanske inte realiseras förrän någon tid därefter och det blir då lagen i det landet som ska tillämpas, prop. 1989/90:87 s. 44. Detta resonemang kan inte göra sig gällande i vårt fall eftersom de aldrig fick gemensamt hemvist innan skilsmässan aktualiserades. Då spelar det ingen roll att de haft för avsikt skapa gemensamt hemvist i Sverige efter vigseln.

rar kvinnor i skilsmäsofrågor.³⁹ Män har en absolut rätt till äktenskaps-skillnad. Kvinnor har, i bästa fall, en begränsad rätt till skilsmässa vid allvarliga missförhållanden i äktenskapet. Samtidigt som det informella systemet är diskriminerande gentemot kvinnor i dessa frågor, kan mahr vara kvinnans ”hjälp”. Genom att avstå sin mahr kan kvinnan få tillgång till den nödvändiga religiösa skilsmässan.⁴⁰

HD:s tillämpning av 4 § LIMF fick en rad negativa och särbehandlande konsekvenser för kvinnan i förhållande till mannen. Genom utpekandet av svensk lag förlorade kvinnan sin rätt till mahr, och sin enda förhandlingsmöjlighet för att få mannens samtycke till en skilsmässa vid moskén. Eftersom parterna ingick äktenskapet i Iran kommer de, oaktat den svenska civilrättsliga skilsmässan, att anses som gifta i Iran så länge de inte har en religiös skilsmässa från en auktoriserad moské. För kvinnan och mannen blir konsekvensen ett s.k. haltande äktenskap. Parterna anses som gifta i Iran, men skilda i Sverige. Enligt iransk äktenskapsrätt är mannen kvinnans förmyndare. Om hon exempelvis skulle resa till Iran behöver hon mannens samtycke för att resa därifrån. Män har däremot i regel inte förmyndare inom det islamiska systemet, vilket ger dem en obegränsad rörelsefrihet jämfört med gifta kvinnor.

Skulle kvinnan inleda en ny relation riskerar hon dessutom att göra sig skyldig till äktenskapsbrott som är straffrättsligt sanktionerat i iransk rätt.⁴¹ Män har, trots frånvaron av en religiös skilsmässa, dock möjlighet att inleda en ny relation utan att riskera att begå äktenskapsbrott. Mannen kan därför leva vidare i ett nytt eller tillfälligt äktenskap utan att behöva rättsligt upplösa det första äktenskapet.⁴²

³⁹ Sayed, Mosa, *The Muslim Dower (MAHR) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Law* (eds. Boele-Woelki och Sverdrup), Intersentia, Antwerpen, 2008 s. 187–208.

⁴⁰ Sayed, Mosa, *The Muslim Dower (MAHR) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Law* (red. Boele-Woelki och Sverdrup), Intersentia, Antwerpen, 2008 s. 197 ff.

⁴¹ Reglerna om äktenskapsbrott finns artiklarna 221–232 i bok 2 i den iranska strafflagen från år 2013.

⁴² Det har att göra med att polygami kan vara tillåtet i det islamiska religiösa systemet. I Iran finns också ett rättsligt institut med tillfälliga äktenskap. En gift man kan ingå ett tidsbegränsat äktenskap med en annan person än sin hustru på tillfälliga premisser och grunder som är mindre ingripande än att ingå ett polygamt äktenskap. Mannen ges alltså enligt iransk rätt möjlighet till alternativa relationsformer som i princip undanröjer det behov av en religiös skilsmässa som en kvinna kan ha. Om tillfälliga äktenskap se artiklarna 1075–1077 i den iranska civillagen.

Dessutom kan en religiös skilsmässa ha betydelse för kvinnan på ett personligt plan, därför att den uppfyller ett religiöst och kulturellt behov hos henne, och kanske också hos hennes omgivning. Inte sällan anses parter nämligen fortfarande som gifta i den egna etniska och religiösa gruppen, i avsaknad av en religiöst sanktionerad skilsmässa. Avsaknaden av en religiös skilsmässa drabbar därför i praktiken kvinnor ”hårdare” än män.

4.3 Att leva i enlighet med formella och informella system i Sverige

I detta fall ställdes mångfaldens utmaningar och kvinnans familjerättsliga ställning på sin spets. Kvinnan rättade sig efter kraven från islam, den iranska kulturen och traditionen vid sidan av det svenska rättssystemet. I så motto levde kvinnan ett ”dubbelt liv” genom att med varierande tyngdpunkt leva i enlighet med sociala, kulturella och rättsliga krav från ursprungsstaten Iran och samtidigt följa det statligt sanktionerade rättssystemet i Sverige. I den mån det svenska rättssystemet och det informella trosbaserade systemet inte är koordinerade finns det en risk att individer missgynnas ”dubbelt” – både enligt hemviststatens lag och enligt det trosbaserade systemet.

Av HD:s avgörande framhålls de funktioner som institutet mahr kan fylla i Iran, men inget sägs om vilka funktioner mahr kan fylla i en svensk kontext där anspråket faktiskt uppstod. Mahr-anspråket vid svensk domstol uppstod från första början därför att mannen vägrade att medverka till den religiösa skilsmässan som kvinnan ville ha. Kvinnan ville använda mahr som ett förhandlingsinstrument i relation till mannen för att få igenom en skilsmässa i det patriarkala och religiösa system som till del präglade hennes livssituation i Sverige. På så sätt är det religiösa systemet ett tvåeggat svärd. Å ena sidan är systemet ofördelaktigt och diskriminerande för kvinnor. Samtidigt är det, å andra sidan, det system som står till buds för att uppnå rättvisa för kvinnor i skilsmässofrågor med mångkulturell anknytning. När HD fann att svensk rätt skulle tillämpas på tvistefrågorna, innebar det att kvinnan gick miste om det skydd hon hade enligt de ”egna” religiösa normerna, eftersom mahr inte kan utgå enligt svensk rätt.

De informella på religion baserade skilsmässoreglerna som kvinnan i detta fall åberopade var erkända i Iran genom att moskén hade erhållit

auktorisation av iranska myndigheter att meddela skilsmässor i Sverige som kunde erkännas i Iran. Trots att de religiösa reglerna och skilsmässoprocessen vid moskén inte är sanktionerade av svensk lag eller av svenska myndigheter så hade parterna en stark anknytning till Iran genom medborgarskap, släkt, tillgångar etc., men också därför att de hade ingått äktenskapet i Iran och fortfarande var gifta i Iran.

För kvinnor kan det vara fråga om ett svårnavigerat system av formella och informella regelverk, där det informella systemet kan ha en större verklig betydelse för den enskilda, än den av staten sanktionerade lagen och skilsmässoreglerna i den svenska Äktenskapsbalken (1987:230). Eftersom det informella normsystemet kontrolleras av de religiösa samfundet, som ofta domineras av män, kommer de att spela en nyckelroll i tvister av detta slag. På individplanet kan rättsskipningsmakten i dessa skilsmässofall till viss del "förskjutas" till religiösa normsystem. Det innebär att rättsskipningen privatiseras, dvs. den förflyttas från allmänna statliga aktörer till privata aktörer (såsom religiösa samfund) som i vissa fall tillämpar regler som är mindre förmånliga för, eller diskriminerar, kvinnor.

Inte heller finns det några garantier för att det informella normsystemet upprätthåller de rättssäkerhetsmekanismer som finns i den svenska lagen. Man skulle kunna säga att det informella normsystemet styr parternas rättsliga initiativ och "rivaliserar" med statens rättsskipningsmonopol. Samtidigt är det informella religiösa systemet, åtminstone som läget är idag, det enda alternativ som står till buds för vissa kvinnor som har ett behov av att komplettera en civilrättslig skilsmässa med en religiös. Det nu aktuella mahr-fallet kan illustrera hur ett informellt system – bruket av mahr och behovet av en religiös skilsmässa – kan vara mer "bindande" och viktigt för en individ än hemviststatens lagstiftning.

Mot denna bakgrund är det svårt att veta om HD:s avgörande helt enkelt betyder att konsekvenserna av religiösa skilsmässor, eller andra på religion baserade företeelser, inte kan beaktas när de inte är förenliga med svensk rätt och svensk rätt är tillämplig. Om en utländsk rättsordning har utpekats som tillämplig av svenska lagvalsregler skulle det emellertid kunna finnas utrymme att beakta religion, etnicitet osv., allt beroende på vad den utländska rättsordningen anger (naturligtvis under förutsättning att tillämpningen av den utländska rättsordningen inte strider mot svensk ordre public).

5 Behöver lösningen av lagvalsfrågan anpassas till samhällets mångfald?

5.1 Därför har HD ”dömt rätt”

I en mening måste man ha förståelse för att HD i sitt avgörande om mahr inte beaktar det informella trosbaserade systemet. Det hade kunnat ge upphov till en rad svårlösta juridiska problem och spänningar, vilket talar för HD:s bedömning i detta fall.

Om HD gett verkan åt parternas avtal om mahr med hänvisning till att det är kvinnans enda sätt att få en religiös skilsmässa skulle det innebära att en svensk domstol tar hänsyn till patriarkala och religiösa strukturer i en utländsk rättsordning (som inte är tillämplig) och som dessutom är oförenliga med svensk rätt i så mån att kvinnor och män inte likabehandlas. Det skulle även kunna ses som ett mandat för, och legitimera, religiösa församlingar och institutioner som meddelar religiösa skilsmässor.⁴³

Ett ytterligare argument som talar för HD:s avgörande är att det ofta kan vara svårt att veta innehållet i religiösa informella normer. Dessa normer är inte en statisk enhet. Även de ”egna” på religionen baserade normsystemet kan förändras över tid. Samtyckeskrevet som ställdes på makarna, och som vissa islamiska församlingar uppställer för att kunna meddela en religiös skilsmässa, är i själva verket en regelförändring inom det egna trosbaserade systemet. Tidigare, när det saknades krav på båda makarnas samtycke för en skilsmässa, hade kvinnan rätt till skilsmässa vid allvarliga missförhållanden i äktenskapet. Vid en första anblick är kravet på samtycke neutralt och ”lika” för både kvinnor och män. Emellertid kan samtyckeskrevet inom ramen för det ”egna” trosbaserade normsystemet leda till strukturella orättvisor för kvinnor.⁴⁴ Det kan uppstå fall

⁴³ Kanske går det inte heller att bortse ifrån den praktiska omständigheten att en kvinna kan ha ett ”oärligt” syfte och behåller mahr, eftersom hon ändå inte tänker åka tillbaka till medborgarskapslandet.

⁴⁴ I den största shiamuslimska församlingen i Sverige ändrades de interna skilsmässoreglerna år 2010. Före ändringen tillämpades klassiska shariaregler som i princip gav mannen en unilateral skilsmässorätt och kvinnor en begränsad rätt till skilsmässa vid exempelvis missförhållanden i äktenskapet. Numera krävs båda makarnas samtycke för att församlingen ska kunna meddela en religiös skilsmässa. Samtyckeskrevet infördes efter ett uppmärksammat fall där en imam vid församlingen, mot makens vilja, hade meddelat en religiös skilsmässa med hänvisning till att maken hade gjort sig skyldig till hustrumisshandel. Mannen i det aktuella äktenskapet hade därefter stämt imamen vid en domstol i Iran för tjänstefel. Den iranska domstolen kom fram till att imamens beslut

där det blir betydligt svårare för kvinnor att frigöra sig från oönskade äktenskap om inte mannen ger sin tillåtelse. I det nu aktuella fallet slog samtyckeskravet vid moskén i praktiken ut de skyddsmekanismer som finns inom islam för kvinnor som utsätts för missförhållanden i äktenskapet och som därför kan lösas från sina äktenskapliga band. Om rättssystemet på något sätt ska beakta informella regler, såsom vissa islamiska familjerättsnormer, behöver man veta ”vems” normer och tolkningar som ska gälla. Någon konsensus finns inte beträffande de normer som bör tillämpas på självdefinierade muslimer som vill leva enligt islamiska familjenormer.

5.2 En mer pragmatisk lösning av lagvalsfrågan?

HD:s avgörande om mahr illustrerar de svåra utmaningar som den internationella privat- och processrätten står inför i en värld som dramatiskt förändrats till följd av den snabba globaliseringen, digitaliseringen och nya familjebildningar över landgränserna. Avgörandet skulle kunna tolkas som att föregivet neutrala och objektiva lagvalsregler kan leda till en negativ särbehandling av kvinnor i en mångkulturell kontext, i vart fall när reglerna i rättstillämpningen inte hanteras flexibelt och anpassas till de specifika behov som kan finnas i ett enskilt fall.

Inte i något av de två nämnda mahr-avgöranden anknyter HD i domskälen till de faktiska omständigheterna i målen. Tillämpningen av svensk rätt i egenskap av lagen i hemviststaten ansågs enligt HD bäst överensstämma med de sociala mönster och värderingar som en person förväntas inordna sitt liv efter. Det gäller säkerligen beträffande majoritetsbefolkningen. Men så behöver det inte vara för en signifikant minoritet av befolkningen som upprätthåller och beaktar utländska minoritetsnormer. Inom denna minoritetsgrupp kan finnas svagare parter (kvinnor) i behov av rättsskydd. Om de formella och informella normsystemen skulle kollidera är det inte ovanligt att individer inom minoritetsgrupper väljer att följa det ”inofficiella” normsystemet som gäller inom den egna gruppen.⁴⁵

hade grundats på otillräckliga bevis om misshandel, utifrån enbart hustruns berättelser och att hans beslut om skilsmässa därför utgjorde ett tjänstefel. Imamen dömdes till tre månaders fängelse och belades med utreseförbud från Iran. Han var anställd som imam inom det iranska statsmannasystemet men placerad som imam av den iranska staten vid en församling i Sverige.

⁴⁵ Estin, Ann Laquer, Unofficial Family Law, Iowa Law Review 2009 s. 455 f.

Den fråga som inställer sig är vad som bör ske om makar med hjälp av ett informellt trosbaserat system ingår ett avtal om mahr därför att möjligheten att avtala om mahr inte står till buds enligt lagstiftningen i hemvistlandet. I sådana fall kan man argumentera för att hemvistlagen inte är den lag som är starkast förbunden med det aktuella rättsförhållandet. Men eftersom lagvalsregler bara utpekar och angår territoriellt avgränsade och statligt sanktionerade rättsordningar kommer minoritetsnormer, såsom regler om religiösa skilsmässor, inte att tillämpas eller få genomslag i rättstillämpningen (såvida de inte utgör en del av den tillämpliga rättsordningen).

Det sagda föranleder oss att tro att det kan vara nödvändigt att reflektera över lagvalsreglers ändamålsenlighet och roll, tillika deras grundvalar och funktion i ett mångkulturellt samhälle. Det problematiska är hur det kan ske i praktiken. Kan rättstillämpningen i en rättsstat bortse från parternas religion och kultur, om bortseendet resulterar i diskriminerande effekter?⁴⁶ Det kan finnas situationer där patriarkala och religiösa strukturer kan behöva beaktas i syfte att uppnå ett resultat som *inte* diskriminerar kvinnan. Samtidigt säger det sig självt att vi inte kan hänvisa till religion eller kultur för att uppnå diskriminerande effekter. I HD:s avgörande som illustreras i detta bidrag blev dock kvinnan förloraren i den lagtolkning och rättstillämpning som följde av att den svenska rättsordningen inte tydligt reglerat mötet mellan de nationellt sanktionerade reglerna och informella trosbaserade normsystemen.

Utifrån ett svenskt perspektiv framstår ett i lag stadgat hänsynstagande till informella normsystem vid exempelvis tvister i allmän domstol i dagsläget som en omöjlighet. I länder med andra erfarenheter på området har man i varierande utsträckning kommit att inkludera trosbaserade familjerättsnormer i lag som en viktig faktor vid allmänna domstolsprocesser. Längre har fokus varit riktad mot judiska skilsmässor och de haltande rättsförhållanden som uppstår när judiska män vägrar att medverka till skilsmässa. Israel har därför infört straffrättsliga sanktioner mot män som inte ger sitt medgivande till skilsmässor, även om skilsmässa fortfarande

⁴⁶ Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, Women's Human Rights: International Law in the Intersections between Socioeconomic Conditions, Culture, Tradition and Religion, Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination. The Hague Academy of International Law 2016 s. 46.

är mannens privilegium.⁴⁷ I Storbritannien⁴⁸ och Kanada⁴⁹ kan en domstol enligt lag förvägra parter en civilrättslig skilsmässa i fall de inte först utverkat en enligt judaism godkänd religiös skilsmässa (i likhet med Israel är det även här enbart mannen som kan skilja sig från sin hustru). Emellertid kan en sådan reglering anses diskriminerande mot kvinnor, eftersom ”tillgången” till äktenskapsskillnad begränsas av mannens initiativ. I Storbritannien har också lagstiftning avseende muslimska religiösa skilsmässor presenterats för *House of Lords*.⁵⁰ Även Norge har vidtagit lagstiftningsåtgärder i syfte att säkerställa muslimska religiösa skilsmässor.⁵¹

I dessa länder har man intagit en mer pragmatisk inställning och fokuserat på att lösa praktiska konsekvenser i mötet mellan religiösa normsystem och sekulära rättsordningar. När man t.ex. i Norge år 2003 ändrade den norska äktenskapslagen så ville man säkra muslimska kvinnors rätt till religiös skilsmässa.⁵² Med den nya lagutformningen är varje person som ingår äktenskap i Norge skyldig att skriftligen garantera den andra makens rätt till skilsmässa i framtiden. Syftet med den norska lagen är att direkt genomföra den i islamisk rätt förhärskande möjligheten för mannen att delegera sin unilaterala skilsmässorätt till hustrun. Med en sådan delegation i äktenskapskontraktet har hustrun rätt att skilja sig när som helst utan hänsyn till mannens inställning. Här ser vi med andra ord en sekulär rättsordning som i syfte att säkra kvinnors rättigheter integrerar religiös rätt i den egna rättsordningen. Den norska lagen kan även ses som ett försvagande av mahr-institutet i Norge med avseende på dess skilsmässofunktioner.

⁴⁷ Se Rabbinical Courts Law Enforcement of Divorce Judgements 5755-199. För forskning om det israeliska läget se bland annat Fournier, Pascale, m.fl., A ‘Deviant’ Solution: The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law, *Managing Family Justice in Diverse Societies* (red. Maclean och Eekelaar), Hart Publishing, Oxford 2013 s. 89–106 och Kaplan, Yehiel S., *Enforcement of Divorce Judgements in Jewish Courts in Israel: The Interaction Between Religious and Constitutional Law*, *Middle East Law and Governance* 4, 2012 s. 1–68.

⁴⁸ Se Divorce [Religious Marriages] Act 2002.

⁴⁹ Se Divorce Act, R.S.C. 1985 c.3, artikel 21.1 [1–6].

⁵⁰ Se Arbitration and Mediation Services [Equality] Bill [HL Bill 18 of 2016–17].

⁵¹ Se sektion 7.1 lov 4 Juli 1991 nr 47 om ekteskap. För en kommentar se Wærstad, Linn, *The Application of the Non-discriminatory Guarantee in Muslim Women’s Process of Divorce in Norway*, *The International Survey of Family Law*, 2016 Edition (red. Atkin), Jordan Publishing, Bristol 2016 s. 357–372.

⁵² Wærstad, Tone Linn, *The Application of the Non-Discrimination Guarantee in Muslim Women’s Process of Divorce in Norway* s. 363.

6 ”Slutkläm”

Handlingarna i det nu aktuella målet, och HD:s avgörande, visar en bekymmersam realitet för många människor (kvinnor) i Sverige. Att bortse från den sammansatta situation som kvinnan i fallet befann sig i kan tyckas orättvist och inte svara mot en objektiv förväntan om att inte bli diskriminerad i en mångkulturell kontext. På ett sätt skulle man också kunna anse att HD:s avgörande lämnar kvinnan i händerna på det religiösa systemet, samtidigt som tillämpningen av svensk rätt och ogillandet av anspråket om mahr berövade henne den enda förhandlingsmekanismen som fanns i detta system.

I avgörandet verkar HD ha skapat en ny ”hjälpregel” i tvister om mahr, när makarna inte har gemensamt hemvist vid äktenskapets ingående, genom att bara beakta det subjektiva momentet i den svenska hemvistbedömningen (= makarnas gemensamma avsikt att i framtiden bo i Sverige). HD tolkade lagvalsregeln i 4 § LIMF inskränkande, med följden att den egna svenska rättsordningen blev tillämplig. Därmed föll möjligheten att beakta de sociala mönster och värderingar som makarna delvis hade inordnat sina personliga förhållanden efter.

HD:s lösning i lagvalsfrågan är inte anpassad till ett mångkulturellt sammanhang och innebär att territorialitet och geografiska begränsningar fortsatt spelar en avgörande roll för det materiella resultatet i en mahr-tvist. På ett generellt plan behöver man konstatera att dessa territoriellt präglade avgränsningar kan vara svår användbara eftersom mångkulturella tvister är problematiska att avgränsa som antingen internationella eller nationella.⁵³ Om de tvistande parterna t.ex. är bosatta i Sverige kommer frågor om skilsmässa, bodelning och underhåll, osv., normalt att bedömas i enlighet med svensk rätt, utan någon ”inblandning” av svenska lagvalsregler. Och svensk rätt ger inte utrymme att beakta faktorer som religion, kultur eller etnisk tillhörighet, trots att det kan vara av relevans för att skapa jämvikt mellan parterna och skipa rättvisa i det enskilda fallet. Här finns en risk att rättstillämpningen ”missar” mångfaldens dimensioner och förväntningar, vilket indirekt kan missgynna kvinnor från ursprungsländer med patriarkala och religiösa strukturer.

Det finns inga enkla och givna svar på de problem som det mångkulturella samhället medför för den internationella privat- och processrätten.

⁵³ Sayed, Mosa, The Accommodation of Minority Customs in Sweden. The Islamic Law of Inheritance as an Example, *European Journal of Law Reform*, 2010 (12), 3–4 s. 328.

Detta bidrag kan ses som ett sätt att i någon mån medvetandegöra lagvalsreglers roll i likabehandlingen av män och kvinnor som lever i mångfaldens Sverige. Vi vill utmana traditionella principer och målsättningar om lagvalsreglers funktion.⁵⁴ I litteraturen och i nationell lagstiftning finns numera flera exempel på fall där lösningen i en sekulär rättsordning beaktar en religiös, kulturell eller etnisk dimension.⁵⁵ I vissa sekulära västerländska rättssystem beaktas t.ex. ett informellt trosbaserat normsystem om tillämpningen undviker diskriminerande effekter för kvinnan. Det handlar med andra ord om att beakta de specifika förutsättningarna i det enskilda fallet och ta hänsyn till det ”egna” religionsbaserade normsystemet till vilket det kan finnas sociala, känslomässiga, etniska, religiösa eller andra liknande anknytningar. Hur ska lagvalsregler förhålla sig till, och eventuellt kombineras med, informella normsystem för att kunna beakta skyddsvärda intressen och undvika diskriminering i tvister med mångkulturella inslag? En acceptans och flexibilitet för internationell mångfald skulle kunna vara ett sätt för kvinnor att uppnå en form av likställdhet med män när det gäller den skilsmässotyp som nu är aktuell. Denna fråga finns det anledning att återkomma till.

⁵⁴ Av intresse i detta avseende Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. Cambridge University Press 2009.

⁵⁵ Se t.ex. den grekiska lagen 4511/2018 som antogs den 15 januari 2018 (tillgänglig på conflict.laws.net den 24 januari 2018).

Rebecca Söderström

Bankmän, förtroende och stabilitet. Om könsfördelning i bankstyrelser

1 Introduktion

Bankstyrelsans ansvar har blivit en central fråga efter finanskrisen 2008. Frågor om bonusar till bankdirektörer och dessas ansvar för den verksamhet de leder har debatterats en hel del, både i media och i lagstiftningssammanhang. Nya krav har ställts på styrelsans sammansättning och styrelseledamöters personliga kvalifikationer, när det gäller banker. Både bonusar och ansvarsfrågor har reglerats på nya sätt i lag. Även frågan om könsfördelning i bankers styrelser finns med i regleringen, men den är inte kopplad till något skarpt krav i dagsläget. I många länder har bankers styrelser en mindre jämn könsfördelning jämfört med andra bolag.¹ Bankmännen dominerar i styrelserummen. Samtidigt är banksektorn, i de flesta länder, en av de allra mest reglerade industrierna.² *I denna uppsats ska jag utveckla några tankar om Bankmän, förtroende och stabilitet.*

2 EU:s reglering av banker

Finanskrisen 2008 har gett upphov till ny och förändrad reglering, inte minst för banker. En central fråga har varit hur bankstyrelser ska regleras. Bankers verksamhet är riskfylld, och ibland påverkas inte bara enskilda bankers öde, utan hela samhällsekonomin, av hur dessa risker hanteras. En banks styrelse är, såsom i alla företag, ytterst ansvarig för ledningen

¹ R. B. Adams, T. Kirchmaier, *Women in Finance*, s. 3.

² Se t. ex.: A. N. Berger, et al., *The Oxford Handbook of Banking*, s. 95; J. A. C. Santos, *Bank capital regulation in contemporary banking theory: A review of the literature*, s. 3; H. Zhu, *Capital regulation and banks' financial decisions*, s. 166.

av verksamheten i banken. Valfungerande bankstyrelser är av avgörande vikt för välskötta banker, vilket har starka kopplingar till förtroendet och stabiliteten på finansmarknaderna. Personerna som ingår i bankstyrelser, styrelseledamöterna, såväl som styrelsen som helhet, måste därför uppnå vissa krav på kompetens, erfarenhet och lämplighet. För att få ingå i en banks styrelse krävs tillstånd av Finansinspektionen enligt lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse ("LBF"). I LBF 3 kap. 2 § p. 2 föreskrivs att den som ska ingå i styrelsen för företaget eller vara verkställande direktör i det, eller vara ersättare för någon av dem, ska ha tillräcklig insikt och erfarenhet för att delta i ledningen av ett kreditinstitut och även i övrigt vara lämplig för en sådan uppgift. Sedan 2014 gäller även att styrelsen i sin helhet ska ha tillräckliga kunskaper och erfarenheter för att leda företaget. Detta kallas i svensk rätt för ledningsprövning, och sker både initialt när en bank ansöker om tillstånd att bedriva bankrörelse och löpande när nya styrelseledamöter ska väljas in i bankens styrelse.

I januari 2014 trädde nya regler för banker och andra kreditinstitut i kraft genom ett nytt direktiv och en ny förordning från EU.³ Dessa kallas ofta för CRD IV, CRD står för capital requirements directive, men regleringen består alltså numera både av ett direktiv (i det fortsatta: kapitaltäckningsdirektivet) och en förordning och rättsakterna innehåller inte bara regler för kreditinstituts kapitaltäckning utan även en lång rad andra saker.⁴ CRD IV reglerar tillståndsprövning av banker, förvärv av kvalificerade innehav, kapital, riskhantering, tillsynen över banker och ett stort antal andra aspekter av bankrörelse. I direktivet finns krav på bankers styrelser och de personer som ingår i en sådan styrelse. Det krävs att bankers styrelser, vilka benämns ledningsorgan i CRD IV, definierar, övervakar och är ansvariga för genomförandet av den styrning som ska säkerställa en effektiv och ansvarsfull ledning av ett institut. Ett ledningsorgan måste ha det övergripande ansvaret för institutet och godkänna och övervaka genomförandet av institutets strategiska mål, riskstrategi och interna styrning. När det gäller könsfördelningen i bankers styrelser anges följande i kapitaltäckningsdirektivets ingress:

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag (kapitaltäckningsdirektivet) och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag (förordning 575/2013).

⁴ I denna artikel behandlas banker, även om det mesta som sägs även är applicerbart på andra typer av kreditinstitut.

Ledningsorgans bristande övervakning av ledningsbeslut beror delvis på fenomenet grupptänkande. Detta uppstår bland annat på grund av bristande mångfald i ledningsorganens sammansättning. För att främja oberoende åsikter och ett kritiskt ifrågasättande bör institutens ledningsorgan därför präglas av en tillräcklig mångfald vad gäller ålder, kön, geografiskt ursprung samt utbildnings- och yrkesbakgrund för att det ska gå att få fram olika slags synpunkter och erfarenheter. Balansen mellan könen är särskilt viktigt för att säkra en representation som motsvarar befolkningen. Särskilt institut som ligger under tröskeln för representation av det underrepresenterade könet bör prioritera att vidta lämpliga åtgärder. /.../ Ledningsorgan som präglas av större mångfald bör kunna övervaka ledningen mer effektivt och därmed bidra till förbättrad risktillsyn och motståndskraftigare institut. Därför bör mångfald vara ett av kriterierna för ledningsorganens sammansättning.⁵

Övervägandet om könsfördelning är kopplat till krav i artikel 88 kapitaltäckningsdirektivet, som gäller en styrelses nomineringskommitté och dess arbete med att rekommendera kandidater till styrelsen. Det stadgas att nomineringskommittén ska besluta ett mål för representation av det underrepresenterade könet i ledningsorganet och utarbeta en policy för hur antalet personer med det underrepresenterade könet i ledningsorganet kan ökas så att målet uppnås. Policyn ska offentliggöras (se kapitaltäckningsdirektivet artikel 91.10 samt förordning 575/2013 artikel 435.2 c). Det finns alltså ett krav på att banker och andra kreditinstitut har ett mål och en policy om könsfördelningen i styrelsen och att nomineringskommittén som föreslår nya styrelseledamöter arbetar utifrån detta. I Sverige har det inte blivit aktuellt att tillämpa kravet i artikel 88.2, eftersom en svensk bolagsstyrelse inte har något inflytande över urvals- och utnämningsprocessen avseende styrelseledamöter.⁶

Det finns alltså ett allmänt målstadgande om jämn könsfördelning i bankers styrelser, men inget kvantitativt krav enligt CRD IV och ingen skarp bestämmelse som är implementerad i svensk rätt med anledning av övervägandet i ingressen. EU-kommissionen lade 2012 ett förslag till direktiv om en jämnare könsfördelning bland styrelseledamöter i börs-

⁵ Skäl 60 i ingressen till kapitaltäckningsdirektivet.

⁶ Kapitaltäckningsdirektivet, artikel 88.2 *in fine* samt SOU 2013:65, Förstärkta kapitaltäckningsregler, s. 272–273.

noterade bolag, vilket hade omfattat många banker och kreditinstitut.⁷ Direktivet innehöll lagstiftning om att tills dess minst 40 procent av alla poster som icke verkställande styrelseledamöter innehas av vardera könet i börsnoterade institut, med undantag för små och medelstora institut, ska positiv särbehandling ske vid tillsättning av styrelseledamöter av det underrepresenterade könet. Kommissionens rättstjänst underkände den rättsliga grunden för förslaget och inte mycket har hörts relaterat till saken sedan dess.

3 Bankstyrelser sammansättning

Det är visat att finansiella företag, och särskilt banker, har en mindre jämn könsfördelning i styrelserna jämfört med andra företag.⁸ En förklaring har visat sig vara att kvinnor i lägre utsträckning än män presterar väl i matematik under skoltiden, och därför i lägre utsträckning gör karriär inom finansindustrin, som är en matematikintensiv industri. I länder där flickor fått höga värden i mätningen av matematikkunskaper, finns det jämförelsevis fler kvinnor i bankstyrelserna.⁹ Det finns också visst underlag för uppfattningen att kvinnor möter fördomar relaterade till deras matematiska förmåga, vilket påverkar deras inträde i naturvetenskapliga sektorer.¹⁰ Undersökningar visar dock att könsfördelningen i bolagsstyrelser, såväl inom finansbranschen som inom andra branscher, blir allt jämnare.¹¹

Empirisk forskning visar olika effekter av hur könsfördelningen i bolagsstyrelser ser ut. Mångfald i bolagsstyrelser framhålls ofta som berikande för beslutsprocesserna i bolaget, vilket leder till bättre resultat i verksamheten. Mångfald i styrelser kan bidra till att skapa självständighet i förhållande till verkställande funktioner i bolaget. Å andra sidan kan mångfald leda till kostnader och problem relaterade till integration och

⁷ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures. Brussels, 14.11.2012 COM (2012) 614 final.

⁸ R. B. Adams, T. Kirchmaier, Women in Finance, s. 3, 6.

⁹ A.a. s. 4. Undersökningarna vilar på resultat från PISA-programmen.

¹⁰ E. Reuben, P. Sapienza, L. Zingales, How Stereotypes Impair Women's Careers in Science, Proceedings of the National Academy of Sciences 2014, 111 (12), s. 4403–8.

¹¹ R. B. Adams, T. Kirchmaier, Women in Finance, s. 14.

koordinering av olika åsikter, vilket har negativa effekter på resultatet.¹² Det går inte att fastställa ett samband mellan könsfördelning och vinst i ett bolag, men studier visar på ett flertal positiva effekter på styrelsearbetet som ett resultat av en jämn könsfördelning.¹³

I en undersökning av ett antal amerikanska bolag befanns kvinnliga styrelseledamöter ha högre närvaro i styrelserna än sina manliga kollegor. Särskilt visade det sig att kvinnor hade mindre "attendance problems" än män. Dessutom, ju fler kvinnor i styrelsen, ju högre närvaro hade även männen i samma styrelse. Kvinnliga styrelseledamöter engagerade sig oftare än män i övervakningsrelaterade kommittéer. Kvinnor var mer troliga att bli förordnade till uppdrag i revisionskommittéer och bolagsstyrningsfrågor och till valberedningar. Samtidigt fann man att kvinnor inte lika ofta som män satt i kommittéer för att besluta om ersättningar inom bolagen.¹⁴

Dessa undersökningsresultat, som alltså inte är sektorsspecifika, är intressanta att relatera till banker och den reglering som tillkommit efter finanskrisen. Regleringen av banker har skärpts de senaste åren genom att befintliga krav på kapital och riskhantering har ökat och höjts på olika sätt. Men det har också tillkommit nya grepp i regleringen. Några sådana nyheter är restriktioner av rörlig ersättning till befattningshavare i banker, restriktioner av antalet tillåtna uppdrag för styrelseledamöter och verkställande direktörer i finansiella företag, samt införandet av personligt ansvar i form av sanktionsavgifter mot bankstyrelseledamöter och verkställande direktörer. Reglerna finns i kapitaltäckningsdirektivet och är implementerade i Sverige genom bland annat lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse. I nästa stycke ska jag relatera de nya reglerna för banker till de effekter som framkommit i studier om könsfördelning i styrelser.

¹² B. Setiyono, A. Tarazi, Does diversity of bank board members affect performance and risk? Evidence from an emerging market, s. 23; R. Mateos de Cabo, R. Gimeno, M. J. Nieto, Gender Diversity on European Banks' Boards of Directors, s. 158.

¹³ D. A. Carter, B. J. Simkins, W. G. Simpson, Corporate governance, board diversity, and firm value; R. B. Adams, D. Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance; M. Schwartz-Ziv, Gender and Board Activeness: The Role of a Critical Mass.

¹⁴ R. B. Adams, D. Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance, s. 2 ff.

4 Bankreglering i ett genusperspektiv

Att bankdirektörer och andra styrelseledamöter i finansiella företag kan avsätta tillräckligt med tid på sitt styrelseuppdrag har utpekats som en viktig del i styrelsens tillsynsroll.¹⁵ Det finns nu restriktioner genom CRD IV för antalet uppdrag en och samma person får ha som styrelseledamot eller verkställande direktör i en bank. Reglerna återfinns i LBF 10 kap. 8 a §, där det stadgas att den som är ledamot i styrelsen för ett bankaktiebolag eller är dess verkställande direktör får utöver detta uppdrag ha det antal uppdrag som styrelseledamot eller verkställande direktör i andra företag som bedöms lämpligt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet samt till arten, omfattningen och komplexiteten hos bolagets verksamhet. I bestämmelsens andra stycke finns en kvantitativ restriktion för bankaktiebolag som är betydande i fråga om storlek, intern organisation samt verksamhetens art, omfattning och komplexitet. I en sådan bank får en styrelseledamot eller verkställande direktör endast kombinera ett uppdrag som verkställande direktör med två uppdrag som styrelseledamot, eller inneha fyra uppdrag som styrelseledamot.

Vidare har rörlig ersättning, ofta benämnt bonus, reglerats genom CRD IV. Den rörliga ersättningen får inte överstiga den fasta ersättningen, och detta gäller en anställd vars funktion eller totala ersättningsnivå innebär att han eller hon kan ha en väsentlig inverkan på ett kreditinstituts riskprofil (LBF 6 kap. 4 c §).

Den kanske mest omdebatterade nyheten med CRD IV är införandet av personliga sanktionsavgifter mot bankers styrelseledamöter, verkställande direktörer och ersättare för dessa.¹⁶ Finansinspektionen kan, sedan januari 2015, besluta om sanktionsavgift på upp till fem miljoner euro, till en styrelseledamot eller verkställande direktör, som uppsåtligt eller av grov oaktsamhet har åsidosatt viss central lagstiftning för verksamheten och om överträdelsen är allvarlig. Reglerna finns i LBF 15 kap. 1 a §. Finansinspektionen kan alltså numera ingripa inte bara mot en bank vid regelöverträdelser utan också, i vissa allvarligare fall, mot styrelseledamöter och verkställande direktörer. De personliga sanktionerna innebär en kraftfull skärpning av regelverket kring banker och de andra finansiella företag som ingår i regleringen.

¹⁵ Kapitäläckningsdirektivet, preambel 58.

¹⁶ Se t.ex.: Tor Dunér, Personliga sanktionsavgifter i finanssektorn – finns det någon som tycker de nya reglerna är bra?, Dagens Juridik, 2015-02-27.

I den reglering som antagits efter finanskrisen 2008 finns tydliga inslag av förhöjda krav på styrelsans ansvarstagande, inte minst i banker. Att lägga tillräckligt med tid på styrelseuppdrag, att ersättningspolicys fostrar sunt risktagande och att kunna ställa enskilda styrelseledamöter till ansvar vid allvarliga regelbrott, är några av de saker som pekats ut som nödvändiga för att återställa förtroendet för bankerna och stärka finansiell stabilitet. Dessa aspekter tycks kvinnor bidra med att stärka, sett till de undersökningar som gjorts om kvinnors styrelsearbete. Kvinnor är bättre än män, statistiskt sett, i fråga om närvaro i styrelsearbetet och engagemang i övervakningsfunktioner. Det finns också studier som visar att kvinnor i bankstyrelser minskar risktagandet i banker.¹⁷ Kvinnor ingår i högre utsträckning i banker med längre riskprofiler och i lägre utsträckning i små bankstyrelser, där homogenitet kan vara en starkare preferens jämfört med en större bankstyrelse.¹⁸

Den nya regleringen som gäller bankstyrelser och styrelseledamöters kvalifikationer har kritiserats ur olika perspektiv, men kanske framförallt för att kopplingen mellan regleringen och dess syften om förtroende och stabilitet är för svag.¹⁹ När det gäller målstađgandet om könsfördelning och de artiklar i CRD IV som kopplar till detta, har det framhållits att fler aspekter måste beaktas i banksektorn än jämn könsfördelning isolerat. Banker med starka mekanismer för företagsstyrning påverkas negativt om styrelsen har hög mångfald, medan banker som har svaga styrningsmekanismer gagnas av mångfald i styrelsen.²⁰ Vidare kan en heterogen styrelse vara något negativt om en banks affärsmässiga omgivning ställer krav på snabb anpassning till förändrade förhållanden. Mångfald har även utpekats som mer negativt ju yngre ett företag är, eller ju tidigare i affärsutvecklingen företaget befinner sig. Utbildningsgrad och kvalifikationer hos kvinnliga styrelseledamöter måste också beaktas. Affärsresultat och risktagande hos styrelser som uppvisar mångfald är beroende av specifika omständigheter i varje bank och på varje bankmarknad.²¹ Att koppla

¹⁷ B. Setiyono, A. Tarazi, Does diversity of bank board members affect performance and risk? Evidence from an emerging market, s. 23. Studien omfattade banker i Indonesien, som är en emerging market.

¹⁸ R. Mateos de Cabo, R. Gimeno, M. J. Nieto, Gender Diversity on European Banks' Boards of Directors, s. 157–158.

¹⁹ L. Enriques, D. Zetzche, Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive.

²⁰ A.a. s. 9–10.

²¹ A.a.

ihop en jämn könsfördelning med vissa resultat eller risknivåer i en bank är inte helt enkelt. Här kan noteras något som saknas i de undersökningar jag tagit del av; nämligen vilket perspektiv som intas när effekter och resultat jämförs. Kvinnliga styrelseledamöter sägs minska risktagandet i banker, men detta behöver inte nödvändigtvis vara något positivt för banken i fråga. Även om riskhanteringen i många banker visade sig vara oroväckande bristfällig under finanskrisen, är detta långt ifrån en generell utgångspunkt när det gäller bankers verksamhet. Bankrörelse handlar om att hantera många olika typer av risker; naturligtvis ska det ske på ett sunt sätt och med kontroll. En bank som bedriver sin verksamhet med en sund riskkontroll har inte automatiskt något att vinna på att dra ner riskerna, då minskar kanske vinster eller konkurrenskraft istället. Återigen går det inte att hitta entydiga kopplingar mellan könsfördelningen i bankers styrelser och effekterna på bankers verksamhet. Som nämndes tidigare kan dock en rad positiva effekter mätas när styrelser uppvisar en jämnare könsfördelning, såsom att mer tid läggs på styrelsearbetet. Det är otvivelaktigt en positiv sak i alla styrelser.

5 Avslutningsvis om bankmän, förtroende och stabilitet

Jag har i ett par korta stycken beskrivit och diskuterat några av de nya regler som gäller för banker i ljuset av empiriska resultat om könsfördelning i bolagsstyrelser generellt och bankstyrelser specifikt. De övergripande målen med regleringen av banker handlar om förtroende och stabilitet: att upprätthålla förtroendet för enskilda banker och i stort på banksektorn, och att därmed säkra finansiell stabilitet. Man kan skilja på förtroendet i enskilda banker, där kundskydd och konsumentfrågor är centrala, och på förtroendet i ett större marknadsperspektiv samt mellan finansiella aktörer, där kedjeeffekter på grund av minskat förtroende är en mer direkt riskfaktor.²² Liksom bristfällig miljöpolicy kan ojämn könsfördelning i en styrelse verka i en missgynnsam riktning för förtroendet för ett enskilt företag, till exempel en bank. I ett större förtroende- och stabilitetsperspektiv finns också effekter. De undersökningar jag refererat till tidigare i artikeln visar att könsfördelningen i styrelser har betydelse för företagets verksamhet och resultat, men att det är oklart om det verk-

²² Se R. Söderström, *Sound Banking* (akad. avh. 2017), s. 135–137.

ligen går att fastställa ett positivt samband mellan kvinnors deltagande i styrelser och positiva värden för verksamheten. Kvinnliga styrelseledamöter har visat sig ha högre närvaro, mindre problem med att lägga tid på styrelsearbetet och påverkar hela styrelsen till ökat engagemang. Och kvinnor åtar sig övervakningsuppdrag i högre utsträckning än män. Alla dessa aspekter – närvaro, tid, engagemang när det gäller övervakning och kontroll – är centrala för hur väl en styrelse övervakar riskerna i en bank och styr den löpande verksamheten. Detta visar sig inte minst genom att det numera, i lag, finns regleringar kring antalet uppdrag som styrelseledamot eller verkställande direktör en person får åta sig, vilket ska verka för att befattningshavare i banker och vissa andra finansiella företag lägger tillräckligt med tid på styrelsearbetet. Även de sanktioner som numera kan träffa fysiska personer som leder en bank är kopplade till syftet att styrelseledamöter ska ta ett större ansvar för företagsstyrningen. De nya regleringarnas syften handlar om förtroende och stabilitet i ett större perspektiv. Styrningen av enskilda banker kan få återverkningar i hela det finansiella systemet. Forskning visar positiva värden kopplade till kvinnligt deltagande i styrelser just på dessa, för banker, centrala områden.

Det är möjligt att fler kvinnor i bankstyrelser per se skulle leda till ökad sundhet i ledningen av bankers verksamhet. Förutom att det är önskvärt i sig att kvinnor har samma karriärmöjligheter som män inom finanssektorn, visar forskning på området att kvinnor statistiskt har en god inverkan just på engagemanget i styrelsearbetet. I sammanhanget är det också intressant att notera att kvinnor hittills deltagit i mindre utsträckning än män i styrelsekommittéer som beslutar i ersättningsfrågor. På bankområdet har höga ersättningar till bankdirektörer – ibland utdelade mitt i en banks krisläge – diskuterats mycket, och verkligen blivit en förtroendefråga. Numera är även den frågan reglerad i lag för bankernas del; den rörliga ersättningen får inte vara hur höga som helst. Studierna kring könsfördelning i styrelser visar dock inte entydiga resultat. Det finns ett flertal parametrar som inverkar på bankers risktagande och verksamhet. Sundhet i bankrörelse är en mångfacetterad fråga, där många av aspekterna hänger ihop.

Det är en annan diskussion om könsfördelningen i banker ska lagregleras i form av en tvingande kvoteringslagstiftning. Här kan jag inte låta bli att reflektera över den enorma mängd med ny reglering som sköljt över banker och andra finansiella företag sedan finanskrisen, framförallt från EU. Det tycks aldrig ta slut. Varje aspekt av bankers verksamhet ska regleras, och helst i lag och med minimalt utrymme till anpassning

till olikheter i de nationella marknaderna eller företagen. Att könsfördelningen i styrelser kommit med i CRD IV, som en av aspekterna i den enorma floran av regler för banker, tycks naturligt, med tanke på hur mycket annat som ingår i de krav som banker har att leva upp till. Det vore nog svårt att implementera en tvingande reglering i dagsläget, men arbetet för att fler kvinnor ska kunna väljas till uppdrag i bankstyrelser behöver ändå pågå och fortsätta. Det har både bankerna och samhället att vinna på. Personligen reflekterar jag över de undersökningar som kopplar könsfördelningen i styrelser i finansiella företag, och särskilt banker, till skolresultaten i matematik. Det finns tydliga kopplingar till flickors prestationer i matte och den kvinnliga representationen i styrelserna i banker. Jämställdhetsfrågor kopplar ofta ihop ett flertal olika problem på detta sätt och kan sällan lösas med isolerade medel. Fler kvinnor i ledande positioner i finansbranschen kräver, liksom fler kvinnor i ledande positioner överlag i samhället, ett brett arbete utifrån både kunskap och värderingar.

Källor

- R. B. Adams, T. Kirchmaier, Women in Finance, ECGI Working Paper Series in Finance Nr. 479/2016, september 2016
- R. B. Adams, D. Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance, Journal of Financial Economics, Nr. 94, 2009
- A. N. Berger, et al., The Oxford Handbook of Banking, 2 uppl., Oxford University Press, 2015
- D. A. Carter, B. J. Simkins, W. G. Simpson, Corporate governance, board diversity, and firm value
- T. Dunér, Personliga sanktionsavgifter i finanssektorn – finns det någon som tycker de nya reglerna är bra?, Dagens Juridik, 2015-02-27
- L. Enriques, D. Zetzche, Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive, ECGI Working Paper Series in Law, Nr. 249/2014, oktober 2014
- R. Mateos de Cabo, R. Gimeno, M. J. Nieto, Gender Diversity on European Banks' Boards of Directors, Journal of Business Ethics, Nr. 109/2012

- J. A. C. Santos, Bank capital regulation in contemporary banking theory: A review of the literature, BIS Working Paper no 90, September 2000
- E. Reuben, P. Sapienza, L. Zingales, How Stereotypes Impair Women's Careers in Science, Proceedings of the National Academy of Sciences 2014, 111 (12)
- M. Schwartz-Ziv, Gender and Board Activeness: The Role of a Critical Mass, kommande i Journal of Financial and Quantitative Analysis 52.2, 2017. Tillgänglig via: <https://wapp.hks.harvard.edu/publications/gender-and-board-activeness-role-critical-mass>
- B. Setiyono, A. Tarazi, Does diversity of bank board members affect performance and risk? Evidence from an emerging market, HAL Working Paper, oktober 2014
- SOU 2013:65, Förstärkta kapitaltäckningsregler
- R. Söderström, Sound Banking, aka. avh. 2017
- H. Zhu, Capital regulation and banks' financial decisions, International Journal of Central Banking, vol. 4(1), 2008

Daniel Stattin

Bolagsstyrelser, kön och kvotering*

1 Inledning

Högsta domstolen i Amerikas förenta stater hade i *Grutter v. Bollinger*¹ att ta ställning till kvoteringsregler som införts av juridiska institutionen vid Michigans universitet. Kvoteringsreglerna syftade till att öka den sociala diversifieringen på juristutbildningen. Den känt konservativa domaren Sandra Day O'Connor² som författade domstolens majoritetsvotum menade att universitetet hade godtagbara skäl för kvoteringsreglerna. Det i detta sammanhang mest intressanta med rättegången är emellertid att 65 av de främsta amerikanska företagen tillsammans ingav ett *amicus curiae-responsum* där de stödde kvoteringsregeln eftersom

”the skills and training needed to succeed in business today demand exposure to widely diverse people, cultures, ideas and viewpoints.”

Under ungefär 15 år har sammansättningen av bolagsstyrelser i, i första hand, aktiebolag vars aktier tagits upp till handel på en reglerad marknad (”noterade bolag”) eller listats på en MTF-plattform (”listade bolag”) varit föremål för en åtminstone tidvis intensiv och animerad diskussion i Sverige, EU och världen. Sett i ett längre perspektiv kan diskussionen om

* Tack till advokat Karin Eklund och amanuens Isabel Starkebo.

¹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

² Sandra Day O'Connor tjänstgjorde i amerikanska Högsta domstolen 1981–2006 efter att ha blivit nominerad av president Ronald Reagan. Hon var för övrigt den första kvinnliga domaren.

sammansättning i bolagsstyrelser sammanfattats med att de varit för homogena. Förtroendekommissionen anförde i sitt betänkande *Näringslivet och förtroendet* för drygt 10 år sedan:

”Vidare kan det på ett mer allmänt plan ifrågasättas om inte många styrelser varit alltför snävt sammansatta med avseende på såväl yrkesmässig kompetens som utbildningsbakgrund, kön, ålder, personliga egenskaper m.m. Risken med alltför ensidigt sammansatta styrelser, dvs. att alla i styrelsen har liknande kunskapsbas, erfarenhet, tänkesätt, socialt perspektiv m.m., är att det kan leda till ”tunnelseende” i affärsstrategiska och andra frågor.”³

Under det senaste decenniet är det den övervägande andelen män i bolagsstyrelser som varit föremål för kritik. Förtroendekommissionens arbete följdes upp i en departementsstencil *Könsfördelning i bolagsstyrelser* som sammanfattar:

”När frågan om hur man skall kunna åstadkomma en jämn könsfördelning i bolagsstyrelserna skall angripas måste hänsyn tas till att strävandena att åstadkomma jämställdhet är en beståndsdel i de grundläggande värderingarna beträffande politikens inriktning och innehåll. Detta ger stor tyngd åt frågan om styrelsesammansättningarna, som kan ses som ett led i delmålet att åstadkomma en jämn fördelning av makt och inflytande mellan kvinnor och män. Därutöver skall beaktas att det – även internationellt – betraktas som en allt viktigare faktor att ta till vara den rekryteringsbas för ledande befattningar som kvinnor faktiskt utgör, trots att de enligt statistik och forskning på området hittills varit underutnyttjade i många sammanhang.”⁴

Det blev inget av de förslag till kvoteringsregler som presenterades 2006. I stället lämnades frågan över till självreglering och frivilligt arbete i näringslivet. Det frivilliga arbetet i näringslivet har inte varit resultatlöst, men diskussionen om lagstiftning var inte död efter 2006 års promemoria. En ny promemoria, *Jämn könsfördelning i bolagsstyrelser* – föranledd av att näringslivet inte lyckats uppnå minst 40 procent representation av vardera könet i bolagsstyrelserna – presenterades den 9 september 2016. I promemorian motiveras de kvoteringsregler som föreslås med såväl jämställdhetsargument som ekonomiska argument.

³ SOU 2004:47 s. 188.

⁴ Ds 2006:11 s. 15.

I det följande har jag för avsikt att diskutera kvoteringsregler till bolagsstyrelser. Min avsikt är att lägga såväl genusvetenskapliga som rätts-ekonomiska perspektiv på frågan. Som en bakgrund till den följande diskussionen kommer jag att diskutera hur styrelsesammansättningen i noterade och listade bolag förändrats över tiden, vilken betydelse denna sammansättning kan antas ha och på vilket sett dessa förhållanden kan omsättas i rättslig reglering. Sedan redovisar jag den svenska lagstiftningshistorien. Därefter behandlar jag först makt- eller jämställdhetsperspektiv och sedan ekonomiska perspektiv på jämn styrelsesammansättning.

2 Utveckling och nuläge

Den första kvinna som valdes till styrelsen i ett börsnoterat aktiebolag skall ha varit amerikanskan Lettie Pate Whitehead som år 1934 blev styrelseledamot i Coca Cola, efter att bolaget förvärvat det flasktillverkningsföretag som hon ägde i utbyte mot Coca Cola-aktier. För de största amerikanska börsnoterade aktiebolagen var annars snittåret då den första kvinnan invaldes i styrelsen år 1985. År 2001 blev Viscountess Halisham den första kvinnliga styrelseordföranden i ett av de 100 största bolagen på Londonbörsen.

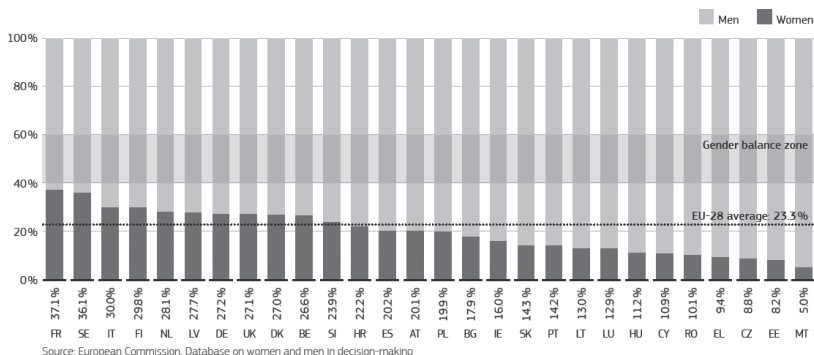
Vid utgången av bolagsstämmosäsongen 2016 uppgick andelen kvinnliga styrelseledamöter i noterade bolags styrelser till knappt 32 procent.⁵ 32 procent motsvarar inte regeringens målsättning för utgången av stämmosäsongen 2016, men placerar Sverige i en europeisk jämförelse som nummer två bland de åtta länder som vid utgången av 2015 hade mer än en fjärdedel kvinnliga styrelseledamöter:

⁵ Ds 2006:1 s. 13.

How many women and men are there in leadership positions across the Member States?

In April 2016, the average share of women on the boards of the largest publicly listed companies registered in the EU-28 Member States reached 23.3 %⁽²⁾. This represents a rise of 0.6 percentage points since the last data collection in October 2015. There are only ten countries – France, Sweden, Italy, Finland, the Netherlands, Latvia, Germany, the United Kingdom, Denmark and Belgium – in which women account for at least a quarter of board members.

■ Representation of women and men on the boards of large listed companies in the EU, April 2016



Källa: Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, juli 2016.⁶

Enligt EU-kommissionen⁷ som mätt representationen bland de drygt 600 största noterade bolagen i Europa var det europeiska genomsnittet för kvinnliga styrelseledamöter i juli 2016 – alltså under den tid bolagsstämmorna för 2016 genomförts eller genomfördes – 23,3 procent. I praktiken kan denna siffra emellertid mycket väl vara både korrekt och en felaktig bild av maktfördelningen i de stora bolagen. I flera av de europeiska jurisdiktionerna förekommer så kallade *two tier systems*, med en övervakningsstyrelse och en verkställande styrelse; EU-kommissionens undersökning tar i sådana fall sikte på övervakningsstyrelsen – inte den i realiteten företagsledande verkställande styrelsen.

Det ligger nära till hands att anta att andelen kvinnliga styrelseledamöter i mindre noterade aktiebolag (som jämförelse till att EU-statistiken gäller de drygt 600 största noterade bolagen finns det omkring 650 noterade bolag på Nasdaq Nordic, alltså de nordiska börserna utom Oslo-

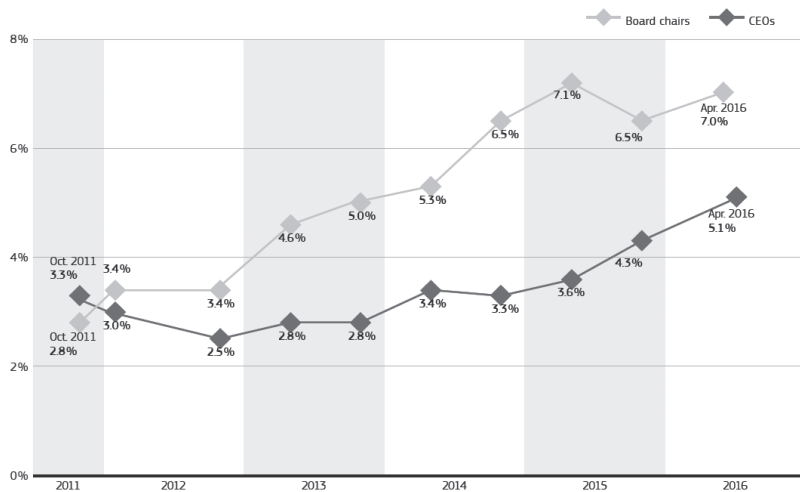
⁶ Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, juli 2016, ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/1607_factsheet_final_wob_data_en.pdf.

⁷ Metodologin i statistikinhämtningen redovisas på <http://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/browse/wmidm>.

börsen) är mindre än i de största bolagen, men såvitt jag vet finns ingen pålitlig statistik.

EU-kommissionen konstaterar att i fråga om såväl styrelseordföranden som verkställande ledningar (det vill säga den verkställande direktören och dennes närmaste medarbetare) är andelen kvinnor typiskt sett färre.

■ Change in the share of women CEOs and board chairs, EU-28, October 2011 – April 2016



Source: European Commission, Database on women and men in decision-making

Källa: Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, juli 2016.⁸

Andelen kvinnliga styrelseordföranden ligger enligt EU-kommissionens statistiska undersökningar drygt dubbelt så högt under 2016 som under 2011, men då skall man komma ihåg att i reella tal rör det sig om att omkring 25 individer fått nya uppdrag. Det är alltså svårt att dra några helt säkra slutsatser av kommissionens statistik. Hur som helst verkar det däremot vara en säker slutsats att andelen kvinnliga verkställande direktörer inte förändrats på något signifikant sätt i de största europeiska företagen sedan 2011.

Den europeiska utvecklingen verkar i stort sett speglas i Sverige. Regeringen konstaterade 1988 att andelen kvinnliga styrelseledamöter under

⁸ Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, juli 2016, ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/1607_factsheet_final_wob_data_en.pdf.

flera år legat på omkring fem procent. Andelen kvinnliga styrelseledamöter har sedan gradvis ökat till dagens drygt 30-procentiga andel. En bidragande orsak till detta har ansetts vara det tryck på näringslivet som åstadkommit genom hot om lagstiftning.⁹ Samma slutsats drar för övrigt EU-kommissionen på europeisk nivå.¹⁰

Beträffande andelen kvinnliga styrelseordföranden och verkställande direktörer tycks för övrigt andelen kvinnor i svenska noterade företag inte vara högre än i Europa i dess helhet. Enligt Statistiska centralbyrån¹¹ var förhållandena under 2015 de följande:

	<i>Kvinnor</i>	<i>Män</i>	<i>Andel kvinnor</i>	<i>Andel män</i>
Styrelseordförande	13	239	5 procent	95 procent
Verkst. direktör	16	236	6 procent	94 procent
Styrelseledamöter	482	1161	29 procent	71 procent

Andelen kvinnliga styrelseordföranden var alltså något lägre och andelen verkställande direktörer något högre än det europeiska genomsnittet.

För att göra bilden fullständig bör också noteras att i de statligt ägda bolagen – det vill säga i bolag vars aktier förvaltas av regeringskansliet – har andelen kvinnliga styrelseledamöter under lång tid legat omkring 40 procent. Beträffande kommun- och landstingsägda bolag är det svårt att få säker statistik, men olika indikatorer pekar på att ungefär en tredjedel av antalet styrelseledamöter är kvinnor. Samtidigt anses det finnas en icke helt obetydlig minoritet av kommunala bolag med enbart manliga styrelseledamöter.

3 Svenska lagförslag

I Sverige har två egentliga initiativ beträffande lagstiftning om kvoter till bolagsstyrelser tagits. År 2006 presenterade Catarina af Sandeberg

⁹ Boschini, Balans på toppen, 2004, s. 122 f.; Henrekson, Vägar till ökad jämställdhet i svenskt näringsliv, 2004, s. 32; Ds 2006:11 s. 55.

¹⁰ Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, juli 2016, s. 2.

¹¹ www.scb.se/sv_/Hitta-statistik/Temaomraden/Jamstallldhet/Indikatorer/Jamn-fordelning-av-makt-och-inflytande/Representation-i-naringslivet/Styrelser-och-ledning-i-borsforetag-2015/.

promemorian *Könsfördelning i bolagsstyrelser*¹² och tio år senare presenterades en uppföljning och aktualisering av 2006 års förslag i justitiedepartementets promemoria *Jämn könsfördelning i bolagsstyrelser*.¹³ Som redan antytts har frågan om kvotering till bolagsstyrelser också diskuterats i lagstiftningssammanhang vid andra tillfällen, bland annat av förtroendekommissionen, men i dessa fall utan att det lett till lagförslag.

Lagförslagen i 2006 års och 2016 års promemorior är väsentligen desamma. Förslagens kvoteringsregel innebär (i föreslagen ny lydelse till 8 kap. 46 c § ABL) att om ett aktiebolag vars aktier tagits upp till handel på en reglerad marknad eller vars aktier förvaltas av regeringskansliet har tre styrelseledamöter skall åtminstone en ledamot vara kvinna, om det har fyra eller fem ledamöter skall åtminstone två av dem vara kvinnor, om det har sex till åtta styrelseledamöter skall minst tre av dem vara kvinnor, om det har minst nio styrelseledamöter skall minst fyra av dem vara kvinnor och om det har mer än nio styrelseledamöter skall minst 40 procent av dem vara kvinnor. För det i och för sig osannolika fallet att en bolagsstyrelse har fler kvinnliga än manliga ledamöter, skall reglerna tillämpas på motsvarande sätt.

Kvoteringsregeln gäller inte aktiebolag vars aktier listats på en MTF-plattform, andra publika bolag eller privata bolag eller särreglerade rörelser som banker och försäkringsbolag om de inte faller in under de generella kriterierna. Inte heller gäller det kommun- och landstingsägda bolag.

Rättsföljden av bristande följsamhet mot kvoteringsreglerna är att en särskild sanktionsavgift skall tas ut. Avgiften enligt 2016 års förslag uppgår till mellan 250 000 kronor och fem miljoner kronor beroende på det felande bolagets börsvärde. Som jämförelse kan sägas att det är omkring 140 bolag på Nasdaq Stockholm ("Stockholmsbörsen") och inget bolag på NGM Equity vars börsvärde överskrider det högsta tröskelvärdet. Det kan emellertid också noteras att det finns 44 bolag vars aktier listats på First North Stockholm, tre på Nordic MTF och 13 på AktieTorget som skulle överskrida det lägsta tröskelvärdet på ett börsvärde om minst 500 miljoner kronor och därmed skulle få betala den näst lägsta sanktionsavgiften om reglerna i lagförslaget skulle ha omfattat MTF-plattformar.

I 2016 års förslag innefattas också en regel i 9 a § lagen om styrelserepresentation för de privatanställda som kräver att arbetstagarorganisa-

¹² Ds 2006:11.

¹³ Ds 2016:32.

tionerna eftersträvar en jämn könsfördelning och på lämpligt sätt och i skälig omfattning samråder kring detta. Arbetstagarledamöter omfattas i övrigt inte av kvoteringsreglerna. Såvitt jag kan se kunde förslaget om skäligt samråd på lämpligt sätt lika gärna ha undvarats, eftersom det är ett rent målsättningsstadgande utan någon form av sanktion.

Efter ganska omfattande debatt stod det klart att det under 2016 skapats en riksdagsmajoritet bestående av allianspartierna och Sverigedemokraterna mot kvoteringsregler, så förslaget kom aldrig att genomföras.

4 Kvoteringsregler i norsk aktiebolagsrätt

Norskt näringsliv torde i internationell affärspress vara mest omtalat för att Norge år 2006 införde regler om kvotering till bolagsstyrelser i *allmenaksjeselskap* (motsvarande publika aktiebolag) och statliga bolag som innebar att minst 40 procent av styrelseledamöterna skall tillhöra vardera könet vid utgången av år 2008 för att undvika tvångsupplösning. I § 6-11 a (1) allmenaksjeloven heter det:

”I styret i allmennaksjeselskap skal begge kjønn være representert på følgende måte:

1. Har styret to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.
2. Har styret fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.
3. Har styret seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.
4. Har styret ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og har styret flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.
5. Reglene i nr. 1 til 4 gjelder tilsvarende ved valg av varamedlemmer.”

I Europa finns motsvarande typer av kvoteringsregler i bland annat Island, Spanien, Nederländerna, Italien och Belgien. Dessutom i Kenya, Indien, Australien och den kanadensiska provinsen Quebec. Längst har Frankrike gått – där skall också privata aktiebolag ha 40 procent styrelseledamöter av vardera könet senast 2019. Sammantaget går den internationella rättsutvecklingen tydligt mot att fler och fler länder tillskapar kvoteringsregler.¹⁴

¹⁴ www.catalyst.org/legislative-board-diversity.

De norska reglerna – och kvoteringsregler i allmänhet – har blivit föremål för ganska omfattande internationell diskussion och forskning. Det är svårt att ge en fullständig bild av den ekonomiska forskningen, men så mycket tycks emellertid stå klart som att kvoteringsreglerna fungerat i så måtto att andelen kvinnliga styrelseledamöter i större norska aktiebolag placerat sig strax över 40 procent. Inget norskt aktiebolag har tvångsupplöst efter reglernas införande. Inte heller synes något norskt publikt aktiebolag ha konverterat till att bli privat på grund av kvoteringsreglerna,¹⁵ något som ofta har hävdats i debatten.

Det finns dock tecken på att kvoteringsreglerna inte i någon större utsträckning påverkat positionerna som styrelseordförande och i företagsledning. Under 2010 var fortfarande endast fem procent av styrelseordföranden kvinnor, två procent av de verkställande direktörerna och tio procent av företagsledare nedanför verkställande direktörnivån.¹⁶ År 2016 tycks emellertid en annan undersökning visa att positiva effekter av kvoteringsreglerna är mätbara. Till att börja med konstateras i undersökningen att de kvinnliga styrelseledamöter som utsågs efter att kvoteringsreglerna infördes på objektiva grunder – när sådant som utbildning och inkomster mäts – kunde betraktas som mer kompetenta än de kvinnor som utsågs före reglernas införande. En intressant iakttagelse är att före kvoteringsreglerna hade betydligt fler manliga styrelseledamöter, jämfört med kvinnliga styrelseledamöter, företagsekonomisk examen eller MBA-examen, medan denna skillnad i stort sett utraderats efter reformen.¹⁷ Detta indikerar att i debatten uttryckta farhågor om att det inte skulle gå att hitta tillräckligt kvalificerade kvinnor inte tyckts ha stämt. Studien pekar också på att andelen kvinnliga företagsledare (främst befattningarna omedelbart under verkställande direktör) ökat efter kvoteringsreglernas införande.¹⁸ Det synes däremot tveksamt om det inom den femårsperiod som undersökningen omfattat kan antas att några vidare effekter på norska kvinnors ställning på arbetsmarknaden kan iakttas.¹⁹ En ökning av formell kompetens – år 2010 hade 36 procent av de kvinnliga styrelseledamöterna och 22 procent av de manliga en universitetsutbildning

¹⁵ Eckbo, Nygaard, Thorburn, How costly is forced gender-balancing of corporate boards?, s. 24.

¹⁶ Storvik och Teigen, Women on Board. The Norwegian Experience, s. 8 och 10.

¹⁷ Bertrand, Black, Jensen, Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labor Market Outcomes in Norway, s. 11.

¹⁸ A.a. s. 20.

¹⁹ A.a. s. 27.

omfattande sex år eller mer – verkar ha skett efter reformen.²⁰ Däremot verkar det som om andelen styrelseledamöter med erfarenhet som verkställande direktör minskat något.²¹

Beträffande de ekonomiska effekterna av kvoteringsreglerna för norska aktiebolag har olika resultat rapporterats. Den första undersökningen av bolagsvärden efter reformen, som publicerades år 2010, indikerade relativt stora negativa förändringar i bolagens samlade aktievärde.²² Senare forskning tycks emellertid motsäga detta. År 2016 publicerade tre norska forskare en rapport som konstaterar dels att den tidigare forskningen kan ifrågasättas på metodologisk grund, dels att det inte finns några indikatorer på att reformen skulle medfört negativa ekonomiska konsekvenser.²³ Forskarna konstaterar bland annat att inga noterade bolag ökade styrelsens storlek (en stor styrelse är axiomatiskt negativ för god bolagsstyrning) till följd av regeländringen och att inga noterade bolag bytte bolagskategori för att undvika kvoteringsreglerna. Forskarna undersöker också marknadsvärdet av noterade bolag i jämförelse med en kontrollgrupp av stora icke-noterade bolag. Resultatet av denna undersökning är att de i vart fall inte har sämre resultatutveckling än kontrollgruppen.

5 Genusperspektiv

Man kan anlägga olika perspektiv på kvoteringsfrågan. Ekonomiska perspektiv har berörts, men kommer att behandlas mer utförligt i nästa avsnitt. Ett annat sätt att se på kvoteringsregler är att anlägga vad som skulle kunna kallas ett maktperspektiv. Ett sådant angreppssätt utgår från att kvinnors position i bolagsstyrelser för de största aktiebolagen innebär att de kan utöva makt i samhället och, därmed, att frånvaron av sådana positioner innebär att mindre makt kommer att utövas av kvinnor. Den följande diskussionen bygger på antagandet att det finns ett samband mellan den makt som kan utövas – eller snarare funktionen att inneha en topposition i näringslivet –, möjligheten att få en maktposition och kvinnors motivation att göra näringslivskarriär.

²⁰ Storvik och Teigen, *Women on Board. The Norwegian Experience*, s. 11.

²¹ A.st.

²² Ahern och Dittmar, *The changing of the boards: The impact on firm valuation of mandated female board representation*, s. 32.

²³ Eckbo, Nygaard, Thorburn, *How costly is forced gender-balancing of corporate boards?*, s. 23 f.

I en svensk forskningsöversikt²⁴ som presenterades för drygt fem år sedan listas möjliga förklaringar till obalansen mellan kvinnor och män i näringslivets toppositioner:

- *Genuskontrakt*, det vill säga en förförståelse om att män och kvinnor är olika lämpade för toppositioner i näringslivet.
- *Könsbaserade preferensskillnader* som påverkar synen på till exempel risktagande, konkurrens och karriärvilja.
- *Otillräckliga ekonomiska incitament*, eftersom forskningen indikerar att kvinnor i näringslivet ofta har lägre lön än män med motsvarande ansvar.
- *Välfärdssystemen* kan påverka så att kvinnor i högre utsträckning tar på sig ansvar för barn och hushåll och därmed förlorar möjligheten att göra karriär.
- *Eftersläpning*, det vill säga traditioner och trög utveckling kan ha betydelse.

Det synes vara svårt att vetenskapligt belägga att förekomsten av strukturella *bias* hos dem som utser bolagsstyrelser mot att utse kvinnliga styrelseledamöter, men statistiken före och efter införande av kvoteringsregler, eller hot om sådana, visar i vart fall att det varit svårt för näringslivet att på egen hand skapa någorlunda jämställda bolagsstyrelser. Utan yttre tryck har lite hänt. Det kan uppfattas som en indikation på att genusargumenten inte kan avfärdas utan vidare.

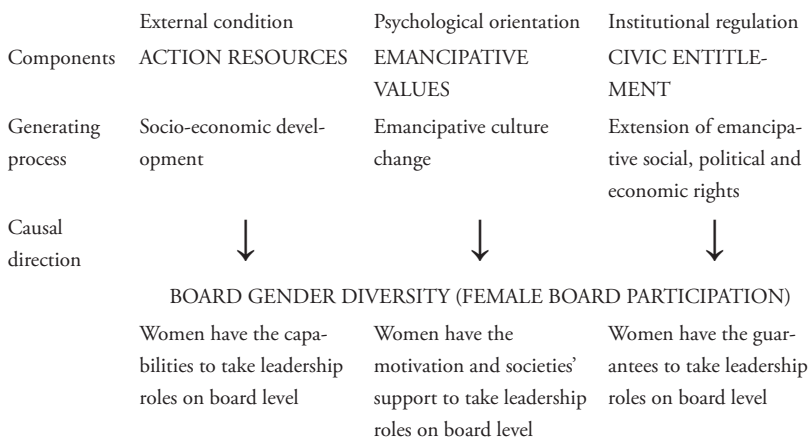
Närallgande är synsättet att förekomsten av kvinnor på ledande positioner i näringslivet är viktigt för att inte befintliga maktstrukturer skall bevaras och, därmed, kvinnor inte kunna ta sig fram till sådana positioner som deras kompetens motiverar. Det senare kan beskrivas som ett så kallat glastak. Även om andelen kvinnliga chefer i näringslivet på lägre och mellannivå ökat, råder obalans i toppskiktet.²⁵ Denna obalans kan inte förklaras med att kvinnor i näringslivet skulle ha generellt sämre meriter än män. Två principiella förklaringar skulle kunna tänkas, antingen att kvinnor inte vill göra näringslivskarriär eller att kvinnor diskrimineras i institutionell mening. Dessa förklaringar utesluter inte varandra – kvinnor kanske inte är motiverade att göra karriär för att de diskrimineras. Glastaksteorin har nyanserats i forskningen. En bättre förståelse för de

²⁴ Eklund, Varför så få kvinnor i svenska bolagsstyrelser?, s. 7 ff.

²⁵ Boschini, Balans på toppen. Incitament för en jämnare representation av kvinnor och män i näringslivets ledning, s. 84.

hinder som kan möta i en näringslivskarriär nås genom att den kombineras med en *glasväggsteori*. Det finns undersökningar som visar att kvinnor som når chefspositioner i näringslivet oftare gör det inom områden som *human resources*, information, och juridik än inom produktion, teknik och försäljning. Det är oftast från det senare området som chefer på topppositioner hämtas.²⁶ Med en traditionell syn på vilken kompetens som behövs i en bolagsstyrelse innebär den professionella bakgrunden hos män och kvinnor i mellancheftsnivå ytterligare ett hinder mot kvinnors avancemang och, sannolikt, deras motivation till att göra en näringslivskarriär.

I en relativt nyligen publicerad uppsats presenterar en internationell forskargrupp ett kontextuellt synsätt på hur olika samhällsfaktorer samverkar för att underlätta eller försvåra för kvinnor att nå ledande positioner i näringslivet i allmänhet och styrelsepositioner i synnerhet. Det schema som utvecklas har först skapats av den tyske forskaren Christian Welzel.²⁷ Det innehåller tre parametrar, nämligen *action resources*, *emancipative values* och *civic entitlement*. När forskargruppen anpassat det till ett *board gender diversity framework*²⁸ får Welzels schema följande utseende:



²⁶ Boschini, Balans på toppen. Incitament för en jämnare representation av kvinnor och män i näringslivets ledning, s. 78 ff.

²⁷ Welzel, Freedom rising: Human empowerment and the quest for emancipation, s. 44.

²⁸ Brieger, Francoeur, Welzel, Ben-Amar, Empowering Women: The Role of Emancipative Forces in Board Gender Diversity, s. 4 f.

Med *action resources* avses de samhällsresurser som kvinnor har tillgång till i form av till exempel hälso- och sjukvård, utbildning, barnpassning och ekonomisk ersättning. I de flesta samhällen som har infört kvoteringsregler är dessa resurser åtminstone i formell mening relativt jämt fördelade mellan män och kvinnor. Med *emancipative values* avses motivation att ta på sig ledande uppgifter i allmänhet och, i detta sammanhang, styrelseuppdrag eller företagsledande roller i synnerhet. *Emancipative values* brukar, menar forskarna, följas åt – men inte nödvändigtvis vara desamma – hos män och kvinnor. De kan alltså ses som kulturellt betingade – det vill säga förväntan är att i ett samhälle där en hög andel män har uppfattningen att styrelseuppdrag är en manlig domän, kan också en hög andel kvinnor förväntas ha samma uppfattning. *Civic entitlement*, slutligen, beskriver den rätt som tillkommer specifikt kvinnor i form av kvotering, förbud mot diskriminering och liknande.

Modellen har enligt min uppfattning förklaringsvärde när styrelse-representationsfrågan diskuteras ur ett genusvetenskapligt perspektiv. Om de grundläggande samhällsresurserna är någorlunda jämt fördelade, till exempel genom att utbildnings- och karriärmöjligheter är öppna på likartat sätt för kvinnor och män finns förutsättningarna för att kvinnor skall få ledarskapspositioner i näringslivet. Det öppnar också för att kvinnor skall vara motiverade att arbeta för att uppnå sådana positioner. Hur stor motivationen verkligen är kan bero olika faktorer, men tillgången till grundläggande resurser, föredöme i form av kvinnor med toppositioner och möjligheten att lyckas med en näringslivskarriär har säkert stor betydelse. Motivationen påverkas därmed av det rättsliga ramverket – om kvinnors karriär får stöd i form av till exempel kvoteringsregler gör det att det finns fler kvinnor som når toppositioner och därmed kan fungera som förebilder samtidigt som möjligheten att lyckas med en näringslivskarriär på en aggregerad nivå bör öka. På sikt bör dels den faktiska utvecklingen (med fler kvinnliga styrelseledamöter och företagsledare) och handlingsdirigerade regler om könssammansättning i bolagsstyrelser påverka såväl mäns som kvinnors syn på vad som är normalt, det vill säga *emancipative values* förändras.

Sammantaget tycks det som om det i den vetenskapliga litteraturen finns stöd för att kvoteringsregler, som i och för sig inte nödvändigtvis behöver återfinnas i lag, har betydelse för kvinnors möjligheter att nå toppositioner i näringslivet och därmed också för den makt de kan utöva i dessa positioner.

6 Ekonomiska perspektiv

En betydande del av forskningen om kvotering har fokuserat på ekonomiska effekter. I allmänhet kan den ekonomiskt inriktade forskningen delas upp i två delar, dels forskning som undersöker effekterna på avkastning och resultat av könssammansättning i bolagsstyrelser, dels forskning som undersöker bolagsstyrningseffekter av kvotering. Jag kommer i det följande i stort sett att följa denna uppdelning. Först finns det emellertid anledning att göra några generella iakttagelser om vad den ekonomiska forskningen egentligen tar sikte på och att väldigt kortfattat diskutera hur grundläggande bolagsstyrningsteori påverkar vilka slutsatser som kan dras av forskningsresultaten.

En första fråga är vad som egentligen mäts i den ekonomiska forskningen? Vid första påseende är det de ekonomiska effekterna av könsdiversifierade styrelser. Om resultaten studeras är det emellertid inte säkert att det som mäts är skillnaden mellan män och kvinnor som har styrelseuppdrag. Studier av manliga och kvinnliga styrelseledamöters kompetensprofil efter kvoteringsreformer indikerar som visats i det föregående att deras kompetensprofiler inte är desamma. Kvinnliga styrelseledamöter är typiskt sett yngre, har högre utbildning och erfarenhet från ett vidare fält än manliga styrelseledamöter; manliga styrelseledamöter har å andra sidan i allmänhet större erfarenhet av verkställande uppgifter i företagsledning. Det ligger därför nära tillhands att dra slutsatsen att de skillnader som kan visas i styrelsesammansättning före och efter kvoteringsreformer – eller för den delen om andelen kvinnliga styrelseledamöter ökar av andra skäl – lika väl kan vara hänförliga till att man får styrelseledamöter med mera varierad kompetensprofil än vad som är fallet med styrelser med nästan bara manliga ledamöter.

Det är också viktigt att sätta forskningen om effekter av kvotering och könsdifferentiering i sitt bolagsstyrningssammanhang. Bolagsstyrning kan betraktas som ett såväl juridiskt som ekonomiskt forskningsfält. Huvudfrågorna i bolagsstyrningsdiskussionen är hur olika intressekonflikter i och kring ett aktiebolag skall hanteras. Den kanske mest typiska intressekonflikten uppkommer mellan aktieägarna som tillskjutit egendom till bolaget och bolagsledningen som skall förvalta den tillskjutna egendomen. När egendomen tillskjuts uppkommer ett intresse för aktieägarna av att övervaka hur den sköts, så att de får så mycket avkastning som möjligt. För bolagsledningen kan det emellertid vara mer intressant att förvalta den tillskjutna egendomen så att den egna karriären främ-

jas (imperiebyggande) eller till egen vinning. Det uppkommer alltså ett övervakningsbehov för aktieägarnas del i förhållande till bolagsledningen. Denna övervakningsuppgift skall fullgöras av bolagsstyrelsen.

Även om bolagsstyrelsens övervakningsuppgift är viktig har den också andra funktioner. Detta kommer för svenskt vidkommande till uttryck i 8 kap. 4 § aktiebolagslagen:

”Styrelsen svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter.

Styrelsen skall fortlöpande bedöma bolagets och, om bolaget är moderbolag i en koncern, koncernens ekonomiska situation.

Styrelsen skall se till att bolagets organisation är utformad så att bokföringen, medelförvaltningen och bolagets ekonomiska förhållanden i övrigt kontrolleras på ett betryggande sätt.

Om vissa uppgifter delegeras till en eller flera av styrelsens ledamöter eller till andra, skall styrelsen handla med omsorg och fortlöpande kontrollera om delegationen kan upprätthållas.”

Med jämna mellanrum har det gjorts undersökningar bland aktivt verk-samma styrelseledamöter vilka uppgifter de anser vara de viktigaste i styrelsearbetet. I såväl svenska som internationella undersökningar brukar svaren bli ungefär de följande:

- Tillsätta, löpande utvärdera och vid behov avsätta verkställande direktör.
- Fatta beslut om bolagets finansiella och industriella strategier.
- Fungera som ”bollplank” till verkställande direktör.
- Arbeta med *compliance*.²⁹

I dessa undersökningar kommer övervakningsuppgiften till uttryck i den första och andra punkten. Det är rimligt att anta att styrelsens olika funktioner får olika vikt under ett bolags olika livsstadier. I ett moget aktiebolag är sannolikt övervakningsfunktionen den viktigaste, medan bollplanksfunktionen sannolikt kan vara väl så viktig i ett bolag som är under uppbyggnad. De olika tyngdpunkterna ställer olika krav på styrelseledamöternas kompetens. I ett uppstartsföretag kan man anta att det är viktigare med styrelseledamöter som har branschkunskap och erfarenhet av företagsledning än i ett moget bolag. I det senare kan man

²⁹ Stattin, Företagsstyrning, s. 94 f.; Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt, s. 251.

anta att det i stället är styrelseledamöternas kompetens att övervaka verksamheten som är avgörande. Här finns ett möjligt samband mellan kvotering – jag har tidigare konstaterat att kvinnliga styrelseledamöter har en bredare kompetensbas, medan manliga oftare har erfarenhet av uppdrag som verkställande direktör.

Forskningen visar också visst stöd för att kvinnliga styrelseledamöter – eller om det är styrelseledamöter med en annan kompetensprofil än att ha varit verkställande direktör i branschen – är mer benägna att beakta samhällsfaktorer och andra ”bolagsfrämmande fakta”, att se till att bolaget tar samhällsansvar³⁰ och mindre benägna till excessivt risktagande.³¹ Det är intressant att notera att det diskuterats särskilt vilka effekter kvoteringsregler skulle kunna få i bank- och finanssektorn.³² Redan nu finns en regel om könsdifferentiering i det EU-rättsliga ramverket för banker och vissa andra finansiella företag. I artikel 91.10 av fjärde kapitaltäckningsdirektivet³³ finns en regel som anses kräva att andelen manliga och kvinnliga styrelseledamöter beaktas:

”Medlemsstaterna eller de behöriga myndigheterna ska kräva att instituten och deras respektive nomineringskommittéer beaktar en bred uppsättning

³⁰ Hyun, Yang, Jung, Hong, Women on Boards and Corporate Social Responsibility, s. 18 f. (positivt samband); Harjoto, Laksmana, Lee, Board Diversity and Corporate Social Responsibility, s. 657 (diversifierad styrelsesammansättning har betydelse); Kasperreit, Lopatta, Matolcsy, Board Gender Diversity and Dimensions of Corporate Social Responsibility, s. 57 f. (kvinnliga styrelseledamöter har betydelse för beslutsfattandet); Bernardi och Threadgill, Women Directors and Corporate Social Responsibility, s. 19 f. (positivt samband).

³¹ Lenard, Yu, York, Impact of board gender diversity on firm risk, s. 13 f.; Chen, Ni, Tong, Gender Diversity in the Boardroom and Risk Management: A Case of R&D Investment, s. 614 ff.; Bernile, Bhagwat, Yonker, Board Diversity, Firm Risk, and Corporate Policies, s. 28 f. Men Sila, Gonzalez, Hagendorff, Women on Board: Does boardroom gender diversity affect firm risk? (se bl.a. s. 45 f.) ger inte anledning att dra några särskilda slutsatser om risktagande och styrelsesammansättning.

³² Setiyono och Tarazi, Does diversity of bank board members affect performance and risk? Evidence from an emerging market, s. 23 f. (det är intressant att konstatera att diversifiering avseende kön hade positiv betydelse, medan etnisk diversifiering hade negativ betydelse i indonesiska banker); se också för en mer brett upplagd studie, med likartade resultat, Mateos de Cabo, Gimeno, Nieto, Gender Diversity on European Banks' Boards of Directors, s. 157 f.

³³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag, om ändring av direktiv 2002/87/EG och om upphävande av direktiv 2006/48/EG och 2006/49/EG.

egenskaper och kunskaper vid utnämning av ledamöter till sina ledningsorgan och därför inför en policy som främjar mångfald i ledningsorganet.”

Om forskningsresultaten om att kvinnliga styrelseledamöter är mer benägna att undvika excessivt risktagande stämmer, kanske ett hårdare krav på kvotering till bankstyrelser skulle ha större reell effekt än de nu hårt kritiserade reglerna om bolagsstyrning i banker?³⁴ Å andra sidan finns det en omfattande tysk undersökning av verkställande bolagsledningar i tyska banker (dessa är organiserade i en så kallad *Vorstand* eller verkställande styrelse, medan övervakningsfunktionen handhas av *Aufsichtsrat* eller övervakningsstyrelse) mellan 1994 och 2010.³⁵ Slutsatserna i denna undersökning kan sammanfattas med att skifte på verkställande befattningar som medför förnyring, fler kvinnliga befattningshavare eller fler innehavare av doktorsgrad får betydelse för risktagandet. Fler yngre och kvinnliga befattningshavare leder till ett högre risktagande, i vart fall inledningsvis. Något som författarna förklarar med jämförelsevis lägre erfarenhet hos nytilträdande befattningshavare. Däremot leder en högre andel befattningshavare med doktorsgrad till lägre risktagande.³⁶

Resultaten av den tyska undersökningen behöver emellertid inte falsifiera hypotesen att mer diversifierade styrelser, även i banker, leder till bättre bolagsstyrning. Det finns två faktorer i den tyska undersökningen som behöver diskuteras vidare. För det första tar den sikte på verkställande befattningshavare – hypotesen om bättre bolagsstyrning gäller tvärtom i första hand styrelser med övervakningsfunktion. Det skulle till och med kunna uppfattas som rimligt att diversifiering som leder till mindre branschkunskap i verkställande ledningar leder till ökat risktagande, helt enkelt på grund av bristande erfarenhet. Det som är en nackdel i verkställande funktioner skulle alltså i teorin faktiskt kunna vara en fördel i en övervakningsfunktion. För det andra visar den tyska undersökningen på en koppling mellan kompetens och effektivitet – att en sådan koppling är antagbar och att kompetens eftersträvas i bolagsstyrelser har nog inte ifrågasatts i den seriösa diskussionen. Frågan är emellertid vilken kompetens som efterfrågas – i verkställande ledningar är det industriell och finansiell

³⁴ Jfr Enriques och Zetsche, Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive (2014).

³⁵ Berger, Kick, Schaeck, Executive board composition and bank risk taking (2012).

³⁶ A.a., s. 39.

kompetens, i bolagsstyrelser behöver sådan kompetens kompletteras med mer allmän bolagsstyrningskompetens och med annan kunskap.

I en kritik av diversifieringskraven CRD IV pekar Enriques och Zetzsche³⁷ på flera faktorer som påverkar effekterna av diversifiering i bankstyrelser:

1. Huruvida bankens institutionella bolagsstyrning är kapabel eller mindre kapabel.
2. Huruvida affärsmiljön runt banken kräver snabb anpassning till omvärldsförändringar.
3. Huruvida det föreligger informationsasymmetrier mellan personer som har exekutiva uppdrag i bankledningen och personer som har mer renodlade övervakningsfunktioner.
4. Huruvida banken kan karaktäriseras som mogen utifrån dess ålder och tillväxtfas.³⁸

Författarna konstaterar utifrån en litteraturstudie att en bank med kapabel bolagsledning har mindre att vinna, medan en dåligt styrd bank har mer att vinna från diversifiering. Vidare att snabba behov av förändringar gör att diversifiering kan vara negativ och att detsamma gäller om det föreligger stora informationsasymmetrier. Slutligen konstateras att ju tidigare en bank befinner sig i tillväxtfas, ju mer negativ är effekten av diversifiering i styrelsen.

Enriques och Zetzsches slutsatser är intressanta men egentligen inte särskilt överraskande. De kan ses i ljuset av det tidigare konstaterandet att det främst är i mogna och omfattande företag, där övervakningsfunktionen hos styrelsen är viktigast som kvoteringsregler haft positiva effekter. Det är inte särskilt förvånande att detsamma gäller för banker. En annan sak är att författarnas kritik belyser risken med *one size fits all*-regler på finansmarknaden – banker är inte enhetliga företeelser.

Huvuddelen av den ekonomiska forskningen om könsdiversifiering och kvotering rör huruvida det går att säga något om bolags värde eller finansiella resultat påverkas. Utgångspunkten för diskussionen är då kvotering till bolagsstyrelserna i mogna noterade bolag. Som med mycken

³⁷ Enriques och Zetzsche, Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive (2014). Diskussionen presenterades av Enriques på konferensen Banks in Europe: Regaining Trust and Securing Continuity, 3–4 April 2014.

³⁸ Enriques och Zetzsche, Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive, s. 11.

ekonomisk forskning spretar resultaten. Numera skulle forskningsläget kunna sammanfattas med att majoritetsuppfattningen är, för det första, att kvotering inte påverkar bolags finansiella resultat negativt, för det andra, att det finns en tydlig tendens om att de finansiella resultaten i bolag med en signifikant andel kvinnliga styrelseledamöter (och sannolikt det motsatta även om det är omöjligt att mäta eftersom det inte finns tillräckligt många bolag med kvinnlig styrelsemajoritet) är bättre än i andra bolag.³⁹

Forskningen visar alltså i vad som verkar vara de flesta fall en *korrelans* mellan förekomsten av kvinnliga styrelseledamöter och positiva finansiella resultat. Däremot finns det såvitt jag känner till ingen undersökning som entydigt visar en *kausalitet*. Sambanden öppnar för olika tolkningar. Det kan vara så att förekomsten av kvinnliga styrelseledamöter leder till att bolag sköts så att de blir mer framgångsrika. Det kan också vara så att framgångsrika – nyskapande – bolag är noga med att utse kvinnliga styrelseledamöter. En sista förklaring skulle kunna vara att kvinnliga styrelseledamöter genom att tillföra breddad kompetens i bolagsstyrelserna åstadkommer att diskussionen inför styrelsebeslut blir mera mångfacetterad och bättre belyser olika handlingsalternativ och effekter. För egen del lutar jag åt att den sista förklaringen är den mest plausibla.⁴⁰

³⁹ Terjesen, Barbosa Couto, Morais Francisco, Does the presence of independent and female directors impact firm performance? A multi-country study of board diversity, s. 457 ff.; Homan, Dutch board diversity and firm performance, s. 33 ff.; Pechersky, Diversity in Board of Directors: Review of Diversity as a Factor to Enhance Board Performance, s. 91 ff.; Ferreira, Board Diversity, s. 234 ff. konstaterar att korrelans mellan kvinnliga styrelseledamöter och resultat ofta kan visas, men menar att effekterna är olika beroende på vilka bolag man talar om. Institutional Shareholder Services har i ett review paper, Gender Diversity on Boards: A Review of Global Trends (sept. 2014) utgått från att den pågående ökningen av andelen kvinnliga styrelseledamöter beror både på policy-skäl och ekonomiska skäl. Det tycks finnas en svag tendens i den ekonomiska forskningen att den forskning som publicerades kring 2005 är mer negativ och den forskning som publicerades kring 2015 eller därefter mer positiv till kvoterings effekter. Det återstår att se om det är en tendens som håller i sig.

⁴⁰ En intressant studie har gjorts av Lisa M. Fairfax i The Bottom line on board diversity: A cost-benefit analysis of the business rationales for diversity on corporate boards (2005). Fairfax är kritisk mot de ekonomiska argument som framförs, men konstaterar efter en omfattande genomgång att de är relevanta, men ofta överdrivs (s. 810 ff.). Såvitt jag kan se talar mycket för att Fairfax har rätt – det finns bärande ekonomiska argument, men de är inte relevanta i alla sammanhang och för alla bolag.

I det brittiska näringslivet tycks argumenten för diversifierade styrelser fått fäste i och med den rapport som Lord Davis of Abersoch lämnade till den brittiska regeringen i oktober 2015.⁴¹

Under de senaste åren har diskussionen om hållbarhet i förvaltningen av aktiebolag närmast exploderat. Utan att gå in på hållbarhetsdiskussionen i detalj vill jag i detta sammanhang, avslutningsvis, framföra hypotesen att förvaltningen blir mer hållbar med diversifierade styrelser. Forskningen tycks stödja hypotesen genom att diversifierade styrelser har bredare kompetens, beaktar fler faktorer före beslut och är mindre benägna till excessivt risktagande.

7 EU:s direktivförslag

EU-kommissionen har publicerat ett förslag till direktiv om kvotering till bolagsstyrelser.⁴² Den huvudsakliga regeltexten om kvotering återfinns i förslaget artikel 4(1), som lyder som följer:

”Medlemsstaterna ska se till att börsnoterade företag där färre än 40 procent av de icke verkställande styrelseledamöterna tillhör det underrepresenterade könet utnämner sådana styrelseledamöter efter en jämförande analys av de sökandes meriter med hjälp av i förväg fastställda, klara och tydliga, neutralt utformade och otvetydiga kriterier för att uppnå 40 procent senast den 1 januari 2020, eller senast den 1 januari 2018 i börsnoterade offentliga företag.”

Förslaget fortsätter med bland annat att antalet styrelseledamöter skall vara så många att 40 procent-målet skall kunna uppnås, att sökande av det underrepresenterade könet ges företräde om de utifrån en bedömning av lämplighet, kompetens och yrkeserfarenhet, att aktuella företag på en avvisad sökandes begäran skall redogöra för använda urvalskriterier och att de skall kunna bevisa att reglerna efterlevts.

Förslaget är så dumt att jag häpnar. Den svenska översättningen är visserligen onödigt dåligt utförd, men även de andra språkversionerna ger uttryck för en fullkomlig oförståelse för vad det är som skall regleras (ibland kan jag avundas engelsmännen). Det tycks som att EU-

⁴¹ Davies of Abersoch, Improving the Gender Balance on British Boards, okt. 2015.

⁴² Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om en jämnare könsfördelning bland icke verkställande styrelseledamöter i börsnoterade företag och därmed sammanhängande åtgärder COM (2012) 614 final.

kommissionen uppfattat att styrelseval sker som någon form av offentligt anställningsförfarande, vilket inte alls är fallet. Det finns inga sökande, inga objektiva meriter, bolaget kan inte motivera någonting, eftersom det är aktieägarna som fattar beslutet genom val, inte utnämning som kommissionen tycks tro, och det går inte att fastställa några meningsfulla neutrala kriterier i förväg eftersom styrelseledamöternas förtroende hos ägarna är avgörande.

Vad EU-kommissionen borde göra är att likt den svenske lagstiftaren titta på de norska reglerna. Kvoteringsregler bör inte försöka påverka det interna beslutsfattandet, utan skall angripa det yttre uttrycket, det vill säga det antal styrelseledamöter av vardera könet som blir valda. Då kan val av styrelseledamöter av det underrepresenterade könet under ett tröskelvärde sanktioneras och det kan lämnas till bolagen att se till att regelförfarandet blir tillfyllest.

8 Några rättspolitiska kommentarer

Det är värt att citera ett lite längre parti i ett brev den 23 maj 1996 från den verkställande direktören i ett amerikanskt IT-företag:

”The semiconductor business is a tough one with significant competition from the Japanese, Taiwanese, and Koreans. There have been more corporate casualties than survivors. For that reason, our Board of Directors is not a ceremonial watchdog, but a critical management function. The essential criteria for Cypress board membership are as follows:

- Experience as a CEO of an important technology company.
- Direct expertise in the semiconductor business based on education and management experience.
- Direct experience in the management of a company that buys from the semiconductor industry.

A search based on these criteria usually yields a male who is 50-plus years old, has a Masters degree in an engineering science, and has moved up the managerial ladder to the top spot in one or more corporations. [...] We would quickly embrace the opportunity to include any woman or minority person who could help us as a director, because we pursue talent -- and we don't care in what package that talent comes.

[...]

Choosing a Board of Directors based on race and gender is a lousy way to run a company. [we] will never do it. Furthermore, we will never be pres-

sured into it, because bowing to well-meaning, special-interest groups is an immoral way to run a company, given all the people it would hurt. We simply cannot allow arbitrary rules to be forced on us by organizations that lack business expertise.”

Citatet ger uttryck för en traditionell syn på styrelsearbete och kompetens. Denna syn behöver inte vara fel i ett uppstartsbolag, men stämmer numera inte med forskningsfronten i bolagsstyrning i stort. Den är däremot fortfarande relativt vanlig.

I denna artikel har jag diskuterat kvotering och styrelsesammansättning. Jag har konstaterat att det finns ett visst men tydligt stöd för uppfattningen att jämn könsfördelning är ekonomiskt effektiv och hållbar i vart fall i större börsnoterade bolag. Detsamma gäller sannolikt, även om det inte finns någon forskning, också i stora statliga, kommunala och privatägda bolag som inte är börsnoterade. Jag har också konstaterat att mycket talar för att kvoteringsregler – oavsett om de förekommer i lagstiftning eller uttrycks på annat sätt – sannolikt är effektiva ur jämställdhetsaspekt.

En möjlig invändning mot kvoteringsregler är att det visserligen tycks som om den finansiella forskningen nu visar på korrelans mellan jämn könsfördelning och finansiella resultat, men den har inte lyckats visa kausalitet. Vi *vet* med andra ord inte hur det förhåller sig. De positiva effekterna är alltså inte *vetenskapligt* bevisade. Detta motargument är emellertid inte ett bärkraftigt argument mot lagstiftning (eller annan reglering) av styrelsesammansättning. Det är relativt ofta som lagstiftning sker utan att man kan förutse det ekonomiska utfallet av regleringen med säkerhet och i detta fall finns det som konstaterats i det föregående gott om indikatorer som pekar på att jämn könssammansättning är ekonomiskt effektivt och hållbart.⁴³

Ett annat argument som ibland framförs mot kvoteringsregler är att det är ett ingrepp i den privata äganderätten. Huruvida ingrepp i den privata äganderätten är förenliga med regeringsformens rättighetsstadganden får avgöras efter en proportionalitetsprövning. Det blir alltså i detta fall en avvägning mellan intresset av att samhället inte reglerar styrelsesammansättningen och de argument som kan föras fram för en reglering. Jag har svårt att se att skyddet för den privata äganderätten skulle

⁴³ Eklund och Stattin, An Overview of Economics and Regulation, *Методологічні проблеми сучасної політичної економії*, (2011).

vara ett verksamt argument mot kvotering i större samhällsviktiga bolag, men förhållandena kan kanske vara annorlunda i fråga om mindre verksamheter som saknar reell samhällsbetydelse tagna var för sig. Tänkbara tröskelvärden är till exempel huruvida bolagets aktier är upptagna till handel på en reglerad marknad eller MTF, dess omsättning eller antalet anställda. Emellertid är det, som det uttryckts, ingen mänsklig rättighet att bedriva näringsverksamhet i aktiebolagsform och redan nu finns det åtskilliga regler – 737 paragrafer bara i aktiebolagslagen – som den som vill bedriva sådan näringsverksamhet måste beakta.

Om kvoteringsregler skall införas måste det emellertid bestämmas hur de ska utformas. Utifrån diskussionen i det föregående skulle jag för egen del stanna för att införa sådana för de största aktiebolagen, det vill säga de aktiebolag vars aktier tagits upp till handel på en reglerad marknad, det vill säga de noterade bolagen. Det finns två skäl till detta.

För det första är noterade bolag typiskt sett så mogna och etablerade att det finns anledning att anta att styrelsens övervakningsfunktion är dess viktigaste uppgift. Som framkommit tycks bredd i styrelsens kompetens gynna övervakningsfunktionen.

För det andra är noterade bolag stora, omfattande och av betydelse i samhället. Det ligger då nära tillhands att samhället har ett intresse av hur de styrs. Redan de befintliga reglerna i 7 och 8 kap. aktiebolagslagen anses delvis uppburna av samhällsintressen. Det finns helt enkelt ett berättigat samhällsintresse av effektivitet och hållbarhet i förvaltningen. Här kan också jämställdhetsaspekten få argumentativ betydelse.

På samma sätt kan det också för i vart fall statliga aktiebolag av någon dignitet och för vissa särskilt riskfyllda verksamheter, såsom bankverksamhet, finnas ett samhällsintresse av hur verksamheten bedrivs. I det senare fallet är intresset av att inte excessiva risker tas i verksamheten särskilt stort av så kallade finansiella systemstabilitetsskäl.

Även om denna uppsats intar en positiv rättspolitisk hållning till reglering av styrelsesammansättning är det inte givet att det måste ske genom lagstiftning. Redan nu innehåller självregleringsinstrumentet Svensk kod för bolagsstyrning en regel om att jämn könsfördelning bör eftersträvas som är tillämplig för noterade bolag:

”Styrelsen ska ha en med hänsyn till bolagets verksamhet, utvecklingsskede och förhållanden i övrigt ändamålsenlig sammansättning, präglad av mångsidighet och bredd avseende de bolagsstämmovalda ledamöternas kompetens, erfarenhet och bakgrund. En jämn könsfördelning ska eftersträvas.”

Kodregeln skall tillämpas enligt den så kallade ”följ-eller-förklara-principen”, som innebär att om ett bolag avviker skall en förklaring publiceras i bolagets årliga bolagsstyrningsrapport. Det finns inget noterat bolag som har förklarat sig inte eftersträva en jämn könsfördelning, men å andra sidan är inte regeln särskilt förpliktigande. Om utvecklingen fortsätter att gå mot jämnare könsfördelning kanske den ändå är tillräcklig. Annars finns det enligt min uppfattning rättspolitiska motiv för en reglering – antingen i form av en starkare uttryckt plikt att uppnå jämn könsfördelning i Svensk kod för bolagsstyrning eller genom lagstiftning.

9 Slutord

I denna uppsats har jag diskuterat kvoteringsregler till bolagsstyrelser. För egen del har jag mot bakgrund av vad jag uppfattar om den ekonomiska forskningen, konkluderat att det finns skäl att överväga kvoteringsregler för i vart fall de större börsnoterade aktiebolagen. Kanske också för andra aktiebolag – eller för den delen andra entiteter – som har tillräckligt omfattande verksamhet för att vara samhällsviktiga. Däremot bör viss varlighet iakttas med hur regleringen utförs, om det över huvud taget skall ske i form av lagstiftning.

Käll- och litteraturförteckning

- Ahern, K.R., Dittmar, A.K., The changing of the boards: The impact on firm valuation of mandated female board representation, *Q J Econ* (2012) 127 (1): 137–197
- Berger, Kick, Schaeck, Executive board composition and bank risk taking, Discussion Paper Deutsche Bundesbank, No. 03/2012
- Bernardi, R.A., Threadgill, V.H., Women Directors and Corporate Social Responsibility, *EJBO*, Vol. 15, No. 2 (2010)
- Bernile, G., Bhagwat, V., Yonker, S., Board Diversity, Firm Risk, and Corporate Policies, School of Accounting and Finance, Hong Kong Polytechnic University, Febr. 2016
- Bertrand, M., Black, S.E., Jensen, S., Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labor Market Outcomes in Norway, NHH Dept. of Economics Discussion Paper No. 28/2014
- Boschini, A.D., Balans på toppen. Incitament för en jämnare representation av kvinnor och män i näringslivets ledning, Stockholm, 2004

- Brieger, S.A, Francoeur, C., Welzel, C., Ben-Amar, W., Empowering Women: The Role of Emancipative Forces in Board Gender Diversity, *J Bus Ethics*, March 2017
- Chen, S., Ni, X., Tong, J.Y., Gender Diversity in the Boardroom and Risk Management: A Case of R&D Investment, *J. Bus. Ethics* (2016) 136:599–621
- Davies of Abersoch, M., Improving the Gender Balance on British Boards, okt. 2015
- Ds 2006:11
- Ds 2016:32
- Eckbo, B.E., Nygaard, K., Thorburn, K.S., How costly is forced gender-balancing of corporate boards?, Tuck School of Business Working Paper No. 2995471 (2016)
- Eklund, K., Stattin, D., Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt, 2 uppl., Uppsala, 2016
- Eklund, K., Stattin, D., An Overview of Economics and Regulation, *Методологічні проблеми сучасної політичної економії*, *Nationella ekonomiska universitetet*, Kiev, Ukraina, 2011
- Eklund, J.E., Varför så få kvinnor i svenska bolagsstyrelser? Rapport, Ratio Institutet och Internationella Handelshögskolan i Jönköping, 2010
- Enriques, L., Zetsche, D.A., Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 67/2014*
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/eu av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag, om ändring av direktiv 2002/87/EG och om upphävande av direktiv 2006/48/EG och 2006/49/EG
- Fairfax, L.M., The Bottom line on board diversity: A cost-benefit analysis of the business rationales for diversity on corporate boards, *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2005-58*
- Ferreira, D., Board Diversity, *London School of Economics*, 9 July 2010
- Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om en jämnare könsfördelning bland icke verkställande styrelseledamöter i börsnoterade

- företag och därmed sammanhängande åtgärder COM (2012) 614 final
- Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, juli 2016, ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/1607_factsheet_final_wob_data_en.pdf
- Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)
- Harjoto, M., Laksmana, I., Lee, R., Board Diversity and Corporate Social Responsibility, *J. Bus. Ethics* (2015) 132:641–660
- Henrekson, M., Vågar till ökad jämställdhet i svenskt näringsliv, Forskningsrapport, SNS, 2004
- Homan, R., Dutch board diversity and firm performance, magisteruppsats vid företagsekonomiska institutionen, Uppsala universitet, mars 2017
- Hyun, E., Yang, D., Jung, H., Hong, K., Women on Boards and Corporate Social Responsibility, *Sustainability* 2016, 8, 300
- Institutional Shareholder Services, Gender Diversity on Boards: A Review of Global Trends (Sept. 2014)
- Kaspereit, T., Lopatta, K., Matolcsy, Z., Board Gender Diversity and Dimensions of Corporate Social Responsibility, *J. Management and Sustainability*, Vol. 6, No. 2 (2016), pp. 50–66
- Lenard, M.J., Yu, B., York, E.A., Impact of board gender diversity on firm risk, *Managerial Finance*, Vol. 40, No. 8, 2014, pp. 787–803
- Mateos de Cabo, R., Gimeno, R., Nieto, M.J., Gender Diversity on European Banks' Boards of Directors, *J. Bus. Ethics*, Vol. 109, No. 2 (2012), pp. 145–162
- Pechersky, A., Diversity in Board of Directors: Review of Diversity as a Factor to Enhance Board Performance, *Studia commercialia Bratislavensia*, Vol. 9, No. 33, pp. 88–101 (2016)
- Setiyono, B., Tarazi, A., Does diversity of bank board members affect performance and risk? Evidence from an emerging market, hal-univ-lim.archives-ouvertes.fr/hal-01070988 (2014)
- Sila, V., Gonzalez, A., Hagendorff, J., Women on Board: Does boardroom gender diversity affect firm risk? *J. Corp. Fin.* 36 (2016) 26–53.
- SOU 2004:47
- Stattin, D., Företagsstyrning. En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning, 2 uppl., Uppsala, 2008
- Storvik, A., Teigen, M., Women on Board. The Norwegian Experience, International Policy Analysis, Friedrich Ebert Stiftung, June 2010

Terjesen, S., Barbosa Couto, E., Morais Francisco, P., Does the presence of independent and female directors impact firm performance? A multi-country study of board diversity, *J. Manag. Gov.* (2016) 20:447–483

Welzel, *Freedom rising: Human empowerment and the quest for emancipation*, Cambridge, 2014

www.catalyst.org/legislative-board-diversity

www.scb.se/sv_/Hitta-statistik/Temaomraden/Jamstalldhet/Indikatorer/Jamn-fordelning-av-makt-och-inflytande/Representation-i-naringslivet/Styrelser-och-ledning-i-borsforetag-2015/

Laima Vaigė

Violence against women under international law: a shift towards normativity desperately needed?

1 Introduction

Despite discussions on the issue, to this date there are no explicit global treaty rules that clearly prohibit violence against women. It has been covered first and foremost by the General Recommendations¹ under the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW)² and series of soft-law documents. Marking 25 years anniversary work of the CEDAW Committee in this area, an update of the General Recommendation No. 19 was adopted in July 2017.³ Nevertheless, frustration of women rights advocates caused by the lack of explicit treaty norms⁴ continues. Legal scholars have also suggested treaty norms,⁵ even if they found that the prohibition of violence against women has a growing normative significance despite the lack of treaty norms.

¹ General Recommendation No. 19 on Violence against women, UN Doc. A/47/38, eleventh session, 1992.

² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 December 1979, UN *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13.

³ General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating General Recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35, 14 July 2017.

⁴ See, for instance, <http://everywomaneverywhere.org/>.

⁵ See Alice Edwards, *Violence Against Women under International Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Bonita Meyersfeld, *Domestic violence and international law*, Oxford: Hart publishing, 2010.

In 2015, the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences (the Special Rapporteur) Rashida Manjoo called for re-opening of the debate on a specific Convention on violence against women.⁶ She suggested that a “shift in thinking towards normativity”⁷ was necessary. The normativity in this context refers to black letter treaty norms and the text of the Draft Convention for the Elimination of Violence against Women and Girls (Draft Convention) was added to the call for discussion.⁸ The said Convention could make sure that States bear responsibility for violence against women, even if it is committed by private perpetrators and in domestic environments.

The argument for the “shift towards normativity” in a form of a new treaty on violence against women is based on two key presuppositions:

1. There is a normative gap under international law in this area.
2. Adopting explicit treaty norms on violence against women is automatically a viable solution.

My thesis is that these do not necessarily hold. Regarding the first presupposition, my goal is to show that the norm already exists under international law. A number of facts show that the prohibition of violence against women under international law bears normative significance, and State responsibility in this area should not be questioned or doubted. The paper also challenges the claim “explicit norms are always better to have” in this particular area and at this particular moment of time. The remaining gaps, primarily in practice rather than black letter law, do not necessitate the adoption of a new global Convention. A new treaty can only be justified, if it brings additional benefits in addressing the conceptual (i.e. related to conceptual strategy) and substantive challenges (i.e. related to the substance of the law) in the area.

International law in this area has been significantly influenced by feminist engagement. In fact, the impact of feminist scholarship is often eval-

⁶ Rashida Manjoo, Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Annual report of 2015. A/HRC/29/27.29th session HRC, 10 June 2015.

⁷ Rashida Manjoo, Annual Report of 2015, *op.cit.*, para 65.

⁸ Rashida Manjoo, Addendum to the Human Right Council Thematic report of the Special Rapporteur on Violence, its Causes and Consequences, 16 June 2015, A/HRC/29/27/Add.4.

uated as a textbook story of “considerable success”.⁹ At the same time, the said success should not imply that the problem of violence against women is now solved – not at all. Violence is still of epidemic proportions, according to the World Health Organisation,¹⁰ and a transformative change is required to address structural inequalities and discrimination.

It is not my intention to suggest that law is too indeterminate to regulate violence by private perpetrators. Instead, the intention is to suggest that normativity already exists at the international level, by mapping out (or describing)¹¹ the developments under international law. The paper assembles the facts that are both well-known for scholars in this area, and relatively new. It offers to look at the data from different perspective than the one that begs for the urgent shift to normativity.

2 The alleged normative gap

The argument for the shift towards normativity suggests that currently there is a normative vacuum regarding the prohibition of violence against women. Considering that the area is covered largely by soft-law instruments, it is allegedly not completely clear¹² whether States have the responsibility of acting with due diligence¹³ to protect women and girls against violence. The presupposition can be challenged. First, I argue that the norm of customary international law exists. Second, I also discuss the CEDAW as the global treaty that clearly covers violence against women, and that matters.

⁹ Dianne Otto, “Feminist approaches to International Law“, In *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Anne Orford, Florian Hoffmann (eds.), Oxford: 2016, p. 510.

¹⁰ *Global and regional estimates of violence against women*. Clinical and policy guidelines (Geneva: World Health Organisation, 2013).

¹¹ Anne Orford, “In Praise of Description”, *Leiden Journal of International Law* (2012), 25, pp. 609–625.

¹² The Special Rapporteur said the existing normative gap raises “crucial questions about the State responsibility to act with due diligence and the responsibility of the State as the ultimate duty bearer to protect women and girls from violence, its causes and consequences.” Rashida Manjoo, 2015, para 63.

¹³ Due diligence is duty of States to investigate cases of violence against women, to prosecute those responsible, to protect the victims and prevent further violence against women, once it becomes known to State agents. The said duty was found to exist by regional human rights bodies (the European Court of Human Rights, and the Inter American Court), and the CEDAW Committee.

It should also be clarified that treaty norms exist at regional level, i.e. Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (Convention of *Belém do Pará*),¹⁴ Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol),¹⁵ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention),¹⁶ and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.¹⁷ Not only is due diligence duty explained under these regional documents, Istanbul Convention defines it at the treaty level (Article 5 – State obligations and due diligence). The current discussion concerns only the global level and states not covered by the said treaties.

2.1 Prohibition of violence against women under customary international law

The Statute of the International Court of Justice (ICJ) lists “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” (Article 38 part 1 b),¹⁸ among the sources of international law. The international custom consists of state practice and *opinio juris* elements.

The first element is objective and state laws are relevant on this matter. In 2017, the majority of States have improved their practices towards women rights in general and gender based violence against women in particular.¹⁹ It is striking that even the few states that provide discriminatory provisions, e.g. chastising of wives, prohibit violence against women in principle. In the last decade in particular, states started to

¹⁴ Organization of American States (OAS), Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (“Convention of *Belém do Pará*”), 9 June 1994.

¹⁵ Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa. Adopted in 2nd Ordinary Session of the Assembly of the African Union in Maputo, 11 July 2003.

¹⁶ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Istanbul, 11 May 2011. CETS No. 210.

¹⁷ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS No. 5.

¹⁸ Statute of the International Court of Justice, United Nations, 18 April 1946.

¹⁹ Review and appraisal of the implementation of the Beijing Declaration and Platform for Action and the outcome of the twenty-third special session of the General Assembly. Report of the Secretary-General, E/CN.6/2015/3, paras. 120–139.

adopt specific legislation on violence against women or domestic violence (Jordan, Zimbabwe, Maldives, Lebanon, China, Turkey, Guatemala, Colombia, Swaziland, Gambia, Lithuania, etc.).²⁰ At the very least, they would adopt a strategy, programme or an action plan to decrease violence against women. Sometimes legislating would not come easy, sometimes the steps back are taken, but slowly and surely, state practice has turned towards prohibition of violence against women. The absolute unanimity of state practices is not required to prove the existence of international custom – the general practice is important.

Moreover, it can also be argued that *opinio juris*, the subjective element of international custom, by this time exists. It was said to exist already in 2006, before the landmark cases under CEDAW, as well as before the landmark European and Inter-American jurisprudence of international human rights monitoring bodies. In 2006, the Special Rapporteur Yakin Ertürk argued that the duty to act with due diligence in cases of violence against women has received a status of customary law.²¹ She relied on *opinio juris*, as allegedly shown by General Recommendations under the CEDAW and jurisprudence, Inter-American Convention and relevant practice, the European Court of Human Rights (ECtHR) case practice of that time, and the UN resolutions.

It was perhaps a bit too far-stretched argument in 2006. First, the tendency to adopt national laws that prohibit violence against women was not yet as strong in 2005–2006; it came in a few years. Second, the Special Rapporteur relied on the practice of the ECtHR and Inter-American court which did *not* have anything to do with violence against women, but solely entrenched a general due diligence duty to prevent violence, once the state becomes aware of the risk, which is foreseeable and imminent. However, the report was optimistic: “On the basis of the practice and *opinio juris* [...], it can be concluded that there is a rule of customary international law that obliges States to prevent and respond to acts of violence against women with due diligence.”²² In a few years since this analysis, Bonita Meyersfeld convincingly argued that there is at least an emerging norm that requires states protect against systemic domestic

²⁰ UN Women, Global database on VAW, see *Legislation*, <http://evaw-global-database.unwomen.org/en/search>.

²¹ Yakin Ertürk, Due diligence Report, para. 29.

²² *Ibid.*

violence.²³ Notably, she uses the word “emerging” and suggests adopting treaty norms, which somehow weakens the argument. Finally, some essential developments have taken place in this field since 2010, which strengthen the argument of normative customary significance, even under the black letter approach to international law.

In particular, in two different regions – Europe and the Americas, landmark decisions were adopted to recognize breaches of State positive obligations in cases of private-perpetrator violence against women.

The petition of *Jessica Lenahan (Gonzales) v. United States*, reported by Inter-American commission on human rights in 2011, can be seen as an illustration. In this case, the applicant had divorced with her violent husband and despite a restraining order, the husband subsequently abducted and killed their daughters; the US Supreme Court found that the police had no specific duty on enforcing the restraining order and arrest of the suspected abducting father. Before the Inter-American Commission, the USA claimed that “it is not bound by obligations contained in human rights treaties it has not joined and the substantive obligations enshrined in these instruments cannot be imported into the American Declaration.”²⁴ Notably, the USA was not a party to Convention of *Belém do Pará*, which provides explicitly for the state’s duty to act with due diligence in cases of violence against women. The Commission assessed the case under the American Declaration,²⁵ noting that its core provisions have been recognized as part of customary law.²⁶ It further recognized that the duty to protect women and children against domestic violence should also be seen as part of customary law. The Commission stated:

“all States have a legal obligation to protect women from domestic violence: a problem widely recognized by the international community as a serious human rights violation and an extreme form of discrimination. This is part of their legal obligation to respect and ensure the right not to discriminate

²³ Bonita Meyersfeld, *Domestic violence and international law*, 2010.

²⁴ *Jessica Lenahan (Gonzales) v. United States of America*. 21 July 2011, Inter-American Commission. Report No. 80/11, para 55.

²⁵ American Declaration of the Rights and Duties of Man, 1948. The Declaration recognizes a wide range of civil, political, economic, social and cultural rights. In addition, the Inter American human rights system also includes a Charter of the Organization of American States, which also mentions human rights in some of its provisions, and the American Convention on Human rights, the main governing treaty of human rights in the Inter-American legal system.

²⁶ Lenahan report, para 115.

and to equal protection of the law. This due diligence obligation in principle applies to all OAS Member States.”²⁷

I.e. even if the USA was not a party of Convention of *Belém do Pará*, it was still considered as bound by customary law, which provides States with the duty to act with due diligence and prevent violence in cases such as *Lenahan*, where the danger was imminent and a protection order was issued.

The State responsibility in cases of failure to protect women against domestic violence or violence committed by private perpetrators has been consistently found by ECtHR²⁸ and the Inter-American Court of Human Rights.²⁹ Of course, judicial decisions and scholarly doctrine are seen as only secondary sources of international law in Article 38 (1) of the Statute of the ICJ. Yet the consistent stream of decisions finding breach of State responsibility to act with due diligence and consistent doctrine that argues for State responsibility in this area could contribute to seeing that *opinion juris* also exists.

There is also more proof on high levels of the UN system on considering it as the State duty. For instance, the United Nations Human Rights Council underlined in 2010 that States must exercise due diligence to prevent, investigate, prosecute and punish the perpetrators of violence against women and girl-children, and that the failure to do so “violates and impairs or nullifies the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms.”³⁰ The CEDAW committee in 2017 also stated that prohibition of violence against women has evolved and is now part of customary law.³¹ Thus, it could be claimed that the duty to act with due diligence while protecting women against violence is part of the international custom, as “general practice accepted as law” (Article 38 of the Statute of ICJ).

²⁷ *Ibid.*, para 162.

²⁸ For instance, see the landmark case of *Opuz v. Turkey*, app.no. 33401/02, 9 June 2009. *Eremia and Others v. Moldova*, app. no 3564/11, 28 May 2013.

²⁹ For instance, see *Gonzalez v. Mexico* (Cotton Field), Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 205, 294 (Nov. 16, 2009).

³⁰ UN GA Resolution, Human Rights Council, *Accelerating efforts to eliminate all forms of violence against women: ensuring due diligence in prevention*, A/HRC/14/L.9/Rev.1, 16 June 2010. Also see *Accelerating efforts to eliminate violence against women: preventing and responding to violence against women and girls, including indigenous women and girls*. A/HRC/RES/32/19, 19 July 2016.

³¹ General recommendation No. 35, para. 2.

Finally, it must be mentioned that for many years, the Special Rapporteurs on violence against women,³² including Rashida Manjoo, in their special reports have insisted that the States have responsibility to act with due diligence under international law. The Special Rapporteur was the one who argued, back in 2006, that prohibition of violence against women is already a part of customary international law. Therefore, the plea for “shift towards normativity” due to is an unusual stance, because the usual practice is to contend that prohibition of violence is already the norm. Notably, the new Special Rapporteur Dubravka Šimonovic participated in the CEDAW Committee’s discussion on the update of General Recommendation 19³³ rather than purposed the vision of a new treaty. It does not mean that the vision of treaty norms is abandoned. However, the usual stance that the prohibition of violence against women is the norm of customary international law, and that it is already included under the global treaty, i.e. the CEDAW, was recommenced.

2.2 Tackling violence against women under the CEDAW

The CEDAW is one of the fundamental UN human rights Conventions and a global instrument for the implementation of women rights. In the absence of a global treaty which explicitly forbids violence against women, the CEDAW gradually developed into the most significant instrument in this area. Even the more-specific regional instruments in Europe, which explicitly apply to this issue (the CoE Istanbul Convention), and which do so indirectly (the EU Victim rights’ Directive³⁴) provide references to the CEDAW.³⁵ It should be clear that regional human rights acts should not be regarded in isolation but rather in harmony with this global treaty.

³² Rashida Manjoo, Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Due diligence report, A/HRC/23/49, 2013. Yakin Ertürk, Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Report on the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women, Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61, 2006.

³³ Report of the Special Rapporteur on VAW, 19 April 2016, A/HRC/32/42.

³⁴ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. OJ L 315/57.

³⁵ The references to the CEDAW are also included in the texts of the said documents, see recital 38 of the EU’s Victims’ rights Directive, and the Preamble of the CoE’s Istanbul Convention.

The CEDAW is a dynamic instrument³⁶ that changes with the development of international law in the area. The CEDAW establishes a transformative, holistic and gender specific approach, where transformative aspects of the CEDAW can be linked with social and economic elements, the holistic approach – with political and civil rights, and gender specific approach – with clear frame of non-discrimination and equality paradigm.³⁷ The Committee under the CEDAW is a forum which connects the governments, domestic and transnational human rights stakeholders and performs the central role³⁸ in striving towards substantive equality.

In its General Recommendation No. 19 on violence against women (1992), the CEDAW Committee thoroughly explained the content of the state's duty to protect women from violence, including gender-based violence at home:

“Under general international law and specific human rights covenants, states may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation.”³⁹

The adoption of this recommendation was a “paradigm shift.”⁴⁰ It provides a thorough review of the problem and includes general comments, as well as comments on specific articles of the CEDAW with more specific recommendations. Therefore it was named as the gap-filler which

³⁶ General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16 December 2010, CEDAW/C/GC/28, para 2. General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, 2004, para 3.

³⁷ Anne Hellum, Henriette Sinding Aasen (eds), *Women's human rights: CEDAW in international, regional and national law*, Cambridge: Cambridge University press, 2013, at p. 2.

³⁸ See Andrew Byrnes, “The Committee on the Elimination of Discrimination against Women”, in *Women's human rights: CEDAW in international, regional and national law*, Anne Hellum, Henriette Sinding Aasen (eds), Cambridge: Cambridge University press, 2013, 27–61.

³⁹ General Recommendation No. 19, para. 9.

⁴⁰ Kate Rose-Sender, “Emerging from the Shadows: Violence against women and the Women's Convention,” In *The Women's Convention Turned 30, Achievements, Setbacks, and Prospects*, Westendorp, Ingrid. (ed.), Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 464.

provided the missing link⁴¹ of understanding violence against women as a human rights violation.

For 25 years since the adoption of the General Recommendation No. 19, “the practice of States parties has endorsed the Committee’s interpretation.”⁴² In 2017, the Committee updated the said General Recommendation, overviewed the developments so far and drew the lines for further developments. There can be no doubt that the CEDAW Committee considers that the States bear responsibility both for acts and omissions of state actors, and private perpetrators under the Convention.

One might stress that General Recommendation is nothing more than “a recommendation.” It must be recalled that the legal status of the UN treaty-interpreting bodies must be weighed against their source. From the case law of ICJ, it can be inferred that General Recommendations of UN Committees are more or less authoritative sources and “it should ascribe great weight to the interpretation”⁴³ by the bodies appointed to supervise application of treaties. Thus, although the very title refers to the soft-law nature, it can nevertheless be claimed that within the system of sources of international law, General Recommendations of the CEDAW Committee must be taken very seriously.

The CEDAW Committee also issued state-specific concluding observations, most of them mentioning gender-based violence against women. It undertook inquiries into systematic violations of women rights, which involved systematic violence against women. Finally, it analysed individual complaints under the Optional Protocol, where it found breaches of the Convention in many instances. Even though these practices also produce recommendations rather than binding decisions, they have a strong persuasive effect. The governmental practices include cooperation with the Committee and striving to undertake the changes necessary for improvement. Hence, it can be claimed that the CEDAW has created a consciousness of normative significance in the area of violence against women.

The said claim can also be substantiated by empirical data, which the Special Rapporteur also relies upon in her call to adopt a new treaty.

⁴¹ Heisoo Shin, “CEDAW and violence against women: providing the missing link,” In *The circle of empowerment: Twenty-Five years of the UN committee on the Elimination of Discrimination against women*, Kofi Annan, Hanna Schopp-Schilling, Cees Flinterman (eds), New York: The Feminist Press, 2000, 223–233.

⁴² General Recommendation No. 35, para 2.

⁴³ Case concerning Ahmadou Sadio Diallo, ICJ, para 66. Notably, the ICJ was referring to the UN Human Rights’ Committee General Comments in this context.

The qualitative study of David Richards and Jillienne Haglund shows that ratification of the CEDAW had an effect on adoption of normative prohibition of domestic violence at the State level.⁴⁴ States which ratified CEDAW were found more likely (by 23,4 %) to adopt normative provisions on protection against domestic violence. The question thus arises, if the CEDAW *does* have a normative significance, why adopt a new treaty? The data itself seems to prove that “the CEDAW matters” rather than give basis for a broader conclusion that a new treaty would have a similar effect.

3 The alleged added value of Draft Convention on violence against women

Legislation itself does not necessarily improve people’s lives and stricter norms do not mean that more women will enjoy their rights and be free from violence. This is not a new argument, just as the argument that “legal norms are good to have” is not. However, I do not consider that law is not a suitable tool for combating violence against women. A suggestion that legal normativity should be avoided altogether would lead to a certain degree of state-phobia⁴⁵ and non-regulation would revive the issue of private-public dichotomy. Rather than suggesting deregulation, I contend that the limitations of legal regulation need to be critically assessed before any legislative steps are taken. An adoption of a new treaty is only viable, if its text brings additional benefits in addressing the conceptual and substantive challenges in the area.

3.1 Offering conceptual novelties on violence against women?

The text of the Draft Convention is a continuation of the UN resolutions and CEDAW recommendations inasmuch as it presents violence against women “a form of sexual discrimination” (Article 2 a). This means that

⁴⁴ David. L. Richards, Jillienne Haglund, *Violence against women and the Law*, London: Paradigm / Routledge, 2015, p. 115.

⁴⁵ Of course, there are also risks related to state power and it is true that it could be used against victims themselves, and that certain areas, in particular prevention of violence, is still neglected. State authorities are more concerned by responsibility than care for victims.

the same conceptual strategy is employed, as under the CEDAW, despite the previous criticism that this strategy essentialized experiences of women.⁴⁶ Notably, the conceptual strategy in Europe has gone towards partial gender neutrality⁴⁷ in addressing gender-based violence. That raised concerns.⁴⁸ Hence, in Draft Convention we see the attempts of continued “sexing”⁴⁹ of international law. Without going deeply into the issue on how to address this issue,⁵⁰ the work on a parallel treaty based on precisely the same conceptual idea is not really viable. It would perhaps be plausible, if it was offered as a Protocol to the CEDAW,⁵¹ rather than as an alternative treaty. However, even then it, the added value is limited, from a conceptual strategy perspective.

Furthermore, treaty norms potentially could help introduce the long awaited conceptual transformation, and address the growing concern that consideration of violence against women as sexual discrimination is based on single identity politics. The term “intersectionality” was coined by Kimberlé Crenshaw, while criticizing of single-ground identity politics and discrimination law.⁵² She marked that black women do not only face discrimination because they are black, but also because they are women. Recognition of intersectionality, she argued, was essential to

⁴⁶ For instance, Alice Edwards offered instead a “contextual intersectional reasoning,” which would involve more individual –tailored response rather than treating all women as homogenous group. Alice Edwards, p. 337.

⁴⁷ Istanbul Convention in principle could be applied to men who are victims of domestic violence. The EU Victim’s Convention provides a gender-neutral definition of gender based violence.

⁴⁸ Rashida Manjoo, 2015, para 39.

⁴⁹ “Sexing” and “gendering” are key feminist techniques under international law making, e.g. see Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, *The boundaries of international law*, Juris Publishing, Manchester University press, 2000, p. 4. “Sexing draws attention to body and nature while gendering emphasises mind and culture”.

⁵⁰ For the debate on the issue of gendering the frame of violence against women, see Darren Rosenblum, “Unsex CEDAW, or what’s wrong with Women’s rights” *Columbian Journal of Gender & Law* 20, 98 (2011): 98–194. Berta Esperanca Hernandez Truylol, “Unsex CEDAW? NO! Super-sex it!” *Columbian Journal of Gender and Law* 20, 195 (2011): 195–223. Julie Goldscheid, “Gender Neutrality and the „Violence Against Women Frame,” *University of Miami Race and Social Justice law review* 5, (2015): 307–324.

⁵¹ This is one of the ideas discussed during the work on the new treaty. It is not yet decided whether it would be presented as a new instrument, or an optional protocol to the CEDAW.

⁵² Kimberlé Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color.” *Stanford Law Review* 43, (6, 1991):1241–1299.

fight marginalization from within, for instance, black women's experiences of domestic violence and rape must not be suppressed in order to avoid compromising anti-racial identity politics.

The Draft Convention includes both the keywords of “intersectional discrimination” (Article 8) and “transformative equality” (Article 4). This could have a potential for addressing these concerns rather than pursuing the strategy based on one-ground of identity, i.e. being a woman. However, it is questionable whether including these terms is automatically meaningful and significant. Intersectionality is sometimes used as a token and included “on top” of various legal documents, in order to signify that the text reflects the current concerns, i.e. that it is not limited to single-identity ground. Similarly as with gender mainstreaming, inclusion of “intersectionality” in the language of documents can be simply decorative.

At the same time, the CEDAW Committee in 2010 identified intersectionality as the “basic concept for understanding the scope” of States parties obligations under the Convention⁵³ and the update of the General Recommendation No. 19 refers to wide range of persons, who might be affected by gender-based violence.⁵⁴ It also underlines intersectionality while addressing the issue of State responsibility.⁵⁵ It is not only talk. In its inquiry on systematic violations of women rights in Canada,⁵⁶ the CEDAW Committee applied intersectional approach to recommend the State measures addressing the protection and prevention of systematic violence against aboriginal women. Hence, the concerns of intersectionality are already addressed under the CEDAW. It would have been conceptually innovative, if the Draft Convention also applied to wider groups of persons (for instance, gender based violence against LGBTI⁵⁷ persons), but it only addresses intersectionality within the group of women.

The Draft Convention in fact provides a category of “women” (“persons who are perceived by or self-identify themselves as women,” Arti-

⁵³ General Recommendation No. 28, para 18.

⁵⁴ General Recommendation No. 35, para 12.

⁵⁵ *Ibid*, para. 23.

⁵⁶ CEDAW, Report of the inquiry concerning Canada of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 30 March 2015, CEDAW/C/OP8/CAN.1.

⁵⁷ Lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex persons, who are also affected by gender-based violence.

cle 2). In principle this is somewhat inclusive of transgender women. It is understandable that the drafters would want to retain the focus on structural discrimination against women and avoid losing focus on women. However, by choosing the formulation “perceived by,” it unnecessary underlines the element of “passing” as a woman. Moreover, some transgender women may not see themselves as women, but precisely as trans-women. This definition of the category of women seems to increase stereotyping. There is also a threat of stigmatizing “feminine” men, gay men and transmen, who do not identify with the category “women” but may be perceived as such. It is also not clear how far does self-identity can go and what groups of individuals it is intended to cover. In my opinion, this is another example that shows how legal norms are not always better to have. They are ill-equipped to define, in black letter terms, categories as “women,” “men,” or “humans.” The attempts to do so may lead to essentialisation, and possibly stereotyping and prejudice, rather than a transformative approach.

3.2 Suggesting substantive solutions to violence against women?

The Draft Convention is still at early preparation phases, thus it is difficult to claim that it could be considered as “more conducive” than the CEDAW⁵⁸ and hence provide a better substantial response. However, it relies heavily on Istanbul Convention in its substantive parts, which contains provisions that may be seen as more conducive.⁵⁹ At the same time, the countries that are the geographical “gap areas,” i.e. do not participate in global or regional instruments on the issue, would not necessarily be have the tools or will to implement some ideas.

For instance, regarding prevention of violence, the Draft Convention envisages integration of education materials on non-stereotypical gender roles (Article 11 part 1 of the Draft Convention, which is copied from Article 14 part 1 of Istanbul Convention). The said provision already met

⁵⁸ Article 23 provides: “Nothing in the present Convention shall affect any provisions that are more conducive to the achievement of equality between men and women which may be contained: (a) In the legislation of a State Party; or (b) In any other international convention, treaty or agreement in force for that State.”

⁵⁹ On the interrelation of these two Conventions, see Dubravka Šimonovic, “Global and Regional standards on Violence against Women: the Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions”, *Human Rights Quarterly* 36 (2014): 590–606.

fierce opposition in some parts of Europe, because the states impacted by Roman Catholicism (Lithuania, Poland) feared that this will lead to teaching something the Church calls “gender ideology” in schools. This led to general-nature *Note Verbale* by both Poland and Lithuania, which said that the Convention will be applied in conformity with national Constitutions. The declaration was seen as an impermissible reservation to Istanbul Convention by other countries, including Sweden.⁶⁰ In fact, the said fierce opposition could be one of the factors explaining the gradual change of public opinion in Lithuania to more accepting of violence rather than the opposite.⁶¹ It is similarly doubtful that the broad principle of non-discrimination that includes sexual orientation and gender identity, and education on non-stereotypical gender roles would work well in Asia and the Middle East, and even the current USA, which are the left-out geographic areas. The idea may be seen as Europe-centred and fail to produce the cultural changes intended.

Furthermore, the Draft Convention could provide a strong standard of State responsibility for acts and omissions attributable to the States and non-state actors. Nevertheless, a comparison of Articles 33 and Article 6, as well as Article 23⁶² may give an impression that only grave physical violence that amounts to torture calls for individual accountability of perpetrators. It may seem as an achievement, if the State that is not a party to the CEDAW undertakes to hold perpetrators accountable for torture. However, it may be seen as an entrenchment of a lower standard in consideration of the already existing standards in this area under the

⁶⁰ Objection to declaration of Poland to Istanbul Convention, contained in a *Note Verbale* from the Ministry for Foreign Affairs of Sweden, dated 15 February 2016, registered at the Secretariat General on 3 March 2016. The Ministry noted that “general references to national or religious law may cast doubts on the commitments of the reserving state to the object and purpose of the Convention and, moreover, contribute to undermining the basis of international treaty law.”

⁶¹ The amount of people, who think that gender based violence should not always be punished, increased by 10 pp in Lithuania. Special Eurobarometer No. 449, Gender-based violence, November 2016, p. 16.

⁶² Draft Convention, Article 6 (2) provides “Parties shall take the necessary legislative and other measures to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of the present Convention that are perpetrated by non-State actors” and Article 33 requires states to “hold perpetrators accountable for gender-based non-State torture crimes” while Article 23 only asks to legislate, or adopt other measures, on prohibition of physical violence.

customary international law, the CEDAW, as well as under OAS, and CoE systems.

The paradox involves balancing between two poles. On the one hand, the Convention should not go backwards and entrench a standard that could be perceived as lower than the current norm. On the other hand, the Convention that is substantially demanding is not likely to attract the States, which are not parties to the CEDAW or to the regional conventions. In that case, all efforts would be in vain.⁶³ In worse scenario yet, the States may get the idea that there really is an accountability gap, and they could stop acting, as if they are bound by the norm prohibiting violence against women on a global level.

Finally, it must be recalled that the Istanbul Convention can also be accessed by non-member States to the CoE (see Article 76 of the Accession to the Convention). Perhaps the significant stakeholders without any regional treaties, such as Japan and USA, could be attracted to the existing Convention, which has gained significant support, and was signed by the European Union.⁶⁴ These States have already participated in the debates over Istanbul Convention and had been invited to adhere to it by the CoE. Admittedly, it is not a usual action for states from a different region to join a Convention of another region, and it is not highly likely for various reasons. Yet in principle it is possible, for instance, Italy has adhered to Inter-American Convention, and it is made available. It could be a viable alternative, considering that the potential added benefit of the current Draft Convention is mostly related to copying of conductive Istanbul Convention's provisions.

4 Concluding remarks

The plea for shift towards normativity on prohibition of violence against women under international law does not seem well substantiated. The claim that normative gap must be filled by treaty provisions ignores

⁶³ Of course, the standard should not be adjusted to attract the states at any cost. Some powerful stakeholders, i.e. USA, refrain from participation in the CEDAW and likely to refrain from participation in an optional protocol on violence against women due to its special view on international law in the area of human rights.

⁶⁴ Council Decision (EU) 2017/865 of 11 May 2017 on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters.

the fact that prohibition of violence against women has already gained normative significance. This has been argued for many decades by the women rights advocates, by the Special Rapporteurs, and by the CEDAW Committee. State responsibility was found in cases of breach of due diligence duty to protect women against violence and most importantly, States accepted this as an authoritative practice, thus creating legal consciousness of the said norm under international law.

The assumption that any legal norms are always better to have is also questionable. Sometimes treaty norms can even weaken the existing framework, especially if they come together with the message that a vacuum is being filled. Considering that Draft Convention is based on the same conceptual strategy as the CEDAW, the problem should remain at the centre of the CEDAW Committee's agenda, and any prospective document that contains the same conceptual response should be presented as an optional protocol to the CEDAW. The current Draft Convention does not seem to solve substantive challenges in a coherent way either. Arguably, the General Recommendation No. 35 (update of the General Recommendation No. 19) of the CEDAW Committee and the CoE Istanbul Convention at the moment are better equipped for consolidating efforts on elimination of violence against women.

Författare

Mikael Hansson är universitetslektor vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan i Göteborg, Göteborgs universitet samt docent i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Lena Holmqvist är universitetslektor i straffrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Torbjörn Ingvarsson är professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Marie Linton är universitetslektor samt docent i internationell privat- och processrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Therése Fridström Montoya är jur.dr i offentlig rätt och innehavare av post doktoranställning vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Annika Rejmer är universitetslektor samt docent i rättssociologi vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Joel Samuelsson är professor i civilrätt, ssk. förmögenhetsrätt, vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Mosa Sayed är universitetslektor samt docent i internationell privat- och processrätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Daniel Stattin är professor i civilrätt, ssk. associationsrätt, vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Rebecca Söderström är jur.dr i civilrätt samt universitetsadjunkt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Laima Vaigė är doktorand i internationell privaträtt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.