

Irreguljära migrantarbetare

Dagens problem, morgondagens lösning?

Hasina Haya
Sabina Hadžajlić

Kandidatuppsats i arbetsrätt
Handelsrätt
HT2013

Handledare
Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Sammanfattning

Summary

Förkortningar

| | |
|---|-----------|
| 1. Inledning | 9 |
| 1.1 Bakgrund | 9 |
| 1.2 Syfte och frågeställning..... | 10 |
| 1.3 Metod och material | 11 |
| 1.4 Disposition och avgränsningar | 13 |
| 2. Irreguljär migration – en bakgrund | 15 |
| 2.1 Definition och begrepp..... | 15 |
| 2.2 Irreguljär migration idag | 17 |
| 3. Internationell lagstiftning | 19 |
| 3.1 Fundamentala principer..... | 19 |
| 3.2 Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) | 22 |
| 4. Regional och nationell lagstiftning | 23 |
| 4.1 Amsterdamfördraget och Lissabonfördraget..... | 23 |
| 4.1.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och regionkommitténs yttrande..... | 24 |
| 4.1.2 Blåkortsdirektivet..... | 25 |
| 4.1.3 Sanktionsdirektivet | 26 |
| 4.2 Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare i nationell rätt. | 29 |
| 4.2.1 Arbetstillstånd | 29 |
| 4.2.2 Kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare | 30 |
| 4.2.3 Straffrättsligt ansvar för arbetsgivare | 31 |

| | | |
|------------------------|---|-----------|
| 4.2.4 | Rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige | 32 |
| 4.3 | Den odokumenterade arbetstagaren och den svenska arbetsrätten | 33 |
| 5. | Konsekvenser på arbetsmarknaden från två perspektiv | 35 |
| 5.1 | Låglönekonkurrens..... | 35 |
| 5.2 | Framtida arbetskraftsbehov i EU | 36 |
| 6. | Avslutning..... | 39 |
| 6.1 | Analys och slutsatser..... | 39 |
| 6.2 | Diskussion | 42 |
| Källförteckning | | |

Sammanfattning

Irreguljära migrantarbetare utgör en särskild, odefinierbar grupp, som arbetar och lever i periferin av samhället. I rädsla för att hela deras tillvaro ska rasera, gör de allt i sin makt för att gömma sig från statsmakten. På grund av sin lagstridiga vistelse i landet faller de utanför det traditionella arbetsrättsliga skyddet.

Internationella och regionala rättsliga regleringar är relevanta på grund av deras påverkan på nationell rätt. Som ett led i arbetet kommer uppsatsen studera hur den svenska rätten samspelar med den internationella kontexten kring de irreguljära migrantarbetarna.

Vi kommer att använda den traditionella rättsdogmatiska metoden, genom att studera befintliga rättskällor, granska dessa och till sist analysera rättsläget. Regleringar beträffande irreguljära migrantarbetare är av internationell, regional och nationell karaktär. Det finns exempelvis konventioner som berör odokumenterade arbetstagares principiella mänskliga rättigheter. Dessa har en stark normgivande funktion men är inte alltid rättsligt bindande. De regionala regleringarna har genom bland annat fördrag och direktiv, bidragit till flera bindande rättsliga principer för Sverige. Regleringar gällande irreguljära migrantarbetare är främst av migrationsrättslig karaktär men inverkar även på andra rättsfält.

En intressant aspekt är diskussionen om de konsekvenser som de irreguljära migrantarbetarna kan föranleda på arbetsmarknaden. Huruvida odokumenterade arbetstagare möjligen kan utgöra en god resurs på arbetsmarknaden i framtiden diskuteras. På så sätt nyanseras det aktuella rättsläget och ställer frågan om irreguljära migrantarbetare på sin spets.

Summary in English

Irregular migrant workers constitute a special indefinable group, working and living in the periphery of society. In fear that their whole existence will demolish, they do everything in their power to hide from the government. Because of their illegal stay in the country, the traditional labor law protection does not apply. At any attempt of asserting their rights, they risk both dismissal and expulsion. The international and regional law is relevant because of their impact on national law and also because of specific regional bodies' regulations, such as directive (2009/52/EG). As a part of this thesis we will study how the Swedish law interacts with the international context, regarding the irregular migrant workers.

The thesis is based on the traditional legal dogmatic method, and by studying existing legal sources and analyzing them we hope to ascertain the current legal status regarding irregular migrant workers. Fundamental human rights regarding undocumented workers, are to be found in international legal sources, such as conventions. These have a strong normative function, but are not always legally binding. Regional regulations as treaties and directives, have contributed to several binding legal principles for Sweden. Regulations relating to irregular migrant workers are mainly characterized by migration law, but affect other legal fields as well.

The discussion, about irregular migrant workers impact on the labor market, is an interesting aspect. The paper aims to provide a perspective of the situation, by studying whether undocumented workers may be a good resource on the labor market in the future. Instead of considering them as a problem in society, they can be seen as an opportunity. Thus the current legal situation can be nuanced.

Förkortningar

| | |
|-------|---|
| AD | Arbetsdomstolen |
| C97 | 1949 Migration for Employment Convention |
| C143 | 1975 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention |
| Dir. | Direktiv |
| EES | Europeiska ekonomiska samarbetsområdet |
| EG | Europeiska gemenskapen |
| EKMR | Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna |
| EU | Europeiska unionen |
| FN | Förenta nationerna |
| ICRMW | International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families |
| ILO | International Labour Organization |
| LAS | Lag (1982:80) om anställningsskydd |
| Prop. | Proposition |
| SAC | Sveriges Arbetares Centralorganisation |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| UtlF | Utlänningsförordning (2006:97) |
| UtlL | Utlänningslag (2005:716) |

1. Inledning

1.1 Bakgrund

De brukar benämnas som papperslösa, irreguljära, illegala eller odokumenterade immigranter. Gemensamt för dessa är att de utgör en särskild grupp av individer som befinner sig långt ifrån det vanliga samhället men ändå så tätt inpå. I rädsla för att hela deras tillvaro ska rasera, gör de allt i sin makt för att gömma sig från statsmakten. Många av dem väljer att upprätthålla sin försörjning inom den informella arbetssektorn. Dessa migrerande arbetstagare saknar arbetstillstånd och faller således inom denna uppsatsens valda ramar under benämningen *irreguljära migrantarbetare* eller *odokumenterade arbetstagare*.

Det är svårt att besvara hur stor andel denna grupp av individer utgör. Dock är en sak säker, nämligen att de på grund av sin lagstridiga vistelse i landet faller utanför det traditionella arbetsrättsliga skyddet och kan således inte kräva sina väsentliga rättigheter. De irreguljära migrantarbetarna blir på detta vis föremål för exploatering, och som vid utkrävande av sina rättigheter riskerar dubbelbestraffning i form av uppsägning samt utvisning. Frågan om migranter omfattas av migrationsrätten men då det rör sig om arbete, följer även konsekvenser på arbetsmarknaden. Således är en arbetsrättslig aspekt aktuell.

Att upprätthålla försörjning utan arbetstillstånd är inte ett nytt fenomen och det har länge varit ett ämne för internationell lagstiftning. Trots denna internationella uppmärksamhet, får de odokumenterade arbetstagarna minskad chans att utnyttja en väsentlig del av sina grundläggande mänskliga fri- och rättigheter.

Situationen med de irreguljära migrantarbetarna ställer inte bara till för den enskilda arbetstagaren som möter en besvärlig tillvaro, det skapar även obalans på arbetsmarknaden där den informella arbetssektorn får en stadig tillströmning av arbetskraft. Denna problematik är en svår knut att lösa, dels för att det är en fråga som rör sig inom såväl det migrationsrättsliga som arbetsrättsliga fältet, och dels på grund av den internationella lagstiftningens inverkan. Det är sålunda av vikt att utföra en bred rättslig genomgång av såväl den nationella som internationella rätten inom ovannämnda rättsliga fält som berör problematiken.

En intressant aspekt är diskussionen om de konsekvenser på arbetsmarknaden, som de irreguljära migrantarbetarna kan föranleda. Det verkar finnas en uppfattning om att dessa utgör ett arbetsmarknadsmässigt problem som måste motverkas. Likväl finns det röster som talar för att de odokumenterade arbetstagarna snarare utgör en tillgång på den framtida arbetsmarknaden. På så sätt nyanseras det aktuella rättsläget och ställer frågan om irreguljära migrantarbetare på sin spets.

1.2 Syfte och frågeställning

De irreguljära migrantarbetarna har flertal gånger varit föremål för forskning och uppsatser. Ämnet har behandlats inom en rad olika utbildningstraditioner och frågan har lyfts från olika perspektiv då det är en komplex situation som inverkar på flera delar av samhället.

Denna uppsats syftar till att studera både de migrationsrättsliga och arbetsrättsliga reglerna som rör de odokumenterade arbetstagarna. Dessutom ämnar vi presentera en bred rättsutredning från ett såväl internationellt som nationellt perspektiv. Den internationella och regionala rätten är relevant av flera anledningar. Dels på grund av deras påverkan på den nationella rätten och dels för att de regionala instansernas regleringar har utmynnat i bland annat det aktuella sanktionsdirektivet (2009/52/EG). Som ett led i arbetet kommer uppsatsen belysa hur den svenska rätten samspelar med den internationella kontexten kring de irreguljära migrantarbetarna.

Uppsatsen syftar även till att ge perspektiv över situationen, genom att studera huruvida odokumenterade arbetstagare möjligen kan utgöra en god resurs på arbetsmarknaden i framtiden. I flertalet europeiska länder har de irreguljära

migrantarbetarna blivit en del av den reguljära arbetskraften genom olika typer av regulariseringsprogram.¹ Istället för att se dem som ett problem har de setts som en möjlighet för landet och har på så vis fått en viktig ekonomisk betydelse.

Vi kommer att ta avstamp i tidigare forskning på området och se över de internationella röster som talar för de irreguljära migrantarbetarnas betydelse på den framtida arbetsmarknaden.

Med bakgrund i det anförda, ämnar vi besvara följande frågeställningar:

- Hur har den rättsliga regleringen utformats kring irreguljära migrantarbetare - i ett internationellt såväl som nationellt perspektiv?
- Den svenska rätten i en internationell kontext – hur har direktivet 2009/52/EG implementerats i svensk rätt?

Efter den rättsliga utredningen som grundar sig i ovan nämnda frågor vill vi, genom att undersöka och diskutera följande fråga, nyansera bilden av de odokumenterade arbetstagarnas särställning.

- Irreguljära migrantarbetare – problem eller möjlighet?

1.3 Metod och material

För att uppfylla det uttalade syftet med uppsatsen krävs en systematisering av det material som finns på ämnet som vi ska ta oss an och undersöka. Frågan berörs ur ett nationellt och internationellt perspektiv och detta medför ett stort undersökningsmaterial som kan anses vara oöverskådligt. Det finns en del utmaningar som arbetet med juridiken medför, och att sätta riktningen för arbetet är en av utmaningarna.² Genom den juridiska metoden får vi de verktyg som visar hur den aktuella lagregeln ska tillämpas på den verklighet som situationen handlar om.³ För att möta de utmaningar som det juridiska arbetet bringar, har vi valt att tillämpa den klassiska rättsdogmatiska metoden.

Rättsdogmatiken är den del av rättsvetenskapen som behandlar systematiseringen och tolkningen av rättsregler. Uppgiften handlar bland annat om att fastställa gällande rätt och därefter analysera rättsläget. För att möjliggöra

¹ European Migration Network, *Illegally Resident Third Country Nationals in EU Member States: state approaches towards them, their profile and social situation*, 2007, s. 7.

² Samuelsson, Melander, 2003, s. 195.

³ Iseskog, 2008, s. 8.

detta krävs kunskap om hur rättsliga texter ska tillämpas, som således ger rättsligt stöd för den påstådda gällande rätten.⁴ Utgångspunkten är de redan befintliga rättskällorna som ska granskas, tolkas och tillämpas. För vår del har vi, i den nationella rätten förarbeten till aktuella lagar, själva lagarna, praxis, samt doktriner att förhålla oss till. Dessa rättskällor analyseras för att utröna betydelsen för den problemformulering vi ämnar besvara. Då metoden är vägen från problemformulering till slutsatsen, via materialet, är den av vikt för uppsatsen.⁵

Fortsättningsvis följer ett liknande tillvägagångssätt gällande rättskällorna från EU, dock skiljer sig rättskällornas ordning en aning från den nationella rättsordningen. Förarbeten spelar inte en signifikant roll i den europeiska rättsordningen. Istället förhåller vi oss till bindande rättskällor i form av grundläggande fördrag (primärrätt), internationella avtal och direktiv (bindande sekundärrätt). Likaså granskas den europeiska doktrinen även om den inom EU, precis som i Sverige, inte ses som bindande rättskälla.⁶ Dessa rättskällor ska i enlighet med den rättsdogmatiska metoden granskas och generaliseras för att leda fram till gällande rätt. Metoden innefattar ingen typisk empiri men betraktelsen av rättskällorna kan tjäna som en slags empiri.⁷

Som en del av tillvägagångssättet krävs tolkning av materialet och för den nationella rätten står det teleologiska tolkningsförfarandet till buds. Detta ändamålsenliga tolkningssätt är lämpligt då studerandet av lagen, och även förarbeten i den nationella rätten, leder till syftet för detta tolkningsförfarande, som är att belysa ändamålet med lagen.⁸ De nationella rättskällorna tolkas teleologiskt och leder förhoppningsvis till svar på frågan om vad som var syftet med lagen och om det uppfyllts. Även den fördragskonforma tolkningen är användbar då granskningen av de nationella rättskällorna inte blir enhetlig, om dessa inte ses i ljuset av överstatliga regleringar på området.⁹

Lagstiftningsprocessen inom EU är annorlunda jämfört med den nationella processen, vilket leder till att det blir svårt att identifiera den europeiska lagstiftarens vilja. Förhandlingar och kompromisser är en stor del av den

⁴ Samuelsson, Melander, 2003, s. 15.

⁵ Sandgren, 2007, s. 35.

⁶ Hettne, Eriksson Otken, 2005, s. 24.

⁷ Inghammar, 2007, s. 33.

⁸ Hettne, Eriksson Otken, 2005, s. 92.

⁹ Samuelsson, Melander, 2003, s. 163.

komplexa lagstiftningsprocessen inom EU. Det slutgiltiga resultatet skiljer sig ofta från det ursprungliga förslaget.¹⁰ Detta innebär att en teleologisk tolkning av EU-rättskällor kan vara svår ibland, men inte omöjlig. Gemenskapsdomstolarna använder sig av flera tolkningsmetoder men den teleologiska spelar en stor roll vid tolkningen och kan följaktligen tillämpas på de EU-rättskällor vi tagit del av.¹¹ Utöver detta kommer vi att ta avsteg från den rättsdogmatiska metoden för att framställa en alternativ aspekt på frågan om irreguljära migrantarbetare.

Materialet som använts till uppsatsen består av olika former av skrivna texter om det aktuella ämnet. De elektroniska källorna, däribland viss lagtext och stor del av de internationella rättskällorna, har hämtats från myndigheternas officiella hemsidor. Vidare har de artiklar som uppsatsen hänvisar till funnits genom sökningar på främst internet och Lunds universitets katalogsystem, Lovisa. Efter en genomgång av utbudet av artiklar och doktriner, som rör irreguljära migrantarbetare, har vi försökt att sälla fram olika röster och åsikter för att kunna erbjuda perspektiv på ämnet. När vi utgått från nämnda källor har vi granskat de källkritiskt, då vi har försökt se till att de härletts från tillförlitliga internetsidor. Förarbeten, lagar och rättspraxis har en hög dignitet som källor och spelar en stor roll i denna uppsats.

1.4 Disposition och avgränsningar

Som tidigare nämnt ämnar denna uppsats att belysa rättsläget beträffande odokumenterade arbetstagare, på den svenska och europeiska arbetsmarknaden. Uppsatsens disposition kan liknas vid en tratt, som inledningsvis börjar med en allmän introduktion och bakgrundsbeskrivning, som följaktligen leder till de olika rättskällor som berör ämnet. Vi presenterar relevanta lagar, direktiv och rättsprinciper ur ett internationellt perspektiv och fortsätter på likadant sätt gällande den regionala och nationella rätten i kapitel fyra. Detta är grunden för arbetet, den breda och deskriptiva delen. Femte kapitlet presenterar ett perspektiv på situationen med odokumenterade arbetstagare. Därefter får uppsatsen en snävare utformning och vi inriktar oss på de frågor vi valt att åskådliggöra för läsaren i ett avslutande analyserande kapitel.

¹⁰ Hettne, Eriksson Otken, 2005, s. 66 ff.

¹¹ Ibid, s. 84.

Uppsatsen är skriven ur ett arbetsrättsligt perspektiv och fokus ligger på hur den internationella och nationella rätten reglerar de irreguljära migrantarbetarna. Därutöver uppkommer andra rättsfrågor, främst migrationsrättsliga, som tillsammans med arbetsrätten bildar en rättslig grund kring frågan om dessa arbetstagare. Det finns många perspektiv på detta ämne då det helt enkelt blivit en fråga för samhället, och de socioekonomiska aspekterna är oundvikligen intressanta. Odokumenterade arbetstagare i förhållande till diskriminering, och hur fackföreningar kan reglera frågan är något många skrivit om, och som vi därför förhåller oss relativt sparsamt till.

Därtill krävs en avgränsning med hänsyn till uppsatsens begränsning, och de frågor som står i relation till arbetsrätten och arbetsmarknaden, står i centrum för vår uppsats. Genom den rättsutredning vi ämnar presentera, som utgår från ett internationellt och nationellt perspektiv, lägger vi fokus på de arbetsrättsliga och migrationsrättsliga regleringarna. Andra samhällsrelaterade och rättsliga aspekter kommer endast beröras kort i relevanta delar.

2. Irreguljär migration – en bakgrund

2.1 Definition och begrepp

Det finns en varierad terminologi för att beskriva personer vars vistelse i landet anses sakna lagligt tillstånd. De benämns som *illegala*, *irreguljära*, *odokumenterade* eller *papperslösa immigranter*.¹²

Illegala immigranter är ett begrepp som ofta har utsatts för kritik. Vanligt förekommande invändningar mot uttrycket är att det anses vara missledande samt att det associerar migranten till kriminalitet.¹³ David Weissbrodt, FN:s tidigare särskilda rapportör, framhöll i en rapport om rättigheterna för icke-medborgare, att även de migranter vars vistelse i landet saknar lagligt stöd inte bör behandlas som kriminella.¹⁴ I den svenska kontexten är *illegala immigranter* dessutom en term, som i den nationella politiken, främst brukar associeras med högerextrema sympatisörer.¹⁵

I de internationella förhållandena framkommer begreppet *irreguljär immigrant*. FN:s generalförsamling fastslår att uttrycket *odokumenterad* eller *irreguljär* arbetskraft skall tillämpas för att beskriva de arbetstagare som på olagliga grunder befinner sig i ett land, med avsikten att upprätthålla ett arbete.¹⁶ Även EU resonerar på detta vis, då de i en resolution om irreguljära migranter, fastställer att uttrycket *irreguljära immigranter* är det korrekta begreppet.¹⁷ I

¹² Sigvardsson, 2012, s. 13.

¹³ Koser, 2005, s. 5.

¹⁴ Weissbrodt, 2003, punkt 29.

¹⁵ Sigvardsson, 2012, s. 158-159.

¹⁶ General assembly, thirtieth session, 2433 plenary meeting, 9 December 1975, 3449 (XXX). Measures to ensure the human right and dignity of all migrant workers sid. 90, punkt 2.

¹⁷ Parliamentary Assembly, Report "Human rights of irregular migrants", committee on Migration, Refugees and Population, COE Doc. 10924, 4 May 2006, art A, punkt 7.

samband med sanktionsdirektivet framkommer även ett nytt begrepp som numera används flitigt inom EU, nämligen *tredjelandsmedborgare som vistas olagligt* (illegally staying third country nationals).

Trots att *odokumenterade immigranter* stämmer väl överens med det nationella språkbruket, har även denna term kritiserats för att vara missvisande på grund av sin tvetydiga karaktär. Begreppet refererar dels till de personer som överhuvudtaget saknar registrering i landet och dels sådana som är dokumentlösa. Eftersom situationen inte nödvändigtvis behöver vara sådan för samtliga migranter, kan begreppet således anses vilseledande.¹⁸

Uttrycket *papperslös* är vanligt förekommande i den svenska debatten. Begreppet har sitt ursprung i det franska ordet ”sans papiers” som refererar till att de papperslösa inte har några identitetshandlingar, något som är obligatoriskt att bära på sig i Frankrike. Eftersom situationen inte är sådan i Sverige kan även detta begrepp således anses vara missvisande.¹⁹ Denna uppsats kommer att tillämpa begreppen *irreguljära migrantarbetare* och *odokumenterad arbetstagare*, då vi med bakgrund i det anförda anser att dessa är lämpliga termer.

Vem som omfattas av valda begrepp, är viktigt att utröna. De svenska reglerna om arbetstillstånd stadgas i Utlänningslagen (UtlL). Med bakgrund i UtlL bestämmelser är en irreguljär arbetstagare en person som arbetar i Sverige utan arbetstillstånd.²⁰

En irreguljär status är inget som fastställs, det är ett resultat av att en person saknar laglig rätt för sin vistelse. Om personen ursprungligen varit asylsökande, och trots avslag på sin ansökan, valt att stanna kvar i landet kan en irreguljär status uppstå. Ett alternativ är att ta sig över gränsen illegalt och sedan arbeta i landet eller att resa in till mottagarlandet på laglig väg, genom exempelvis turistvisum, men med intentionen att stanna illegalt.²¹

¹⁸ Koser, 2005, s. 5.

¹⁹ Sigvardsdotter, 2012, s. 159.

²⁰ 2 kap. 7 § UtlL.

²¹ Wadensjö, 2012, s.36-37.

2.2 Irreguljär migration idag

Med anledning av situationens karaktär, är det svårt att fastställa omfattningen av de irreguljära immigranterna då de eftersträvar en så osynlig tillvaro som möjligt. Flertalet skattningar har upprättats inom området, dock anses dessa oftast bygga på ganska löst grundande spekulationer.²² Ett ordentligt försök att uppskatta antalet irreguljära immigranter inom EU har varit inom ramen för det så kallade Clandestino-forskningsprojektet. Projektet som syftade till att upprätta tillförlitlig och välgrundad statistik, utfördes inom de gamla femton EU-medlemsstaterna och beräkningarna visade att det totala antalet odokumenterade migranter inom medlemsstaterna uppgick till 1,8 och 3,3 miljoner migranter under år 2008.²³ Det finns inga officiella uppskattningar av antalet irreguljära immigranter i Sverige. Det har emellertid gjorts olika beräkningar, vissa tyder på att det rör sig om cirka 10 000 – 35 000 odokumenterade migranter men andra skattningar pekar på betydligt högre siffror.²⁴

De irreguljära migrantarbetarna har länge varit en omtvistad fråga för de fackliga organisationerna. Generellt sätt har majoriteten av fackföreningarna, av flera anledningar, valt att inte organisera odokumenterade arbetstagare, och under en lång tid var SAC ensamma om att företräda dessa.²⁵ Debatten kring denna problematik har tagit en ny vändning på senare år då ett fåtal fackföreningar valt att organisera de irreguljära migrantarbetarna. Oviljan att företräda dessa är ändock övergripande, eftersom facklig inblandning riskerar att resultera i såväl uppsägning som utvisning, samt att facket inte kan acceptera illegalt arbete.²⁶ Det finns numera ett fackligt center för de odokumenterade arbetstagarna. Fackligt Center syftar till att hindra att denna grupp av arbetstagare och asylsökande utnyttjas på arbetsmarknaden, samt att bidra med fackligt stöd till dessa.²⁷ Initiativet har emellertid kritiserats för att inte ha varit tillräckligt framgångsrikt, då det tycks finnas en försvagad ambition från fackligt håll.²⁸

²² Clandestino Project, Final Report, 2009, s. 10.

²³ Ibid, s.12.

²⁴ Sigvardsdotter, 2012, s. 71.

²⁵ Inghammar, 2010, s. 210.

²⁶ <http://www.lo.se/kongress/2008/motion3.nsf/89b6a2f566c99419c1256e9f0031cb40/8f99fa4240b24e07c12573aa0051e271?OpenDocument>

²⁷ <http://www.fcfp.se/>

²⁸ Torp, 2009.

3. Internationell lagstiftning

FN har framställt många internationella förpliktelser och fundamentala principer inom ramen av mänskliga rättigheter. De mänskliga rättigheterna är beskaffade med en vertikal effekt, det vill säga att de endast binder staten, och är således avsedda i relationen mellan stat och enskild. I särskilda fall kan dessa även åberopas individer emellan, detta gäller när staten är bunden av en så kallad positiv förpliktelse. Genom att fastställa lagar som reglerar förhållandet mellan individer ska staten på så vis garantera att de mänskliga rättigheterna respekteras även mellan enskilda.²⁹ De internationella förpliktelserna börjar inte omedelbart gälla som svensk rätt, de måste ratificeras i den nationella rätten för att de ska få statusen av inhemsk lag, enligt den så kallade dualistiska principen.³⁰ Följande regleringar är av relevans för migrantarbetare: *den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna* och *konventionen om skyddet av alla migrantarbetare och deras familjers rättigheter (ICRMW)*.

3.1 Fundamentala principer

Den allmänna förklaringen antogs 10 december 1948, och är den första överenskommelsen som ger uttryck för den gemensamma strävan att arbeta för mänskliga rättigheter. Förklaringen framhåller att de grundläggande fri- och rättigheterna är av universell karaktär.³¹ I föreliggande fall innebär det att även migrantarbetare omfattas av deklarationens bestämmelser oavsett deras legala eller illegala status i landet.

²⁹ Joseph, 2010, s. 151, 155.

³⁰ Byrnes, Renshaw, 2010, s. 500.

³¹ Mårtensson, 1992, s.20-21.

Deklarationen framhåller fyra grundläggande principer om arbete som stadgar att var och en har rätt till arbete, lika lön, rättvis ersättning samt rätt till att bilda och ansluta sig till fackföreningar.³² Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna är inte juridiskt bindande, dock fyller den en stark normgivande funktion. Deklarationen har även kommit att utgöra viktiga huvuddelar och principer i flertalet konventioner och övriga rättsliga regleringar som har juridisk bindande karaktär.³³

FN:s främsta redskap för att skydda de mänskliga rättigheterna är konventioner. En särskild viktig konvention inom området är konventionen *om skyddet av alla migrantarbetares och deras familjers rättigheter (ICRMW)*. Denna antogs 18 december 1990 och syftar till att säkerställa skyddet av rättigheterna för migrantarbetare och deras familjemedlemmar.³⁴ Konventionen skapar gemensamma internationella riktlinjer för behandlingen av grundläggande fri- och rättigheter för migrantarbetare och deras familj oavsett rättslig status, samt redogör för mottagarländernas skyldighet och ansvar för dessa.

Utöver det explicita skyddssyftet för dessa personers fri- och rättigheter uppmanar bestämmelserna staterna till att samarbeta, för att gemensamt kunna vidta effektiva åtgärder i syfte att förebygga och undanröja både irreguljär migration, som irreguljär sysselsättning.³⁵ Konventionen stadgar att åtgärder bör vidtas för att motverka irreguljära migrantarbetare, genom att sanktionera arbetstagaren som anställer på illegala grunder. Bestämmelserna framhåller emellertid vikten av att migrantarbetarens rättigheter inte får försämrats som en följd av sanktionen mot arbetsgivaren.³⁶

ICRMW säkerställer även migrantarbetarens rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar. Dock gäller vissa bestämmelser i konventionen endast reguljära migranter och rätten till att organisera sig fackligt är en sådan bestämmelse.³⁷

ICRMW trädde i kraft 1 juli 2003 men Sverige har ännu inte ratificerat konventionen eftersom den nuvarande inhemska lagstiftningen anses ge fullgott

³² Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, 1948, artikel 23 (1)-(4).

³³ Smith, 2012, s. 38 ff.

³⁴ Konventionen om skyddet av alla migrantarbetares och deras familjers rättigheter (ICRMW), se ingressen.

³⁵ Ibid, art. 68.

³⁶ Ibid, art 68 (2).

³⁷ Ibid, art 40(1), 40(2).

rättsligt skydd åt de migrerande arbetarna och deras familjemedlemmar.³⁸ Dock har förslaget om att ratificera konventionen kommit till uttryck i flertalet motioner då man anser att det föreligger ett behov av att förstärka skyddet för migrantarbetare i den svenska rätten.³⁹

ILO är FN:s fackorgan för arbetslivsfrågor och har inrättat viktiga arbetsrättsliga normer. ILO skyddar migrantarbetarens fri – och rättigheter dels genom de utarbetade fundamentala principerna, och dels genom två särskilda konventioner som berör migrantarbetare.

År 1998 antog ILO en deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet.⁴⁰ Deklarationen stadgar fyra fundamentala principer och dessa utgör även ILO:s grundläggande rättighetskonventioner. De konventioner som är särskild viktiga i anslutning till irreguljära migrantarbetare, är konventionerna som bygger på principerna om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten⁴¹, organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten⁴² samt konventionen om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning.⁴³ Ur deklarationen framkommer det att de fundamentala principerna tillämpas lika på samma villkor och omfattar således alla arbetstagare, oavsett migrationsrättslig status. Deklarationen fastställer att samtliga medlemsländer förpliktigas att genom sitt medlemskap respektera, främja och genomföra de rättigheter som framhålls. Förpliktelsen blir således bindande för medlemsländerna oavsett ratificering.⁴⁴ Förklaringen och dess grundläggande konventioner har ratificerats i stor utsträckning av länderna, däribland Sverige.⁴⁵

Utöver de grundläggande principerna har ILO antagit två särskilda konventioner om migrantarbetare och efterföljande icke-bindande rekommendationer, varav Sverige har ratificerat båda.⁴⁶ Likt övriga internationella åtaganden är dessa konventioner riktade till staterna och är inte avsedda att kunna

³⁸ Utrikesutskottets betänkande 2003/04:UU11.

³⁹ Motion 2011/12:U211.

⁴⁰ ILO:s deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet, 1998.

⁴¹ Konvention (nr. 87) angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, 1948.

⁴² Konvention (nr 98) angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, 1949.

⁴³ Konvention nr (111) angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, 1958.

⁴⁴ ILO:s deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet, 1998.

⁴⁵ <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1:0>

⁴⁶ Ibid.

åberopas av enskilda arbetstagare eller arbetsgivare. Konventionerna utgörs av *1949 Migration for Employment Convention (C97)* samt *1975 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (C143)*. Artikel 1 i C143 stadgar att migrantarbetarens grundläggande mänskliga rättigheter bör respekteras. Bestämmelserna ger även uttryck för att åtgärder bör vidtas i syfte att effektivt upptäcka olaglig anställning av migrerade arbetstagare och följaktligen tillämpa administrativa, civilrättsliga och straffrättsliga påföljder, däribland fängelsestraff.⁴⁷

3.2 Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR)

Den 4 november 1950 antog Europarådet *den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR)*. Konventionen skapades för att på regional nivå ge kraft åt FN:s allmänna förklaring.⁴⁸ EKMR har inkorporerats i svensk rätt genom *lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, och förpliktelsen har således erhållit en särställning i nationell rätt.

Artikel 6 säkerställer den så kallade *rätten till rätten*. I artikelns första punkt stadgas det att var och en är berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inför en oavhängig och opartisk domstol. Bestämmelsen ger uttryck för flera viktiga rättssäkerhetsprinciper, däribland rätten till att garanteras tillträde till domstol. Eftersom konventionen är av universell karaktär⁴⁹ tillkommer denna rätt även odokumenterade arbetstagare, men på grund av sin lagstridiga vistelse i landet kan de inte hävda sina rättigheter då det riskerar att leda till utvisning.⁵⁰

Vidare har var och en även rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar, enligt artikel 11. Konventionen säkerställer föreningsfriheten även i relationen mellan enskilda rättssubjekt, genom att binda staten av en positiv förpliktelse. På så vis skall staten se till att den enskilda inte hindras att utöva sin föreningsfrihet.⁵¹

⁴⁷ 1975 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (C143), artikel 6.

⁴⁸ Danelius, 2002, s.17.

⁴⁹ Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna, artikel 1.

⁵⁰ Inghammar, 2010, sid. 198.

⁵¹ Danelius, 2002, s.336.

4. Regional och nationell lagstiftning

Inom EU:s gränser finns det uppskattningsvis mellan åtta och tio miljoner odokumenterade arbetstagare som på grund av sin omdiskuterade status bidrar till ett tvetydigt rättsläge på den europeiska arbetsmarknaden.⁵² Frågan om såväl migration, som arbetskraftsmigration från tredjeland, har berörts på olika plan inom EU. Regleringar som rör arbete och migration har utformats på EU-nivå, i form av bland annat ett sanktionsdirektiv. Tillsammans med delar av Amsterdampfödraget, Lissabonfördraget och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna behandlas arbetstagares rättigheter inom EU.

4.1 Amsterdampfödraget och Lissabonfördraget

När Amsterdampfödraget trädde i kraft 1999 förändrades en del av sysselsättningspolitiken, och i fördraget går det att utläsa ett tydligt uttalat mål. En hög sysselsättningsnivå ska vara ledstjärnan när gemenskapens politik och verksamhet utformas, och genomförs. I artikel 109n fastställs att medlemsstaterna och gemenskapen skall arbeta för att utveckla en samordnad sysselsättningsstrategi, och bland annat främja en anpassningsbar arbetskraft. Därutöver eftersträvas en arbetsmarknad som är mottaglig för ekonomiska förändringar. Sålunda befasts arbetstagares betydelse i EU.

Lissabonfördraget är även känt som reformfördraget och bidrog till de senaste förändringarna i EU:s fördrag, som trädde i kraft 2009. Genom detta fördrag fick EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna samma juridiska status som fördragen och utgör på så sätt en del av primärrätten. Specifikt för primärrätten är

⁵² Bohlin, 2012, s. 75.

att den skapas genom ett enhälligt beslut av medlemsländerna, och godkänns av respektive land inom gemenskapen.⁵³

4.1.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och regionkommitténs yttrande

EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna antogs i Nice år 2000, och är ett försök att samla och återspegla medlemstaternas gemensamma internationella åtaganden där grundläggande fri- och rättigheter berörs. Den är även känd som rättighetsstadgan och influenserna från Europakonventionen och Europarådets sociala stadga är tydliga.⁵⁴ Internationella avtal spelar en betydande roll för EU-rätten, då dessa är bindande rättskällor som rättstillämparen är skyldig efterfölja.⁵⁵ I ingressen till stadgan omnämns följande: *”Åtnjutandet av dessa rättigheter medför ansvar och skyldigheter mot andra människor, mot mänskligheten och mot kommande generationer.”*⁵⁶

Detta citat visar på en öppenhet och respekt gentemot mänskligheten, och då stadgan är en gemenskapsreglering, gäller den för unionens medborgare. I bland annat artikel 15 och artikel 31, berörs arbetstagares rättigheter, och vid tolkning av dessa två artiklar framstår termen arbetstagare som tvetydig. I artikel 15 är det tydligt avgränsat att unionsmedborgarna omfattas av rätten att söka arbete, arbeta och etablera sig. I tredje punkten i artikeln, avgränsas rätten att arbeta ytterligare till att tredjelandsmedborgare som har tillstånd att arbeta, även har rätt till samma arbetsvillkor som unionsmedborgarna. Vidare behandlas, i artikel 31, rätten till rättvisa arbetsförhållanden där varje arbetstagares rätt till värdiga arbetsförhållanden stadgas. Den generella termen arbetstagare används i de flesta artiklar som berör arbete i stadgan. Vid en närmare anblick av stadgan uppkommer frågan om även odokumenterade arbetstagare inom EU:s gränser omfattas av termen, och rättigheterna som statuerats.

I ett yttrande från Regionkommittén år 2008⁵⁷ framförs en del tankegångar om arbetskraft och migration. Genom Lissabonfördraget förstärktes Regionkommitténs roll vid lagstiftningsprocessen inom EU. Kommittén är ett

⁵³ Hettne, Eriksson Otken, 2005, s. 25.

⁵⁴ Ibid, s. 66.

⁵⁵ Ibid, s. 24.

⁵⁶ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. s. 3, punkt 6.

⁵⁷ Yttrande från Regionkommittén, 2008.

rådgivande organ som samlar och framför regionala och lokala synpunkter på EU-lagstiftningen. Sysselsättningspolitiken är en av de frågor som kommissionen, rådet och parlamentet måste rådfråga regionkommittén om, innan beslut fattas.⁵⁸

Yttrandet behandlar frågan om *”En helhetsstrategi för migration: Utvecklingen av den europeiska arbetskraftsinvandringspolitiken och dess roll i förbindelserna med tredjeland”*. De ståndpunkter som presenteras i yttrandet visar kommitténs inställning till irreguljär invandring och arbetskraft. Betoning ligger på att unionen ska arbeta för att skydda EU:s territoriella dimension och bekämpa de irreguljära migrantarbetarna. Samtidigt uppmanar kommittén att unionen ska rikta eventuella åtgärder mot arbetsgivare eller enskilda personer som anställer personer som vistas irreguljärt inom EU. Då dessa odokumenterade arbetstagare befinner sig i en mycket utsatt position måste unionen finna alternativa lösningar. Regionkommittén välkomnar därför samarbete med tredjeländer, som kan underlätta arbetet med att stävja den irreguljära arbetskraftsinvandringen. De förslag som framställs i yttrandet utmynnar i en idé om cirkulär migration, som kommittén är positiva till. Tanken om cirkulär migration, riktar sig främst till högkvalificerad arbetskraft, som även det så kallade blåkortsdirektivet berör.⁵⁹

4.1.2 Blåkortsdirektivet

Rådets direktiv 2009/50/EG om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad anställning har en del bestämmelser som överensstämmer med unionens ambition att främja legal arbetskraftsinvandring.

De delar som är värda att begrunda i direktivet är framför allt syftet, som uttalas i första delen. Därtill är de första artiklarna som avgränsar tillämpningsområde aktuella. Syftet är i enlighet med vad som tidigare stadgats inom EU, gällande sysselsättning. Målet är att främja rörligheten och komma till rätta med arbetskraftsbristen genom att göra gemenskapen attraktiv. Detta fastställs i de första punkterna i direktivet. Genom stimulering av högkvalificerad arbetskraftsinvandring förväntas ett fullgörande av målet som uppställdes vid Europeiska rådets möte i Lissabon, mars 2000.⁶⁰ En strategi som ska leda till

⁵⁸ http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/cor/index_sv.htm

⁵⁹ Yttrande från regionkommittén, 2008.

⁶⁰ Direktiv 2009/50/EG, punkt 3.

tillväxt och sysselsättning blev målsättningen efter rådets möte, samt en konkurrenskraftig gemenskap med fler och bättre arbetstillfällen. Därutöver föreskrivs det, i tredje punkten i direktivet, en högre grad av social sammanhållning.

I nästkommande del av direktivet sker en definition som utesluter en del av gruppen som benämns som tredjelandsmedborgare. Direktivet berör endast de högkvalificerade tredjelandsmedborgarna, som enligt bestämmelserna får rätt att söka ett så kallat EU-blåkort.⁶¹ De fri- och rättigheter som öppnas upp för tredjelandsmedborgare, och som även är ett försök att främja legal arbetskraftsinvandring, begränsas till en specifik grupp. Ambitionerna kring sysselsättning och migration från EU-nivå är tydliga och med dir. 2009/50/EG blir en del av syftet uppfyllt. De irreguljära arbetstagarna får däremot inte tillgång till den europeiska arbetsmarknaden via blåkortsdirektivet, men får en del arbetsrättsligt skydd befast i dir. 2009/52/EG, även känt som sanktionsdirektivet.

4.1.3 Sanktionsdirektivet

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, kan förkortas till sanktionsdirektivet. Det uttalade syftet med sanktionsdirektivet är att stävja olaglig invandring, och parlamentet har, tillsammans med rådet, listat åtgärder och sanktioner som medlemsstaterna ska tillämpa mot arbetsgivare som överträder förbuden i direktivet. Artikel 1 bekräftar syftet genom lydelsen *”I syfte att bekämpa olaglig invandring förbjuds i detta direktiv anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Därför fastställs i direktivet gemensamma minimistandarder för sanktioner och åtgärder som medlemsstaterna ska tillämpa gentemot arbetsgivare som överträder detta förbud.”*

I punkt två i direktivet förklaras ett av skälen, med hänvisning till att möjligheten till arbete leder till olaglig invandring: *”En central drivkraft för olaglig invandring till EU är möjligheten att få ett arbete i EU utan att ha den*

⁶¹ Direktiv 2009/50/EG, artikel 2.

rättsliga status som krävs för detta. Insatserna för att motverka olaglig invandring och olaglig vistelse bör därför omfatta åtgärder för att motverka denna drivkraft". Både medlemsstat som arbetsgivare får genom sanktionsdirektivet ett antal förbud och åtgärder att förhålla sig till, därutöver får tredjelandsmedborgarna som vistas olagligt i landet en del rättigheter uppfylla.

Medlemsstaterna får i uppgift att förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, kräva och kontrollera att arbetsgivaren får ta del av giltiga uppehållstillstånd från tredjelandsmedborgare samt vidta nödvändiga sanktioner mot arbetsgivare som bryter mot förbuden. Dessa sanktioner är av finansiell karaktär.⁶² Dessutom tillkommer andra åtgärder som medlemsstaten kan tillämpa mot arbetsgivaren i form av fråntagande av rätten till en del, eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag. Även tillfällig eller permanent stängning av inrättningar, och indragande av tillstånd för näringsverksamhet som har använts för att begå överträdelse, kan bli aktuellt. Medlemsstaterna ska också se till att en överträdelse mot förbudet som fastställs i artikel 3, ska anses som brott och på så sätt leda till straffrättsliga sanktioner.⁶³ Utöver dessa åtgärder ska medlemslandet, på grundval av en riskbedömning som gjorts av behöriga myndigheter, inspektera och kontrollera anställning av tredjelandsmedborgare. Genom att identifiera verksamhetssektorer där anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt är vanligt, kan inspektionerna effektiviseras.⁶⁴ Medlemsstaten har ett betydande ansvar att säkerställa de sanktioner och åtgärder som direktivet fastställer. Detta regleras även vid inträdet till gemenskapen, då en förutsättning är att direktiv ska implementeras efter en viss tid och anpassning till den nationella lagstiftningen.⁶⁵

Arbetsgivare får ett uttalat förbud mot att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet. För att kontrollera att anställningen av tredjelandsmedborgare är laglig, ska arbetsgivaren kräva att tredjelandsmedborgaren innehar och uppvisar en giltig handling som ger dem rätt till vistelse, innan anställning påbörjas. Utöver detta ska arbetsgivaren underrätta

⁶² Direktiv 2009/52/EG, artikel 5 punkt 1-3.

⁶³ Ibid, artikel 9-10.

⁶⁴ Ibid, artikel 14.

⁶⁵ Hettne, Eriksson Otken, 2005, s. 98.

behöriga myndigheter om inledandet av anställningen.⁶⁶ I artikel 6 listas de ekonomiska åtaganden som arbetsgivare blir bunden av, då överträdelse av artikel 3 sker. Medlemsstaten skall säkerställa att betalning sker från arbetsgivarens sida. Några av dessa efterhandsbetalningar är eventuell inestående ersättning till den olagligt anställda tredjelandsmedborgaren och belopp motsvarande eventuella skatter och sociala avgifter som arbetsgivaren skulle ha betalat om tredjelandsmedborgaren varit lagligt anställd. Dir. 2009/52/EG visar, genom de olika artiklarna, att den största delen av ansvaret ligger hos arbetsgivaren men att medlemsstaten sköter implementering och kontroll. Utöver direktivet finns det nationell rätt som reglerar irreguljär arbetsmigration. Som en följd av medlemsstaternas och arbetsgivarnas skyldigheter skapas rättigheter för de tredjelandsmedborgare som anställs olagligt.

Genom sanktionsdirektivet garanteras tredjelandsmedborgare, som vistas olagligt men som anställts av en arbetsgivare, rätt till ersättning som ska vara lika hög som minimilön enligt nationell lagstiftning, kollektivavtal eller ersättning i enlighet med etablerad praxis i den relevanta branschen. Dessa ersättningar ska garanteras även om den odokumenterade arbetstagaren återvänt eller återsänts till det som anses vara hemvistlandet.⁶⁷ Olagligt anställda tredjelandsmedborgare ska informeras om sina rättigheter och utöver detta fastställer sanktionsdirektivet en rad viktiga punkter som berör klagomålsförfarande. I artikel 13 anger direktivet att medlemsstaten ska säkerställa effektiva funktionssätt för de olagligt anställda tredjelandsmedborgarna att framföra klagomål mot sina arbetsgivare. Detta kan ske genom exempelvis organisationer eller behörig myndighet, och skall inte anses som hjälp till olaglig vistelse från tredje part. Då klagomålsförfarandet förenklats, skuldbeläggs inte de odokumenterade arbetstagarna som anställts olagligt av arbetsgivare. De får rätt att kräva arbetsgivaren på lön och andra förmåner genom en säker process i medlemslandet. Faktum kvarstår att tredjelandsmedborgarna vistats olagligt i medlemslandet och efter eventuell rättsprocess måste de lämna landet, då detta är syftet med direktivet. Däremot öppnar direktivet upp en väg för tredjelandsmedborgare att få intjänad lön, även om de deporteras. Tidigare kunde en dubbel bestraffning uppstå genom

⁶⁶ Direktiv 2009/52/EG, artikel 4 punkt 1.

⁶⁷ Ibid, artikel 6 punkt 1.

deportation och utan tillgång till de intjänade förmåner som tredjelansmedborgare de facto har förvärvat genom arbete.

4.2 Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare i nationell rätt

En utredning gällande dir. 2009/52/EG tillsattes under sommaren 2009, och utmynnade i SOU 2010:63. Syftet med utredningen var att se över och föreslå hur direktivet skulle genomföras i svensk rätt.⁶⁸ Som en följd i detta led kom först utredningen om direktivet, som senare ledde till proposition 2012/13:125 och vidare till de lagändringar som trädde i kraft under 2013.

Prop. 2012/13:125 överlämnades till riksdagen den 11 april 2013 och lagändringarna trädde i kraft den 1 juli 2013. I propositionen föreslogs fyra olika saker, däribland en *lag om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige* samt *lag om ändring i utlänningslagen (2005:716) (Utl.)*. Dessa två förslag berör de irreguljära migrantarbetarna mer specifikt. Återstående två förslag handlar om *ändring i lagen (2001:181) om behandling av uppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet* och *lag om ändring i lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökanden m.fl.*

Utlänningslagen (UtlL) som vi har idag är ett resultat av ett lagstiftningsarbete som utvecklats sedan början av 1900 – talet. Den nuvarande lagstiftningen utgörs av Utlänningslagen (2005:716) som trädde i kraft 31 mars 2006. UtlL har på senare år utvecklats mot en allt mer ökad detaljreglering. Trots det utgör den en ramlag som innehåller nationella bestämmelser om utlänningars rätt att såväl resa in, som resa ut ur landet samt att vistas, arbeta och söka asyl i Sverige. Lagen reglerar även under vilka förutsättningar som en utlänning kan avvisas eller utvisas ur landet.⁶⁹

4.2.1 Arbetstillstånd

Bestämmelserna om arbetstillstånd har sedan lång tid tillbaka varit ett viktigt verktyg i kontrollen av tillströmningen av utländsk arbetskraft till den svenska

⁶⁸ SOU 2010:63. s. 21.

⁶⁹ Wikrén, Sandesjö, 2010, s. 62 ff.

arbetsmarknaden. Kontrollen syftar bland annat till att tillgodose behovet av arbetstillfällen för svenskar och för de utlänningar som redan bor här.⁷⁰

En utlänning som skall arbeta i Sverige, på grund av anställning här, skall ha arbetstillstånd, 2 kap. 7§ UtIL. Kravet på arbetstillstånd gäller inte medborgare i de nordiska länderna, EES-medborgare och deras familjemedlemmar samt personer med uppehållsrätt eller uppehållstillstånd, enligt 8§ UtIL. Därutöver får regeringen med stöd i 9§ UtIL föreskriva undantag även för andra utlänningar än medborgare i de nordiska länderna.

I huvudregel gäller det att en utlänning som vill ha arbetstillstånd i Sverige skall ha ansökt och beviljats ett sådant, innan inresan i Sverige, enligt 6 kap. 4§ UtIL. Om utlänningen saknar ett arbetstillstånd kan denne avvisas enligt bestämmelserna i 8 kap. 1§ första stycket UtIL. En viktig förutsättning för att ett arbetstillstånd skall kunna beviljas är att utlänningen erbjuds anställningsvillkor motsvarande kollektivavtal eller praxis inom branschen.^{71 72}

4.2.2 Kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare

UtIL redogör även för bestämmelser som medför skyldigheter för arbetsgivare i fråga om kontroller av arbetstagare från tredjeland och underrättelser till behörig myndighet. Ur sanktionsutredningen framkommer det att den nationella rätten inte motsvarar kravet på de kontrollåtgärder som framförs i direktivet. Med det fastställt menar utredarna att ett förtydligande och utvidgande av UtIL krävs.⁷³ Sanktionsutredningen talar för en konkretisering av utlänningslagen, vilket uppfyller syftet om en tydlig implementering.⁷⁴ Kontrollskyldigheten har reglerats i UtIL genom bestämmelsen om den finansiella sanktionen i 20 kap. 12§. Ur bestämmelsens andra stycke framkommer det att en arbetsgivare som har kontrollerat utlännings rätt att vistas i Sverige, behållit en kopia av de handlingar som påvisar utlännings lagliga vistelse samt underrättat den behöriga myndigheten undantas från skyldigheten att betala straffavgiften. Denna reglering ålägger arbetsgivaren en kontroll- och underrättelseskyldighet. I 23 kap. 1§ tredje stycket UtIL, stadgas ett särskilt bemyndigande som ger regeringen möjlighet att

⁷⁰ Wikrén, Sandesjö, 2010, s.102.

⁷¹ Prop. 2007/08/147, s. 27.

⁷² 6 kap. 2§ första stycket, UtIL.

⁷³ SOU 2010:63. s. 116 ff.

⁷⁴ Ibid, s. 76 ff.

meddela föreskrifter om kontrollskyldighet vad gäller utlänningars rätt att vistas och arbeta i Sverige. Lagbestämmelsen är ett resultat av tankegångarna i SOU 2010:63 om skärpt kontrollansvar för arbetsgivaren.⁷⁵

4.2.3 Straffrättsligt ansvar för arbetsgivare

Kapitel 20 i UtlL innehåller en rad påföljdsbestämmelser och med anledning av sanktionsdirektivet, ansågs det nödvändigt att ändra straffpåföljderna då dessa inte motsvarade direktivets krav på förbud och graden av kriminalisering.⁷⁶ Direktivet ålägger straffåtgärder mot arbetsgivare som anställer irreguljära migrantarbetare och med ändringarna i utlänningslagen klarläggs detta. Precis som direktivet stadgar, omfattas såväl fysiska som juridiska personer som anställer odokumenterade arbetstagare, av de nya bestämmelserna i utlänningslagen.⁷⁷

20 kap. 5§ är en straffbestämmelse som innebär ett förbud mot anställning av en utlänning som inte har rätt att vistas i landet eller saknar arbetstillstånd.

Bestämmelsen stadgar att den som uppsåtligen, eller av oaktsamhet, har en sådan anställd i sin verksamhet skall dömas till böter, eller när omständigheter är försvårande, till fängelse i högst ett år. Tidigare ansågs det endast straffbart om den anställda utlänningen saknade arbetstillstånd. I nuläget är det även olagligt att anställa utlänningar som saknar tillstånd att vistas i landet.⁷⁸

Som tidigare behandlat innehåller även UtlL bestämmelser om finansiella sanktioner mot arbetsgivaren i 20 kap. 12§, som skall betalas av en arbetsgivare som bryter mot 20 kap. 5§. Ytterligare bestämmelser om åtgärder som skall vidtas mot en arbetsgivare som överträder anställningsförbudet är indrag, alternativt återbetalningsskyldighet av offentliga stöd, bidrag och förmåner.⁷⁹

Förutsättningarna för ett sådant frångående av rätten till förmåner är att det rör sig om allvarliga omständigheter och att åtgärden är att anse proportionerlig.⁸⁰

Därutöver stadgar UtlL även *rätt till rätten*, genom att möjliggöra förlängt uppehållstillstånd för den irreguljära arbetstagaren som väckt talan gentemot sin

⁷⁵ SOU 2010:63, s. 116 ff.

⁷⁶ Ibid, s.108.

⁷⁷ Prop. 2012/13:125. 20 kap, 12 a §.

⁷⁸ Ibid, s. 143.

⁷⁹ 20 kap. 15-16 §§, UtlL.

⁸⁰ 20 kap. 15§ andra stycket, UtlL.

arbetsgivare om inestående ersättning för utfört arbete.⁸¹ Syftet är att underlätta för arbetstagaren att kunna kräva sin rätt gentemot arbetsgivaren utan att riskera utvisning. Bestämmelserna är ett resultat av sanktionsutredningens förslag om förenklat förfaringssätt.

4.2.4 Rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige

I såväl utredningen, som propositionen om genomförandet av sanktionsdirektivet, framkom det att den gällande nationella rätten i fråga om den odokumenterade arbetstagarens rätt till inestående ersättning är oklar. Med bakgrund i detta konstaterades det således att det fanns ett behov att förstärka den svenska rätten inom området och beslutet utmynnade i *Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige*. Lagen är tvingande till arbetstagarens förmån och redogör huvudsakligen för arbetstagarens rättigheter i fråga om rätten till skälig lön och annan ersättning.

Ur lagbestämmelserna framkommer det att om det uppstår tvist mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön för utfört arbete skall lönen, om det inte framgår något annat, motsvara den minimilön som följer av rådande kollektivavtal eller praxis inom branschen. Vidare skall även arbetstagaren anses ha utfört tre månaders heltidsarbete.⁸² Därutöver stadgas det även att om det uppstår kostnader för att sända lön och annan ersättning till utlänningen skall arbetsgivaren betala dessa.⁸³ För att förhindra att bestämmelsen om rätt till lön och ersättning förbises vid underentreprenad, fastställs uppdragsgivaren som ansvarig för utbetalning till den odokumenterade arbetstagaren. Detta solidariska ansvar uppkommer om den arbetsgivare som anställts som underentreprenör inte kan ersätta arbetstagaren.⁸⁴

⁸¹ 5 kap, 15 d §, 18 § punkt 7, 12 kap 11 §, UtL.

⁸² 5 §, Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige.

⁸³ Ibid, 6 §.

⁸⁴ Ibid, 7 §.

4.3 Den odokumenterade arbetstagaren och den svenska arbetsrätten

En central fråga när det gäller irreguljära migrantarbetare är, i vilken utsträckning de aktuella arbetstagarna omfattas av det svenska arbetsrättsliga skyddet. För att besvara frågan bör det först och främst redogöras huruvida skyddslagstiftningen påverkas av det faktum att de saknar föreskrivet arbetstillstånd. Ett vanligt ställningstagande har varit att ställa sig frågandes till om anställningskontraktet kan föranleda något rättsligt skydd, då det är i strid med reglerna om arbetstillstånd, så kallat *pactum turpe*.⁸⁵ Dock har ogiltighetsaspekten fått ge vika i samband med sanktionsdirektivets inträde eftersom det erkänner den kontraktuella relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Ur den rättvetenskapliga litteraturen framkommer det att den hårda kärnan i arbetsrättsliga regler såsom arbetsmiljö, arbetstid, semesterrätt, diskrimineringsrätten och fackliga rättigheter tillkommer odokumenterade arbetstagare.⁸⁶

De odokumenterade arbetstagarna har sällan varit föremål för praxis och antalet rättsfall som berör dessa arbetstagare är få. Till skillnad från inhemska arbetstagare företräds dessa vanligtvis inte av fackliga organisationer och förlorar således möjligheten att kräva sin rätt gentemot arbetsgivare vid domstol. Utöver det kan risken att utsättas för såväl uppsägning som utvisning, bli ett hinder mot att vidta rättsliga åtgärder gentemot arbetsgivaren. AD 1979:90 är den enda domen som har behandlats i praxis vad gäller det arbetsrättsliga skyddet för arbetstagare utan föreskrivet arbetstillstånd. Trots att domen har flera år på nacken, är den fortfarande aktuell i debatten om kollisionen mellan migrationsrättsliga och arbetsrättsliga regleringar.

Domen gällde en jugoslavisk medborgare som var anställd hos ett svenskt företag. När bolaget fick nys om att arbetstagarens arbetstillstånd löpt ut, och att hans ansökan om ett nytt sådant lämnades utan bifall, skilde arbetsgivaren honom från hans anställning. Arbetstagaren som var fackligt organiserad väckte talan mot bolaget och yrkade såväl allmänt som ekonomiskt skadestånd för avskedande utan saklig grund. Parterna var oeniga i frågan om LAS kunde anses tillämplig i det

⁸⁵ Inghammar, 2010, s. 203.

⁸⁶ Inghammar, 2012, s. 162.

aktuella fallet då arbetsgivarparterna framhöll att bolagets åtgärd inte bör bedömas utifrån anställningsskyddslagens regler eftersom anställningen ansågs strida mot utlänningslagen.

I sin bedömning framförde AD först och främst att det krävs att en utlänning har arbetstillstånd för att inneha anställning. Om ett sådant saknas kan arbetsgivaren enligt domstolens mening, inte tvingas att förlänga anställningsavtalet med stöd av LAS. Arbetsdomstolen konstaterade avslutningsvis att det föreligger en lagkonflikt mellan anställningsskyddslagen skyddsföreskrifter och utlänningslagens straffbestämmelser. Målet fäster särskild vikt vid det faktum att en arbetsgivare inte kan anses skyldig att följa de regler som leder till straffansvar för honom. Domstolen medger dock att utgången i det aktuella fallet kommer att medföra att utlänningsens sociala skydd försvagas avsevärt.⁸⁷

⁸⁷ AD 1979:90

5. Konsekvenser på arbetsmarknaden från två perspektiv

Som ett led i arbetet ämnar uppsatsen att ta ett avsteg från den rättsliga framställningen, och istället belysa situation med de irreguljära migrantarbetarna ur en bredare kontext. Genom att behandla frågan om odokumenterade arbetstagare i ett ekonomiskt och samhällsligt perspektiv, leder det frågan till två företeelser som är intressanta att framhålla i anslutning till irreguljära migrantarbetare.

5.1 Låglönekonkurrens

En nära förknippad diskussion med arbetskraftmigration är vilka ekonomiska effekter arbetstagarna har för mottagarländerna. Till skillnad från den reguljära arbetskraftsinvandringen har det i den ekonomiska litteraturen, ägnats mycket lite uppmärksamhet åt vilken effekt de odokumenterade arbetstagarna har på löner och sysselsättningen för de inhemska medborgarna. Detta beror inte endast på svårigheten med att upprätta uppskattningar men också på grund av frågans komplexitet.⁸⁸

En vanlig uppfattning är dock att de irreguljära migrantarbetarna utsätter den inhemska arbetsmarknaden för en låglönekonkurrens, så kallad lönedumpning. Detta gäller i synnerhet lågavlönade och okvalificerade arbeten. Genom att utföra arbete till en ersättning långt under kollektivavtalsenliga bestämmelser, branschsedvana eller minimilön orsakas en snedvriden konkurrens. De

⁸⁸ Venturini, 2004.

odokumenterade arbetstagarna undantränger på sådant vis reguljärt arbete och riskerar att konkurrera ut den inhemska arbetskraften.⁸⁹

Det har emellertid framförts uppfattningar av ett motsatt förhållningssätt som talar för att arbetskraftsmigration påverkar den inhemska arbetsmarknaden i mycket liten utsträckning och att den är en förutsättning för delar av den reguljära ekonomin. Det har framställts genomgripande forskning om arbetskraftsinvandring som tyder på att effekten på löner och sysselsättning för de inhemska medborgarna är mycket små. Dessutom förefaller det oklart i vilken riktning effekterna går.⁹⁰

Annan forskning som tar avstamp från den traditionella uppfattningen om låglönekonkurrens, framställs av Philip Marfleet och David L. Blustein. Till skillnad från den förstnämnda forskningen, avser denna särskilt de irreguljära migrantarbetarna. Den anknyter forskningen till ett vanligt förekommande tema där de odokumenterade arbetstagarna beskrivs som en förutsättning för delar av den reguljära ekonomin. I synnerhet delar av jordbruks- och tjänstesektorerna, då sådana arbeten oftast inte bidrar till lönsamhet för inhemska arbetstagare.⁹¹

Även om en rad författare gärna vill understryka att oron för arbetskraftsinvandring och dess upphov till låglönekonkurrens är obefogad, så verkar den rådande uppfattningen vara att dessa arbetstagare främjar en osund konkurrens i mottagarlandet. Särskilt i tider av ekonomisk kris och hög nationell arbetslöshet.

5.2 Framtida arbetskraftsbehov i EU

”Enligt FN- och EU-beräkningar skulle EU behöva tiotals miljoner migranter under de närmaste decennierna – ibland nämns ännu högre siffror - för att komma till rätta med sitt stora demografiska underskott och således kunna säkerställa tillväxt och konkurrenskraft.”⁹²

År 2025 uppskattas det att var tredje EU-medborgare kommer vara över 65 år och denna åldrande befolkning kommer att behövas tas hand om av ett

⁸⁹ Inghammar, 2012, s. 150.

⁹⁰ Reed, Latorre, 2009.

⁹¹ Marfleet, Blustein, 2011.

⁹² Hansen, 2012, s. 54.

välfärdssystem. Den arbetsföra befolkningen kommer behöva bli större för att handskas med de demografiska svårigheterna i unionen.⁹³ Ett forskningsinstitut vid Linköpings universitet, vid namn Remeso (Institute for Research and Migration, Ethnicity and Society) forskar kring arbetsliv, migration och etnicitet. Där talar flera migrationsforskare om ett europeiskt dilemma och de berör frågan om de irreguljära migrantarbetstagarnas ställning på den europeiska arbetsmarknaden. Forskare vid Remeso menar att det kommer krävas en ökad arbetskraftsinvandring i takt med den växande och åldrande befolkningen i Europa. Samtidigt vill främlingsfientliga krafter i flera europeiska länder begränsa invandringen. Utöver detta finns det ett flertal arbetsgivare i Europa som är beroende av de så kallade migrantarbetarna.⁹⁴ Det har emellertid växt fram olika förslag på hur dilemmat ska lösas. EU, och även Sverige, har tillsatt olika utredningar som utmynnat i ett förfarande, benämnt cirkulär migration. En annan form av lösning, som inte är ett nytt fenomen, är de så kallade regulariseringsprogrammen.

En temporär migration som cirkulerar är tanken bakom begreppet cirkulär migration. Intentionen är att människor som migrerar, ska återvända till sina ursprungländer efter hand.⁹⁵ Därefter kan det vara tänkbart att migrera igen och på så sätt sker en cirkulation av arbetskraft, kunskap och ekonomiska resurser. Migranter uppmanas att flytta ett flertal gånger mellan länder och på sätt fylla luckor på arbetsmarknaden i landet de migrerat till. Utöver det nämns fördelar för migrantens hemland, som får ta del av kompetens och erfarenhet när migranten återvänder. Argument för förfarandet är att flera länder gynnas och att en flexibel och modern form av arbetskraftsinvandring uppstår.⁹⁶ Genom att se över möjligheterna och regleringarna kring migration, och särskilt arbetsmigration, kan EU:s ambitioner om en förstärkt och skyddad gemenskap sammanföras med målet om en hög sysselsättningsnivå. Viktigt att framhålla med idén om cirkulär migration, är att det riktar sig främst till högkvalificerad arbetskraft.

Vidare finns andra lösningar, där irreguljära migrantarbetare blir en del av den reguljära arbetskraften. Regulariseringsprogram har funnits i många år i

⁹³ Bohlin, 2012, s. 70.

⁹⁴ Agebjörn, 2008.

⁹⁵ Bohlin, 2012, s. 71 ff.

⁹⁶ Lundborg, 2010, s.42-44.

flertalet länder, där odokumenterade arbetstagare får en chans till legal status. Några exempel är USA:s legalisering av irreguljära mexikanska migrantarbetare redan 1942, och även de återkommande regulariseringsprogrammen i södra Europa under 90-talet.⁹⁷

Kritiska röster menar bland annat att det illegala beteendet belönas och att en ökad risk för oönskade strömmar av irreguljära migranter, tillkommer. Däremot finns en positiv aspekt, då de odokumenterade arbetstagarna kan få chans till en fördelaktigare levnadsstandard genom regulariseringsprogrammen. Detta genom den eventuella etablering som sker då de ersätter det irreguljära arbetet med ett reguljärt. Forskare menar dock, att slutsatser kring omfattningen av migrationen, mottagarländernas kostnader respektive nytta av migrationen i samband med regulariseringsprogram, är svåra att dra.⁹⁸

⁹⁷ Castles, Miller, 2003, s. 98 ff.

⁹⁸ Inghammar, 2012, s. 155 ff.

6. Avslutning

Med återkoppling till uppsatsens frågeställningar kommer det nedan följa en analys av de rättsliga regleringarna och deras betydelse, i en internationell, regional och nationell kontext. Utöver analysen av rättsläget, diskuteras tidigare utblick över möjliga konsekvenser på framtida arbetsmarknad.

6.1 Analys och slutsatser

Erkännandet av allas lika rättigheter i fråga om arbete, stadgades redan under mitten av 1900-talet, i samband med den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna. Det gavs uttryck åt fundamentala principer som rätt till arbete, lika lön, rättvis ersättning och rätt till att bilda och ansluta sig till fackföreningar.

De mänskliga rättigheterna har en horisontell effekt och binder staterna, men de inverkar inte på statens övriga handlingsutrymme. Detta innebär att staterna själva har makt att råda över sitt territorium och således kontrollera över vem som kan komma in i landet. Ett sådant förfarande leder till att de mänskliga rättigheterna undermineras och resulterar även i att bestämmelserna brister i sitt huvudsakliga syfte, nämligen den universella tillämpligheten. Det är dock viktigt att framhålla att rättigheterna har en viktig funktion som normgivare, trots omständigheterna.

ILO har haft en särskild roll i fråga om arbetsrättsliga normer och fundamentala principer som skall tillämpas på samma villkor, och alla arbetstagare, oavsett migrationsrättslig status. Trots sin starka normerande funktion, är inte heller ILO:s roll att betrakta som avgörande då organisationen inte har en stark implementeringsmakt. Om en medlemsstat låter bli att ratificera en konvention kan ILO inte göra annat än att förmå länderna att ratificera den,

någon sanktionspåföljd finns inte. De utarbetade förpliktelserna riskerar följaktligen att få en mycket liten praktisk betydelse.

EKMR har fått en avsevärd större roll i den regionala och nationella rätten. Utöver det faktum att den har implementerats i svensk rätt som grundlag och därmed fått en särställning, har den dessutom utformats så att bestämmelserna även i vissa fall gäller mellan enskilda. Att ge kraft åt de internationella förpliktelserna på det regionala planet underlättar implementeringen och skapar förutsättningar för en enhetlig utformning i anslutningsländerna.

EU:s ambition är en konkurrenskraftig gemenskap med fler och bättre arbetstillfällen. Dessutom föreskrivs en högre grad av social sammanhållning inom gemenskapen. Dessa tankebanor genomsyrar framför allt blåkortsdirektivet (2009/50/EG). Fördelen med blåkortsdirektivet är möjliggörandet av att en del av detta syfte uppfylls, då det erbjuder alternativa vägar till gemenskapens arbetsmarknad. Samtidigt kan direktivet utesluta en del av den migrerande arbetskraften, genom att endast erbjuda högkvalificerade chansen att arbeta reguljärt. På så sätt minskar de irreguljära migrantarbetarnas möjligheter till att bli en del av den reguljära arbetsmarknaden, då dessa många gånger inte har utbildningen som krävs för att söka ett blåkort. Denna åtskillnad rimmar illa med ambitionen om en hög grad av social sammanhållning inom gemenskapen.

Sanktionsdirektivet (2009/52/EG) stadgar viktiga rättigheter för de irreguljära migrantarbetarna och kan ses som banbrytande. De rättigheter som fastställs i form av lön och skydd gentemot exploatering, bidrar till ett erkännande av en del rättigheter för de odokumenterade arbetstagarna. Från att tidigare fruktat för att både bli av med sitt uppehälle, och bli utvisade om de hade försökt pressa arbetsgivaren, får de odokumenterade arbetstagarna en chans till rättvisa. Det är en god bit på vägen för unionen, som vill motverka irreguljär arbetskraft och skydda gemenskapens territorium. Dock är det intressant att se hur detta skyddsintresse samspelar med behovet att skydda att de irreguljära migrantarbetarnas rättigheter, då dessa lätt kan hamna i kollision med varandra.

Samtidigt finns en medvetenhet hos EU om att den irreguljära arbetskraftsinvandringen är ett gemensamt problem. Denna insikt är en viktig förutsättning för EU:s funktionssätt eftersom arbetskraftsinvandringen, oavsett dess status, är en av EU:s stora framtidsfrågor. Det är det därför angeläget att

förstärka de odokumenterade arbetstagarnas rättigheter, för att kunna tillvarata dem som resurser vid framtida arbetskraftsbehov.

En positiv aspekt av utformningen av de regionala rättsliga regleringarna, är att dessa rör sig mellan olika rättsområden, vilket kan ge frågan en särskild dignitet. Om det blir fokus på denna fråga, som omfattas av såväl migrationsrätten som arbetsrätten, kan det möjliggöra att de irreguljära migrantarbetarnas situation ställs på sin spets ytterligare.

I kölvattnet av de regionala regleringarna, främst av sanktionsdirektivet, har ett annorlunda rättsläge börjat ta form i Sverige. Frågan om de irreguljära migrantarbetarna har aktualiserats i och med de lagändringar som trädde i kraft 2013. Detta leder till frågan om hur direktivet 2009/52/EG implementerats i svensk rätt.

I samband med direktivets införlivande i den svenska rätten, förstärktes de migrationsrättsliga bestämmelserna vad gäller arbetsgivarens lagstadgade kontroll- och underrättelseskyldighet. Det straffrättsliga ansvaret skärptes och rätten att kunna väcka talan om inestående förmåner utan att riskera utvisning förstärktes. En initial uppfattning är att det hitintills utgör det mest effektiva tillvägagångssättet då regleringarna inte bara avskräcker den odokumenterade arbetstagaren, utan även sanktionerar arbetsgivaren. På så vis är sanktionsdirektivets utformning och implementering ett framgångsrikt sätt att handskas med problematiken. Tidigare metoder bestraffade endast den irreguljära migrantarbetaren.

Implementeringen har emellertid inte endast varit en framgång, då direktivet implementerades två år för sent. Detta kan tyda på en ovilja hos den svenska lagstiftaren, då det egentligen är oförklarligt varför implementeringen tog avsevärt längre tid. I SOU 2010:63 tydliggjordes hur sanktionsdirektivet skulle införlivas, men de slutgiltiga ändringarna uppfyller inte samma grad av tydlighet.

En annan avsevärd nackdel är att implementeringen inte klargör för den odokumenterade arbetstagaren var denne ska vända sig för att genomföra sina lagstadgade krav gentemot arbetsgivaren. Lagförslagen talar huvudsakligen för att den odokumenterade arbetstagaren skall kunna finna stöd hos organisationer, såsom Fackligt center och Papperslösas förening för att tillvarata sina rättigheter. Det kan diskuteras huruvida detta är ett lämpligt förslag, med tanke på att Fackligt center oftast har kritiserats för att inte kunna erbjuda ett adekvat skydd. Genom att

förskjuta ansvaret till ovannämnda organisationer, undermineras den svenska modellens betydelse. Den traditionella ansvarsfördelningen mellan arbetsmarknadsparterna, ersätts med frivilliga organisationer som huvudansvariga aktörer. Djärvt uttryckt, banar en sådan reglering väg för ett mindre framgångsrikt tillvägagångssätt, i ett land som vanligtvis håller sin arbetsmarknadsmodell varmt om hjärtat.

En positiv aspekt av implementeringen är dock den nya lag som tillkommit. Den överensstämmer i hög grad med de ursprungliga idéerna och tillförsäkrar de odokumenterade arbetstagarna rätt till lön och inestående förmåner på ett tillfredsställande sätt. Med bakgrund i det anförda tycks implementeringen av direktivet i vissa avseenden endast ge formella rättigheter, som i praktiken riskerar att få en mycket liten betydelse.

Avslutningsvis kan man konstatera att rättsläget på samtliga nivåer har varit en aning oklart, i förhållande till de irreguljära migrantarbetarna. Dock har frågan lyfts under senare år, och de rättsliga regleringar som utformats, främst på regional nivå, bidrar till viss klarhet. Trots att det är en bra bit på vägen, är det viktigt att framhålla att denna fråga kännetecknas av ett dynamiskt rättsligt läge och befinner sig under ständig utveckling. På så sätt krävs en kontinuerlig utveckling av regleringar men även en genuin vilja hos medlemsstaterna att skydda dessa arbetstagare, för att kunna skapa ett adekvat rättsligt skyddsnät.

6.2 Diskussion

Vid sidan av det framförda rättsläget är det intressant att diskutera de irreguljära migrantarbetarnas ställning på framtida arbetsmarknad.

Risken för att irreguljära migrantarbetarna kan utsätta arbetsmarknaden för låglönekonkurrens utgör möjligen en av de främsta orsakerna till att hålla dessa utanför mottagarländernas gränser. Detta kan dock ifrågasättas då det finns forskning som inte bara talar emot, utan även understryker de odokumenterade arbetstagarnas ekonomiska betydelse. De irreguljära migrantarbetarna och dess påverkan på mottagarlandet har på så vis nyanserats. Detta pekar tydligt på att en stelbent inställning till arbetskraftsinvandringen inte är rimligt, vilket oftast brukat vara fallet i den allmänna debatten.

Även om det kan tyckas vara omöjligt att bortse från lönedumpning som en konsekvens, bör det finnas en ökad betoning på de positiva konsekvenserna, likt den som forskningen ger stöd för. Genom att betrakta de odokumenterade arbetstagarna som en potential, snarare än ett bekymmer, möjliggörs innovationen av nya metoder, vilket är nödvändigt för en lämpligare hantering av dessa arbetstagare. Det är dessutom en viktig förutsättning för att på ett hållbart sätt kunna möta det framtida arbetskraftsbehovet som forskningen förutspår.

Ett demografiskt underskott kommer vara EU:s verklighet inom några år och i takt med att befolkningen blir allt äldre, minskar gruppen av arbetsföra personer. Utöver förslag om längre arbetsliv och senare pension, finns det andra aspekter som diskuteras som kan lösa detta framtida problem. Från flera håll föreslås ökad migration som lösning. Frågan är om detta är möjligt att få igenom i ett allt mer främlingsfientligt Europa.

Ett alternativt förfarandesätt är att tillvarata de resurser som redan finns på arbetsmarknaden inom EU. Metoder som ombildar de irreguljära migrantarbetarna till reguljära, kan vara ett sätt att kombinera de irreguljära migrantarbetarnas underställning på arbetsmarknader inom EU, kontrollera migrationsströmmarna och reglera framtida demografiska problem. På så sätt uppfylls en del av de uttalade ambitionerna från unionens sida om en laglig och kontrollerad invandring. Genom en förnuftig invandringspolitik och en lyckad migration kan detta nytänkande bidra till en samordnad invandringspolitik. Detta kan möta problemet med olaglig invandring, underlätta laglig invandring och eventuellt förhindra ett för stort demografiskt underskott.

De olika typerna av regulariseringsprogram som skett i varierande omfattning, i bland annat Europa, kan vara ett steg på vägen. Detta har varit omdiskuterat, och dessa amnestier som det även kallas, kan innebära risk för oönskade strömmar av irreguljära migranter, om förväntningar skapas om återkommande regulariseringsprogram. Samtidigt finns positiva effekter av regulariseringsprogram, som exempelvis en bättre levnadsstandard möjliggörs för de irreguljära migrantarbetarna och att irreguljärt arbete övergår till en reguljär arbetsmarknad. Denna metod är beprövad och det kan vara värt att ha i åtanke, även om det finns risk för ovannämnda konsekvenser. Det är viktigt att väga nackdelar mot fördelar, och en stelbent inställning till bland annat regulariseringsprogram kan skada unionen på sikt.

Dessutom uppmålas, i flera fördrag och rapporter från olika håll inom EU, en ambition om en konkurrenskraftig och dynamisk gemenskap. Samtidigt finns ambitionen om att stävja irreguljär migration genom att bland annat minska chanserna till irreguljärt arbete inom gemenskapen. Dessa ambitioner tycks vara rimliga för en union som EU, men frågan är vad som eftersträvas mest - *en konkurrenskraftig union eller en stängd union?*

Redan nu är många sektorer på den europeiska arbetsmarknaden beroende av den arbetskraft som odokumenterade arbetstagare bidrar med, främst inom lågavlönade och lågkvalificerade sektorer.

Som tidigare nämnt, finns en idé om en cirkulär migration från både regionalt som nationellt håll. Många positiva röster har höjts kring cirkulär migration och en av fördelarna är att både mottagarland som avsändarland påverkas positivt av migrantarbetarnas rörlighet. Även om idén om cirkulär migration i nuläget riktar till högkvalificerade arbetstagare, kan det vara intressant att se över hur mindre kvalificerade yrken kan bli en del av denna organiserade form av arbetskraftsinvandring. Detta minimerar risken för att migration, och främst högkvalificerad arbetskraftsinvandring, endast ska ses som kvantitativa och ekonomiska resurser för EU.

Då idén om cirkulär migration är på uppgång inom unionen, kan en eventuell nyansering av förfarandet vara användbar. De yrken som redan 2025 kommer hungra efter arbetskraft kommer vara inom yrkessektorer förknippade med välfärden. Detta bland annat inom vårdsektorn, som kommer behöva ta hand om den ökande åldrande befolkningen. Den cirkulära migrationen kan på så sätt vara ett förfaringsätt för länderna inom EU att tillförsäkra befolkningen den välfärd som annars hade förfallit när det demografiska underskottet sker. Den cirkulära migrationen öppnar inte upp för permanenta arbetstillstånd, som regulariseringsprogram kan göra, och är kanske inte optimalt för de individer från tredje land som vill stanna och leva i gemenskapen. Det kan emellertid vara ett sätt att kombinera både unionens och de irreguljära migrantarbetarnas förhoppningar beträffande framtidens EU.

Frågan präglas av en oerhörd komplexitet, men samtidigt finns såväl internationella förpliktelser som egna utformade rättsprinciper att ta intryck av, för att lösa problemet. Därutöver finns eventuella lösningar som kan leda till att de

irreguljära migrantarbetarnas behov tillgodoses, och även EU:s framtida arbetskraftsbehov.

Det går att förändra situationen, på andra sätt än att enbart utöka det rättsliga skyddet genom lagstiftning, för irreguljära migrantarbetare.

Genom att omvärdera dessa individers status, och även deras betydelse för unionen, kan dagens problem bli morgondagens lösning.

Källförteckning

Litteratur

Agebjörn, A, *Behov av gästarbetare skapar europeiskt dilemma*, LiU Magasin 4-2008, 8 december 2008.

Bohlin, R, *De osynliga – om Europas fattiga arbetarklass*, 2012, Atlas.

Byrnes, A, Renshaw, C, “Within the state” i Moeckli, D, Shah, S, Sivakumaran, S, (red.), *International Human Rights Law*, 2010, Oxford University Press.

Castles, S, Miller J, M, *The Age of migration. International Population Movements in the Modern World*, Fifth Edition, 2003, Palgrave Macmillan.

Clandestino Project, Final Report, 23 november 2009.

Danelius, H, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommenterar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 2002, Nordstedts Juridik AB.

European Migration Network, *Illegally Resident Third Country Nationals in EU Member States: state approaches towards them, their profile and social situation*, 2007.

Hansen, P, “I dynamiken mellan marknad och murar – EU:s migrationspolitik och den sociala sammanhållningen i Europa” i Bakardjieva Engelbrekt, A, Oxelheim, L, Persson, T, (red.) *Europaperspektivet 2012: Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism – hot mot EU:s sammanhållning*, 2012, Santéus förlag.

Hettne, J, Eriksson Otken, I, *EU-rättslig metod - teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2005, Nordstedts Juridik AB.

Inghammar, A, *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, 2007, Lunds Universitet.

Inghammar, A, ”Rörlighet på bakgården – EU-gemensam reglering av papperslösa arbetstagare och deras arbetsgivare” i Bakardjieva Engelbrekt, A, Oxelheim, L, Persson, T, (red.) *Europaperspektivet 2012: Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism – hot mot EU:s sammanhållning*, 2012, Santérus förlag.

Inghammar, A, The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law i Noll, G, (red.) *European Journal of Migration and Law*, vol.12 No.2, 2010.

Iseskog, T, *Juridisk metod tillämpad inom arbetsrätten*, 2008, Talentum Hr.

Joseph, S, ”Scope of application” i Moeckli, D, Shah, S, Sivakumaran, S, (red.), *International Human Rights Law*, 2010, Oxford University Press.

Koser, K, “*International migration, state security and human security*”, A paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, 2005.

Lundborg, P, *Immigration Policy for Circular Migration*, Sieps 2010:4.

Marfleet, P, Blustein, D, “*Needed Not Wanted*”: *An Interdisciplinary Examination of the Work Related Challenges Faced by Irregular Migrants*, *Journal of Vocational Behavior*, vol. 78, no.3, 2011.

Mårtensson, J, "The Preamble of the Universal Declaration of Human rights and the UN Human Rights Programme" i Eide, A, Alfredsson, G, Melander, G, Rehof, L.A, Swinehart, T (red.), *The Universal Declaration of Human Right. A Commentary*, 1992, Universitetsforlaget AS.

Parliamentary Assembly, Report "Human rights of irregular migrants", committee on Migration, Refugees and Population, COE Doc. 10924, 4 May 2006.

Reed, H, Latorre, M, *The Economic Impacts of Migration on the UK Labour Market*, Economics of Migration Working Paper 3, Institute for Public Policy Research, 2009.

Samuelsson, J, Melander, J, *Tolkning och tillämpning*, 2003, Iustus förlag.

Sandgren, C, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2007, Norstedts Juridik AB.

Seth, T, *Svensk internationell arbetsrätt*, 2009, Studentlitteratur AB.

Sigvardsson, E, *Presenting the Absent: An Account of Undocumentedness in Sweden*, 2012, Department of Social and Economic Geography, Uppsala University.

Smith, R, *Textbook on International Human Rights*, Fifth Edition, 2012, Oxford University Press.

Torp, E, "Facket håller inte löften till papperslösa", *Lag & Avtal*, 12 januari, 2009.

Venturini, A, "Do Illegal Migrants Compete With National Workers?", *Intereconomics* January/February 2004.

Wadensjö, E, "Nationell migrations-, arbetsmarknads-, och socialpolitik som utmaning för den europeiska sammanhållningen" i Bakardjieva Engelbrekt, A,

Oxelheim, L, Persson, T, (red.) *Europaperspektivet 2012: Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism – hot mot EU:s sammanhållning*, 2012, Santérus förlag.

Weissbrodt, D, Final report of the Special Rapporteur, *The rights of non-citizens, Prevention of discrimination*, E/CN. 4/Sub. 2/2003/23, 2003.

Wikrén, G, Sandesjö, H, *Utlänningslagen med kommentar*, 2010, Norstedts Juridik AB.

Offentliga tryck

Internationella källor

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

The UN General assembly, thirtieth session, 2433 plenary meeting, 9 December 1975, 3449 (XXX), Measures to ensure the human right and dignity of all migrant workers.

ILO:s konstitution, 1919.

ILO:s deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet, 1998.

Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna.

Konventioner

Konvention (nr. 87) angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, 1948.

Migration for Employment Convention (C97), 1949.

Konvention (nr 98) angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, 1949.

Konvention nr (111) angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, 1958.

Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (C143), 1975.

Konventionen om skyddet av alla migrantarbetares och deras familjers rättigheter (ICRMW), 1990.

EU

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Amsterdamfördraget. Publicerat i Europeiska unionens officiella tidning nr C 340, 10 november 1997.

Lissabonfördraget. Publicerat i Europeiska unionens officiella tidning nr C 306, 17 december 2007.

Rådets direktiv 2009/50/EG av den 25 maj 2009 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad anställning. Publicerat i Europeiska unionens officiella tidning nr L 155/17, 18 juni 2009.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare. Publicerat i Europeiska unionens officiella tidning nr L 168/24, 30 juni 2009.

Yttrande från Regionkommittén om ”En helhetsstrategi för migration: Utvecklingen av den europeiska arbetskraftsinvandringspolitiken och dess roll i förbindelserna med tredje land”. Publicerat i Europeiska unionens officiella tidning nr C 257/20, 9 oktober 2008.

Sverige

Bet.2003/04:UU11 Folkrätt. Utrikesutskottets betänkande.

Motion 2011/12:U211 *Ratificering av FN:s konvention om migrantarbetares rättigheter.*

Proposition 2007/08:147 *Nya regler för arbetskraftsinvandring.*

Proposition 2012/13:125 *Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare.*

SOU 2010:63 *EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare.*

Internetkällor

Europeiska unionens regionkommitté. Hämtad:

http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/cor/index_sv.htm

Fackligt Center. Hämtad:

<http://www.fcfp.se/>

LO:s utlåtande om motionerna 17.59-17.62. Hämtad:

<http://www.lo.se/kongress/2008/motion3.nsf/89b6a2f566c99419c1256e9f0031cb40/8f99fa4240b24e07c12573aa0051e271?OpenDocument>

Sveriges ratifikationer hos ILO. Hämtad:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COU_NTRY_ID:102854

Praxis

AD:1970:90