



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Frederick Batzler

Mänskliga rättigheter möter arbetsrätten i klasskampen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ann Numhauser-Henning
Termin för examen: Period 1, VT2017

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.4.1 Metod	7
1.4.2 Material	8
1.4.2.1 Det historiska sammanhanget	8
1.4.2.2 Marxistiska och kritiska perspektiv	8
1.4.2.3 Allmänt om mänskliga rättigheter och arbetsrätten	9
1.4.2.4 Mänskliga rättigheter, EU-rätten och svensk rätt	9
1.5 Teori	10
1.6 Disposition	11
2 HISTORISKA UTGÅNGSPUNKTER	12
2.1 Mänskliga rättigheter	12
2.1.1 Perspektiv på begreppet mänskliga rättigheter	12
2.1.2 Bakgrund och historia	14
2.1.3 Några viktiga instrument	15
2.2 Arbetarrörelsens framväxt	17
2.2.1 Det industriella genombrottet	17
2.2.2 Den svenska modellen växer fram	19
3 KRITISKA PERSPEKTIV	22
3.1 En marxistisk kritik	22
3.1.1 Inledande ord	22
3.1.2 Allmänna drag i en marxistisk rättsteori	22
3.1.2.1 Synen på kapitalismen och klassamhället	22
3.1.2.2 Rätten och klassamhället	23
3.1.2.3 Kritiken mot rättsstaten	24

3.1.3	Lag, ideologi och hegemoni	25
3.1.3.1	Lagens ideologiska funktion och karaktär	25
3.1.3.2	Hegemoni	25
3.1.4	Marxismen och rättighetsdiskursen	27
3.1.4.1	Perspektiv på rättighetsbegreppet	27
3.1.4.2	Marx och Engels syn på rättigheter	28
3.1.4.3	Kritiken mot den avvisande hållningen	28
3.1.4.4	Den naive Marx	29
3.1.5	Marxismens relevans för mänskliga rättigheter	30
3.2	Critical Legal Studies Movement	31
3.2.1	Inledande ord	31
3.2.2	Allmänt om Critical Legal Studies	31
3.2.3	Kritiken mot den liberala rättighetsdiskursen	32
3.2.3.1	Den liberala bilden av rättigheter	32
3.2.3.2	Rättigheter som politiskt projekt	33
3.2.3.3	Förhållandet till makten	33
3.2.4	Critical Legal Studies och mänskliga rättigheter	34
4	MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER OCH ARBETS RÄTTEN INTERNATIONELLT	36
4.1	Om arbetsrättens karaktär	36
4.1.1	Inledande ord	36
4.1.2	Inskränkningar i arbetsgivarprerogativet	36
4.1.3	Individ och kollektiv – parterna i arbetsrätten	37
4.2	Arbetsrätt som mänskliga rättigheter	38
4.2.1	Inledande ord	38
4.2.2	FN:s konventioner och processuella instrument	38
4.2.3	Europarådets konventioner	39
4.2.4	Europadomstolen och arbetsrätten	40
4.2.5	Slutsatser av överlappningen	42
4.3	Om friktionen mellan arbetsrätten och mänskliga rättigheter	42
4.3.1	Inledande ord	42
4.3.2	En rättslig diskussion	43
4.3.3	En ideologisk diskussion	44
4.3.3.1	Solidaritet eller mänskliga rättigheter	45
4.3.3.2	Ett pragmatiskt svar	46

5	MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER OCH DEN SVENSKA ARBETSRÄTTEN	48
5.1	Den fria rörligheten och strejkrätten	48
5.1.1	Inledande ord	48
5.1.2	Den fria rörligheten, arbetsrätten och mänskliga rättigheter	49
5.1.2.1	Den fria rörligheten	49
5.1.2.2	Arbetsrätten och grundläggande rättigheter	50
5.1.2.3	Europakonventionen för mänskliga rättigheter och EU-rätten	50
5.1.3	Laval och Viking-målen	52
5.1.3.1	Bakgrunden till Laval	52
5.1.3.2	Rättsprocessen i Laval-målet	53
5.1.3.3	Om Viking-målet	54
5.1.4	Analys och diskussion	55
5.1.4.1	Kritiken från International Labour Organisation	55
5.1.4.2	Proportionalitetsprincip i svensk rätt?	56
5.1.4.3	Problematisering av EU-rätten och Europakonventionen	57
5.2	Föreningsrätten	59
5.2.1	Inledande ord	59
5.2.2	Allmänt om föreningsrätt och stridsåtgärder	60
5.2.2.1	Föreningsrätten i svensk rätt	60
5.2.2.2	Stridsåtgärders rättsliga reglering i Sverige	60
5.2.3	Stridsåtgärder och negativ föreningsrätt	61
5.2.3.1	Bakgrund i målet Gustafsson mot Sverige	61
5.2.3.2	Bakgrund i Kellerman-målet	62
5.2.3.3	Analys av Gustafsson och Kellerman	63
5.2.4	Granskningsavgifter och oorganiserade arbetstagare	65
5.2.4.1	Kort om granskningsavgifter	65
5.2.4.2	Om Evaldsson mot Sverige	65
5.2.4.3	Analys och diskussion	66
5.3	Skadestånd för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder	66
5.3.1	Inledande ord	66
5.3.2	Bakgrund till domen	67
5.3.3	Rättsliga utgångspunkter	68
5.3.3.1	Om behörig domstol	68
5.3.3.2	Skadestånd för ren förmögenhetsskada	68
5.3.4	Om kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder i doktrin	69

5.3.5	Analys av mellandomen	70
5.3.5.1	Kraven för att skadestånd ska aktualiseras	70
5.3.5.2	Sammanfattande slutsatser	72
6	SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER	74
6.1	Inledande ord	74
6.2	Mänskliga rättigheters inverkan på den kollektiva arbetsrätten	75
6.3	Ett marxistiskt perspektiv	76
6.4	Övriga konsekvenser och vägen fram	77
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	79
	Offentligt tryck	79
	Elektroniska källor	79
	Övriga källor	79
	Litteratur	79
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	84
	Arbetsdomtolen	84
	Högsta domstolen	84
	EU-domstolen	84
	Europadomstolen	84

Summary

In recent years, human rights have become a more significant part of Swedish labour law and have increasingly come to influence legal developments. It's not an understatement to say that there's tension between individual human rights and labour law. The question is how this conflict is expressed, legally, but also from an ideological perspective.

The purpose of this essay is to investigate the legal tension between human rights and labour law, and also to examine how the legal order relates to the underlying social and economic conflict between employers and workers. The legal development appears to be a part of a general decline in the relative position of labour. The problem seems to be recurring in most European countries, as is confirmed by discussions in the international research community.

A Marxist analysis explains the legal development as an expression of the underlying conflict between capital and labour. An examination of the practice of the European Court of Human Rights, the European Court of Justice, the Swedish Supreme Court, and the Swedish Labour Court, gives an indication of the ideological character and function of the legal order. Here it becomes clear how the application of human rights tends to benefit employers while limiting trade unions' ability to take industrial action and enter into collective agreements.

Human rights come across as an ideological weapon in the hands of the employer rather than a neutral expression of a universal idealistic quest for justice, dignity and freedom. In Marxist terms, the conflict between human rights and labour law is a part of the class struggle between capital and labour.

Sammanfattning

Mänskliga rättigheter har de senaste decennierna gjort inbrott i svensk arbetsrätt och har i allt större utsträckning kommit att påverka rättsutvecklingen. Det saknas inte fog för att påstå att det finns en spänning mellan individuella mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Frågan är hur denna konflikt tar sig uttryck, dels rättsligt, men också ur ett ideologiskt perspektiv.

Uppsatsens syfte är att dels undersöka den rättsliga spänningen mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten, men även granska hur rätten förhåller sig till den underliggande sociala och ekonomiska konflikten mellan arbetsgivare och arbetstagare. Den rättsliga utvecklingen framstår som en del av arbetstagaridans allmänna tillbakagång. Problemet förefaller vara återkommande i de flesta Europeiska länder vilket bekräftas av diskussionerna som förs inom den internationella forskningen.

Med en marxistisk analys framträder en bild av rättsutvecklingen som ett uttryck för den underliggande konflikten mellan kapital och arbete. Genom att granska praxis från Europadomstolen, EU-domstolen, Högsta domstolen, och Arbetsdomstolen skymtar rättens ideologiska karaktär och funktion. Här blir det tydligt hur tillämpningen av mänskliga rättigheter tenderar att gynna arbetsgiversidan och samtidigt begränsa fackföreningars möjlighet att vidta stridsåtgärder och teckna kollektivavtal.

Mänskliga rättigheter framstår snarare som ett ideologiskt vapen i händerna på arbetsgiversidan än ett neutralt uttryck för en allmängiltig idealistisk strävan efter rättvisa, värdighet och frihet. Med marxistiska termer är konflikten mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten en del av klasskampen mellan kapital och arbete.

Förord

Jag vill börja med att tacka mina gamla arbetskamrater som en gång i tiden valde att ge mig förtroendet att företräda dem och föra deras talan mot företaget där vi jobbade. Det var där, i förhandlingsrummet, som jag först lärde mig om juridik. Det var också där jag fick erfara att vår framgång på arbetstagarsidan berodde mer på hur mycket vi höll samman än på hur väl vi kunde rättsreglerna. Den enkla insikten är jag djupt tacksam för. Jag är också glad över att ha upptäckt att juridik var något som jag tyckte om att syssla med. Därför vill jag, kort och utan att bli högrävande, tillägna den här uppsatsen mina tidigare arbetskamrater.

Till min kära familj och mina vänner vill jag först säga tack för förståelsen och stödet, och sedan avge ett löfte: frånvarons tid är förbi! Sedan vill jag ge ett särskilt tack till mitt lilla plugggäng, Frida, Karin och Erica, för att ni har förgyllt mina år på juristprogrammet. Jag kan inte föreställa mig hur dessa nio terminer hade varit utan er.

Jag vill också tacka Ann Numhauser-Henning, som har handlett mig, för värdefulla och skarpa synpunkter.

Slutligen vill tacka Felicia för det stora tålamodet. Jag hoppas kunna återgälda all mat, kärlek, korrekturläsning och ömsint vänlighet.

Lund 2017-05-23,

Frederick Batzler

Förkortningar

CLS	Critical Legal Studies
EKMR	Europakonventionen för mänskliga rättigheter
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
FSU	Finska sjömannaförbundet
HRF	Hotell- och restaurangfacket
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights (svenska: FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter)
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (svenska: Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter)
ILO	International Labour Organisation
ITF	Internationella Transportarbetarfederationen
LO	Landsorganisationen
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MR	Mänskliga rättigheter
NF	Nationernas förbund
NGO	Non Governmental Organisation (svenska: Icke-statlig organisation)
RF	Regeringsformen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det är svårt att vara kritisk till mänskliga rättigheter. På många sätt uttrycker de vår strävan efter frihet, värdighet och rättvisa för alla människor. Mänskliga rättigheter vilar på ett djupt, moraliskt och etiskt fundament. Det kan därför uppfattas som vulgärt att rikta kritik, inte bara mot tvivelaktig användning av rättigheter, utan mot rättighetsdiskursen som sådan. Men det är en central del av detta arbete, just att kritiskt granska ett omhuldat och högt värderat rättsligt fenomen. Inte för att människor inte förtjänar frihet, värdighet och rättvisa, utan för att mänskliga rättigheter i vissa fall kan tänkas leda till motsatt effekt än det eftersträlvade syftet som är att skydda individer från övergrepp.

I den här uppsatsen kommer mänskliga rättigheters relation till arbetsrätten att diskuteras. Jag har tagit mig för att undersöka hur de två rättsområdena förhåller sig till varandra, framförallt hur den förra inverkar på den senare. Det blir här fråga om att undersöka vad som sker när en primärt individbaserad, rättslig diskurs möter ett kollektivt präglad rättsområde.

En sådan undersökning kan göras genom att studera rätten i traditionell bemärkelse, vilket är vad jag har gjort i det här arbetet. För att studien ska bli meningsfull tror jag att det är avgörande att även betrakta underliggande, sociala och ekonomiska faktorer. Inte minst anser jag att det är viktigt att undvika att granska rätten isolerat från sitt sammanhang. Jag är nämligen av uppfattningen att rätten i högsta grad är politisk och ideologisk. Med andra ord vänder jag mig mot föreställningen om en neutral rätt som vilar ovanför samhällets olika sociala och ekonomiska konflikter.

Det kan tyckas vara ett djärvt antagande, men jag vill hävda att den motsatta och betydligt vanligare utgångspunkten, att rätten kan förstås i sig, är till lika stor del ett ställningstagande. Jag vill därför studera mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten med en metod som tar i beaktande sociala, ideologiska och politiska implikationer. Rätten uttrycker sociala relationer och konflikter, samtidigt som den upprätthåller en viss social och ekonomisk ordning. Denna ordning vill jag se närmare på, och för ändamålet är ett kritiskt, marxistiskt perspektiv värdefullt.

Genom en marxistisk (eller *historiematerialistisk* för att tala med Marx själv) analys går det att sätta den rättsliga utvecklingen i ett sammanhang som tar hänsyn till sociala, ekonomiska och ideologiska aspekter. Jag anser att rätten alltför sällan behandlas som ett politiskt fenomen, och jag tror att rättsvetenskapen hade varit behjälpt av en mer kritisk diskussion. Det är min förhoppning att detta arbete kan vara ett, om än blygsamt, bidrag till en sådan diskussion.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med det här arbetet är att undersöka hur tillämpningen av mänskliga rättigheter på den svenska arbetsmarknaden har inverkat på den kollektiva arbetsrätten och styrkeförhållandet mellan parterna på arbetsmarknaden.

Uppsatsen syftar också till att kritiskt granska relationen mellan den rättsliga utvecklingen och den underliggande sociala och ekonomiska konflikten mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det blir här fråga om att, med marxistiska termer, förstå hur rätten och klasskampen påverkar varandra

Frågeställningarna blir således:

På vilka sätt inverkar mänskliga rättigheter på den svenska, kollektiva arbetsrätten?

Finns det en konflikt mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten? Hur inverkar den konflikten i så fall på styrkeförhållandet mellan parterna? Och hur kan denna konflikt förklaras utifrån ett kritiskt, marxistiskt perspektiv?

Vilka övriga konsekvenser följer ur mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten?

1.3 Avgränsningar

Mänskliga rättigheter är ett brett och svårbestämt begrepp som är vanskligt att få ett helhetsgrepp om. Det finns ett mycket stort antal internationella instrument som har olika rättsliga ställning och som ibland dessutom står i konflikt med varandra. Det har därför varit nödvändigt att avgränsa undersökningen till några valda instrument och bestämmelser. Arbetet kommer att fokusera på *Europakonventionen för mänskliga rättigheter* (EKMR). Särskilt konventionens artikel 11 och i någon mån artikel 1 i det första tilläggsprotokollet kommer att utgöra det primära föremålet för granskningen.

Valda konventioner från FN:s fackliga organ *International Labour Organisation* (ILO) kommer att nämnas översiktligt i den mån de inverkar på tillämpningen av EKMR. Vad gäller FN:s primära konventioner kommer dessa endast att diskuteras översiktligt. Likaså kommer konventioner som skyddar sociala och ekonomiska rättigheter att beröras översiktligt, främst för att illustrera konflikter och skillnader mellan olika kategorier av rättigheter och eventuella ideologiska undertoner.

Vad gäller EU-rätten kommer denna att diskuteras utifrån premissen att unionsrättens säregenhet i sig påverkar relationen mellan Europakonventionen och den svenska arbetsrätten. Det innebär att EU-rättens behandling av vissa kollektiva rättigheter, så som strejkrätten och rätten till kollektivavtalsförhandlingar, och dess förhållande till den fria rörligheten kommer att utgöra fokus för undersökningen.

Vad gäller svensk rätt är det den kollektiva arbetsrätten, främst strejkrätten och föreningsrätten (särskilt dess negativa form) samt i någon mån kollektiv-

avtalet som är föremål för granskning. Specifika bestämmelser i medbestämmandelagen (MBL), så som lex Laval kommer endast att beröras översiktligt. Detta beror dels på att lex Laval i skrivande stund genomgår stora förändringar, och dels på att jag anar att de mest betydelsefulla förändringarna har skett i utkanten av den uttryckliga regleringen.

1.4 Metod och material

1.4.1 Metod

För att utreda vilken inverkan mänskliga rättigheter har på den svenska arbetsrätten har jag undersökt vilka internationella instrument som kan tänkas vara relevanta. Av avgränsningen som diskuteras ovan framgår att fokus ligger på Europakonventionen för mänskliga rättigheter och dess relevanta artiklar. Eftersom frågeställningen även omfattar EU-rättens betydelse för EKMR:s inflytande på svensk rätt har jag också undersökt hithörande EU-rättsliga bestämmelser.

Både vad gäller Europakonventionen och EU-rätten har undersökningen till stor del skett genom rättsfallsanalys. Domstolarnas respektive tolkningsmetoder har granskats för att utröna vilka skillnader som finns mellan dem och hur denna divergens i sin tur påverkar den svenska, kollektiva arbetsrätten.

Även om det faller något utanför den metod jag själv har tillämpat, vill jag nämna att EU-domstolen särskilt förknippas med en teleologisk, eller ändamålsenlig, tolkningsmetod med den fria rörligheten som utgångspunkt. Domstolens övergripande mål är att skapa en inre marknad. Det är utifrån denna premiss som dess praxis måste förstås.¹

Det är viktigt att understryka att den EU-rättsliga metoden även påverkar den svenska rättstillämpningen på så sätt att domstolar och myndigheter har en skyldighet att tillämpa en EU-konform tolkning i den mån det är fråga om EU-rättsliga beröringspunkter.²

Europadomstolens tolkningsmetod står närmare de folkrättsliga principer som följer av artikel 31 i *Wienkonventionen om traktaträtten*. Domstolen tillämpar främst en teleologisk tolkningsmetod med hänsyn till bestämmelsens ordalydelse och sammanhang, och mot bakgrund av dess ändamål och syfte.³ Genom att EKMR är inkorporerad i svensk rätt ska konventionen tillämpas direkt av myndigheter och domstolar.

Vad gäller de svenska rättsfallen som förekommer i uppsatsen vill jag anmärka att både Högsta domstolens och Arbetsdomstolens praxis måste ses i ljuset av EU-domstolen och Europadomstolens rättstillämpning. Rättsfallsanalysen i den här uppsatsen kommer att omfatta domar från samtliga fyra, nämnda domstolar och måste därför betraktas som en helhet. På så sätt hoppas

¹ Reichel, 2014, s. 122.

² Reichel, 2014, s. 123.

³ Cameron, 2011, s. 75 f.

jag kunna ge en bild av rättsutvecklingen beträffande mänskliga rättigheters inverkan på den svenska arbetsrätten.

För att besvara frågeställningen som gäller den rättsliga utvecklingens relation till den materiella och ekonomiska basen utgår jag från en marxistisk och kritisk rättsteori och analytisk metod. I korthet går denna ut på att förklara rätten som en del av samhällets klasstruktur snarare än en neutral och medlande ordning. Avsikten är att analysera och förstå rättstillämpningen som ett uttryck för samhälleliga relationer och intressekonflikter.

Analysen har skett genom att utgå från kritiska diskussioner och kommentarer i doktrinen som särskilt berör frågan om mänskliga rättigheters relation dels till den materiella basen och dels till andra rättsområden såsom arbetsrätten. Med utgångspunkt i dessa diskussioner har jag försökt förstå den rättsliga utvecklingen ur ett historiematerialistiskt sammanhang.

1.4.2 Material

1.4.2.1 *Det historiska sammanhanget*

För att ringa in begreppet internationella mänskliga rättigheter och sätta det i ett historiskt perspektiv har jag i första hand vänt mig till Micheline Ishays *The History of Human Rights* och Håkan Hydéns artikel *Mänskliga rättigheter: Svenska regelsystem med internationella kopplingar*. Ishays arbete måste betraktas som ett standardverk vad gäller den historiska beskrivningen av mänskliga rättigheter. För att bredda perspektivet har jag även utgått från Ed Bates och Samantha Bessons artiklar i Moecklis standardverk *International Human Rights Law* samt i mindre utsträckning Michael Hass *International Human Rights*. Samuel Moyns *The Last Utopia* har bidragit med kritiska infallsvinklar på de historiska aspekterna av redogörelsen. Därmed känner jag mig trygg med att mänskliga rättigheter fått en rättvis behandling i det här arbetet.

För att förstå arbetarrörelsens framväxt och sätta arbetsrätten i ett historiskt perspektiv har Yvonne Hirdmans *Vi bygger landet* varit betydelsefull. Även Per Eklunds *Rätten i klasskampen* och Håkan Gabinus Göransson *Kollektivavtalet som fredspliktinstrument* har bidragit med värdefulla insikter för redogörelsen, liksom i mindre utsträckning Axel Adlercreutz *Svensk arbetsrätt*. Även Niklas Bruuns *Kollektivavtal och rättsideologi* har viss utsträckning konsulterats. Valet av källor speglar ansatsen att förklara rättsutvecklingen från ett historisk och mer kritiskt perspektiv, utan att för den saken skuldlora förankringen i de etablerade källorna beträffande arbetsrätten i Sverige.

1.4.2.2 *Marxistiska och kritiska perspektiv*

För att etablera ett marxistiskt perspektiv på rätten har jag endast i begränsad utsträckning vänt mig till Marx egna verk, *On the Jewish Question* och *Critique of the Gotha Program* samt *Kommunistiska manifestet*. Istället har Alan Hunts *Marxist Theory of Law* och Hugh Collins *Marxism and Law* spelat en betydligt större roll för den här uppsatsen. Detta kan förklaras med att Marx skrev förhållandevis lite om rättsliga frågor. I övrigt har jag hämtat mycket

material från de diskussioner som har förts bland vänsterorienterade akademiker gällande marxistiska perspektiv på rätten, rättigheter och mänskliga rättigheter. Här har debatten som har först sedan 80-talet mellan teoretiker som Steven Lukes, Amy Bartholomew, Brad Roth, Drucilla Cornell utgjort ett välkommet bidrag. Claire Cutlers artikel *Gramsci, Law and the Culture of Global Capitalism* har bidragit till redogörelsen för rättens relation till ideologi och särskilt begreppet hegemoni. Genom att försöka ringa in en större diskussion om den marxistiska doktrinenens förhållningssätt till rätten har jag velat anlägga ett bredare perspektiv utan att fastna i en alltför snäv eller dogmatisk uppfattning.

Vad gäller Critical Legal Studies, har Duncan Kennedys *The Critique of Rights in Critical Legal Studies* utgjort en viktig resurs. Kennedy tillhör förgrundsgestalterna inom rörelsen, och det har därför varit givet att ägna hans kritiska arbete om rättigheter uppmärksamhet. Även Wendy Brown har bidragit stort till det kritiska perspektivet på mänskliga rättigheter med texten *The Most We Can Hope For?* Vad gäller de mer allmänna delarna av redogörelsen för Critical Legal Studies har Brian Bix bidragit med *Jurisprudence*, liksom Guyora Binder med *Critical Legal Studies*.

1.4.2.3 Allmänt om mänskliga rättigheter och arbetsrätten

Avsnitt fyra består dels av en allmän redogörelse och dels av en problematiserande diskussion om relationen mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Den allmänna delen redogör för de primära rättskällorna där de två rättsområdena överlappar. FN:s viktigaste instrument kommer att diskuteras samt i större utsträckning Europarådets konventioner, i synnerhet *Europakonventionen för mänskliga rättigheter* (EKMR). Därutöver kommer några av de viktigaste rättsfallen inom Europadomstolens praxis beträffande fackliga rättigheter att presenteras. För en allmän beskrivning av Europarådet och dess två viktigaste konventioner har jag utgått från Iain Camerons *An introduction to the European Convention on Human Rights* samt Carole Benelhocines *The European Social Charter*.

För att granska och problematisera den allmänna relationen mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten har jag undersökt diskussionen som har förts inom den internationella forskningsmiljön de senaste decennierna. Här har Fenwich och Novitz samlingsvolym *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation* utgjort ett välkommet bidrag. Även utbytet mellan Hugh Collins och Virginia Mantouvalou har varit värdefullt för att diskutera den något problematiska relationen mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Polemiken mellan Jay Youngdahl och Lance Compa har bidragit med kritiska perspektiv som även berör förhållandet mellan sociala och ekonomiska relationer å ena sidan och den rättsliga utvecklingen å andra sidan.

1.4.2.4 Mänskliga rättigheter, EU-rätten och svensk rätt

Den del av uppsatsen som undersöker utvecklingen i svensk rätt bygger, som har nämnts ovan, främst på en studie av ett antal rättsfall. Vad gäller Europadomstolens praxis har *Gustafsson-* och *Edvaldsson-målen* granskats i större detalj, medan domarna *Demir and Baykara v Turkey*, *Enerji Yapi-Sol Sen v. Turkey* och *RMT v UK* diskuteras mer översiktligt. Andra relevanta rättsfall

nämns i förbigående. Camerons ovan anförda standardverk har varit betydelsefullt för att förstå de mer allmänna delarna av Europakonventionen och Europadomstolen samt domstolens tolkningsmetoder.

För att förstå hur EU-rätten inverkar på den svenska arbetsrätten och Europakonventionen har jag granskat EU-domstolens domar i Laval- och Viking-målen. Som stöd för analysen har jag lutat mig mot Nyströms *EU:s arbetsrätt*, Mats Glavås *Arbetsrätt* samt Adlercreutz *Svensk arbetsrätt*. För kritiska perspektiv på domarna har jag vänt mig till Keith Ewing och John Hendys *International Litigation Possibilities* samt Novitz och Syrpis *Giving with the One Hand and Taking with the Other: Protection of Workers' Human Rights in the European Union*. Örjan Edströms *The Right to Collective Action – in Particular the Right to Strike – as a Fundamental Right* har bidragit till att bredda den kritiska diskussionen om EU-rättens relation till Europakonventionen, särskilt i ljuset av Laval- och Viking-målen. ILO:s expertkommittés rapport från 2010 som riktade skarp kritik mot Lavaldomen har också behandlats.

Vad gäller diskussionen kring den negativa föreningsrätten har utöver Europadomstolens dom i Gustafsson-målet även Arbetsdomstolens dom i fallet *Kellerman* granskats. För att utröna konsekvenserna för svensk rätt har jag igen tagit hjälp av Glavå och Adlercreutz, men även Kent Källström, Jonas Malmberg och Sören Ömans *Den Kollektiva arbetsrätten* och Tore Sigeman och Erik Sjärdins *Arbetsrätten: en översikt* har medverkat i diskussionen. Sigeman har också lämnat ett välkommet bidrag till redogörelsen med *Gustafsson-domens konsekvenser*. Vad gäller diskussionen om Evaldsson-domen och granskningsavgifter bygger den i stor utsträckning på Källström, Malmberg och Ömans samt Glavå.

När det kommer till domen NJA 2015 s. 899 som gäller skadestånd för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder i strid med Europakonventionen vill jag notera att jag själv skrev en kortare uppsats om fallet hösten 2016. Avsnittet i det här arbetet är i någon mån en vidareutveckling av det tidigare arbetet, men materialet är omarbetat i en sådan utsträckning att det måste anses vara fråga om en helt ny utredning. Eftersom fallet för oss in på den utomobligatoriska skadeståndsrättens område har jag konsulterat Jan Hellner och Marcus Radetzki's *Skadeståndsrätt* för att reda ut rättsläget beträffande skadestånd för ren förmögenhetsskada som har uppkommit i samband med kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder. Även Sigemans *Grundlagsskydd för facklig stridsrätt* har bidragit till diskussionen liksom ovan anförda verk av Glavå, Källström och Sigeman. För kritiska perspektiv på domen har jag utgått från Niklas Selberg och Erik Sjärdins artikel *Stridsåtgärder i Högsta domstolen*. Slutligen har Clarence Crafoord och Sebastian Scheimans *Skadeståndsskyldighet vid rättighetskränkningar* bidragit till att nyansera den kritiska diskussionen.

1.5 Teori

Jag har valt att analysera mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten utifrån ett marxistiskt, eller historiematerialistiskt perspektiv. Jag kommer

även att utgå från Critical Legal Studies mer utförliga kritik mot rättighetsdiskursen i allmänhet och mänskliga rättigheter i synnerhet.

Genom att anlägga ett historiematerialistiskt perspektiv vill jag sätta konflikten i ett materiellt sammanhang. Med det menar jag att jag hoppas kunna förklara hur mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten är ett uttryck för förändringar i relationerna mellan arbetsgivar- och arbetstagsidan.

Framförallt bidrar den historiematerialistiska teorin analysen med ett kritiskt perspektiv på rättens förhållande till sociala relationer. Dessa kritiska perspektiv kommer att utvecklas i avsnitt tre.

1.6 Disposition

Uppsatsen börjar i avsnitt två med en historisk bakgrund till arbetets två primära teman, mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Tanken är inte att teckna en rättslig kronologi, utan snarare att sätta begreppen i ett historiskt, materiellt sammanhang.

Därefter kommer jag i avsnitt tre att redogöra för uppsatsens teoretiska utgångspunkter. Här anläggs ett marxistiskt, kritiskt perspektiv på rätten i allmänhet och mänskliga rättigheter i synnerhet.

I avsnitt fyra kommer jag att redogöra för hur arbetsrätten förhåller sig till internationella mänskliga rättigheter i praktiken. Det är här fråga om att granska de främsta internationella konventionerna för att bringa klarhet i överlappningen mellan de två rättsområdena. Avsnittet avslutas med en kritisk diskussion som problematiserar relationen.

Därefter riktas, i avsnitt fem, uppmärksamheten mot den svenska arbetsrätten för att utröna hur mänskliga rättigheter tillsammans med EU-rätten inverkar på svenska förhållanden.

Slutligen, i avsnitt sex, för jag en diskussion om vilka slutsatser som kan dras av materialet som har granskats.

2 Historiska utgångspunkter

I det här avsnittet vill jag med breda penseldrag teckna en historisk bakgrund till två av uppsatsens centrala teman, nämligen mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Det är inte frågan om att skriva någon fullständig eller ens översiktlig kronologi. Jag vill hellre försöka ge en bild av dess ursprung. Mitt fokus i det här avsnittet är därför på det materiella sammanhanget i vilket mänskliga rättigheter och arbetsrätten växte fram.

2.1 Mänskliga rättigheter

2.1.1 Perspektiv på begreppet mänskliga rättigheter

Universella mänskliga rättigheter är ett svårbestämt begrepp. Att ringa in det rent semantiskt är kanske inte så komplicerat. Det är rättigheter som tillkommer alla människor, som varje individ kan göra anspråk på gentemot den offentliga makten.⁴ Beroende på utgångspunkt kan den vidare beskrivningen variera.

Jag kommer här diskutera några vanliga ingångar för att ringa in vad som kan betraktas som en generell uppfattning av mänskliga rättigheter. Nämnvärt är att det inte saknas kritik mot det allmänt vedertagna begreppet. Denna kritik kommer jag endast kortfattat att nämna här. I avsnitt 3 kommer jag sedan att fördjupa mig i två kritiska perspektiv, nämligen en marxistisk uppfattning av rättigheter och Critical Legal Studies rättighetskritik.

Mänskliga rättigheter kan betraktas som ett rättsligt fenomen. En väsentlig del av det här arbetet kommer att diskutera mänskliga rättigheter från detta perspektiv, i synnerhet hur de påverkar den svenska arbetsrätten. Med en sådan utgångspunkt handlar saken om att utreda vad som är gällande rätt, det vill säga att närma sig mänskliga rättigheter från ett rättsdogmatiskt perspektiv vilket handlar om att granska relevanta instrument och diskutera hithörande rättspraxis. En väldigt allmänt hållen översikt över de mest centrala MR-instrumenten tecknas strax nedan. I senare avsnitt kommer utvalda bestämmelser som är relevanta för arbetsrätten och detta arbete diskuteras mer ingående.

Ett annat perspektiv på mänskliga rättigheter är det filosofiska. Besson hävdar att MR-diskursen i större utsträckning måste bygga på moralisk basis. Moralfilosofi är med andra ord en källa för att uttolka mänskliga rättigheter.⁵ En fråga som inställer sig är då hur man fastställer vad som är en moralisk korrekt uppfattning. Haas menar att så sker genom argumentation, genom hänvisning till principer om rättvisa och frihet och liknande. Detta är ett rationalistiskt sätt att närma sig frågan. Genom förnuft framgår vad som är rätt.⁶

⁴ Staaf & Zandelin, 2011, s. 9.

⁵ Besson, 2014, s. 35 f.

⁶ Haas, 2013, s. 3.

Mänskliga rättigheter kan sägas vara präglad av naturrättsliga tankesätt, det vill säga att det existerar oavsett vilka rättsakter som finns. De är, med andra ord, givna av naturen. Enligt Haas måste mänskliga rättigheter vara medfödda, vilket skiljer dem från förvärvade rättigheter.⁷ Det framgår också av att vi klassificerar mänskliga rättigheter som *universella*. Ibland kan mänskliga rättigheter ha en religiös prägel. Egendomsrätten hängde länge intimt samman med religiösa påbud, exempelvis ”du skola icke stjäla”.⁸

Ett motstående perspektiv vore att betrakta mänskliga rättigheter som ett uttryck för de förhärskande värderingarna i en given tidsålder. Under 1700- och 1800-talen betraktades rätten till egendom som absolut medan rösträtten var ett privilegium som skulle förtjänas, vanligen genom förvärvandet av egendom, vanligen. Detta hänger samman med kapitalismens utveckling och borgklassens framväxt.⁹ Här menar Moyn att rättigheten i fråga snarare avsåg att förtrycka människor utan egendom.¹⁰ Tiderna har ändrats sedan dess och rösträtten betraktas numera som universell, åtminstone för vuxna, ofta förenat med krav på medborgarskap.

Ett annat betraktelsesätt värt att nämna är att se på mänskliga rättigheter som en del av den enskildes relation till makten och inte minst till staten. Faktum är att just staten har varit en viktig del av rättighetsutvecklingen. Å ena sidan har mänskliga rättigheter många gånger syftat till att skydda människor mot statsmakten, exempelvis genom rätten till habeas corpus, det vill säga att framträda framför domstol. Å andra sidan har just staten många gånger utgjort grunden för att skydda och utveckla dessa rättigheter.¹¹

Det finns otaliga filosofiska perspektiv och inte minst ideologiska grunder för mänskliga rättigheter som är intressanta. Individuella rättigheter och liberalismen har en intimt sammanvävd historia som jag kommer att återkomma till flera gånger under arbetet. Hydén diskuterar blåa och röda mänskliga rättigheter, där de förstnämnda innefattar främst individuella, civila och medborgarligen rättigheter (rösträtt, rätten till egendom, föreningsfrihet, etc.) medan den senare handlar om kollektiva, sociala rättigheter (rätten till arbete, sociala förmåner, sjukvård, etc.). Färgerna knyter an till kalla krigets ideologiska konflikt mellan det blåa, kapitalistiska väst och det röda socialistiska öst.¹²

Slutligen vill jag nämna det samhällsvetenskapliga perspektivet som betraktar mänskliga rättigheter som ett socialt och politiskt fenomen snarare än en strikt rättslig företeelse.¹³ Att MR används för att mobilisera i politiska och ideologiska syften är en fråga som kommer att diskuteras i flera avsnitt av det här arbetet.

⁷ Haas, 2013, s. 2.

⁸ Ishay, 2008, s. 90.

⁹ Ishay, 2008, s. 98.

¹⁰ Moyn, 2012, s. 17.

¹¹ Moyn, 2012, s. 19 f.

¹² Hydén, 2011, s. 27 f.

¹³ Hydén, 2011, s. 40.

2.1.2 Bakgrund och historia

Den som vill beskriva mänskliga rättigheters historia ställs inför samma problem som den som vill ringa in begreppet, nämligen att historiebeteckningen till stor del beror på vilken utgångspunkt som väljs. Om historien ska berättas med utgångspunkt i att människor besitter av naturen givna rättigheter, finner vi begynnelsen i de grekiska stadsstaterna och stoikerna. Men det finns även embryon till konceptet med rättigheter i de flesta antika civilisationer, exempelvis i den judiska Torahn och Mohammads konstitution för Medina, liksom i den kristna traditionen.¹⁴

Om vi istället för ett naturrättsligt fenomen betraktar mänskliga rättigheter som en inskränkning av den överordnades makt, skulle redogörelsen kunna börja med Hamurabis lag i Babylonien som innehöll flera processuella skyddsbestämmelser.¹⁵ För europeisk del skulle *magna carta*¹⁶ utgöra en milstolpe.¹⁷ Vanligare är förmodligen att beskriva mänskliga rättigheter med utgångspunkt i upplysningens Europa, vilket är den utgångspunkt jag har valt här. Valet beror på att det först är i samband med upplysningen som rättighetsdiskursen börjar bli relevant ur ett nutida, ideologiskt perspektiv som även omfattar arbetarrörelsens framväxt.

Redan i slutet av 1600-talet krävde den brittiske filosofen John Locke att individen skulle ges rätt till religionsfrihet.¹⁸ Thomas Jefferson i USA inspirerades av Locke och krävde i tillägg till religionsfrihet även pressfrihet och samvetsfrihet. Staten skulle i det nya landet hållas separat från kyrkan, vilket framgick av konstitutionen som antogs 1787. Samlingen tillägg till den amerikanska konstitutionen, *Bill of Rights*, som antogs några år senare garanterade därutöver en rad civila och medborgerliga rättigheter.¹⁹

I Frankrike fördes liknande diskussioner om mänskliga rättigheter så som yttrandefrihet, religionsfrihet, och rätten till egendom. Dessa utmynnade i *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*²⁰ som antogs några år efter amerikanska Bill of Rights.²¹ Här vill jag understryka att det inte var fråga om rättigheter för alla, varken i USA eller i Frankrike. Det handlade med andra ord inte om universella rättigheter. Kvinnor och icke-vita personer hade vanligtvis inte rösträtt och i USA var rättigheterna strikt kopplade till egendomsrätten.

Jag vill belysa just egendomsrättens centrala betydelse för Locke och samtida upplysningsfilosofer. Egendom var en förutsättning för flera civila och politiska rättigheter som snarare kunde beskrivas som privilegier. Detta måste betraktas som ett uttryck för kärnan i den liberala ideologin, att ekonomisk aktivitet ger upphov till frihet.²² Egendomsrättens ideologiska betydelse

¹⁴ Bates, 2014, s. 16.

¹⁵ Bates, 2014, s. 16.

¹⁶ Svenska: *Det stora fördraget*.

¹⁷ Haas, 2013, s. 46.

¹⁸ Ishay, 2008, s. 78.

¹⁹ Ishay, 2008, s. 80.

²⁰ Svenska: *Deklarationen om människans och medborgarens rättigheter*.

²¹ Ishay, 2008, s. 81.

²² Ishay, 2008, s. 92 ff.

hängde samman med kapitalismens utveckling och inte minst den nya borgarklassens strävan att hävda sig.

2.1.3 Några viktiga instrument

Om vi närmar oss samtiden kan redogörelsen ta vid någon gång efter andra världskriget. Frågan huruvida rättighetsdiskursen som växte fram efter 1940-talet utgör en separat utveckling som inte hänger samman med upplysningens rättigheter är förvisso intressant, och Moyn har bidragit till att fördjupa diskussionen på området, men jag kommer här inte att gå närmare in på saken.²³ Det är under efterkrigstiden som det mellanstatliga skyddet för mänskliga rättigheter utvecklades genom de idag relevanta instrumenten, exempelvis *FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna*²⁴ och *Europakonventionen för mänskliga rättigheter*.²⁵ Detta beskrivs av Hydén som att rättigheterna lämnar sitt naturrättsliga ursprung och antar en folkrättslig karaktär.²⁶

Här vill jag först nämna en vanlig kategorisering mellan olika grupper av rättigheter som också speglas i de olika konventionerna. Som jag diskuterade ovan talar Hydén om blå och röda rättigheter, där de blå representerar civila och politiska rättigheter och de röda innefattar sociala och ekonomiska rättigheter. Dessa beskrivs vanligen som första och andra generationens rättigheter. Numera talas det också om tredje generationens rättigheter, eller med Hydéns ord, *gröna rättigheter*, som inriktar sig på rätten till miljö, fred och hållbar utveckling.²⁷

De olika kategorierna har också gett upphov till olika konventioner. Allmänt kan sägas att den första generationens rättigheter åtnjuter det starkaste skyddet. Sociala rättigheter finns visserligen reglerade, men med påfallande mindre utvecklade processuella skyddsmekanismer. Tredje generationens rättigheter är i särklass minst reglerade. Den fortsatta diskussionen kommer att fokusera på de två första kategorierna.

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna innehåller primärt första generationens rättigheter. Här finns exempelvis rätten till liv och säkerhet (artikel 3), rätten till rättvis behandling inför en opartisk domstol (artikel 10-11), rätten till privatliv (artikel 12), rätten till egendom (artikel 17), rätten till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet (artikel 18), sätten till åsiktsfrihet (artikel 19), samt rätten till föreningsfrihet (artikel 20). Även sociala rättigheter nämns i förklaringen, exempelvis rätten till social trygghet (artikel 22), rätten till arbete (artikel 23), rätten till en skälig levnadsstandard (artikel 25), rätten till utbildning (artikel 26). Viktigt att notera är att FN:s allmänna förklaring inte är bindande.

²³ Moyn, 2012, s. 40.

²⁴ *Universal Declaration of Human Rights*. Antagen i Paris 1948.

²⁵ *European Convention on Human Rights*. Antagen i Rom 1950. Inkorporerad i svensk rätt genom SFS 1994:1219.

²⁶ Hydén, 2011, s. 25.

²⁷ Hydén, 2011, s. 27 f.

På 60-talet antogs FN:s *Internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter*.²⁸ Samtidigt antogs *Konventionen om ekonomiska, sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter*.²⁹ Här ser vi uppdelningen mellan första och andra generationens rättigheter. Det är främst i den senare som de arbetsrättsliga relevanta bestämmelserna finns. Samtidigt är det värt att notera att det finns betydande skillnader mellan de två konventionerna vad gäller processuella skyddsmekanismer. Konventionen om civila och politiska rättigheter övervakas av *FN:s kommitté för mänskliga rättigheter*. Kommittén rapporterar regelbundet om staternas efterlevnad av konventionen. Utöver rapportering finns även möjlighet för enskilda att vända sig direkt till kommittén med klagomål. Detta skiljer den från den sociala konventionens övervakningsmekanism. Konventionen för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter övervakas också av en kommitté som dock är begränsad till rapportering och som inte tar emot enskilda klagomål.³⁰

För Sveriges del har Europakonventionen för mänskliga rättigheter troligtvis haft större betydelse för MR-diskursens genomslag i svensk rätt. Konventionen antogs 1950 av Europarådet som bildades efter 2:a världskriget med syfte att verka för mänskliga rättigheter i Europa. Detta skedde inte utan en ideologisk underton där en viktig funktion var att skydda västerländska, liberala värderingar mot den sovjetdominerade kommunismen.³¹ Europakonventionen bygger på FN:s allmänna förklaring med den viktiga skillnaden att EKMR är bindande för fördragsstaterna. Det kan noteras att det var den första bindande MR-konventionen.³² Det ska också nämnas att EKMR genom 2 kap 19 § regeringsformen (RF) utgör gällande svensk rätt. Europadomstolens praxis är därför inte bara bindande men också direkt tillämplig i Sverige.

Redan från början diskuterades sociala rättigheter i Europarådet, men det befanns omöjligt att införa dessa i en och samma konvention tillsammans med de civila och politiska rättigheterna. Istället antogs *Europeiska sociala stadgan* 1961.³³ Stadgan innehåller främst ekonomiska och sociala rättigheter. På så sätt påminner Europarådets två primära konventioner om FN:s uppdelning mellan civila och medborgerliga rättigheter å ena sidan och sociala rättigheter å andra sidan.³⁴

Europakonventionens efterlevnad upprätthålls främst genom Europadomstolen som har till uppgift att döma i mål om konventionsstaternas brott mot konventionens bestämmelser. Domstolens praxis är bindande för staterna och kommer att diskuteras där den är relevant för uppsatsens frågeställningar. Europadomstolen har i en serie domar fastställt att vissa fackliga rättigheter

²⁸ *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). Antagen i New York 1966. SÖ 1971:42.

²⁹ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR). Antagen i New York 1966. SÖ 1971: 41.

³⁰ Hydén, 2011, s. 43 f.

³¹ Cameron, 2011, 35 f.

³² Cameron, 2011, s. 41 f.

³³ *European Social Charter*. Först antagen 1961. Reviderad version antagen i Strasbourg 1996. SÖ 1998:35. Se även Benelhocine, 2012, s. 12 ff.

³⁴ Benelhocine, 2012, s. 12

som strejkrätten omfattas av konventionens skydd. Samtidigt har samma rättigheter inskränkts av domstolen genom att andra rättigheter, exempelvis arbetsgivares egendomsskydd och rätt till föreningsfrihet, har ställts mot dessa. Detta är en fråga som kommer att diskuteras ingående nedan.

Liksom övervakningsmekanismerna hos FN:s konventioner har EKMR, som främst skyddar civila och politiska rättigheter, ett betydligt starkare skydd genom Europadomstolen än de sociala rättigheterna som återfinns i *Europeiska sociala stadgan*. Stadgan övervakas av *Europeiska kommittén för sociala rättigheter*. Kommittén kan endast utfärda icke-bindande uttalanden och ägnar sig till stor del åt övervakning och rapportering av staternas efterlevnad av stadgan. Samtidigt ska det understrykas att den sociala stadgan liksom EKMR är bindande.³⁵

Slutligen vill jag nämna International Labour Organization (ILO) som grundades redan 1919 efter första världskriget i samband med FN:s föregångare Nationernas Förbund (NF). NF misslyckades att bringa fred till Europa och upplöstes sedermera. ILO bestod däremot och utgör numera FN:s fackliga organ. Organisationen har antagit en rad konventioner på arbetsrättens område. Några som återkommer i detta arbete är *Konvention nr 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten*³⁶ och *Konvention nr 98 om tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten*.³⁷ ILO:s konventioner blir betydelsefulla bland annat genom att Europadomstolen uttryckligen hänvisar till dem. I rättsfallet *Demir and Baykara v Turkey* förklarade exempelvis domstolen att rätten till fackliga förhandlingar endast får inskränkas i enlighet med ILO Konvention nr 87.³⁸ Knutet till ILO är den så kallade Expertkommittén som regelbundet rapporterar om hur medlemsstaterna efterföljer konventionerna. Det finns också möjlighet för nationella arbetsgivarorganisationer och fackföreningar att till ILO anmäla vissa överträdelser av konventionerna.³⁹

2.2 Arbetarrörelsens framväxt

2.2.1 Det industriella genombrottet

När mänskliga rättigheter formulerades i samband med upplysningen var dessa intimt sammankopplade med nationalstaten och den framväxande borgarklassen. Den ekonomiska utvecklingen präglades av kapitalismens intåg. Ekonomin var dessförinnan strikt ordnad i skrän⁴⁰ och regelsystem. Att bed-

³⁵ Benelhocine, 2012, s. 44.

³⁶ *Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*. Antagen i San Francisco 1948. SÖ 1949:75.

³⁷ *Convention concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively*. Antagen i Geneve 1949. SÖ 1950:112.

³⁸ Nystöm, 2011, s. 93.

³⁹ Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 143.

⁴⁰ Ett skrän var en organisation för hantverkare inom en viss näring som avgjorde vem som fick bedriva verksamhet inom den branschen.

riva näringsverksamhet inom ett skrå var ett privilegium som var hårt reglerad. När kapitalismen utvecklades kom den i konflikt med skråordningarna.⁴¹ Den tidiga manufakturen delade nämligen upp produktionsprocessen på olika hantverkare, vilket hindrades av regleringssystemet. Därför var näringsfrihet, egendomsrätt och avtalsfrihet så avgörande för borgarklassen. Friheten att utnyttja sin egendom och ingå i avtal med vem som helt var förutsättningar för att ekonomin skulle utvecklas. Dessa friheter möjliggjorde också industrialismens genombrott.⁴² Här framgår också varför egendomsrätten var så avgörande för borgarklassen.

Rättigheterna som uppstod i samband med upplysningen var ideologiskt präglade och hade sin materiella bas i den ekonomiska utvecklingen. Uppgörelsen med det gamla skråväsendet fullbordades under 1800-talet i Europa och präglades av att avtalsfrihet, näringsfrihet och liberalism samverkade. Den liberala individualismen kom att dominera synen på rättigheter och frihet.⁴³

Med industrikapitalismens genombrott uppstod också proletariatet, eller arbetarklassen. Denna nya klass kom främst från landsbygden, då förändringar inom jordbruket gjorde att de tvingades söka sig till städerna för att finna försörjning. Där kom de att arbeta inom den snabbt växande industrin, ofta under vedervärdiga förhållanden. Det var en ny sorts fattigdom i en sällan skådad omfattning. Tonsättaren Erik Gustaf Geijer talade om den nya arbetarklassen i Sverige som en slavklass.⁴⁴

Det var fram till 1880-talet straffbart att vara arbetslös. Den som saknade intyg på fast arbete kunde skickas till tvångsanstalt eller armén. De som hade arbete kunde få slita uppemot 17 timmar per dag till orimligt låga löner. Bostadsbristen och trångboddheten i städerna var fruktansvärd. Alkoholism, prostitution och hemlöshet var utbredd. Tillvaron för en arbetare på 1800-talet i Sverige förefaller ha varit en obönhörlig kamp för överlevnad.⁴⁵

Hela Europa genomgick en liknande utveckling. Den gamla samhällsstrukturen slogs sönder och miljontals människor kastades ut i den nya, proletära tillvaron. Samtidigt syntes i början av 1800-talet de första tecknen på att arbetarklassen organiserade sig. Redan 1820, när förbudet mot att bilda fackföreningar hade upphävts i England grundades de första arbetarorganisationerna. Krav ställdes på åtta timmars arbetsdag och allmän rösträtt. De första socialistiska anspråken formulerades.⁴⁶

Det var ofta en kamp mot befintliga rättigheter, så som egendomsskyddet, som i praktiken upprätthöll den rådande ekonomiska ordningen. Jag har visat ovan att många civila rättigheter snarare antog formen av privilegier för den nya borgarklassen. Arbetarklassen som saknade egendom var i stort utestängd från upplysningens ideal.⁴⁷

⁴¹ Hirdman, 1990, s. 16.

⁴² Göransson, 1988, s. 45 f.

⁴³ Eklund, 1974, s. 214.

⁴⁴ Hirdman, 1990, s. 16.

⁴⁵ Hirdman, 1990, s. 17 f.

⁴⁶ Hirdman, 1990, s. 20.

⁴⁷ Moyn, 2012, s. 35.

Från arbetarrörelsens perspektiv framstod egendomsrätten snarare som en rätt att exploatera. På så sätt var striden ett uttryck för en ideologisk konflikt mellan kapitalet och de liberala rättigheterna å ena sidan och den socialistiska rörelsen å andra sidan. Arbetarrörelsen riktade ett angrepp på de sociala relationerna som upplysningens ideal och rättigheter upprätthöll och som var källan till dess armod och elände.⁴⁸ Den liberala ideologin som sådan sågs som en bidragande orsak till misären, fast Göransson menar att den endast var av sekundär karaktär. Istället var det avsaknaden av organisering inom arbetarklassen som bidrog till att situationen inte förbättrades.⁴⁹

Mot denna, liberala ideologi ställde arbetarrörelsen sin egen ideologi, nämligen den socialistiska, som förklarade att samhället består av klasser istället för blott fria individer. Dessa klasser uppstår beroende på deras relation till produktionsmedlen. De som äger kapital är en klass medan de som säljer sin arbetskraft men inte äger något kapital är en annan klass. Dessa klasser hade skilda intressen och ingick därför i en slags oförsonlig strid, eller kamp, med varandra. Faktum var, menade socialisterna, att hela den mänskliga historien hittills hade bestått av kamp mellan klasser. Klasskampen var den i särklass viktigaste drivkraften för samhällsutvecklingen.⁵⁰

I Sverige utbröt de första arbetarprotesterna i mitten av 1800-talet. Samtidigt uppstod de första arbetarorganisationerna.⁵¹ Statsmakten svarade som regel med vapen och repression.⁵² 1881 höll socialisten August Palm sitt berömda tal *Hvad vilja socialdemokraterna* i Malmö. Talet blev startskottet för den moderna, svenska arbetarrörelsen. Några år senare bilades Socialdemokratiska partiet och 1898 bildade socialdemokraterna den fackliga Landsorganisationen, LO.⁵³

2.2.2 Den svenska modellen växer fram

Strejkfriheten fick sitt formella genombrott i Sverige 1864 i samband med att näringsfrihetsförordningen antogs. Här är det viktigt att understryka att strejkrätten inte åtnjöt något vidare stöd av statsmakten. Det fanns en utbredd uppfattning att strejker inte fick störa den borgerliga samhällsordningen.⁵⁴ Den stora Sundsvallsstrejken som inträffade vintern 1878-1879 slogs ner med militär och kanonbåtar.⁵⁵

I takt med att arbetarrörelsen växte sig starkare ökade också motståndet mot strejkrätten från stat och arbetsgivare. Lagstiftning tillkom som försvårade för enskilda arbetstagare att delta i arbetsnedläggelse. De kunde utan vidare avskedas, vråkas och svartlistas på grund av facklig aktivitet.⁵⁶ Även fackföreningar ålades ansvar för arbetsfreden samtidigt som arbetsgivarens rätt att

⁴⁸ Moyn, 2012, s. 36.

⁴⁹ Göransson, 1988, s. 51.

⁵⁰ Marx, 1921, s. 22 ff.

⁵¹ Hirdman, 1990, s. 26.

⁵² Eklund, 1974, s. 78 f.

⁵³ Hirdman, 1990, s. 34 & 51 ff.

⁵⁴ Göransson, 1988, s. 87-95. Se även Eklund, 1974, s. 216.

⁵⁵ Hirdman, 1990, s. 29 f.

⁵⁶ Göransson, 1988, s. 103.

leda och fördela arbetet slogs fast. På straffrättens område kan nämnas den så kallade Åkarpslagen som tillkom 1899 och gjorde det straffbart tvinga eller ens försöka tvinga någon att delta i arbetsnedläggelse. Bara för en strejkande arbetare att tilltala en strejkbrytare kunde resultera i fängelse. Redan på sin tid betraktades Åkarpslagen som en ensidig och kontroversiell bestämmelse.⁵⁷

En viktig del av arbetarrörelsens kamp i Sverige under 1800-talet bestod i rätten att överhuvudtaget erkännas som föreningar. Som jag beskrev ovan motarbetades fackföreningarna aktivt av staten och fick utstå olika former av repression. Samtidigt vägrade arbetsgivarsidan att fackföreningarna. Anställningsavtal ingicks mellan enskilda, det vill säga mellan företaget och arbetaren. Det var inte tal om att fackföreningar skulle erkännas som part. Detta stred mot den liberala kontraktsrätten och den formella avtalsfriheten.⁵⁸

Föreningsrätten blev därför en viktig förutsättning för att arbetarrörelsen skulle kunna växa. Genom decemberkompromissen 1907 mellan LO och arbetsgivarföreningen SAF erkändes arbetsgivarens ledningsrätt mot att den fackliga föreningsrätten skulle lämnas okränkta. Det innebar i praktiken att fackföreningarna erkändes som motpart till arbetsgivarsidan och att uppsägningar inte fick ske på grund av facklig aktivitet.⁵⁹

På 1890-talet började kollektivavtalet göra inbrott på arbetsmarknaden. För arbetarrörelsen var detta ett sätt att råda bot på otryggheten som den enskilde arbetstagaren drabbades av under den liberala avtalsrätten. Kampen för att förmå arbetsgivarsidan att frångå den individuella kontraktsrätten och sluta kollektivavtal var hård. Förändring skedde långsamt.⁶⁰ Kollektivavtalet kan betraktas som det rättsliga uttrycket för arbetarrörelsens strävan.

Samtidigt diskuterades flitigt att rättsligt koppla strejkförbudet till kollektivavtalet. Förslaget från lagstiftaren var att förbjuda konfliktåtgärder under gällande avtalsperiod. Detta kom sedermera att bli den huvudsakliga metoden för att reglera och begränsa stridsåtgärder på arbetsmarknaden och är idag en allmänt accepterad del av den så kallade svenska modellen. Det kan nämnas att arbetarrörelsen länge var fientligt inställd till att inordna avtalssystemet i rättsordningen.⁶¹

Efter hand växte kollektivavtalen sig starkare och blev efter sekelskiftet i större utsträckning rikstäckande. Utvecklingen ledde till att relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare i allt större utsträckning kollektiviserades på så sätt att de anställda genom sin fackförening uppträdde som en samlad part.⁶²

Här formades de första delarna av det självreglerande system som idag utgör grunden för den svenska modellen som kan sägas bestå av följande karaktärsdrag. För det första har parterna en stor organisationsgrad. För det andra har

⁵⁷ Eklund, 1974, s. 217 & 303 f.

⁵⁸ Eklund, 1974, s. 214 ff.

⁵⁹ Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 28.

⁶⁰ Göransson, 1988, s. 160 f.

⁶¹ Göransson, 1988, s. 163 & 170.

⁶² Göransson, 1988, s. 161 & 403.

kollektivavtalen stor täckningsgrad. Och för det tredje är parterna i stor utsträckning självständiga.⁶³

I 1928 års kollektivavtalslag togs ett tidigt steg mot en kodifiering av systemet samtidigt som arbetsdomstolen inrättades som den primära, rättsvårdande institutionen på arbetsmarknaden. Relationerna mellan fackföreningsrörelsen och arbetsgivarsidan kom att formaliseras genom huvudavtalet 1938, också känt som Saltsjöbadsavtalet.⁶⁴

Det är värt att notera att arbetarrörelsen länge var starkt kritisk till att låta staten blanda sig i förhållandet mellan parterna på arbetsmarknaden. Den situationen måste nu sägas vara omvänd, där arbetstagsidan generellt är mer positiv till att reglera förhållandet.⁶⁵

⁶³ Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 34 f.

⁶⁴ Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 28 f.

⁶⁵ Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 18 f; Sigeman & Sjödin, 2013, s. 16 ff.

3 Kritiska perspektiv

Jag vill i det här avsnittet redogöra för uppsatsens teoretiska fundament. Här kommer jag också att anlägga det kritiska perspektiv som är tänkt att bidra till en djupare granskning av mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Den första delen diskuterar mänskliga rättigheter från ett marxistiskt perspektiv. Den andra delen fortsätter diskussionen genom en redogörelse för Critical Legal Studies kritik mot mänskliga rättigheter.

3.1 En marxistisk kritik

3.1.1 Inledande ord

Marxismens relation till mänskliga rättigheter är inte okomplicerad. För det första ägnade varken Karl Marx eller hans kompanjon Friedrich Engels någon större uppmärksamhet åt rättsliga frågor, och i den mån de gjorde det intog de ofta en starkt kritisk och avfärdande hållning. Detta har föranlett många, i synnerhet ortodoxa marxister att avfärda rättighetsdiskursen rakt av. Det ger i sin tur upphov till frågan vilket värde Marx har för att meningsfullt granska och anlägga ett kritiskt perspektiv på mänskliga rättigheter. Frågan är berättigad, i synnerhet mot bakgrund av realsocialismens misslyckande. Men för det första bör marxismen inte ses som en homogen och fixerad doktrin, trots vad somliga av dess företrädare kanske vill påskina, för det andra har den tämligen avfärdande inställningen till rättigheter kritiserats av marxistiska teoretiker. Detta kommer att redogöras för nedan. Samtidigt menar jag att de grundläggande dragen i den marxistiska teorin alltjämt besitter relevans för att förstå samhällsliga skeenden, även beträffande rätten. Men detta förutsätter att vi kan ringa in relationen mellan marxismen och rätten.

3.1.2 Allmänna drag i en marxistisk rättsteori

Att formulera en marxistisk rättsteori är ingen enkel uppgift. Som jag noterade ovan ägnade sig Marx inte åt att inkorporera rättsliga frågor i sin teori. Jag kommer här att ta hjälp av Hunt och i mindre utsträckning Collins för att konstruera en marxistisk rättsteori. För att göra detta måste vi kort diskutera de centrala dragen i den allmänna marxistiska teorin, eller historiematerialismen, för att tala med Marx.

3.1.2.1 Synen på kapitalismen och klassamhället

Den kanske mest centrala aspekten av den historiematerialistiska teorin är synen på klasser och klasskamp. Så här skrev Marx och Engels i Kommunistiska Manifestet: ”Alla hittillsvarande samhällens historia är klasskampens historia”.⁶⁶ Med klasser avses grupper av människor som har en gemensam relation till ekonomin genom ägande- och maktförhållande. Lönearbetare är

⁶⁶ Marx, 1921, s. 22.

en grupp medan kapitalägare är en annan, för att nämna två grupper. Samhället får sin karaktär delvis beroende på vilken relation klasserna har till varandra och till ekonomin, antingen att de äger kapital eller arbetar och/eller på andra sätt ingår i ekonomiska relationer till varandra.

Marx framhävde att klassernas relation till varandra genom historien har varit antagonistisk – mellan dem sker en ständig kamp som slutligen leder till att samhället omformas och uppstår i ny skepnad. Så gick slavsamhällena under liksom den feodala ordningen. Samma öde skulle också kapitalismen möta, menade Marx. Detta gör historiematerialismen till en teori om revolutionära processer som betingas av sociala klasser och klasskamp.⁶⁷

Karaktäristiskt för kapitalismen är att ekonomin präglas dels av kapitalägande och kapitalackumulation, och dels av lönearbete. I den kapitalistiska ekonomin produceras i huvudsak varor (vilket även innefattar tjänster) för att säljas. Lönen som utbetalas understiger det produktiva värdet av själva arbetet, varför relationen mellan kapitalister och arbetare enligt den marxistiska teorin präglas av exploatering.⁶⁸

Så ser, grovt förenklat, den rudimentära marxistiska förståelsen av den ekonomiska basen i kapitalismen ut.⁶⁹ Därtill finns en politisk, kulturell, juridisk överbyggnad som vilar på den materiella basen. Ett samhälles kulturella uttryck präglas av hur dess ekonomiska bas ser ut. Det finns med andra ord ett intimt samspel mellan den ekonomiska basen och dess överbyggnad.⁷⁰

Bas-överbyggnad-modellen är central inom den marxistiska teorin, men den är samtidigt omstridd. I sin mest oborstade form utmynnar den i en slags klassreduktionism som hävdar att överbyggnaden helt beror på basen. I andra, något mjukare varianter sägs basen vara slutgiltigt avgörande för hur överbyggnaden ter sig.⁷¹ För den fortsatta redogörelsen kommer jag följa Hunt och hellre utgå från en modernare och primärt relationsbaserad syn på hur rätten passar in i förhållandena mellan den ekonomiska basen och överbyggnaden.

3.1.2.2 Rätten och klassamhället

Hunts teori bygger på att rättsliga relationer är en specifik variant av de sociala klassrelationer som har beskrivits ovan. Genom lagen skapas juridiska subjekt. Dessa kan vara fysiska personer, men också företag eller andra ekonomiska eller politiska konstellationer. Juridiska subjekt tilldelas genom rätten olika status beroende på sammanhanget. Det kan handla om målsägande, fullmaktsinnehavare, ägare, och så vidare. Rättsligt handlande kan i sig skapa nya rättsliga relationer, exempelvis när en ideell förening eller ett företag konstitueras, men många gånger påverkar handlandet bara villkoren och omständigheterna i befintliga relationer.⁷²

⁶⁷ Marx, 1921, s. 23 ff.

⁶⁸ Marx, 1921, s. 32 ff.

⁶⁹ Här har jag inte fördjupat mig i aspekter som finansmarknader och globalisering.

⁷⁰ Eklund, 1974, s. 12 ff.

⁷¹ Hunt, 2010, s. 353 f.

⁷² Hunt, 2010, s. 351 f.

Den moderna, kapitalistiska rätten utgår från och tar sin form av de kapitalistiska egendomsförhållandena. Staten skapar, bland annat genom straffrätten och civilrätten, ett system som skyddar de individuella egendomsrättigheterna och därigenom upprätthåller de sociala relationernas stabilitet och kontinuitet. Statens överhöghet upprätthålls i sin tur genom konstitutionella och förvaltningsrättsliga regler. På så sätt sker en ömsesidig påverkan mellan rätten och staten samt mellan egendomsförhållandena och rätten. Här är det viktigt att poängtera att lagen formas av kapitalet samtidigt som kapitalackumuleringen får sin rättsliga form genom lagar.⁷³

3.1.2.3 *Kritiken mot rättsstaten*

Enligt Collins är det huvudsakliga syftet med en marxistisk rättsteori att kritisera idealet med rättsstaten.⁷⁴ Här är det inte fråga om en kritik mot att människor ska skyddas mot maktfullkomlighet eller godtycklig behandling. Det handlar snarare om en kritik mot rättsstaten som politiskt och ideologiskt fenomen. Ur ett marxistiskt perspektiv är rättsstaten nämligen en doktrin som ger uttryck för ett visst ideal, som i sin tur är betingat av klassförhållandena.⁷⁵

Idealet innefattar tre moraliska aspekter. För det första hävdar det statens neutralitet i förhållande till klasser och intressen. För det andra är det lagarna som självständigt ska avgöra vem som innehar makt och hur den ska utövas. Rättsstaten kräver att alla, oavsett privilegium ska följa angivna processer. Och för det tredje är lagarna tillgängliga och möjliga att förstå och förutse.⁷⁶

Politisk makt ska alltså regleras och utövas enligt givna och förutsebara regler. Enligt Collins betyder detta att en stor del av den rättsteoretiska verksamheten går ut på att rättfärdiga rättsstaten. Eftersom rättsreglerna påstått förhindrar godtyckligt utövandet av makt, bidrar lagen till en viktig aspekt i rättsfilosofins strävan efter att förklara och även rättfärdiga befintliga maktstrukturer med stöd av förekomsten av rättsprocesser som begränsar maktutövningen.⁷⁷

Det är också här vi finner kärnan i den marxistiska kritiken mot rättsstaten, att idealet är ett förment neutralt uttryck för en given maktordning, och därför en viktig del av en ideologisk förklaringsmodell. Jag kommer nedan att beröra olika aspekter av denna kritik, i synnerhet kopplingen mellan makten, rätten och ideologin.

Den marxistiska kritiken mot rättsstaten kan sammanfattas med att rätten inte svävar neutralt ovanför olika, motstridiga intressen, utan att den tvärtom (1) upprätthåller de givna maktförhållandena i det kapitalistiska samhället, vilket innefattar vissa gruppers underordning, och (2) att den därtill legitimerar och skapar ett intryck av att sakernas förhållande är naturliga och till det bästa ordnade. På så sätt (3) höljs klassamhället och klasskampen i dunkel. Istället framträder alla människor som självständiga individer där domstolarna och

⁷³ Cutler, 2005, s. 533.

⁷⁴ Collins, 1982, s. 1.

⁷⁵ Collins, 1982, s. 13 f.

⁷⁶ Collins, 1982, s. 135.

⁷⁷ Collins, 1982, s. 13 f.

rättsapparaten ska hantera väsentliga konflikter mellan dem.⁷⁸ Individens står i förgrunden, så att säga. Rättsstaten projiceras som en världsbild där rätten finns tillgänglig för alla, där klass inte spelar någon roll.⁷⁹

3.1.3 Lag, ideologi och hegemoni

Nedan kommer jag att diskutera hur rätten förhåller sig till ideologi och hegemoni, båda centrala begrepp inom den marxistiska teoribildningen. Ideologi ska förstås som en mer eller mindre systematisk samling idéer om hur samhället är och/eller borde vara beskaffat. Hegemoni är ett resultat av ideologins funktion, nämligen att den i samhället dominerande klassens idéer framställs och uppfattas som självklara, naturliga och som sunt förnuft.⁸⁰

3.1.3.1 Lagens ideologiska funktion och karaktär

Sett ur ett marxistiskt perspektiv är lagen i högsta grad ideologisk, och enligt Hunt är den ideologisk i dubbel bemärkelse. Dels kan rätten betraktas som ett fält där normer och värderingar förs fram och bestrids, och dels förmedlar rätten i sig ett ideologiskt budskap genom att lagens generella legitimitet förstärker och i sin tur legitimerar den ideologi som kommer till uttryck genom rätten. Syftet med varje dominerande ideologi är att sammanfoga samhällets olika sociala intressen under en sammanhängande föreställning om vad som är rätt och fel. Denna föreställning tenderar att sammanfalla med den dominerande sociala klassens föreställning och intressen.⁸¹

Rättens bidrag till ideologin är att den på ett djupt plan både uppstår sin egen legitimitet och samtidigt legitimerar idéer och uppfattningar inom det ideologiska fältet. Specifikt legitimerar rätten sociala relationer och förutom den rättsliga regleringen av relationerna så medför lagens status som primär norm och självklarhet att den ska följas, varmed normerna som kringgärdar sociala relationer fixeras.⁸² Dessa sociala relationer i det kapitalistiska samhället präglas, som sagt, av vissa gruppers överordning på bekostnad av andra gruppers underordning.

3.1.3.2 Hegemoni

Antonio Gramsci var en ledande italiensk marxist som greps av Mussoliniregimen 1926 och satt fängslad tills han dog 1937. Under sin tid i fängelset författade Gramsci en stor mängd artiklar som publicerades efter hans död. Gramsci är mest känd för sitt bidrag till diskussionen om ideologins betydelse för att skapa hegemoni i det kapitalistiska samhället. Med hegemoni avses den process med vilken den dominerande gruppen i ett samhälle upprätthåller sin position genom att dels skapa en slags väv av normer, idéer, föreställningar som sammanfaller med dess intressen, och dels genom att dra in alla

⁷⁸ Collins, 1982, s. 139 ff.

⁷⁹ Kennedy, 2002, s. 219.

⁸⁰ Hunt, 2010, s. 355.

⁸¹ Hunt, 2010, s. 355 f.

⁸² Hunt, 2010, s. 356.

underordnade grupper i samma väv.⁸³

Syftet med hegemonin är alltså att alla i samhället ska identifiera sig med den dominerande föreställningen så att den inte upplevs som en idé eller uppfattning utan mer en övergripande självklarhet som varken måste definieras eller ens diskuteras.

Rätten har här en viktig funktion att spela. Inom marxismen diskuteras rätten ofta som ett slags repressivt fenomen som med tvång och våld upprätthåller en viss ordning. Och visst finns den aspekten av lagen. I moderna kapitalistiska demokratier förknippas repression kanske allmänt med öppet våld eller hot om våld och inskränkt frihet. Så ser också repressionens mer akuta form ut, vilket i demokratiska rättsstater för det mesta förekommer i tillfälle av skärpta konflikter och präglas då av reglerade undantagstillstånd. Hunt poängterar emellertid att lagen, även när den opererar normalt har en repressiv karaktär som i större utsträckning drabbar underordnade klasser. Här avses exempelvis civilrättsliga företeelser som utmätning och handräddning.⁸⁴

Gramsci noterade rättens repressiva karaktär men var själv mer intresserad av hur lagen verkar både tvingande och genom samtycke för att upprätthålla de ekonomiska intressena hos den dominerande klassen.⁸⁵ Här får lagen en diskret men samtidigt kanske mer genomträngande roll att disciplinera och skola underordnade grupper i en slags konformitetsideologi.

I praktiken betyder detta att rätten förklarar att saker måste vara på ett visst sätt genom att ge vissa ståndpunkter auktoritet och höja dem över särintressena och på så sätt fiktivt frikoppla dem från klassrelationerna. Därför är det olagligt att stjäla eller göra intrång i någon annans egendom oavsett om personen som stjal är hungrig eller behöver någonstans att sova. Likaledes är det olagligt att ockupera och fortsätta att driva en nedläggningshotad fabrik, trots att nedläggningen skulle innebära att en hel bygd utarmas. Samtidigt är det fullt lagligt och kan till och med betraktas som rimligt att lägga ner fabriken även om den går med vinst, oavsett vilka sociala konsekvenser detta skulle få. Hegemonin lägger sig över diskussionen genom att på olika sätt (varav det rättsliga är ett) förklara som självklart att det ska vara på det här sättet, att utan en sådan ordning som skyddar egendomen skulle samhället gå under.⁸⁶

Kapitalistiska egendomsförhållanden förflyttas bort från den politiska sfären genom att egendomsrätten konfigureras som en del av det privata, civila samhället med fria marknader och fritt och jämlikt utbyte mellan jämlikar.⁸⁷ Beslut att lägga ner eller förflytta verksamheter är privata beslut som omgärdas

⁸³ Litowitz, 2000, s. 518.

⁸⁴ Hunt, 2010, s. 357.

⁸⁵ Cutler, 2005, s. 529.

⁸⁶ Kennedy, 1982, s. 36.

⁸⁷ Cutler, 2005, s. 532.

av egendomsskyddet. Det blir med andra ord en mänsklig rättighet att kunna lägga ner sin fabrik.

Ytterligare en aspekt av den kapitalistiska rättsliga regleringen är tendensen att ”varufiera” och ”juridifiera” ökande dimensioner av vår existens. Med varufiering avses här fenomenet att företeelser i allt större utsträckning omformas till varor eller tjänster för att produceras och säljas. Genom avreglering av välfärdsstaten reflekterar lagen tendensen att underlätta och möjliggöra privatiseringen av allmännyttan. Samtidigt förklaras återreglering strida mot mänskliga rättigheter så som egendomsskyddet.⁸⁸

Tendensen är att kapitalackumuleringen och privategendomen skyddas genom strikta regelverk och sanktioner medan motstående intressen, exempelvis arbetsrättsliga relationer, konsumentskydd, miljöskydd och företagsetiska frågor omregleras till softlaw och icke-bindande utfästelser, exempelvis policydokument och etiska riktlinjer.⁸⁹

Här är det, enligt Gramscis uppfattning, inte bara fråga om att reglera ekonomiska och sociala förhållanden, men också om att etablera dessa förhållanden, oavsett hur extrema, som självklara och naturliga. På så sätt fungerar rätten hegemoniskt genom att förklara de dominanta värderingarna som neutrala, rationella och universella. Dessa processer utgör kärnan i de ”juridifierade” sociala relationerna under kapitalismen.⁹⁰

3.1.4 Marxismen och rättighetsdiskursen

Innan jag närmar mig frågan om Marx och Engels syn på rättigheter och den senare diskussionen kring saken vill jag försöka ringa in den allmänna, liberala bilden av vad rättigheter är. En väsentlig del av den marxistiska kritiken riktar sig nämligen mot denna uppfattning.

3.1.4.1 Perspektiv på rättighetsbegreppet

Rättigheter kan vara moraliska eller legala. Legala rättigheter kan härledas till en rättskälla medan moraliska rättigheter åberopas från moralteori eller allmänna föreställningar, eller enligt ett naturrättsligt perspektiv ur givna universella värderingar. Kritiker, exempelvis Jenermy Bentham, avfärdade idén om universella rättigheter som ”nonsens på styltor”.⁹¹

Rättsteoretikern Richard Dworkin förde fram hållningen att en rättighet är att betrakta som en trumf, alltså en egenskap som tillskrivs ett intresse i förhållande till ett annat intresse.⁹² Detta påminner om Robert Nozicks syn på rättigheter, att dessa utgör sidohinder för ett visst målorienterat agerande. Enligt

⁸⁸ Cutler, 2005, s. 535.

⁸⁹ Cutler, 2005, s. 535.

⁹⁰ Cutler, 2005, s. 536.

⁹¹ Bix, 2012, s. 132.

⁹² Bix, 2012, s. 133 f.

Nozick är det orimligt att utnyttja en människa för att öka det allmänna väståndet hos gruppen, eftersom det endast finns individer och att det därför alltid kommer att handla om att individen offras för andra individer, vilket enligt Nozick är moraliskt förkastligt.⁹³

Enligt ovanstående resonemang kan mänskliga rättigheter betraktas som starka prima facie-rättigheter som rättfärdigas genom att skydda människors vitala intressen och generellt väger tyngre än andra beslut. Mänskliga rättigheter har således en trumfande effekt.⁹⁴

På så sätt bringar rättighetsdiskursen, enligt den utbredda, liberala uppfattningen reda i samhällets olika intressekonflikter på så sätt att rättigheterna tillskrivs ett objektiva värde som är tillgängligt för alla individer. När rättigheter ställs mot varandra kommer de mest högst värde att vinna, varmed ett logiskt system för rättvisa kan etableras.

3.1.4.2 *Marx och Engels syn på rättigheter*

I *On the Jewish Question* riktar Marx stark kritik mot rättigheterna som proklamerades i den franska Deklarationen om människans och medborgarens rättigheter från 1789. Kritiken siktar in sig på deklarationens individuella utgångspunkt. Det rör sig här, enligt Marx, om rätten till självintresse, rätten till separation och frihet från det sociala sammanhanget, vilket i slutändan betyder rätten till privategendom.⁹⁵ Konsekvensen av de liberala rättigheterna var att människan i andra människor såg begränsningen av sina rättigheter, inte dess förverkligande. Istället menade Marx att verklig befrielse från underordning och ojämlikhet blir möjlig först när den enskilda människan förstår sitt sociala sammanhang och betraktar sig som en del därav.⁹⁶

I en polemik mot de tyska socialdemokraternas partiprogram från 1875 kallar Marx mänskliga rättigheter för ”avlagda fraser” och ”ideologiska [...] floskler [...]”.⁹⁷ Engels argumenterade på samma sätt och hävdade att “rättvisa inte är något mer än ett glorifierat uttryck för de förhärskande ekonomiska förhållandena”.⁹⁸

Här menar Marx och Engels att de högtravande idealen liksom den eviga moralen och de universella rättigheterna inte har en egen historia som är separat från de materiella förhållanden som ger upphov till dem.⁹⁹ Det framstår onekligen som att Marx och Engels kategoriskt avvisar hela rättighetsdiskursen, men bilden är emellertid mer komplicerad än så.

3.1.4.3 *Kritiken mot den avvisande hållningen*

Eventuella slutsatser om marxismen och mänskliga rättigheter bygger ofta på Marx kritik av *Deklarationen om människans och medborgarens rättigheter* och liknande utdrag som har redovisats ovan. Enligt Bartholomew vore det

⁹³ Lukes, 1981, s. 337.

⁹⁴ Lukes, 1981, s. 336.

⁹⁵ Marx, 2015 s. 28 ff.

⁹⁶ Lukes, 1981, s. 338.

⁹⁷ Marx, 1975, s. 28.

⁹⁸ Engels, 1959, s. 131. (Min översättning.)

⁹⁹ Lukes, 1981, s. 339.

emellertid en olycklig förenkling att hävda att det finns en oförsonlig konflikt mellan marxismen och rättighetsdiskursen. Marx behandling av rättigheter var tvärtom differentierad, utvecklade och många gånger tvetydig.¹⁰⁰

I Marx rättighetskritik går det att urskilja en tydlig skillnad mellan mänskliga rättigheter å ena sidan och civila, medborgerliga rättigheter å andra sidan. Med mänskliga rättigheter avsågs sådana rättigheter som samvetsfrihet, jämlikhet, frihet, religionsfrihet, och inte minst rätten till privategendom.

När det gäller medborgerliga eller politiska rättigheter, det vill säga rösträtt, pressfrihet, intog Marx en annan hållning som inte alls var lika fientlig som till mänskliga rättigheter. Här gick kritiken främst ut på att dessa rättigheter inte tog upp skillnaden i status, rikedom och ägande, samt att de var underordnade mänskliga rättigheter. På flera ställen hyllar Marx politiska rättigheter och betraktar dem som viktiga, om än kraftigt begränsade, framsteg.¹⁰¹ Kärnan i Marx rättighetskritik finns i hans försök att visa att arbetarklassens inkludering i det borgerliga, liberala rättighetsprojektet inte gjorde slut på den ägande klassens dominans över proletariatet.¹⁰²

Marx kritik utgör därför ett angrepp på idén om att det är möjligt att definitivt formulera en logisk ordning som kan avgöra materiella krav baserade på rättigheter. Enligt Kennedy är det likaledes ett angrepp på föreställningen att rättigheter medlar mellan faktum och värdering, mellan det rationella och subjektiva, mellan politik och lag. Universella rättigheter var i Marx kritik en fantasi som förgäves försökte förlika vår motsägelsefulla existens i ett socialt kollektiv bestående av själviska men ömsesidigt beroende individer.¹⁰³

3.1.4.4 *Den naive Marx*

Det finns en kompletterande förklaring till Marx avvisande hållning utöver vad som har redovisats ovan. Cornell poängterar att Marx själv aldrig utvecklade någon enhetlig teori om rätten. Det framstår som att han inte fann det nödvändigt eftersom han ansåg att mänskligheten relativt smärtfritt skulle kunna röra sig bortom rättighetsdiskursen.¹⁰⁴ Här finns en antydning att Marx menade att kommunismen skulle undanröja själva behovet av rättigheter, som alltså var intimt kopplade till klassamhället, och därmed göra dem överflödiga.¹⁰⁵

Cornell finner anledning att anta att Marx tog rättigheterna så pass för givet att han aldrig föreställde sig att det borgerliga samhället skulle gå kraftgång i sådan utsträckning att den politiska friheten skulle dras tillbaka. Det vore lika otänkbart som att slaveriet skulle återuppstå. Civila rättigheter var för Marx mer eller mindre orubbliga sakförhållanden.¹⁰⁶

Samtidigt ska det nämnas att Marx förstod behovet av att skydda sin rörelse mot dess egna valda representanter. I polemik mot leninismens föregångare

¹⁰⁰ Bartholomew, 1990, s. 247.

¹⁰¹ Bartholomew, 1990, s. 248.

¹⁰² Kennedy, 2002, s. 215.

¹⁰³ Kennedy, 2002, s. 216 f.

¹⁰⁴ Cornell, 1984, s. 51.

¹⁰⁵ Bartholomew, 1990 s. 257.

¹⁰⁶ Cornell, 1984, s. 51.

blanquisterna som förespråkade att en liten grupp hängivna revolutionärer skulle ta makten över staten och från ovan införa socialismen avfärdades hela företaget av Marx.¹⁰⁷ Marx verkar, enligt Roth, inte ha föreställt sig att en liten diktatorisk grupp skulle kunna ta kontrollen från arbetarklassen över både ekonomin och politiken. Denna tanke förs även fram av Cornell som liksom Roth menar att det berodde på Marx övertygelse att en sådan elitistisk rörelse helt enkelt skulle misslyckas och därför inte utgöra något reellt hot.¹⁰⁸

Mot bakgrund av den politiska utvecklingen under 1900-talet torde det vara oomtvistligt att hållningen var grovt felaktig. Och här går det enligt Cornell att beskylla Marx för att vara naiv.¹⁰⁹ Kanske gick det helt enkelt inte att föreställa sig de stalinistiska och fascistiska rörelsernas framväxt.

3.1.5 Marxismens relevans för mänskliga rättigheter

Så vilka slutsatser går att dra om marxismens relevans för mänskliga rättigheter av redogörelsen ovan? Enligt Roth är det viktigaste bidraget att Marx visade att grundläggande värderingar om frihet och rättvisa inte fullt kan realiseras så länge de endast utgår från individen och bortser från klassamhällets fortsatta existens.¹¹⁰ Skillnaden är att den liberala rättighetsdiskursen gör anspråk på att vara en formel som förklarar hur utövandet av makt ska ske rationellt och rättvist för varje individ utan hänsyn till sociala strukturer.

Vad som är rätt eller fel, och vem som anses besitta en mänsklig rättighet som trumfar någon annans rättighet kommer påverkas av klassintresset, och klassperspektivet kommer sannolikt att avgöra vilka åtgärder som bedöms erodera rättssamhället.¹¹¹

Mänskliga rättigheter används enligt Roth ofta framgångsrikt av rika eliter för att skydda sina intressen mot sociala rörelser eller progressiva regeringar som strävar efter att åstadkomma sociala reformer.¹¹² Marxismens relevans består i att den som kritisk metod observerar hur klassernas ekonomiska makt ger dem politisk och ideologisk tyngd vilket i sin tur ger dem möjlighet att skapa villkoren för de rättigheter och den sortens frihet som är relevant för deras intressen.

Det betyder att innehavarna av ekonomisk makt primärt kommer att definiera förutsättningarna för frihet som skydd för individen gentemot staten och andra aktörer som skulle kunna inkräkta på deras egendom. Å andra sidan är den primära förutsättningen för frihet för dem som saknar ekonomisk makt istället en omfördelning av resurser i större eller mindre utsträckning. Här mellan finns en påtaglig konflikt.¹¹³

Istället för att betrakta mänskliga rättigheter som ett neutralt fenomen som medger rättvisa för alla, går det med en marxistisk analys att förstå hur dessa

¹⁰⁷ Roth, 2004, s. 41 f.

¹⁰⁸ Cornell, 1984, s. 51. Se även Roth, 2004, s. 42.

¹⁰⁹ Cornell, 1984, s. 51.

¹¹⁰ Roth, 2004, s. 53.

¹¹¹ Roth, 2004, s. 54.

¹¹² Roth, 2004, s. 57.

¹¹³ Roth, 2004, s. 60.

samspelar för att upprätthålla ekonomiska och sociala maktstrukturer och hur rättigheterna i själva verket kan tänkas utgöra hinder för underordnade gruppers möjlighet att vinna frihet. Detta torde vara marxismens bidrag till en fördjupad kritik av MR-diskursen.

3.2 Critical Legal Studies Movement

3.2.1 Inledande ord

I det följande kommer Critical Legal Studies (CLS) bidrag till kritiken mot den liberala rättighetsdiskursen och mänskliga rättigheter att redogöras för. Då CLS i viss utsträckning delar liknande utgångspunkter som den marxistiska kritiken kommer redogörelsen nedan att inrikta sig på de aspekter som är säregna för eller utgör en vidareutveckling av den ovan redogjorda kritiken.

3.2.2 Allmänt om Critical Legal Studies

Critical Legal Studies var en akademisk rörelse bestående av en grupp teoretiker som utgick från en allmänt vänsterorienterad hållning i ett försök att både förklara rätten men också tillämpa rätten i sociala, progressiva syften. Gruppen var löst sammansatt och det finns ingen genomarbetad gemensam plattform.¹¹⁴ Rörelsen kan kanske snarare beskrivas som en rättsteoretisk diskussion. Det finns inom CLS ett antal spår som är relevanta för det här arbetet, exempelvis kritiken mot den liberala rättighetsdiskursen.

Critical Legal Studies utgick dels från ett kritiskt marxistiskt perspektiv och dels från de amerikanska rättsrealisterna, bland andra Wesley Hohfeldt.¹¹⁵ Poängen var att förklara att lagen är politisk och ideologisk samt att den är obestämbar. Just lagens obestämbarhet, eller *indeterminacy* var ett koncept som teoretikerna hämtade från rättsrealisterna. I sina olika radikala tappningar menade förespråkarna av obestämbarhetsteorin att det inte främst är det juridiska materialet som avgör utfallet av en juridisk process, utan snarare politiska, sociala eller ideologiska hänsyn.¹¹⁶

Framförallt utmynnade diskussionen i en kritik mot lagens förmenta neutralitet. På samma sätt som den marxistiska synen på rätten underkänner idén om att lagen är eller någonsin kan vara lika för alla, menade CLS att det inte finns något ”naturligt” med rätten eftersom den är ideologiskt och politiskt konstruerad.¹¹⁷

Obestämbarhetsteorin fördes först fram av de amerikanska rättsrealisterna som en reaktion på föreställningen att lagen är neutral eller objektiv, samt framförallt som ett argument mot påståendet att det primärt är rättsreglerna avgör juridiska processer.¹¹⁸ Det betyder att resultatet av den rättsliga tillämpningen inte slutligen avgörs av rättsreglerna. En viktig slutsats var därför att

¹¹⁴ Bix, 2012, s. 235 f.

¹¹⁵ Binder, 2010, s. 267.

¹¹⁶ Bix, 2012, s. 236 f.

¹¹⁷ Bix, 2012, s. 238 f.

¹¹⁸ Bix, 2012, s. 197.

den liberala och förment neutrala rättighetsdiskursen inte formellt kan realiseraras. Tillämpningen av rättigheter kommer alltid att präglas av politiska övervägningar.¹¹⁹

En viktig skillnad mellan rättsrealisterna och CLS var att medan de förra menade att politiska och ideologiska intressen bestämde rättens konsekvenser tog de senare saken ett steg längre och hävdade att varje metod för att avgöra intressena hos sociala grupper är, liksom rättsreglerna obestämbar.¹²⁰ Obestämbarhetsteorin kom alltså att omfatta även de politiska och sociala intressena som enligt rättsrealisterna avgjorde utfallet av den rättsliga tillämpningen.

3.2.3 Kritiken mot den liberala rättighetsdiskursen

3.2.3.1 *Den liberala bilden av rättigheter*

För att förstå kritiken mot rättighetsdiskursen inom Critical Legal Studies krävs förståelse för den liberala bilden av rättigheter. Enligt Kennedy fyller rättigheter inom den liberala doktrinen främst funktionen att de medlar mellan värdeargument och argument om faktiska omständigheter. Det finns en spänning mellan subjektiva värderingar och faktiska omständigheter på det sättet att vissa värderingar uppenbarligen inte är faktiska men likaväl inte ska kunna reduceras till endast subjektiva uppfattningar.¹²¹ Rättigheter överbryggas klyftan genom att medla mellan värderingens subjektiva och objektiva aspekter.

För att en sådan medling ska vara möjlig tillskrivs rättigheter två viktiga egenskaper. För det första måste de vara *universella*, såtillvida att de har sitt ursprung i behov, värderingar eller preferenser som alla människor har eller i vart fall borde ha. Rättigheter har sitt ursprung i värderingar, men är varken godtyckliga eller rent subjektiva eftersom de är allmängiltiga. Och för det andra är de ”faktoida” i bemärkelsen att de varken kan bevisas felaktiga eller vederläggas. I praktiken betyder det att en erkänd rättighet kräver en viss handling eller en underlåtenhet att handla.¹²²

En annan viktig aspekt av den liberala rättighetsdiskursen är att rättigheter antingen kan vara regler i sig eller grund för vissa regler. Det följer alltså att rättigheter finns både inom och utom det juridiska resonemanget. Kennedy talar här om interna och externa rättigheter. Detta betyder att det finns legala rättigheter som bygger på externa rättigheter. Trots att den liberala rättighetsdiskursen generellt tonar ner den naturrättsliga sidan så innehåller den fortfarande element som anger att legala rättigheter skyddar externa rättigheter som alltså existerar oavsett om de har genomförts i lag eller inte.¹²³

¹¹⁹ Binder, 2010, s. 268.

¹²⁰ Binder, 2010, s. 268.

¹²¹ Kennedy, 2002, s. 184.

¹²² Kennedy, 2002, s. 185.

¹²³ Kennedy, 2002, s. 185 f.

3.2.3.2 *Rättigheter som politiskt projekt*

Rättigheter spelar en central roll i det som Kennedy identifierar som ett ideologiskt projekt eller en process för sociala grupper att allmängiltigförklara sina intressen. Ett sådant projekt kan utgå från en mindre grupps intressen och argumentera för att intresset motsvarar intressena hos den breda majoriteten. När väl den lilla gruppens intressen har assimilerats till det generella genom att gruppen formulerar sina intressen som rättigheter, då kan gruppen rikta anspråk som bygger på rättigheternas ”faktoida” karaktär. På så sätt ges anspråken en bas av förnuft och logik som inte kan reduceras till preferens eller tycke.¹²⁴

Enligt den liberala föreställningen ska detta upplägg vara tillgängligt för alla. Och i takt med rättighetsdiskursens genomslag används processen av grupper både till höger och vänster på den politiska skalan för att genom rättslig konkretisering omvandla externa rättigheter till legala sådana.¹²⁵ Därmed kan alla, genom rättigheternas medlande funktion, något krasst, ha rätt i sin argumentation. Detta visar på rättighetsdiskursen, och för övrigt den liberala rättsliga ideologins obestämbarhet.

3.2.3.3 *Förhållandet till makten*

Här blir Kennedys kritik mot rättighetsdiskursen tydlig. För genom dess obestämbarhet är systemet dels i sig instabilt och dels präglat av politiska och ideologiska maktanspråk. Den synbara stabiliteten kommer mer primärt från social och ekonomisk makt än från rätten. Samtidigt skymmer den förmenta öppenheten och tillgängligheten rättens politiska och ideologiska prägel. Det är förskjutningen av maktförhållandet mellan olika grupper och intressen och inte den rättsliga argumentationen som förändrar sociala förhållanden. En sådan förskjutning sker, som jag har diskuterat i föregående avsnitt, genom social och politisk organisering. Arbetarrörelsens organisering är ett tydligt och relevant exempel på hur det sociala och ekonomiska maktförhållandet försköts till nackdel för arbetsgivarsidan. Det blir på så sätt ideologiskt eller politiskt förankrade strategier som slutligen avgör rättigheternas uppkomst och legalitet. Rättigheterna i sig ger inte primärt upphov till rättsliga resultat.¹²⁶

Kennedy menar att den omhuldade processen att först definiera ett intresse eller identitet och sedan formulera en rättighet för att på så sätt rikta anspråk på allmänna tillgångar eller för att skydda sig mot diskriminering, egentligen framstår som en önskedröm och avledning från den underliggande maktordningen. Här är det viktigt att notera att användandet av rättighetsdiskursen för många grupper har inneburit faktiska förbättringar. Det finns en koppling mellan rättigheterna och underordnade gruppers möjlighet att skapa en identitet och våga ställa krav som tidigare var helt uteslutna. På så sätt kan processen i någon utsträckning betraktas som effektiv. Men att rättighetsretorik

¹²⁴ Kennedy, 2002, s. 188.

¹²⁵ Kennedy, 2002, s. 188 f.

¹²⁶ Kennedy, 2002, s. 195-198.

fungerar är enligt Kennedy inte ett argument i sig för rättigheter. Kritiken handlar inte om effektiviteten.¹²⁷

Därför ska inte kritiken mot rättighetsdiskursen förväxlas med en kritik mot kraven som sådana. Kennedy menar emellertid att det är den politiska och sociala rörelsen som genererar rättigheterna snarare än att rättigheterna i sig som producerade de sociala framstegen.¹²⁸ Och då är frågan om kraven alls behövde formuleras i rättigheter. För risken är att den avgörande framgångsfaktorn skymms bakom rättighetsdiskursen, nämligen den politiska rörelsen som vågade utmana den aktuella maktordningen.

3.2.4 Critical Legal Studies och mänskliga rättigheter

I följande avsnitt kommer jag att fortsätta redogörelsen för Critical Legal Studies rättighetskritik och diskutera Wendy Browns kritik mot konceptet mänskliga rättigheter som en specifik avart av den liberala rättighetsdiskursen.

Enligt Brown kan Critical Legal Studies invändningar mot projektet mänskliga rättigheter sammanfattas med att MR är vagt, svårt att verkställa och innehållsmässigt oändligt formbart. Det finns ingen ontologisk sanning eller stabil filosofisk princip att grunda projektet på. Mänskliga rättigheter tenderar att utgöra en täckmantel för den nyliberala globaliseringen av kapitalismen samt dess militära motsvarighet. Vidare är MR ett uttryck för specifikt västerländska, kulturella värderingar, vilket får som följd att projektet tenderar att konkurrera ut andra politiska och kulturella uttryck till förmån för den nyliberala individualismen. Mänskliga rättigheter utgör en slags sekulär idoldyrkan av mänskligheten och är på så sätt lika religiös som vilken annan religion som helst.¹²⁹

Ett vanligt försvar mot kritiken ovan går ut på att hävda att mänskliga rättigheters värde helt enkelt utgörs av att mänskligt lidande faktiskt reduceras genom dess tillämpning. I denna minimalistiska version är mänskliga rättigheter nödvändiga för att de skyddar individer mot förtryck och våld rättfärdigar diskursen.¹³⁰

Här är det enligt Brown viktigt att förstå att inget projekt endast ger upphov till de konsekvenser som det har för avsikt att producera.¹³¹ Detta föranleder i sin tur frågan om vilka konsekvenser utöver de påstådda som mänskliga rättigheter för med sig. Och så kan också MR-projektet granskas, genom att kritiskt undersöka om, och i så fall hur, diskursen förhåller sig till andra, alternativa lösningar och metoder. Arbetsrättens kollektiva rättssystematik skulle kunna utgöra ett sådant exempel på konflikthanteringsmetod som trängs ut av mänskliga rättigheter.

Förespråkare för mänskliga rättigheter har benägenheten att föra fram bilden av ett i grunden opolitiskt projekt som egentligen främst syftar till att skydda

¹²⁷ Kennedy, 2002, s. 208 & 217.

¹²⁸ Kennedy, 2002, s. 214.

¹²⁹ Brown, 2004, s. 451.

¹³⁰ Brown, 2004, s. 452 f.

¹³¹ Brown, 2004, s. 453.

enskilda mot övergrepp. I själva verket, menar Brown, konkurrerar projektet med, och utesluter metoder som tacklar liknande problem fast på andra premisser och med andra utgångspunkter. Även om målet för mänskliga rättigheter är att skapa rättvisa handlar det ofta om en distinkt sorts maktprojicering som etablerar en specifik modell för rättvisa.¹³²

Mänskliga rättigheter hänger intimt samman med den liberala marknadsekonomin.¹³³ Det betyder att rättvisemodellen i grunden är individualistisk och sammanfaller med den liberala rättighetsdiskursen och dess benägenhet att bortse från strukturella maktförhållanden.

En central tes som förs fram av Brown är att det finns en schism mellan individuella mänskliga rättigheter å ena sidan och sociala och ekonomiska rättigheter å andra sidan. Förespråkare för individuella mänskliga rättigheter tenderar att ge dessa företräde framför de mer kollektiva rättigheterna. Detta, menar Brown, bottnar i en viktig ideologisk skillnad.¹³⁴

Ekonomiska och sociala rättigheter kan sällan genomföras i domstol, utan innebär som regel en omfördelning av resurser. Sociala rättigheter måste därför i någon utsträckning angripa den underliggande maktordningen. Därför kan det tänkas att de individuella rättigheterna får prioritet, eftersom omfördelning skulle riskera att inkräkta på privategendomen. Individens skydd *mot* privategendomen förefaller inte vara en central aspekt av MR-projektet.

Upplägget med individuella rättigheter som överordnade kollektiva rättigheter liknar, enligt Brown, snarare ett argument för kapitalism där sociala och ekonomiska frågor formuleras som individuella anspråk och ges en yttre gräns i form av mänskliga rättigheter, exempelvis till skydd för egendomen. Här handlar det inte om vad människor behöver för att vara lyckliga, utan vad marknader behöver för att blomstra.¹³⁵

Utöver att MR-projektet försätter sociala rättigheter i bakgrunden finns det en tendens att monopolisera det politiska och ideologiska fältet. Brown menar att detta är en central aspekt av mänskliga rättigheter som politiskt projekt. Om mänsklighetens globala utmaning idag definieras som förfärligt lidande till följd av bristande individuella rättigheter i förhållande till auktoritära stater, då kan mänskliga rättigheter kanske vara det bästa motmedlet. Men om problemet istället diskuteras i termer av oreglerad globalisering av finanskapital, aggressiv stormaktspolitik, eller strukturell social ojämlikhet, då kan andra rättviseprojekt vara ett betydligt mer lovande svar.¹³⁶

Och enligt Brown är det just detta som har hänt, att MR-diskursen effektivt har konkurrerat ut alternativa rörelser och reducerat dem till utopiska dagdrömmier.¹³⁷ Kvar blir den nyliberala rättvisan.

¹³² Brown, 2004, s. 453 f.

¹³³ Brown, 2004, s. 454.

¹³⁴ Brown, 2004, s. 457 f.

¹³⁵ Brown, 2004, s. 457 f.

¹³⁶ Brown, 2004, s. 461 f.

¹³⁷ Brown, 2004, s. 462.

4 Mänskliga rättigheter och arbetsrätten internationellt

I detta avsnitt vill jag att diskutera ett antal frågor gällande relationen mellan arbetsrätten och individuella mänskliga rättigheter.

Efter en kortare beskrivning av arbetsrättens karaktär kommer jag att redogöra för hur de två rättsområdena överlappar. Här handlar det om att undersöka på vilket sätt arbetsrättsliga bestämmelser skyddas av internationella MR-instrument. Som jag har nämnt tidigare har jag avgränsat redogörelsen till de viktigaste konventionerna med tonvikt på Europakonventionen och Europadomstolens praxis.

Därefter kommer jag att problematisera relationen och redogöra för några ståndpunkter som har framkommit inom den internationella forskningen. Relationen mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten är, som kommer att visas, något besvärlig. Jag vill undersöka vari problemet består. Diskussionen kommer utifrån dels ett rättsligt och dels ett mer ideologiskt och politiskt perspektiv att fokusera på huruvida det är möjligt och lämpligt att förena de två diskurserna, och vad det i så fall kan få för konsekvenser.

4.1 Om arbetsrättens karaktär

4.1.1 Inledande ord

Jag kommer här att knyta an till diskussionen om arbetsrättens historiska sammanhang och fördjupa mig i några företeelser som endast kort diskuterades i avsnitt två. Det kan vara lämpligt att börja med att ställa sig frågan vad som är arbetsrättens särskilda karaktär, för att försöka förstå vad som ger upphov till den omaka relationen till mänskliga rättigheter.

4.1.2 Inskränkningar i arbetsgivarprerogativet

Som jag diskuterade i avsnitt två utgjorde fackföreningarnas strävan efter att upphöjas till avtalspart med arbetsgivarsidan ett brott mot den liberala synen på rätten som präglades av individuella och formellt likställda avtalsförhållanden mellan enskilda parter. Kollektivavtal och strejker motarbetades våldsamt.¹³⁸ Genom den liberala kontraktsrätten etablerades det så kallade *arbetsgivareprerogativet*, det vill säga arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet och anställa och avskeda arbetare.¹³⁹

Efterhand som arbetarrörelsen blev starkare fick dess krav genomslag i rätten vilket utmanade arbetsgivarens position. Reglerna som växte fram utgör i stora drag arbetsrätten. Även om utvecklingen har sett olika ut i olika länder,

¹³⁸ Eklund, 1974, s. 215.

¹³⁹ Glavå & Hansson, 2016, s. 52 ff.

och grunden för regleringen kan ta flera utgångspunkter, exempelvis ett socialliberalt hänsynstagande till människors hälsa och välfärd eller en tanke om resursfördelning, så tycks det oftast finnas en underliggande konflikt mellan arbetsrätten och den liberala föreställningen om den individuella friheten. Arbetsrätten utgör från det perspektivet en inskränkning.

Det är också så Glavå framställer den svenska arbetsrätten, som en begränsning av arbetsgivarprerogativet.¹⁴⁰ Utgångsläget för svensk del, blir alltså arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet, rätten att fritt anställa och säga upp anställda. Denna utgångspunkt sammanfaller också med den liberala hållningen till den fria kontraktsrätten, det vill säga formell likställdhet mellan parterna. Arbetsrätten utgör sedan olika inskränkningar av prerogativet. Som exempel från den svenska arbetsrätten kan kort nämnas anställningsskyddslagen som begränsar den fria uppsägningsrätten, bastubadarprincipen som sätter en yttre gräns för ledningsrätten, och diskrimineringslagstiftningen som bland annat reglerar arbetsgivarens rätt att fritt anställa personal.¹⁴¹

4.1.3 Individ och kollektiv – parterna i arbetsrätten

Ett annat viktigt karaktärsdrag hos arbetsrätten är dess framträdande kollektiva inslag. Om utgångspunkten är den individuella kontraktsrätten och arbetsgivarprerogativet, då är en betydande aspekt kollektiviseringen av den ena kontrahentgruppen, nämligen arbetstagarna. Detta följer av den historiska, materiella utvecklingen där enskilda arbetare slog sig samman och organiserade sig i fackföreningar för att bättre kunna möta arbetsgivarens ekonomiska och sociala övertag.

Bruun förde i slutet av 1970-talet fram en teori om paritetsideologi som i korta drag går ut på att arbetsrättens utveckling under 1900-talet inneburit en utveckling från det huvudsakligt liberala, individualistiska kontraktsrätten till paritet där det avgörande avtalsförhållandet lyfts upp från det mellan arbetstagare och arbetsgivare till det mellan fackförening och arbetsgivare eller arbetsgivarorganisation. Tanken är att skapa ett avtalsförhållande mellan mer jämbördiga parter för att kompensera för det skeva maktförhållandet som präglar anställningsförhållandet.¹⁴²

Konstruktionen är i de nordiska länderna känd som kollektivavtalsmodellen. Jag kommer inte att fördjupa mig ytterligare i paritetsideologin, utan nöjer mig här med att konstatera att den kollektiva metoden att reglera arbetsförhållandet på många sätt står i motsättning till den liberala rätten och kan förmodas vara ett resultat av arbetarrörelsens utveckling och krav. Det är således viktigt att notera att arbetsrätten inte endast utgör inskränkningar i arbetsgivarprerogativet och den fria kontraktsrätten, den har också en tydlig ideologisk och praktisk koppling till arbetarrörelsens, och därigenom arbetarklassens, behov att hävda sina gemensamma intressen.

¹⁴⁰ Glavå & Hansson, 2016, s. 50.

¹⁴¹ Glavå & Hansson, 2016, s. 52.

¹⁴² Bruun, 1979, s. 15 f.

4.2 Arbetsrätt som mänskliga rättigheter

4.2.1 Inledande ord

Redogörelsen nedan tar sikte på hur arbetsrätten kommer till uttryck i internationella MR-instrument och är avgränsad till de fem konventioner som diskuterades i avsnitt två, nämligen FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, Europakonventionen för mänskliga rättigheter samt Europeiska sociala stadgan. Europadomstolens praxis gällande fackliga rättigheter kommer att diskuteras i ett särskilt avsnitt.

4.2.2 FN:s konventioner och processuella instrument

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948 bör främst betraktas som en icke-bindande rekommendation, eller uppmaning till världens länder. Som sådan har den inspirerat ett stort antal bindande konventioner, bland annat Europakonventionen som diskuteras mer utförligt i det här arbetet.¹⁴³

I förklaringens artikel 4 stadgas ett absolut förbud mot slaveri och trälldom. Artikel 23 slår fast rätten till arbete, fritt val av sysselsättning och tillfredsställande arbetsförhållanden. Därutöver stadgas rätten till skydd mot arbetslöshet, diskriminering och socialt skydd. Även lika lön för lika arbete slås fast samt rätten att bilda och tillhöra en fackförening. Artikel 24 stadgar rätt till vila och fritid, betald ledighet och en begränsning av arbetstiden.

Artikel 8 i *FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter*¹⁴⁴ förbjuder slaveri och trälldom. Artikel 22 slår fast rätten att tillhöra en fackförening. Dessutom hänvisar artikeln uttryckligen till ILO:s konvention från 1948 som hindrar stater från genom lagstiftning inkräkta på konventionens rätt till föreningsfrihet.

Om FN:s allmänna förklaring och konventionen om medborgerliga och civila rättigheter är något tunna vad gäller arbetsrättsliga rättigheter är *konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter*¹⁴⁵ något mer utförlig på området. Dels finns fler uttryckliga rättigheter som är relevanta på arbetsrättens område, och dels är artiklarna mer detaljerade, trots att de av vissa betraktas som svagt formulerade.¹⁴⁶ I artikel 6 slås inte bara rätten till arbete fast, men även stater skyldighet att upprätthålla denna rätt samt tillgängliggöra utbildningsinsatser för att rättigheten ska kunna realiseras.

¹⁴³ Cameron, 2011, s. 27.

¹⁴⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*. Antagen i New York 1966. SÖ 1971:42.

¹⁴⁵ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*. Antagen i New York 1966. SÖ 1971: 41.

¹⁴⁶ Mantouvalou, 2012, s. 4.

Artikel 7 utvecklar bland annat rätten till skälig ersättning för utfört arbete, god arbetsmiljö, likabehandling mellan könen. Artikel 8 stadgar rätten att tillhöra fackföreningar och inte minst tillhörande rättigheter, så som rätten att strejka, kollektiva förhandlingar. Artikel 9 slår fast rätten till socialförsäkring.

Det är värt att upprepa att det mellan ICCPR och ICESCR finns avgörande skillnader beträffande konventionernas processuella mekanismer. Konventionen om civila och politiska rättigheter övervakas av *FN:s kommitté för mänskliga rättigheter*. Kommittén rapporterar regelbundet om staternas efterlevnad av konventionen. Utöver rapportering finns även en kontrollmekanism som bygger på att enskilda kan vända sig direkt till kommittén med klagomål. Detta skiljer den från den sociala konventionens övervakningsmekanism. Konventionen för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter övervakas också av en kommitté som dock är begränsad till rapportering och tar inte emot enskilda klagomål.¹⁴⁷

4.2.3 Europarådets konventioner

Europarådet bildades 1949 som ett svar på uppmaningen att omsätta FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna i praktiken. Rådet antog *Europakonventionen för mänskliga rättigheter* 1950 som kom att bli en av de centrala rättsakterna på MR-området. Konventionen bygger på FN:s allmänna förklaring med den avgörande skillnaden att EKMR är bindande för fördragsstaterna. Det är värt att notera att det var den första bindande MR-konventionen.¹⁴⁸

Europakonventionen är genom 2 kap. 19 § regeringsformen inkorporerad i svensk rätt. Det betyder att den ska tillämpas av domstolar och myndigheter.¹⁴⁹ Utan att fördjupa mig i frågan vill jag kort nämna att inkorporeringen av EKMR inte var okontroversiell i Sverige. Socialdemokraterna oroade sig för att det skulle leda till att politisk makt försköts från folkvalda församlingarna till domstolarna, varmed en urholkning av demokratin skulle ske. Oron var, enligt Cameron, inte helt obefogad. Cameron menar att det till syvende och sist var en fråga om vilket inflytande egendomsrätten skulle få.¹⁵⁰

Europakonventionen innehåller få rättigheter som är direkt relaterade till arbetsrättens område. I artikel 4 stadgas ett förbud mot tvångsarbete och slaveri, och genom artikel 11 skyddas rätten till föreningsfrihet. Föreningsfriheten omfattar uttryckligen rätten att bilda och ansluta sig till en fackförening. Här ingår rätten till kollektivavtalsförhandlingar och rätten att vidta stridsåtgärder. Det är viktigt att notera att även den negativa föreningsfriheten genom Europadomstolens praxis skyddas av artikel 11. Det betyder att bestämmelsen även omfattar rätten att *inte* ansluta sig till en förening.¹⁵¹ Tillämpningen av artikel 11 har, som jag kommer att diskutera utförligt nedan, haft stor betydelse för mänskliga rättigheters inverkan på den svenska arbetsrätten.

¹⁴⁷ Ssenyonjo, 2015, 43 ff.

¹⁴⁸ Benelhocine, 2012, s. 11.

¹⁴⁹ Cameron, 2011, s. 32.

¹⁵⁰ Cameron, 2011, s. 185.

¹⁵¹ Cameron, 2011, s. 134 ff.

Vad gäller sociala rättigheter diskuterades dessa, som jag noterade i avsnitt två, redan när Europarådet bildades. Det visade sig omöjligt att sammanföra individuella, civila och politiska rättigheter i samma konvention som sociala rättigheter. De blåa och röda rättigheterna (för att låna Hydéns termer¹⁵²) fick därför, regleras i skilda instrument. Resultatet blev att *Europeiska sociala stadgan* antogs 1961, mer än tio år efter Europakonventionen. Stadgan innehåller främst ekonomiska och sociala rättigheter. På så sätt påminner Europarådets två primära konventioner om FN:s uppdelning mellan civila och medborgerliga rättigheter å ena sidan och sociala rättigheter å andra sidan.¹⁵³

Sociala stadgan, som reviderades, 1996 skyddar betydligt fler aspekter av arbetslivet än Europakonventionen. Här återfinns rätten till arbete, god arbetsmiljö, anständiga arbetsförhållanden, rätten till betald ledighet, rättvis kompensation för arbete. Det finns även ett antal fackliga rättigheter, så som rätten att organisera sig, rätten att förhandla kollektivt och rätten till stridsåtgärder.¹⁵⁴

Liksom övervakningsmekanismerna hos FN:s konventioner har EKMR, som främst skyddar civila och politiska rättigheter, ett betydligt starkare skydd genom Europadomstolen. Europeiska sociala stadgan övervakas av Europeiska kommittén för sociala rättigheter. Kommittén kan endast utfärda icke-bindande uttalanden och ägnar sig till stor del åt övervakning och rapportering av staternas efterlevnad av stadgan.¹⁵⁵

4.2.4 Europadomstolen och arbetsrätten

Eftersom Europakonventionen utgör gällande svensk rätt är Europadomstolens praxis följaktligen bindande för svenska myndigheter och domstolar. På så sätt får också EKMR ett betydligt större och mer direkt genomslag i svensk rätt än FN:s konventioner. I det följande kommer jag därför ge en översiktlig bild av Europadomstolens hållning till arbetsrätten från 1970-talet till idag.

En första anmärkning som bör göras är att det under senare år har skett en betydelsefull nyorientering vad gäller relationen mellan Europakonventionen och fackliga rättigheter. Sedan början av 2000-talet har Europadomstolen gjort helt om vad gäller frågan huruvida vissa mänskliga rättigheter även omfattar arbetsrättsliga kategorier, som rätten att strejka. På 1970-talet avvisade nämligen domstolen kravet att rätten att strejka skulle omfattas av konventionens skydd.¹⁵⁶ Likaså avvisades rätten till fackliga överläggningar som en mänsklig rättighet.¹⁵⁷ Europadomstolen fick utstå kritik från fackföreningar och arbetsrättsliga forskare för att den tenderade att prioritera individuella rättigheter även när dessa kom i konflikt med grundläggande fackliga intressen.¹⁵⁸

¹⁵² Se avsnitt 2.1.1 ovan.

¹⁵³ Benelhocine, 2012, s. 12.

¹⁵⁴ *European Social Charter*. Antagen i Strasbourg 1996. SÖ 1998:35.

¹⁵⁵ Benelhocine, 2012, s. 44 ff.

¹⁵⁶ Schmidt & Dahlström v Sweden, 6 december 1976, Series A no. 21.

¹⁵⁷ National Union of Belgian Police v Belgium, 27 oktober 1975, Series A no. 19.

¹⁵⁸ Mantouvalou, 2012, s. 9.

Under de senaste två årtiondena har Europadomstolen ändrat sin hållning i ett antal banbrytande rättsfall, och intagit vad Mantouvalou benämner en ”integrerad hållning” till rättigheter kopplade till arbetsplatsen.¹⁵⁹ I *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* slog domstolen fast att inskränkningar i tillgången till anställning strider mot rätten till privatliv i 8.¹⁶⁰ Likaså konstaterade domstolen i *Siliadin v. France* att rätten till rimliga arbetsvillkor omfattas av förbudet mot slaveri i 4.¹⁶¹

Vad gäller kollektiva, fackliga rättigheter fann Europadomstolen i *Wilson and Palmer v. UK* att ekonomiska incitament från en arbetsgivare till anställda att inte låta sig representeras av en fackförening stred mot Europakonventionens artikel 11.¹⁶² Detta var första gången domstolen tog ställning för fackliga rättigheter, och utgjorde en djupgående nyorientering vad gäller domstolens inställning till kollektiva rättigheter.¹⁶³

Omsvängningen öppnade dörren för målen *Demir and Baykara v. Turkey* där Europadomstolen etablerade rätten till kollektiva förhandlingar som en mänsklig rättighet under Europakonventionens skydd¹⁶⁴ och *Enerji Yapi-Sol Sen v. Turkey* som slog fast att även strejkrätten faller inom artikel 11.¹⁶⁵ Nämnas bör också rättsfallet *RMT v UK* som inkluderade sympatiåtgärder i konventionens skydd för stridsåtgärder.¹⁶⁶

En viktig aspekt av *Demir and Baykara v Turkey* var att Europadomstolen utförligt resonerade kring betydelsen av internationella, arbetsrättsliga instrument för att avgöra om en inskränkning av de fackliga rättigheter som omfattas av artikel 11 var lovlig eller inte. De ovan nämnda konventionerna om sociala rättigheter behandlades också och ska ingå i domstolens rättstillämpning. Kanske viktigare var att Europadomstolen i *Demir and Baykara v Turkey* pekade ut ILO:s konventioner som betydelsefulla för dess bedömning. Hållningen utvecklades ytterligare i fallet *RMT*.¹⁶⁷ ILO-konventionernas betydelse kommer att diskuteras vidare, om än kortfattat, i anslutning till redogörelsen för Laval- och Vikingdomarna.¹⁶⁸

Jag vill slutligen nämna att Europadomstolens praxis gällande artikel 11 innehåller flera domar som har kringskurit fackliga rättigheter.¹⁶⁹ Dessa rättsfall som har gällt arbetsgivarens negativa föreningsfrihet kommer att diskuteras ingående i avsnitt fem nedan. Även relationen mellan Europadomstolen och EU-domstolen kommer att behandlas i samma avsnitt.

¹⁵⁹ Mantouvalou, 2012, s. 9.

¹⁶⁰ *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, nos. 59330/00 & 55480/00, 27 juli 2004.

¹⁶¹ *Siliadin v. France*, no. 73316/01, 26 juli 2005.

¹⁶² *Wilson and Palmer v. UK*, nos. 30668/96, 30671/96 & 30678/96, 2 juli 2002.

¹⁶³ Mantouvalou, 2012, s. 10 f.

¹⁶⁴ *Demir and Baykara v. Turkey*, no. 34503/97, 12 November 2008.

¹⁶⁵ *Enerji Yapi-Sol Sen v. Turkey*, no. 68959/01, 21 april 2009.

¹⁶⁶ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers (RMT) v. The United Kingdom*, no. 31045/10, 8 april 2014.

¹⁶⁷ Ewing & Hendy, 2014, s. 304 ff.

¹⁶⁸ Se avsnitt 5.1.4.1 nedan.

¹⁶⁹ Se bland annat *Gustafsson v. Sweden och Evaldsson and Others v. Sweden* som diskuteras i avsnitt 5.2.3 och 5.2.4 nedan.

4.2.5 Slutsatser av överlappningen

En betraktelse av gällande, internationell rätt tycks peka mot en enkel slutsats: inom vissa områden, enligt vissa konventioner finns tydliga beröringspunkter mellan arbetsrätten och mänskliga rättigheter. Eller annorlunda uttryckt är många mänskliga rättigheter arbetsrättsliga. Det går därför att dra slutsatsen att mänskliga rättigheter och arbetsrätten överlappar. Europadomstolens senare praxis tycks också peka i samma riktning, att det sker en rättsutveckling där de två områdena alltmer integreras.

Utmaningarna uppkommer, enligt Mantouvalou, när vi försöker dra mer långtgående, rättsliga slutsatser av överlappningen. Vad betyder det, exempelvis, att arbetsrätten regleras som mänskliga rättigheter? En annan fråga är hur de olika konventionerna förhåller sig till varandra. Mantouvalou menar att de många gånger inte säger samma sak, vilket gör det svårt att hantera konflikter mellan instrument. I förlängningen komplicerar detta den praktiska tillämpningen av mänskliga rättigheter inom arbetsrätten.¹⁷⁰

Dessutom säger oss överlappningen inte mycket om underliggande sociala och ekonomiska relationer. Hur påverkas exempelvis maktförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare? Som jag har noterat tidigare har mänskliga rättigheter och arbetsrätten väldigt olika ursprung och är uttryck för olika kategorier av relationer. I det följande ska jag fördjupa mig ytterligare i diskussionen om de två diskursernas problematiska relation.

4.3 Om friktionen mellan arbetsrätten och mänskliga rättigheter

4.3.1 Inledande ord

I det följande ska jag försöka närmare ringa in konflikten mellan arbetsrätten och mänskliga rättigheter. Det finns teoretiker som menar att friktionen mellan rättsområdena utgör en stor utmaning, men att eventuella problem är överkomliga.¹⁷¹ Andra hävdar att det finns en motsättning mellan arbetsrätten och mänskliga rättigheter som inte går att överbygga.¹⁷² Motsättningen kan beskrivas som rättslig eller som hänförlig till underliggande sociala och ekonomiska relationer.

Den första delen kommer att redogöra för Mantouvalou och Collins diskussion huruvida de två diskurserna är konceptuellt oförenliga. Utgångspunkten är rätten i sig. Även synpunkter från Novitz och Fenwick kommer att behandlas. Den andra delen kommer att fokusera på Youngdahl och Compas utbyte, där framförallt Youngdahl för fram argument som berör underliggande maktförhållanden. Diskussionen blir därför mer ideologiskt och politiskt präglad.

¹⁷⁰ Mantouvalou, 2012, s. 7.

¹⁷¹ Se Fenwick & Novitz, 2010, s. 585-616, och Mantouvalou, 2012, s. 26 f.

¹⁷² Se Collins, 2011, s. 153 ff, och Youngdahl, 2009, s. 30-37.

Jag vill med de två perspektiven redogöra för viktiga nyanser i förhållandet mellan arbetsrätten och mänskliga rättigheter.

4.3.2 En rättslig diskussion

Collins tillhör gruppen rättsteoretiker som intar hållningen att mänskliga rättigheter och arbetsrätten definitivt är omaka. Arbetsrätten saknar, enligt Collins, några av mänskliga rättigheters grundläggande karaktärsdrag. Därför bör rättigheter inom arbetsrätten inte definieras som mänskliga rättigheter. Till stöd för sin hållning anför Collins främst fyra argument. För det första saknar arbetsrätten samma moraliska vikt; för det andra är arbetsrätten inte universellt tillämplig på samma sätt som mänskliga rättigheter; för det tredje är arbetsrätten inte tillräckligt stringent; och slutligen är arbetsrätten inte tidlös.¹⁷³

Mantouvalou ställer sig avvisande till Collins syn och menar beträffande det första argumentet avseende rättigheternas moraliska vikt, att flera rättigheter inom arbetsrätten visst kan vara lika angelägna och övertygande som traditionella mänskliga rättigheter. Som exempel nämner Mantouvalou hur arbetsförhållandena för hushållsanställda många gånger kan vara så graverande att det inte vore av mindre moralisk vikt att sådana förhållanden undanröjdes. Dessutom beror angelägenheten på situationen, eftersom somliga, traditionellt betydelsefulla mänskliga rättigheter under vissa omständigheter skulle väga lättare än arbetsrättsliga rättigheter. Ett sådant exempel är rätten att med hänvisning till yttrandefriheten förneka förintelsen. Förintelseförnekares yttrandefrihet får många gånger stå tillbaka för andra intressen, trots att yttrandefriheten måste betraktas som en betydelsefull och angelägen rättighet.¹⁷⁴

Vad gäller argumentet att arbetsrätten inte är universell menar Collins att avhängigheten av status, nämligen som arbetare eller anställd, utesluter klassifikationen som mänskliga rättigheter.¹⁷⁵ Men det finns många mänskliga rättigheter som förutsätter en viss status. Inom asylrätten finns en absolut rättighet att aldrig behöva skickas tillbaka till ett land där personen riskerar att torteras.¹⁷⁶

Collins hävdar vidare att arbetsrätten inte är tillräckligt stringent för att klassas som mänskliga rättigheter. Med detta menas att sådana rättigheter som exempelvis rätten till minimilön eller semester kommer till väldigt olika uttryck runtom i världen, dels beroende på de ekonomiska och materiella förhållandena, men också på grund av olika traditioner och arbetsrättsliga modeller. Därför blir det meningslöst att försöka tala om mänskliga rättigheter i sammanhanget eftersom det svårligen går att fastställa vad som avses i alla fall.¹⁷⁷

Men om det vore ett krav att mänskliga rättigheter måste gå att direkt tillämpa och utkräva, då vore, enligt Mantouvalou inte heller många av de sociala rättigheterna i konventionerna heller mänskliga rättigheter. Att rättigheter som

¹⁷³ Collins, 2011, s. 140 ff.

¹⁷⁴ Mantouvalou, 2012, s. 17 f.

¹⁷⁵ Collins, 2011, s. 142.

¹⁷⁶ Mantouvalou, 2012, s. 19.

¹⁷⁷ Collins, 2011, s. 142.

kräver resursfördelning inte skulle kunna klassas som mänskliga rättigheter stämmer inte, i vart fall inte enligt en välvillig tolkning av exempelvis Europadomstolens praxis.¹⁷⁸

Slutligen då argumentet att arbetsrätten är flytande och har utvecklats över tid, vilket skiljer den från mänskliga rättigheter som är tidlösa. Här spelar det så klart roll vilken inställning till mänskliga rättigheter som intas. Om de betraktas som eviga, naturrättsliga grundregler, då kan det finnas fog för Collins argument. Men i realiteten är mänskliga rättigheter ett tidsbundet rättsligt fenomen som är avhängigt ett givet historiskt sammanhang. Mantouvalou nöjer sig med att konstatera att vissa mänskliga rättigheter har utvecklats över tid. Som exempel nämner hon rätten till privatliv som har genomgått stora förändringar sedan internetns uppkomst.¹⁷⁹

Någon avgörande, konceptuell motsättning som Collins gör gällande mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten har jag svårt att se. Novitz och Fenwick konstaterar att det inte är omöjligt att förena mänskliga rättigheter med arbetsrätten. Resultaten i deras studie pekar på flera svårigheter men belyser även lyckade exempel. Frågan huruvida det är lämpligt att införa mänskliga rättigheter i arbetsrätten eller att anpassa den senare till MR-diskursen lämnas emellertid i stort obesvarad av Novitz och Fenwick.¹⁸⁰

Vad som saknas är en bredare analys av de faktiska konsekvenserna av att sammanföra mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Inte för att det saknas en djup insikt hos ovan nämnda teoretiker om hur allvarlig situationen är för lönearbetande människor. Gemensamt för forskningen på området är att den poängterar arbetsrättens kris och fackföreningarnas kraftiga tillbakagång. Situationen för arbetarklassen ser ut att stadigt förvärras. Om detta råder det enighet. Collins menar att det därför visst kan finnas strategiska och retoriska skäl att använda rättighetsdiskursen vad gäller facklig mobilisering eller rättslig argumentation.¹⁸¹

Men frågan kvarstår om arbetsrättens fortsatta utveckling kräver att den grundas på en orientering mot mänskliga rättigheter. Mantouvalou är övertygad om att en sådan nödvändighet föreligger trots svårigheterna.¹⁸² Om det inte finns något konceptuellt hinder mot att sammanföra arbetsrätten och mänskliga rättigheter, då är frågan vad det skulle få för djupare, sociala och ekonomiska effekter. Frågan föranleder ett mer ideologiskt perspektiv.

4.3.3 En ideologisk diskussion

I det här sista avsnittet om mänskliga rättigheter och arbetsrätten ska jag innan jag övergår till att närmare granska förhållandena i den svenska arbetsrätten, redogöra för den mer politiska och ideologiska diskussionen om den problematiska relationen. Med utgångspunkt i utbytet mellan Youngdahl och

¹⁷⁸ Mantouvalou, 2012, s. 20 f.

¹⁷⁹ Mantouvalou, 2012, s. 22.

¹⁸⁰ Fenwick & Novitz, 2010, s. 588.

¹⁸¹ Collins, 2011, s. 153.

¹⁸² Mantouvalou, 2012, s. 24 ff.

Compa i New Labor Review är frågan alltså om mänskliga rättigheter alls *bör* blandas samman med arbetsrätten.

4.3.3.1 *Solidaritet eller mänskliga rättigheter*

Youngdahl riktar stark kritik mot tanken på att integrera mänskliga rättigheter i arbetsrätten. Artikeln är ett svar på en rapport författad bland annat av Lance Compa där denne argumenterade för att arbetsrättens och arbetarrörelsens auktoritet kan återupplivas genom införandet av mänskliga rättigheter. Youngdahls kritik ställer individuella mänskliga rättigheter mot begreppet solidaritet. Enligt honom föreligger ett motsatsförhållande mellan de båda.¹⁸³ För att förstå varför detta är avgörande vill jag kort diskutera betydelsen som Youngdahl tillskriver solidaritet i ett arbetsrättsligt sammanhang.

Om jag återvänder till synen på arbetsrätten som en samling tillkämpade kollektiva regler i syfte att skapa paritet mellan arbetsgivare och arbetstagare genom att de senare slagit sig samman i fackföreningar, måste förutsättningen för arbetarrörelsen att hävda sig vara att de många individerna delar gemensamma intressen och bygger en kollektiv strävan utifrån dessa. Sammanhållningen kring dessa intressen kan benämnas solidaritet. På så sätt är arbetsrätten i viss mån ett uttryck för denna gemensamma strävan. Därför går det att se exempelvis kollektivavtalet, strejkrätten och förhandlingsrätten som rättsliga uttryck för solidaritet. Eller annorlunda uttryckt, de kollektiva rättsfigurerna utgör den rättsliga regleringen av ett mer balanserat styrkeförhållande mellan arbete och kapital som i praktiken bygger på sammanslutningar av enskilda arbetstagare. Med Bruuns synsätt kan solidaritet betraktas som en del av paritetsideologin.¹⁸⁴

Youngdahl ser allvarligt på försöket att orientera arbetsrätten mot en primärt individbaserad rättighetsdiskurs. Han går så långt som att påstå att det skulle innebära slutet för den kollektiva arbetsrätten.¹⁸⁵ Detta beror främst på att den individuella rättighetsdiskursen normativt prioriterar individen varmed en slags atomiseringsprocess tar vid och skapar en konflikt mellan individen och kollektivet. Kollektivet, det vill säga andra löntagare, blir på så sätt ett hindret för arbetstagaren att realisera sina intressen. Dessa intressen som alltså regleras genom individuella rättigheter, underminerar behovet av kollektivet. Men i själva verket, menar Youngdahl, kan individuella rättigheter endast realiseras i sitt sociala sammanhang, alltså inte i motsättning till kollektivet, men *genom* kollektivet.¹⁸⁶

Traditionellt fackliga, kollektiva rättigheter kan i praktiken formuleras som individuella rättigheter. Så har skett när exempelvis Europadomstolen införde strejkrätten och rätten till kollektiva förhandlingar i artikel 11 i EKMR.¹⁸⁷ Rätten tillkommer fackföreningen *genom* individen som är den egentliga rättighetsbäraren. Youngdahl menar emellertid att det finns en risk med att bortse från den särskilda kollektiva karaktären hos fackliga rättigheter och

¹⁸³ Youngdahl, 2009, s. 31.

¹⁸⁴ Bruun, 1979, s. 369 ff.

¹⁸⁵ Youngdahl, 2009, s. 31.

¹⁸⁶ Youngdahl, 2009, s. 33.

¹⁸⁷ Se avsnitt 4.2.4 ovan.

forcera in dem i en avig diskurs som i slutändan kan underminera maktförhållandet mellan arbete och kapital.¹⁸⁸

Här skymtar aspekter av den djupare ideologiska diskussionen, där förespråkare för mänskliga rättigheter tenderar att se individualism som en tidlös företeelse, vilket bortser från att individualism är ett historiskt uttryck som sammanfaller med en tidsanda och uttrycker givna maktintressen i den epoken. Youngdahl menar, liksom Brown,¹⁸⁹ att individualism och marknad hänger intimt samman.¹⁹⁰

Ett individbaserat rättighetsfokus riskerar att skymma den omständigheten att arbetsrättens kollektiva regler, i den mån de skyddar arbetstagarens intressen, är avhängiga förekomsten av starka arbetstagarorganisationer och en drivande arbetarrörelse. I linje med kritiken mot rättighetsdiskursen som diskuterades i avsnitt tre ovan tenderar kopplingen mellan makt- och egendomsförhållanden och arbetsrätten att döljas bakom den förment neutrala rättsordningen.

4.3.3.2 *Ett pragmatiskt svar*

Compa tillbakavisar konflikten mellan individ och kollektiv, och mellan individuella och kollektiva rättigheter. Arbetsrätten skulle mycket väl kunna gynnas av mänskliga rättigheter. Och tvärtom skulle arbetsrättens kollektiva och sociala fokus kunna möjliggöra de kollektiva och sociala mänskliga rättigheternas utveckling till samma skyddsnivå som de politiska och civila rättigheterna.¹⁹¹

Att prioritera solidaritet på bekostnad av individuella rättigheter riskerar, enligt Compa, att möjliggöra övergrepp på enskilda. I Kina legitimeras sådana övergrepp med hänvisning till det kollektiva intresset. Fackföreningar, till sin natur, förlikar och når kompromisser mellan medlemmarnas individuella och kollektiva intressen. Individuella rättigheter skapar ett rättssäkert ramverk inom vilket dessa kompromisser utförs.¹⁹²

Till slut menar Compa att det inte är realistiskt att hålla fast vid idealiserade föreställningar om arbetarrörelsen. Den moderna arbetsrätten, liksom rörelsen, är i behov av förnyelse. Att stärka banden till MR-rörelsen skulle mycket väl kunna ge näring åt en sådan förnyelse. Allianser mellan fackföreningar och NGO:s kan vara ömsesidigt gynnsamma.¹⁹³

Från ett realistiskt perspektiv är fackföreningsrörelsen ingenstans i närheten av sin forna styrka, och är inte heller i stånd att på allvar utmana den rådande ekonomiska ordningen. Om arbetsrätten ger uttryck för ett tidigare styrkeförhållande som inte längre är aktuellt, måste rätten anpassas efter rådande förhållande. Det förefaller så att arbetsrätten i allt mindre utsträckning lyckas balansera styrkeförhållandet mellan parterna. På så sätt kan mänskliga rättigheter tillföra arbetsrätten ett kraftfullt och moraliskt förankrat skyddsnät som

¹⁸⁸ Youngdahl, 2009, s. 34.

¹⁸⁹ Se avsnitt 3.2.4 ovan.

¹⁹⁰ Youngdahl, 2009, s. 34.

¹⁹¹ Compa, 2009, s. 40.

¹⁹² Compa, 2009, s. 39 ff.

¹⁹³ Compa, 2009, s. 43.

inte får underskridas i tider då behovet av att skydda arbetare ständigt tycks öka.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Compa, 2009, s. 45.

5 Mänskliga rättigheter och den svenska arbetsrätten

Jag vill nu rikta uppmärksamheten mot den svenska arbetsrätten. I det här avsnittet kommer jag att diskutera hur mänskliga rättigheter påverkar den kollektiva arbetsrätten. Det är främst genom att undersöka praxis från Europadomstolen, EU-domstolen, Arbetsdomstolen och Hösta domstolen som utredningen sker.

Den första delen kommer att granska hur EU-rättens skydd för grundläggande rättigheter har kommit att påverka den svenska arbetsrätten. Frågan kommer att diskuteras utifrån premissen att det finns en relation mellan EU-rätten och Europakonventionen som i sin tur kan inverka på den svenska arbetsrätten. Jag tycker mig här se ett slags triangeldrama mellan den svenska arbetsrätten, EU-rätten och Europakonventionen som förtjänar uppmärksamhet.

Därefter vill jag undersöka hur Europakonventionens skydd för den negativa föreningsfriheten i artikel 11 har inverkat på medbestämmandelagen och den svenska kollektivavtalsmodellen. Diskussionen inriktar sig främst på hur Europadomstolens praxis sedan konventionen inkorporerades i svensk rätt har påverkat möjligheten för fackföreningar att vidta stridsåtgärder.

I den sista delen kommer jag att undersöka frågan om sanktionsmöjligheterna för brott mot Europakonventionen. Detta kommer att föra redogörelsen en bit bort från den kollektiva arbetsrätten, nämligen till den utomobligatoriska skadeståndsrättens område och Högsta domstolens praxis. Förklaringen till detta är att införandet av sanktioner för otillbörliga stridsåtgärder, genom tillämpning av bestämmelser utanför arbetsrätten, kan innebära en inskränkning av den fackliga konflikträtten.

5.1 Den fria rörligheten och strejkrätten

5.1.1 Inledande ord

Som jag nämnde ovan finns det anledning att närmare betrakta triangelrelationen mellan EU-rätten, Europakonventionen och den svenska arbetsrätten. Inom det EU-rättsliga systemet klassas fackliga rättigheter, så som rätten att vidta stridsåtgärder, som grundläggande rättigheter. Dessa grundläggande rättigheter balanseras mot de ekonomiska friheterna som utgör fundamentet för den Europeiska Unionen enligt en given metodologi.

EU-rätten har i sin tur en relation till Europakonventionen. Relationen skulle av vissa beskrivas som problematisk.¹⁹⁵ En del av svårigheten består i att de två rättssystemen utgår från olika ordningar vad gäller balansandet av grundläggande rättigheter. Både EU-rätten och Europakonventionen påverkar

¹⁹⁵ Se bland annat Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 90-94. Jfr även Edström, 2011, s. 73 f; Ewing & Hendy, 2014, s. 296 f.

i stor utsträckning den svenska arbetsrätten, och frågan är hur problematiken mellan de två rättsordningarna sedan överförs till svensk rätt.

Jag kommer först att redogöra för några rättsliga utgångspunkter gällande den fria rörligheten och grundläggande rättigheter inom EU-rätten. I samband med det kommer relationen till Europakonventionen att problematiseras. Därefter kommer Laval- och Viking-domarna att redogöras för, och slutligen kommer jag att analysera domarnas betydelse för den svenska, kollektiva arbetsrätten.

5.1.2 Den fria rörligheten, arbetsrätten och mänskliga rättigheter

5.1.2.1 Den fria rörligheten

Det kan vara värt att påminna om diskussionen som fördes i avsnitt två ovan, om den Europeiska Unionens primärt ekonomiska ursprung. EU var från början en gemenskap som syftade till att skapa integrerade marknader genom rättslig harmonisering och nya institutioner. EU-rätten är starkt präglad av denna ekonomiska utgångspunkt.¹⁹⁶

Avgörande för den ekonomiska integrationen har varit upprättandet av den inre, europeiska marknaden. Genom att avskaffa handelshinder och understödja den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital har en internationellt konkurrenskraftig ekonomi etablerats i EU. Den fria rörligheten utgör i sammanhanget ett fundament som har gett upphov till ett omfattande och långtgående regelverk i syfte att avvärja olika former av handelshinder.¹⁹⁷

Jag kommer inte att mer utförligt redogöra för EU-rätten kring den fria rörligheten. Det kan dock vara på sin plats att kort nämna bestämmelserna i *Fördraget om europeiska unionens funktionssätt* (FEUF) som reglerar den fria rörligheten av tjänster samt etableringsrätten. För etableringsrätten gäller artikel 49-55 FEUF och för tjänster artikel 56-62 FEUF. I huvudsak går bestämmelserna ut på att skapa likhet mellan inhemska och aktörer och aktörer från andra medlemsstater vad gäller förutsättningarna att etablera sig och erbjuda tjänster. Annorlunda uttryckt föreligger ett förbud mot att diskriminera tjänster och etablerande subjekt från andra EU-länder.¹⁹⁸

Diskrimineringsförbudet, som även omfattar indirekt diskriminering, väger tungt men är inte absolut och kan i undantagsfall inskränkas. Förbudet tolkas extensivt och undantagen restriktivt.¹⁹⁹ EU-domstolen har haft en instrumentell roll när det gäller att upprätthålla regelverket och se till att medlemsstaterna inte på olika sätt inskränker den fria rörligheten. I den viktiga domen *Gebhard* etablerade domstolen ett test för att avgöra huruvida en viss nationell åtgärd som hindrar de grundläggande friheterna är tillåtlig eller inte.²⁰⁰ Enligt *Gebhard*-testet är en inskränkning av den fria rörligheten tillåten endast

¹⁹⁶ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 3.

¹⁹⁷ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 232.

¹⁹⁸ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 272 f.

¹⁹⁹ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 280 f.

²⁰⁰ C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (*Gebhard*), EU:C:1995:411.

om (1) den framstår som motiverad med hänsyn till dess mål, (2) syftar till att uppnå det eftersträlvade målet och (3) den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen.

5.1.2.2 *Arbetsrätten och grundläggande rättigheter*

Vad gäller arbetsrättens förhållande till den ekonomiska grunden kan nämnas att sociala frågor generellt har varit ett länge eftersatt område. Det var först på 1970-talet som den sociala dimensionen började diskuteras på allvar inom EU.²⁰¹

I och med att *EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna* antogs 2000 kom vissa fackliga rättigheter att direkt genom EU:s rättssystem inta statusen som grundläggande rättigheter. Stadgan innehåller utöver civila, politiska och medborgerliga rättigheter även sociala och ekonomiska rättigheter.²⁰²

De arbetsrättsligt relevanta bestämmelserna återfinns främst i stadgans kapitel fyra om solidaritet. Här finns i artikel 27 exempelvis arbetstagares rätt till information och i artikel 28 rätten till kollektiva förhandlingar och konfliktåtgärder. Värt att nämna är också föreningsfriheten i artikel 14 som återfinns i stadgans andra kapitel. Laval- och Viking-domarna, som diskuteras nedan, bekräftade att strejkrätten är en grundläggande rättighet.²⁰³

Möjligheten för EU:s institutioner att lagstifta på den kollektiva arbetsrättens område är i många avseenden begränsat. Strejkrätten är på det helataget undantaget EU:s kompetens.²⁰⁴ Däremot har EU-domstolen, genom att tillämpa bestämmelser om den fria rörligheten i flera fall funnit att stridsåtgärder kan strida mot unionsrätten genom att de har hindrat den fria rörligheten.²⁰⁵ På så sätt har EU:s kompetensområde genom EU-domstolen kommit att omfatta stridsåtgärder. Det är knappast kontroversiellt att säga att arbetsrätten är underordnad den fria rörligheten.²⁰⁶

5.1.2.3 *Europakonventionen för mänskliga rättigheter och EU-rätten*

EU-domstolen har sedan 1970-talet framhävt att rättigheterna i Europakonventionen ska gälla inom unionsrätten som allmänna rättsprinciper. Detta framgår numera uttryckligen av artikel 6.3 FEU. Därtill har i artikel 6.2 slagits fast att EU ska ansluta sig till Europakonventionen. Så har ännu inte skett även om processen försiktigt har inletts.²⁰⁷ Vad gäller relationen mellan stadgan för grundläggande fri- och rättigheter och Europakonventionen framgår av artikel 52.3 att stadgans omfattning och räckvidd ska sammanfalla med konventionens skydd. Detta hindrar emellertid inte att EU antar ett mer långtgående skydd.

²⁰¹ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 73.

²⁰² 2012/C 326/02, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (senaste konsoliderade versionen).

²⁰³ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 150 ff; Novits & Syrpis, 2010, s. 472.

²⁰⁴ Novits & Syrpis, 2010, s. 466 f.

²⁰⁵ Se vidare avsnitt 5.1 nedan.

²⁰⁶ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 61.

²⁰⁷ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 91.

Jag vill här fortsätta diskussionen om Europakonventionens skydd för fackliga rättigheter som behandlades kort ovan. Som jag nämnde svängde Europadomstolen under 2000-talet från en avvisande hållning till fackliga rättigheter till att inkludera exempelvis rätten till kollektiva förhandlingar i och med fallet *Wilson and Palmer v. UK*.²⁰⁸ Fallet följdes av *Demir and Baykara v. Turkey* som fastställde att kollektiva förhandlingar är en förlängning av rätten att tillhöra en fackförening vilket skyddas av artikel 11 EKMR.²⁰⁹ I *Enjeri Yapi-Sol Sen v. Turkey* gick Europadomstolen längre och inkluderade så konflikträtten i skyddet för föreningsfriheten,²¹⁰ och i *RMT v. Ireland* inkluderades sympatiåtgärder i strejkrätten.²¹¹

Viktigt att notera är att domstolen slog fast att undantag och inskränkningar av stridsåtgärder under artikel 11 måste vara förenliga med relevanta ILO-konventioner.²¹² På så sätt har ILO:s konventioner stor betydelsen vad gäller fackliga rättigheter som faller inom Europakonventionens skydd.

Beträffande möjligheten att inskränka rättigheterna som skyddas av artikel 11 tillämpar Europadomstolen en särskild metod för att avgöra om en begränsning är lovlig eller inte. Efter att först ha konstaterat att en inskränkning verkligen har skett, fortsätter domstolen med att avgöra om inskränkningen har ett legitimt syfte och om den har skett i enlighet med gällande lag. Vad som kan betraktas som ett legitimt syfte uppräknas i artikelns andra stycke, och innefattar allmän säkerhet, förebyggande av oordning eller brott, skydd för hälsa eller moral och skydd för andra personers fri- och rättigheter. Om inskränkningen anses ha ett legitimt syfte gör domstolen slutligen en bedömning av huruvida begränsningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle.²¹³

Det sista steget är alltså en proportionalitetsbedömning som går ut på att avgöra om begränsningen ryms inom den aktuella statens *margin of appreciation*, eller handlingsutrymme. Varje stat har ett visst utrymme att agera, men relationen mellan begreppen *nödvändig* och *demokratiskt samhälle* innebär dels att staten måste kunna ge en rimlig förklaring till inskränkningen och dels att inskränkningen ska vara proportionerlig i förhållande till det angivna allmänintresset.²¹⁴

Vad som är proportionerlig beror på omständigheterna i det givna fallet, men några för bedömningen relevanta omständigheter är (1) inskränkningens natur, det vill säga hur den är utformad och vilka konsekvenser den medför, (2) om det finns andra, mindre ingripande tillvägagångssätt, och (3) om det finns några skyddsmekanismer som kan kompensera för eventuella rättsliga eller andra förluster.²¹⁵

²⁰⁸ *Wilson and Palmer v UK*, nos. 30668/96, 30671/96 & 30678/96, 2 juli 2002.

²⁰⁹ *Demir and Baykara v. Turkey*, no. 34503/97, 12 November 2008.

²¹⁰ *Enerji Yapi-Sol Sen v. Turkey*, no. 68959/01, 21 april 2009.

²¹¹ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers (RMT) v. The United Kingdom*, no. 31045/10, 8 april 2014.

²¹² Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 93.

²¹³ Cameron, 2011, s. 109.

²¹⁴ Cameron, 2011, s. 112.

²¹⁵ Cameron, 2011, s. 112.

Här skymtar en divergens mellan EU-rätten och Europakonventionen samt mellan de två domstolarna. Båda tillämpar en proportionalitetsprincip för att avgöra lovligheten hos inskränkningar i fundamentala rättigheter. Men medan EU-domstolens bedömningsmetod baseras i stort på principen om den fria rörligheten har Europadomstolen en annan utgångspunkt som börjar med rättigheten i fråga.²¹⁶ Om en viss rättighet, säg strejkrätten, ställs mot den fria rörligheten, då tillämpar EU-domstolen Gebhard-testet för att avgöra om stridsåtgärden är en lovlig inskränkning av den fria rörligheten. Europadomstolen hade istället bedömt huruvida den fria rörligheten är en tillåten begränsning av strejkrätten. Novitz och Sypis beskriver det som att mänskliga rättigheter inom EU-rätten ofta fungerar som en *sköld* snarare än som ett *svärd* på så sätt att de anförs för att rättfärdiga brott mot den fria rörligheten.²¹⁷

Jag kommer att återkomma till denna divergens senare och diskutera den i ljuset av två av EU-domstolens kanske mest uppmärksammade domar på arbetsrättens område, nämligen Laval och Viking.

5.1.3 Laval och Viking-målen

Innan jag redogör för bakgrunden till målen vill jag nämna att en del av frågeställningen i Laval handlade om en bestämmelse i MBL mer känd som *lex Britannia* efter en dom i AD.²¹⁸ *Lex Britannia* medgav i korta drag att stridsåtgärder fick vidtas för att tränga ut befintliga, utländska kollektivavtal i syfte att motverka social dumpning. Bestämmelsen dömdes ut av EU-domstolen i Laval-målet, vilket gav upphov till ändringar ibland annat *lex Britannia*-bestämmelsen. De ändringar som gjordes gick under benämningen *lex Laval*.²¹⁹ I skrivande stund har delar av *lex Laval* upphävts.²²⁰ Därmed är det rättsliga läget förvisso inte återställt till situationen som rådde före Laval-domen. Det hade varit intressant att närmare granska vilka implikationer som den senaste lagstiftningen medför, men jag har valt att avgränsa redogörelsen nedan till att fokusera på frågan om proportionalitet och relationen mellan stridsåtgärder och den fria rörligheten. Laval-domens konsekvenser för svensk lagstiftning kommer därför inte att beröras vidare i den fortsatta framställningen.

5.1.3.1 Bakgrunden till Laval

Laval var ett lettiskt byggföretag som under 2004 utstationerade ett 30-tal arbetstagare till Sverige för arbete med entreprenader i Stockholmsområdet. En sådan entreprenad var bygget av en skola i Vaxholm.

I september 2004 krävde Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) att Laval skulle teckna kollektivavtal med dem. Bolaget hade då just tecknat avtal med det lettiska byggnadsarbetareförbundet och avvisade Byggnads krav. Byggnads svarade med att varsla om stridsåtgärder.

²¹⁶ Edström, 2011, s. 74.

²¹⁷ Novitz & Sypis, 2010, s. 467.

²¹⁸ AD 1989 nr 120.

²¹⁹ Prop 2009/10:48.

²²⁰ Se riksdagens beslut 2017-04-26 angående prop. 2016/17:107 Nya utstationeringsregler.

I november 2004 försattes bygget i Vaxholm i blockad av Byggnads. Blockaden medförde bland annat att varuleveranser hindrades. Enligt Laval hindrades också de lettiska arbetstagarna från att nå arbetsplatsen i och med upprättade strejkvaktskedjor.²²¹ I december trappades stridsåtgärderna upp genom att Svenska Elektrikerförbundet (Elektrikerna) vidtog sympatiåtgärder som innebar att alla tjänster från medlemsföretag i arbetsgivarorganisationen Elektriska installatörsorganisationen blockerades.

I januari 2005 inträdde ytterligare fackförbund i konflikten och samtliga arbetsplatser där Laval bedrev verksamhet försattes i blockad. Bolaget fann det därmed omöjligt att bedriva någon verksamhet i Sverige. I mars 2005 försattes Laval i konkurs.

5.1.3.2 *Rättsprocessen i Laval-målet*

Laval väckte talan vid Arbetsdomstolen mot Byggnads och Elektrikerna, och yrkade att AD skulle förklara stridsåtgärderna olovliga och förpliktiga Byggnads och Elektrikerna att utge allmänt skadestånd. Därtill krävde bolaget att Arbetsdomstolen skulle begära förhandsavgörande från EU-domstolen gällande stridsåtgärdernas tillåtlighet enligt unionsrätten.

Arbetsdomstolen beslutade att vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande från EU-domstolen för att få svar på (1) frågan om Byggnads och Elektrikernas stridsåtgärder stred mot reglerna om den fria rörligheten och (2) frågan om den så kallade lex Britannia-bestämmelsen i MBL som medgav att stridsåtgärder fick vidtas för att undantränga befintliga kollektivavtal gällande mot utländska företag som endast är tillfälligt verksamma i landet och har med sig egen arbetskraft.

EU-domstolen konstaterade i domen att rätten att vidta stridsåtgärder är en grundläggande rättighet. Men trots detta kan den underkastas vissa begränsningar. Stridsrätten får inte hur som helst inskränka den fria rörligheten.²²²

Stridsåtgärder som syftar till att framtvunga förmånligare avtal än minimireglerna i utstationeringsdirektivet riskerar att försvåra för utländska företag att bedriva verksamhet i Sverige. Därmed kan sådana stridsåtgärder som Byggnads och Elektrikerna vidtog utgöra en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster som avses i artikel 56 FEUF.²²³

I sig är inskränkningar av den fria rörligheten inte uteslutna, men för att de ska vara tillåtliga måste de dels ha ett legitimt syfte och dels vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset. Stridsåtgärderna måste vara inriktade på att uppnå det eftersträlvade syftet, och får inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet. De måste med andra ord vara proportionerliga i enlighet med det ovan diskuterade Gebhard-testet.²²⁴

Domstolen godkände visserligen syftet i Laval såtillvida att det handlade om att motverka social dumpning och säkerställa utstationerade arbetstagares

²²¹ C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl. (Laval), EU:C:2007:809, p. 34.

²²² C-341/05 Laval p. 91.

²²³ C-341/05 Laval p. 99.

²²⁴ C-341/05 Laval, p. 101.

villkor.²²⁵ Däremot menade EU-domstolen att stridsåtgärder för att förmå en arbetsgivare att inleda förhandlingar om lönenivåer inte kan utgöra ett godtagbart syfte om det föreligger väsentliga oklarheter kring vilka skyldigheter som gäller för arbetsgivaren.²²⁶

EU-domstolen dömde även ut lex Britannia-bestämmelserna i MBL. Det ansågs med andra ord diskriminerande och i strid med den fria rörligheten för tjänster att tillåta stridsåtgärder för att tränga ut befintliga, utländska kollektivavtal.²²⁷

När AD återupptog målet efter förhandsavgörandet fann domstolen att stridsåtgärderna som Byggnads och Elektrikerna hade vidtagit bröt mot unionsrätten. Vidare fann AD att förbunden kunde hållas ansvariga för sådana brott, trots att stridsåtgärderna var lovliga enligt svensk lagstiftning. De tillåtande bestämmelserna i MBL hindrade inte AD från att döma Byggnads och Elektrikerna till skadestånd för stridsåtgärderna. Därmed förpliktigades förbunden av domstolen att betala 400.000 kr respektive 150.000 kr i skadestånd. Därutöver fick förbunden ersätta Laval's rättegångskostnader om sammanlagt strax över 2.000.000 kr.²²⁸

5.1.3.3 Om Viking-målet

Det finska rederiet Viking Line ägde det finskflaggade fartyget Rosella. I och med flaggningen tillämpades finska lönenivåer och villkor på besättningen. När rederiet ville flagga om fartyget och registrera det i Estland istället och där teckna kollektivavtal med en estländsk fackförening hotade det finska sjömansförbundet (FSU) att tillsammans med Internationella Transportarbetarfederationen (ITF) att vidta stridsåtgärder för att förhindra utflaggningen. Därefter ingick rederiet en överenskommelse med det finska facket.

Tolkningsfrågorna gällde främst om fackliga stridsåtgärder, eller hot om sådana, som i det aktuella fallet, innebar en inskränkning av artikel 49 FEUF om den fria etableringsrätten, och i så fall, kan sådana stridsåtgärder motiveras med hänsyn till undantaget om allmän ordning till skydd för arbetstagarna eller mot bakgrund av att strejkrätten är en grundläggande rättighet. Tolkningsfrågorna gällde också om det i fallet rädde balans och proportionalitet mellan de vidtagna stridsåtgärderna och etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.²²⁹

Avseende frågan om stridsåtgärderna hade ett godtagbart syfte menade EU-domstolen att syftet att förhindra en utflaggning inte automatiskt innebär att stridsåtgärderna är godtagbara. Om arbetsgivaren följer gällande bestämmelser i det nya landet, kan arbetstagarnas villkor inte utgöra ett godtagbart syfte.²³⁰ Intressant nog diskuterade domstolen inte argumentet att de nya vill-

²²⁵ C-341/05 Laval, p. 107 och 103.

²²⁶ C-341/05 Laval, p. 110.

²²⁷ C-341/05 Laval, p. 120.

²²⁸ AD 2009 nr 89.

²²⁹ C-438/05 International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP, och OÜ Viking Line Eesti (Viking), EU:C:2007:772, p. 27.

²³⁰ C-438/05 Viking, p. 81-85.

koren i Estland skulle innebära en väsentlig försämring i förhållande till villkoren i Finland. Inte heller tog domstolen i beaktande de långsiktiga konsekvenserna av utflaggning.²³¹

Beträffande proportionalitet slog EU-domstolen fast att stridsåtgärder som inskränker den fria etableringsrätten endast kan godtas om de har ett legitimt syfte. Därtill krävs för att stridsåtgärderna ska vara tillåtliga att de dels är ägnade att uppnå det syftet och får gå utöver vad som krävs för att uppnå detta.

Domstolen konstaterade att de av FSU och ITF planerade stridsåtgärderna mot Viking hade fått till följd att bolagets rätt till fri etablering hade blivit mindre lockande och till och med meningslös. På så sätt, menade EU-domstolen, innebar stridsåtgärderna en inskränkning av etableringsrätten. Huruvida inskränkningen i det förevarande Viking-fallet hade legitimt syfte och var proportionerliga, ankom på den nationella domstolen att pröva.²³²

5.1.4 Analys och diskussion

Laval- och Viking-domarna väckte stor uppmärksamhet. Särskilt från fackligt håll var upprördheten över AD:s dom i Laval²³³ påfallande.²³⁴ Byggnads ansökte om resning hos Högsta domstolen och menade att Arbetsdomstolen gjort sig skyldig till domvilla.²³⁵ Inte minst de höga skadestånden ansågs provocerande. Det ska erinras att stridsåtgärderna var lovliga enligt MBL.

Men även det faktum att fackföreningarna tvingades svara för överträdelserna var något som gav upphov till diskussion.²³⁶ Istället för att staten hölls ansvarig för att svensk rätt inte överensstämde med unionsrätten var det facken som skulle visa att deras handlande i enlighet med MBL hade ett legitimt syfte i förhållande till allmän ordning och att deras handlande var proportionerligt.

Diskussionen nedan kommer att redogöra kort för olika aspekter av konsekvenserna av Laval- och Viking-domarna och kommer främst att fokusera på relationen mellan den fria rörligheten inom unionsrätten och rätten till stridsåtgärder. Det är i första hand bedömningen av huruvida handlandet är proportionerligt som är av intresse.

5.1.4.1 Kritiken från International Labour Organisation

Det kan vara värt att nämna att ILO riktade kraftig kritik mot Laval- och Viking-domarna i sin rapport från 2010.²³⁷ Domarna ansågs utgöra en begränsning strejkrätten i strid med konvention 87 om föreningsfrihet och organisationsrätten. Framförallt vände sig ILO mot att EU:s ekonomiska friheter nu

²³¹ Se vidare Novitz & Syrpis, 2010, s. 475 f.

²³² C-438/05 Viking, p. 72 & 84.

²³³ AD 2009 nr 89.

²³⁴ Se bland annat Byggnads pressmeddelande 2009-12-02 [<https://www.byggnads.se/om-oss/press/pressmeddelanden/2009/ads-laval-dom-far-allvarliga-konsekvenser/>], besökt 2017-05-21.

²³⁵ NJA 2006 N 3.

²³⁶ Novitz & Syrpis, 2010, s. 475.

²³⁷ ILO Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A), 2010.

utgjorde en del av proportionalitetsbedömningen och därmed en lovlig inskränkning av strejkrätten.²³⁸

Det så kallade BALPA-fallet i Storbritannien, där pilotfacket fick dra tillbaka sina varslade stridsåtgärder under hot om skadestånd som facket menade hade riskerat att försätta det i konkurs, utgjorde ett praktiskt exempel på verkningarna av Laval- och Viking-domarna. Därmed ger EU-domstolens praxis, enligt rapporten, upphov till en situation där konventionsrättigheterna inte kan genomföras.²³⁹

Här kan vara värt att erinra om artikel 11 i Europakonventionen som skyddar strejkrätten. Inskränkningar måste, som har diskuterats ovan, ske i enlighet med relevanta ILO-konventioner.²⁴⁰ Möjligtvis har ILO:s uttalanden genom Europadomstolens praxis potential att påverka EU-rätten. Enligt Edström förefaller det emellertid inte troligt att uttalandet i ILO-rapporten kommer ha något direkt inflytande på EU-rätten.²⁴¹ Frågan om Europadomstolens relation till EU-rätten diskuteras vidare nedan.²⁴²

5.1.4.2 Proportionalitetsprincip i svensk rätt?

Laval och Viking-domarna innebar för svensk del en inskränkning av rätten att vidta stridsåtgärder.²⁴³ Som vi har sett uppställer EU-rätten ett antal kriterier för det fall en stridsåtgärd står i konflikt med den fria rörligheten. Kriterierna är samma som tillämpas i det ovan nämnda Gebhard-testet, och anger att en begränsning av den fria rörligheten är tillåten endast om den har ett legitimt syfte, är ägnad att uppnå syftet och är proportionerlig.²⁴⁴ Det finns i och med Laval och Viking således ett krav på att stridsåtgärder ska vara proportionerliga i förhållande till den fria rörligheten.

Här vill jag understryka att det inte är fråga om en sådan allmän proportionalitetsprincip som finns i Danmark eller Tyskland, där vissa krav på proportionalitet mellan åtgärden och det åsyftade målet uppställs för att en stridsåtgärd ska vara lovlig. Glavå manar till att hålla isär begreppen. De principer som kan uttolkas ur Laval och Viking gäller primärt EU-rättens avvägningsmekanismer, vilka inte utgör någon generell regel om proportionalitet för konflikträtten på den svenska arbetsmarknaden.²⁴⁵ Men kanske är det ändå inte uteslutet att värderingarna som uttrycks i Laval- och Viking-målen kan påverka svenska förhållanden, om än mer indirekt. Glavå erkänner den EU-rättsliga tendensen att låta fackliga rättigheter stå tillbaka för de ekonomiska friheterna, men ser ändå positivt på utvecklingen. Han pekar på trender i Europadomstolens praxis att utöka skyddet för fackliga rättigheter.²⁴⁶ Novitz

²³⁸ ILO, 2010, s. 208.

²³⁹ ILO, 2010, s. 208 f.

²⁴⁰ Se avsnitt 4.2.4 ovan.

²⁴¹ Edström, 2011, s. 73.

²⁴² Se avsnitt 5.1.4.3.

²⁴³ Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 168.

²⁴⁴ C-55/94 Gebhard.

²⁴⁵ Glavå & Hansson, 2016, s. 190 f.

²⁴⁶ Glavå & Hansson, 2016, s. 192.

och Syrpis intar en mer skeptisk hållning, vilket kommer att diskuteras i följande avsnitt.

5.1.4.3 *Problematisering av EU-rätten och Europakonventionen*

Som jag nämnde ovan finns det tendenser till divergens mellan EU-domstolen och Europadomstolens praxis beträffande rätten att vidta stridsåtgärder. Denna divergens kan få konsekvenser för svenskt vidkommande. Därför vill jag ägna några rader åt att diskutera relationen mellan de två rättssystemen i ljuset av Laval och Viking. Det finns nämligen anledning att anta att EU-domstolen och Europadomstolen inte drar helt jämt vad gäller synen på strejkrätten som mänsklig eller grundläggande rättighet och dess möjliga inskränkning.²⁴⁷

I Laval och Viking-målen slog EU-domstolen fast att en begränsning av den fria rörligheten hade skett och gjorde en bedömning av de berörda fackförbundens argument att inskränknigen hade varit berättigad eftersom stridsåtgärder tillhör kategorin grundläggande rättigheter. Domstolen underkände argumentationen. I Viking saknades fackligt syfte, och i Laval hade stridsåtgärderna varit oproportionerliga. Den omständigheten att strejkrätten skyddas av EU:s stadga för grundläggande rättigheter förefaller vara av mindre betydelse eftersom den ställs mot den ekonomiska friheten och blir föremål för EU-domstolens proportionalitetsbedömning, som alltså utgår från den fria rörligheten och tenderar att premiera densamma.²⁴⁸

Frågan är då om Europadomstolen hade kommit fram till samma resultat? Här vill jag undvika yvig spekulation, men frågan är högst relevant, särskilt mot bakgrund av EU:s närmanden till Europakonventionen. Nyström menar att Europadomstolen möjligtvis hade kunnat komma fram till en annan slutsats än EU-domstolen i Laval-målet.²⁴⁹ Novitz och Syrpis säger det inte rakt ut men problematiserar EU-domstolens bedömning mot bakgrund av Europadomstolens mer välvilliga praxis beträffande rätten till stridsåtgärder.²⁵⁰ Även Edström pekar på divergensen mellan de två rättssystemen och framhåller skillnader i tillämpningen av proportionalitetsbedömningarna mellan domstolarna som en avgörande faktor.²⁵¹

Om utfallet verkligen hade blivit annorlunda låter sig givetvis inte entydigt besvaras. Dock bör skillnaden i utgångspunkt för bedömningen och tillämpningen av proportionalitetsprinciperna lyftas fram. Europadomstolens hade tagit fackföreningarnas rätt till förhandling och stridsåtgärder så som de skyddas genom artikel 11 i Europakonventionen som sin premiss. Etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster hade betraktats som inskränkningar i de fackliga rättigheterna. Bedömningen hade först inriktat sig på om sådana inskränkningar har ett legitimt syfte, det vill säga att de kan motiveras med hänsyn till allmän säkerhet, förebyggande av oordning eller brott, skydd för hälsa eller moral och skydd för andra personers fri- och rättigheter.

²⁴⁷ Se bland annat Novitz & Syrpis, 2010, s. 468.

²⁴⁸ Novitz & Syrpis, 2010, s. 477.

²⁴⁹ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 94.

²⁵⁰ Novitz & Sypris, 2010, s. 468.

²⁵¹ Edström, 2011, s. 73 f.

Den fria rörligheten förefaller inte, i vart fall inte vid första anblick, falla inom de uppräknade, godtagbara syftena i andra stycket i artikel 11 EKMR. Men om de ekonomiska friheterna hade betraktats som ett godtagbart syfte hade bedömningen slutligen fokuserat på huruvida det förelåg proportionalitet mellan inskränkningen av konflikt- och förhandlingsrätten och allmänintresset som begränsningen är ägnat att skydda. Frågan hade då gällt inskränkningens konsekvenser, om finns mindre ingripande tillvägagångssätt, om det finns skyddsmekanismer för kompensera eventuella förluster. Här ska också noteras att inskränkningen hade varit tvungen att överensstämma med relevanta ILO-konventioner.

Frågan huruvida Europadomstolen hade kommit fram till en annan slutsats i *Laval* och *Viking* är också relevant mot bakgrund av EU:s uttalade ambition att tillträda Europakonventionen. Skulle det då betyda att Europadomstolen ges kompetens att ingripa om den finner att EU-rätten bryter mot Europakonventionen, med en tänkbar konsekvens att *Laval*-liknande inskränkningar slås ner? Glavå tänker sig att en sådan utveckling är möjlig.²⁵²

I fallet *Bosphorus v. Ireland* höjde Europadomstolen ett varningens finger när den uttalade att presumtionen att EU-rätten stämmer överens med Europakonventionen kan omkullkastas, om det visar sig att skyddet för konventionsrättigheterna inte är adekvat.²⁵³ Det kan innebära att Europadomstolen, för det fall den finner det nödvändigt, skulle kunna angripa EU-rätten genom att slå ner dess tillämpning hos en av medlemsstaterna.²⁵⁴ EU-domstolen har själv antytt att mänskliga rättigheter får en annan tillämpning inom EU-rätten, och att denna tillämpning inte ska falla under Europadomstolens granskning.²⁵⁵

Jag anser emellertid inte att någon öppen konflikt mellan de två domstolarna är trolig. Ett tänkbart scenario är att EU-domstolen anpassar sin tillämpning av grundläggande rättigheter, exempelvis strejkrätten så som den skyddas av artikel 11 i EKMR, så att den överensstämmer med Europadomstolens praxis. Hittills tycks denna praxis emellertid inte ha fått något genomslag i EU-domstolen. Kanske mer troligt är att divergensen kvarstår och finner sin rättsliga grund i reservationen i artikel 6.2 FEUF där det framgår att tillträdet till Europakonventionen inte ska påverka Unionens kompetens så som den uttrycks i fördragen.

Edström menar att strejkrätten i en sådan situation fortsatt kommer att vara underordnad den fria rörligheten inom det EU-rättsliga systemet. Han belyser att EU:s tillträde till konventionen snarare är att betrakta som en ensidig förklaring som inte i realiteten skulle innebära att Unionen underordnar sig Europarådet.²⁵⁶

Novitz och Syrpis öppnar för ett liknande scenario genom att Europadomstolen fortsätter att avhålla sig från att gå i konflikt med EU-domstolen. På så

²⁵² Glavå, 2016, s. 192.

²⁵³ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, no. 45036/98, 30 juni 2005.

²⁵⁴ Cameron, 2011, s. 175.

²⁵⁵ Opinion 2/2013, Draft international agreement on the accession of the European Union to the ECHR, EU:C:2014:2454, p. 170 & 178.

²⁵⁶ Edström, 2011, s. 75.

sätt skulle Europadomstolen överlämna åt EU-domstolen att hantera rättighetskonflikter inom det unionsrättsliga systemet.²⁵⁷

Slutligen vill jag belysa en outredd fråga, nämligen huruvida EU:s anslutning till Europakonventionen i någon mån kan påverka Europadomstolens praxis, åtminstone vad gäller fall som rör unionsrätten och den fria rörligheten. Det går kanske inte att utesluta att EU-rättens normativa tyngd kan tänkas dra den europeiska människorättsdiskursen i en riktning där marknads-ekonomiska hänsyn förstärks. Detta skulle kunna ske direkt genom en mer välvillig tolkning av exempelvis egendomsskydd och negativ föreningsfrihet, men även indirekt genom att bedömningsgrunder och tolkningar förskjuts.

Jag finner visst stöd för en sådan föreställning i Europadomstolens resonemang i det ovan nämnda rättsfallet *Demir and Baykara v. Turkey*. Där förklarar nämligen domstolen hur den i sin bedömning tar hänsyn till den rättsliga bakgrunden som består av regler, principer och tillvägagångssätt som är accepterade inom konventionsstaterna. Dessa ”gemensamma värderingar” måste tas i beaktande av domstolen när den ska tillämpa Europakonventionen.²⁵⁸ Konventionen är att betrakta som ett levande instrument.²⁵⁹ På så sätt är det inte en långsökt föreställning att Europakonventionens tillämpning kan komma att påverkas av EU-rätten.

5.2 Föreningsrätten

5.2.1 Inledande ord

Föreningsrätten, i synnerhet den negativa rätten att förbli oorganiserad, har varit en central stötesten när Europakonventionens skydd för mänskliga rättigheter har kommit i kontakt med den svenska arbetsrätten. Konflikten har haft en ideologisk prägel där arbetsgivarsidan många gånger varit drivande i principiella mål som har kommit att inverka på grunderna i förhållandet mellan arbetsmarknadens parter.

Nedan kommer jag att diskutera tre fall som har varit avgörande för mänskliga rättigheters intåg i den kollektiva arbetsrätten. Efter ett inledande avsnitt om begreppsbildningen och de viktigaste rättsliga utgångspunkterna, kommer jag att först diskutera hur den negativa föreningsrätten påverkar rätten att vidta stridsåtgärder och arbetsgivarens rätt att förbli oorganiserad eller ingå avtal med den fackliga motparten. Här kommer jag att redogöra för Gustafsson-målet i Europadomstolen och Kellerman-målet i Arbetsdomstolen och diskutera vilka slutsatser som kan dras av fallen. Därefter ägnar jag ett avsnitt åt Evaldsson-målet i Europadomstolen som berör så kallade granskningsavgifter. Här gäller frågan istället enskilda arbetstagares rätt att slippa tvångsanslutning till fackföreningen.

²⁵⁷ Novitz & Syrpis, 2010, s. 482 f.

²⁵⁸ *Demir and Baykara v. Turkey*, p. 76.

²⁵⁹ Ewing & Hendy, 2014, s. 299 f & 305 ff.

5.2.2 Allmänt om föreningsrätt och stridsåtgärder

5.2.2.1 Föreningsrätten i svensk rätt

Den fackliga föreningsrätten etablerades i början av 1900-talet. Redan i decemberkompromissen 1906 lyckades LO driva igenom kravet att föreningsrätten skulle skyddas.²⁶⁰ Föreningsrättens innebörd var att ingen skulle tvingas att lämna en organisation som den hade ingått i. Föreningsrätten skulle lämnas okränkta, hette det.²⁶¹ Detta var en förutsättning för att fackföreningarna överhuvudtaget skulle kunna verka öppet. Genom föreningsrätten tryggades också förhandlingsrätten.²⁶²

Jag vill kort klargöra några begreppsmässiga skillnader. Med *föreningsfrihet* avses den enskildes rätt att fritt ansluta sig eller inte till föreningar utan inskränkningar från staten. Med *föreningsrätt* avses samma sak men mellan enskilda. Här kommer diskussionen fokusera på föreningsrätten i relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare.

Det måste också skiljas mellan *positiv* och *negativ* föreningsrätt. Den positiva föreningsrätten skyddas genom 7-9 §§ MBL. Både arbetsgivarens och arbetstagarens föreningsrätt skyddas. Bestämmelsens ursprung står att finna i fackföreningarnas krav på att erkännas som parter på arbetsmarknaden. Samtidigt ska anmärkas att organisationerna själva inte har någon föreningsrätt som är självständig dess medlemmar.²⁶³

I MBL finns den positiva föreningsrätten uttryckligen reglerad medan den negativa motsvarigheten saknar klart stöd i lag. Den negativa föreningsrätten tycks länge ha betraktats som en udda fågel inom svensk arbetsrätt. Den har i vart fall haft svårt att få rättsligt genomslag.²⁶⁴ Istället har den negativa föreningsrätten införts genom Sveriges inkorporering av Europakonventionen. Konventionens artikel 11 omfattar utöver den positiva föreningsfriheten även den negativa föreningsfriheten och gäller mellan privata subjekt på arbetsmarknaden.²⁶⁵

5.2.2.2 Stridsåtgärders rättsliga reglering i Sverige

Rätten att vidta fackliga stridsåtgärder åtnjuter ett starkt skydd i Sverige genom genom 2 kap. 14 § RF. Begränsningar får endast göras genom lag eller avtal.²⁶⁶ Sådana regleringar finns främst i 41-44 §§ medbestämmandelagen. Den mest centrala inskränkningen torde vara de fyra punktförbuden 41 § MBL som förbjuder stridsåtgärder mellan kollektivavtalsbundna parter (1) i rättstvister, (2) för att åstadkomma ändring i befintligt kollektivavtal inom avtalsperioden, (3) för att driva igenom bestämmelser i framtida avtal, och (4)

²⁶⁰ Glavå & Hansson, 2016, s. 130.

²⁶¹ Så säger också den nutida regleringen i 8 § lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL).

²⁶² Sigeman, 1999, s. 53.

²⁶³ Glavå & Hansson, 2016, s. 136.

²⁶⁴ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 71.

²⁶⁵ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 71.

²⁶⁶ Av lagtexten framgår att rätten att vidta stridsåtgärder föreligger ”om inte annat följer av lag eller avtal”. För en vidare diskussion om skillnaden mellan att en inskränkning är grundad på lag och att den följer av lag, se Sigeman, 2008, s. 166 – 170.

som vidtas till stöd för annan, olovlig stridsåtgärd. Kollektivavtalet framstår här som ett avgörande fredspliktsinstrument.

Här kan kort nämnas att kollektivavtal normalt tecknas mellan arbetsmarknadens parter, fackföreningar och arbetsgivarföreningar. Om en arbetsgivare inte vill ingå i en arbetsgivarorganisation tecknar fackföreningen och arbetsgivaren normalt ett så kallat hängavtal.

Där kollektivavtal saknas finns få inskränkningar av strejkrätten. Nämnas kan 41a § MBL som förbjuder arbetsgivare från att hålla inne intjänad lön som stridsåtgärd, 41b § som skyddar familjeföretag mot stridsåtgärder samt 41 c § som jämte 42 a § och relevanta bestämmelser i utstationeringslagen reglerar tillåtligheten beträffande stridsåtgärder mot arbetsgivare som har utstationerad arbetskraft i Sverige.

Upplägget av den svenska regleringen ger för handen att stridsrätten som utgångspunkt är fri, förutsatt att det saknas uttryckliga bestämmelser som säger annorlunda. AD har varit restriktiv vad gäller att införa begränsningar av rätten till stridsåtgärder och har vid upprepade tillfällen underkänt hänvisningar till allmänna rättsgrundsatser och liknande argument för inskränkningar.²⁶⁷ Domstolen har återkommit till samma hållning i senare mål.²⁶⁸

Jag vill avslutningsvis kort kommentera relationen mellan förbud och sanktion. Sigeman menar nämligen att förbud mot stridsåtgärder förutsätter att det finns en sanktion att tillgripa mot den som vidtar den olovliga åtgärden.²⁶⁹ Vad gäller de ovan redogjorda förbuden i medbestämmandelagen finns bestämmelser om skadestånd i 54-55 §§ MBL. Den viktigaste sanktionen är allmänt skadestånd som kan avse ekonomisk och annan skada. Vid stridsåtgärder som inbegriper brottsliga gärningar kan ersättning för ren förmögenhetsskada bli aktuellt. Frågan om ansvar för ren förmögenhetsskada utan samband med brott kommer att diskuteras nedan.²⁷⁰

5.2.3 Stridsåtgärder och negativ föreningsrätt

5.2.3.1 Bakgrund i målet *Gustafsson mot Sverige*

I målet *Gustafsson mot Sverige*²⁷¹ hade Hotell- och restaurangfacket (HRF) krävt att en restaurangägare (ägaren) på Gotland skulle teckna kollektivavtal, antingen genom att träffa hängavtal eller gå med i en arbetsgivarorganisation. Ägaren vägrade och drabbades stridsåtgärder och av sympatiåtgärder från andra LO-förbund som slöt upp för HRF:s del.

Stridsåtgärderna föranledde slutligen ägaren att sälja sin verksamhet. Efter att utan framgång ha klagat hos regeringen och krävt skadestånd för att HRF:s förfarande kränkte hans negativa föreningsrätt enligt artikel 11 EKMR väckte ägaren talan vid Europadomstolen och krävde att domstolen skulle fastställa att stridsåtgärderna hade stridit mot den negativa föreningsrätten.

²⁶⁷ Se AD 1998 nr 17 Kellerman.

²⁶⁸ Se AD 2006 nr 58.

²⁶⁹ Sigeman 2008, s. 162.

²⁷⁰ Se avsnitt 5.3 nedan.

²⁷¹ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89, 26 april 1996.

Domstolen avslag talan och menade att stridsåtgärderna förvisso inneburit starka påtryckningar att teckna kollektivavtal med HRF, men att möjligheten fanns att göra så genom hängavtal utan att ansluta sig till en arbetsgivarorganisation.²⁷²

I ett resonemang kring behovet av att balansera olika intressen särskilt vad gäller statlig inblandning på arbetsmarknaden, tycks domstolen mena att det måste finnas ett brett handlingsutrymme för staterna att välja vilket arbetsrättslig regelverk som ska tillämpas.²⁷³ I det här fallet avsågs kollektivavtalsmodellen där parterna i stor utsträckning självständigt reglerar sina förbindelser.

Även om skyddet för den negativa föreningsfriheten i sig inte garanterar rätten att slippa teckna kollektivavtal, så är det inte uteslutet att artikel 11 kan omfatta kollektivavtalsbaserade system. Här framgår att den negativa föreningsfriheten skyddas också på arbetsmarknaden.

En förutsättning är då att föreningsfriheten verkligen har inskränkts, vilket Europadomstolen inte ansåg hade skett i fallet Gustafsson. Domstolen fann inget som tydde på att HRF:s krav inte gav uttryck för legitima, fackliga intressen. Därför utgjorde inte heller stridsåtgärderna något brott mot Europakonventionens artikel 11.²⁷⁴

Trots att talan avslogs är det viktigt att poängtera att Europadomstolen genom *obiter dictum*, det vill säga ett uttalande vid sidan av saken, utsträckte skyddet mot organisationstvång till den svenska arbetsmarknaden.²⁷⁵

5.2.3.2 Bakgrund i Kellerman-målet

I Kellerman-målet²⁷⁶ hade ett företag inom textilbranschen (bolaget) varslades under 1997 om stridsåtgärder av Industrifacket (förbundet) som krävde att bolaget skulle teckna kollektivavtal.

Bolaget väckte då talan vid Stockholms tingsrätt och yrkade att domstolen skulle förpliktiga förbundet att återta varslet. Förbundet bestred talan. Tingsrätten avslag yrkandet och målet överlämnades till Arbetsdomstolen där bolaget vidhöll sitt yrkande.

Som grund för talan anförde bolaget i huvudsak att trots att stridsåtgärderna inte strider mot MBL, så kränker de den negativa föreningsrätten som skyddas av artikel 11 Europakonventionen. Förbundet invände att konventionen inte är tillämplig i tvister mellan enskilda, att föreningsrätten endast avser fysiska personer, och att MBL som *lex specialis* genom skyddet för stridsåtgärder i (dåvarande) 2 kap. 17 § RF gällde framför Europakonventionen. Slutligen menade förbundet att artikel 11 EKMR hur som helst inte ska förstås på så sätt att stridsåtgärderna var olovliga.

²⁷² Gustafsson v. Sweden, p. 44.

²⁷³ Gustafsson v. Sweden, p. 45.

²⁷⁴ Gustafsson v. Sweden, p. 52-53.

²⁷⁵ Sigeman 1999, s. 37.

²⁷⁶ AD 1998 nr 17 Kellerman.

Arbetsdomstolen slog fast, med stöd av förarbetena till inkorporeringslagen för Europakonventionen,²⁷⁷ att avsikten var att konventionen skulle kunna tillämpas direkt av domstolar och myndigheter. Därmed är den även tillämplig mellan enskilda. Vidare fann domstolen att även andra subjekt än fysiska personer skyddas av artikel 11. Att MBL skulle gälla före Europakonventionen avvisades av Arbetsdomstolen. Konventionen kan visst innebära en ytterligare inskränkning av strejkrätten utöver reglerna i MBL utan att det för den sakens skull föreligger en konflikt mellan regelverken.

En annan sak, menade domstolen, är situationen som uppstår om det genom Europakonventionen införs sådana inskränkningar av konflikträtten, då det kommer att saknas uttryckliga regler om sanktioner och skadestånd för den som tillgriper stridsåtgärder som är lovliga enligt MBL, men som står i strid med konventionen. Sådana problem skulle, enligt AD, i så fall bli en uppgift för lagstiftaren att hantera.

Vad gäller frågan om förbundets stridsåtgärder mot bolaget stred mot artikel 11, baserade domstolen sin bedömning i stort på det ovan diskuterade Gustafsson-målet. AD konstaterade att förbundet hade medlemmar på den aktuella arbetsplatsen och att medlemmarnas ekonomiska intressen skulle främjas av avtalet, bland annat genom att villkoren i avtalet var bättre än de som tillämpades av bolaget. Mot bakgrund av principerna i Gustafsson mot Sverige fann inte domstolen att stridsåtgärderna stred mot Europakonventionen.

Slutligen förde AD ett resonemang om huruvida en generell proportionalitetsprincip beträffande stridsåtgärder numera var införd som en allmän rättsgrundsats i svensk rätt. Domstolen avvisade emellertid kravet att det måste föreligga proportionalitet mellan de åtgärder som en part vidtar och de syften som skall främjas med åtgärderna.

Bolaget klagade sedermera till Europadomstolen. Där gällde saken bland annat Arbetsdomstolens opartiskhet. Talan avslogs.²⁷⁸

5.2.3.3 *Analys av Gustafsson och Kellerman*

Som jag nämnde ovan är skyddet för den negativa föreningsrätten en relativt ny företeelse på den svenska arbetsmarknaden. Det är först genom att Europakonventionen inkorporerades i svensk rätt som den den har vunnit in. I och med Gustafsson- och Kellermandomarna har den negativa föreningsrätten definitivt fått genomslag på den svenska arbetsmarknaden.²⁷⁹

Det är därför värt att ägna en del utrymme åt att diskutera hur den negativa föreningsfriheten, så som den skyddas av Europakonventionen, påverkar relationen mellan arbetsmarknadens parter. Frågan är hur långtgående en fackförenings krav kan vara för att en stridsåtgärd kan betraktas som en inskränkning av arbetsgivarens rätt att förbli oorganiserad. Som har nämnts ovan ingår en arbetsgivare normalt kollektivavtal med den fackliga motparten genom att

²⁷⁷ Prop. 1993/94:117 s. 33.

²⁷⁸ AB Kurt Kellermann v. Sweden, no. 41579/98, 26 oktober 2004.

²⁷⁹ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 71.

bli medlem i en arbetsgivarförening som redan är avtalspart till fackföreningen. Om arbetsgivaren är och önskar förbli oorganiserad tecknas som regel ett så kallat hängavtal direkt mellan arbetsgivaren och fackföreningen.

Sigeman, och för den delen Källström, Malmberg och Öman, framhåller att artikel 11 EKMR, sett i ljuset av Gustafsson-domen, ska betraktas som en *avvägningsnorm* där det bakomliggande fackliga intresset måste ställas mot motpartens intresse av att slippa ingå i organisationen och undgå skadorna som stridsåtgärden vållar.²⁸⁰ Några vidare riktlinjer för hur bedömningen ska ske saknas emellertid i domen. Vad som kan sägas är att en stridsåtgärd inte får ha som syfte att tvinga in en arbetsgivare i en arbetsgivarorganisation.²⁸¹ Läst tillsammans med Kellerman betyder detta, enligt Källström, Malmberg och Öman, att fackföreningar inte under hot om stridsåtgärder kan kräva hängavtal som är väsentligt mer förmånliga än avtalen som är tecknade med arbetsgivarorganisationen eftersom detta skulle innebära en påtryckning att gå med i organisationen, vilket i sin tur skulle strida mot artikel 11 EKMR.²⁸² Det är viktigt att understryka att domen inte kan läsas som en rätt att inte teckna kollektivavtal.²⁸³

Adlercreutz uttrycker slutsatsen av Kellerman och Gustafsson som så, att stridsåtgärder som vidtas för att förmå en arbetsgivare att teckna kollektivavtal måste ha ett legitimt syfte som motiveras av villkoren på arbetsplatsen. Annars kan stridsåtgärderna innebära en kränkning av den negativa föreningsrätten.²⁸⁴

Trots att slutsatserna ovan antyder en proportionalitetsprincip avvisade AD i Kellerman tanken på att en generell sådan princip var införd som en allmän rättsgrundsats. Enligt Nyström kan detta ha varit ett något för kategoriskt uttalande.²⁸⁵ Sett i ett större perspektiv kan Gustafsson och Kellerman anses ha skapat en öppning för att öka skyddet för den negativa föreningsrätten. Utvecklingen hänger, enligt Glavå, samman med en allmän tendens att värdera individuella mänskliga rättigheter högre än traditionella, fackliga rättigheter.²⁸⁶ Det verkar stå klart att skyddet för den negativa föreningsfriheten uppställer en gräns för hur långtgående stridsåtgärder som en fackförening får vidta för att förmå en arbetsgivare att teckna kollektivavtal. Detta kan, enligt min mening, uppfattas som en proportionalitetsprincip även om den endast finner tillämpning i ytterlighetsfall. Det är, enligt Sigeman, endast ett begränsat område av arbetsgivarens negativa föreningsfrihet som skyddas av konventionens artikel 11.²⁸⁷ Därför kan det trots allt vara förhastat att tala om en allmän proportionalitetsprincip som ska tillämpas vid alla stridsåtgärder.

²⁸⁰ Sigeman, 1999, s. 73; Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 72 f.

²⁸¹ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 72.

²⁸² Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 73.

²⁸³ Glavå & Hansson, 2016, s. 133.

²⁸⁴ Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 102.

²⁸⁵ Nyström, *Grundläggande rättigheter i EU-rätten*, 2011, s. 77.

²⁸⁶ Glavå & Hansson, 2016, s. 134.

²⁸⁷ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 71.

Slutligen vill jag nämna att det saknas uttryckliga sanktioner för situationer då enskilda bryter mot Europakonventionens skydd för den negativa föreningsfriheten genom att vidta stridsåtgärder som går längre än vad som kan godtas enligt ovan diskuterade avvägning. Detta är ett problem som har uppmärksammats av Sigeman,²⁸⁸ och som förebådar diskussionen som uppkom i domen NJA 2015 s. 899 som kommer att diskuteras nedan.²⁸⁹

5.2.4 Granskningsavgifter och oorganiserade arbetstagare

5.2.4.1 Kort om granskningsavgifter

Innan jag diskuterar bakgrunden till Evaldsson-domen vill jag kort redogöra för begreppet granskningsavgifter eftersom det är ett centralt tema i målet. I flera kollektivavtal, särskilt inom byggbranschen, var det tidigare vanligt med särskilda kontrollavgifter som finansierade en del av den fackliga verksamheten som gick ut på att granska arbetsgivarens lönenivåer. Avgifterna drogs vanligen från de anställdas löner och betalades till fackföreningen. En kontroversiell fråga var om sådana avgifter fick dras från anställdas löner trots att de inte var medlemmar i fackföreningen. Detta kunde strida mot oorganiserade arbetares negativa föreningsfrihet.²⁹⁰

5.2.4.2 Om Evaldsson mot Sverige

Fem anställda vid L.K. Mässinteriör AB (bolaget) hade invänt till arbetsgivaren att de borde undantas från sådana granskningsavgifter som drogs från de anställdas löner. Avgifterna reglerades i kollektivavtalet mellan bolaget och Svenska Byggnadsarbetarförbundet (Byggnads), och finansierade förbundets granskning av löneförhållanden vid bolagets samtliga arbetsplatser i Sverige. De fem anställda var inte medlemmar i någon facklig organisation och menade att granskningsavgifterna innebar att de tvingades finansiera förbundets verksamhet. Detta var att betrakta som en tvångsanslutning till Byggnads och därmed en kränkning av deras negativa föreningsrätt.

Bolaget gick de fem anställda tillmötes och upphörde att betala in granskningsavgifterna till Byggnads, vilket av förbundet betraktades som ett kollektivavtalsbrott. Efter tvisteförhandlingar mellan parterna väckte Sveriges byggindustrier där bolaget var medlem talan i Arbetsdomstolen och yrkade att domstolen skulle fastställa att bolaget inte var skyldig att göra avdrag för granskningsavgifterna för de fem oorganiserade arbetstagarna.

Arbetsdomstolen avslog talan och menade att det saknades grund att jämställa granskningsarvodet med tvångsanslutning. Någon kränkning av deras negativa föreningsrätt förelåg därmed inte.²⁹¹

Sveriges byggindustrier förde talan vidare till Europadomstolen som slog fast att granskningsavgifterna stred mot artikel 1 i första tilläggsprotokollet till

²⁸⁸ Sigeman, 1999, s. 75.

²⁸⁹ Se avsnitt 5.3 nedan.

²⁹⁰ Källström, Malmberg & Öman, 2015, s. 36 f.

²⁹¹ AD 2001 nr 20.

Europakonventionen till rätten till skydd för egendom. Däremot prövades aldrig frågan om den negativa föreningsfriheten. Viktigt att notera är att domstolen lade vikt vid avsaknaden av transparens beträffande hur avgifterna hade använts.²⁹²

5.2.4.3 *Analys och diskussion*

Det kan vara värt att inledningsvis notera Sveriges byggindustriers stora engagemang för arbetstagsidans mänskliga rättigheter. Det är i målet trots allt inte fråga om en för arbetsgivaren direkt betungande avgift. Avgifterna drogs från de anställdas löner och saken gällde arbetstagarnas negativa föreningsfrihet. Även Svensk näringsliv var engagerade i målet vilket tyder på en viss ideologisk laddning.

I AD 2001 nr 20 konstaterade Arbetsdomstolen att den negativa föreningsrätten inte kan intolkas i den positiva föreningsrätten som den är reglerad i MBL. Detta var något som Svenskt Näringsliv invände kraftigt mot och klagade till Europarådet att domen stred mot ESF artikel 5. Sociala kommittén som granskar efterlevnaden av stadgan instämde. Detta har föranlett slutsatsen att Sverige måste införa ett uttryckligt skydd för den negativa föreningsrätten för att leva upp till åtagandena art 5 ESF.²⁹³ Det är oklart hur utbredd denna uppfattning är.

I ett senare fall följde Arbetsdomstolen upp Evaldsson-målet och avslog Svenska Elektrikerförbundets talan om kollektivavtalsbrott mot ett antal bolag som hade underlåtit att göra avdrag för granskningsavgifter från oorganiserade arbetstagares löner.²⁹⁴ Systemet med granskningsavgifter förekommer inte längre i svenska kollektivavtal.²⁹⁵ Detta torde också vara den främsta rättsliga konsekvensen av Evaldsson-domen.

Här hade en empirisk studie av granskningsavgifternas utmönstring från den svenska arbetsmarknaden varit på sin plats. Det jag främst tänker på är en undersökning av hur det generella styrkeförhållandet mellan parterna har påverkats och vilken skillnad det har inneburit för fackföreningar som Byggnadsarbetarförbundet att kartlägga löneutvecklingen. Dessvärre ryms inte en sådan studie inom ramen för detta arbete, men en försiktig gissning att arbetstagsidans inte har gynnats förefaller inte helt orimlig.

5.3 Skadestånd för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder

5.3.1 Inledande ord

Som jag har diskuterat ovan saknas sanktioner för kränkningar av Europakonventionen som företas av enskilda subjekt på arbetsmarknaden. I NJA

²⁹² Evaldsson and Others v. Sweden, no. 75252/01 12 februari 2007.

²⁹³ Glavå & Hansson, 2016, s.149 ff.

²⁹⁴ AD 2012 nr. 74.

²⁹⁵ Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 37.

2015 s. 899 gällde saken just skadestånd för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder i strid med konventionen. Framställningen kommer att ge en bakgrund till målet och därefter först redogöra för några rättsliga utgångspunkter, för att sedan diskutera vilka omständigheter som Högsta domstolen anser kan utlösa skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada vid stridsåtgärder som inte innefattar någon brottslig gärning.

5.3.2 Bakgrund till domen

2006 försatte Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) byggföretaget HGS Lindköping AB (bolaget) i blockad. Till grund för konflikten låg Byggnads krav att bolaget skulle teckna kollektivavtal. Avtalet i fråga innehöll så kallade granskningsavgifter som samtidigt prövades av Europadomstolen i fallet Evaldsson. Europadomstolen kom under pågående konflikt fram till att avgifterna stred mot Europakonventionens skydd för äganderätten.²⁹⁶

När det av Europadomstolen utdömda avtalet löpte ut tecknade bolaget 2007 kollektivavtal med Byggnads, nu utan de konventionsstridiga granskningsavgifterna. Därefter hävde Byggnads blockaden. En kort tid senare gick bolaget i konkurs. Stridsåtgärderna ska enligt konkursförvaltaren ha bidragit till obeståndet.²⁹⁷

HGS ägare förvärvade bolagets skadeståndsanspråk gentemot Byggnads från konkursboet och stämde därefter Byggnads till Stockholms tingsrätt och yrkade skadestånd för skadorna som hade orsakats genom stridsåtgärderna. Som grund för talan anfördes att blockaden stridit mot Europakonventionen i och med att kollektivavtalet som Byggnads ursprungligen ville teckna med bolaget var oförenligt med konventionen.

Byggnads bestred talan och menade bland annat att den skulle föras i Arbetsdomstolen och inte i allmän domstol. Forumfrågan är intressant och jag kommer att kort beröra den nedan, dock utan att diskutera saken mer ingående.

I tingsrätten enades parterna om att begära mellandom för att avgöra huruvida Byggnads överhuvudtaget kan ansvara för skador som uppkommer i och med kränkningar av Europakonventionen. Mellandomstemat skiftade väsentligt mellan instanserna och fick i HD följande lydelse:

”Är Svenska Byggnadsarbetareförbundet, om förbundets stridsåtgärder skulle vara oförenliga med artikel 11 i Europakonventionen respektive artikel 1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen, i och för sig skyldigt att betala ersättning till [ägaren] för de skador som [bolaget] kan ha orsakats till följd av stridsåtgärderna?”²⁹⁸

Högsta domstolen besvarade mellandomstemat nekande men tillade att kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder under vissa omständigheter kan medföra skadeståndsansvar enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer.²⁹⁹ Det är dessa omständigheter som den fortsatta redogörelsen tar sikte på.

²⁹⁶ Se avsnitt 5.2.4 ovan.

²⁹⁷ Crafoord & Scheiman, 2012, s. 317.

²⁹⁸ NJA 2015 s. 899, p. 7.

²⁹⁹ NJA 2015 s. 899, p. 42-43.

5.3.3 Rättsliga utgångspunkter

5.3.3.1 Om behörig domstol

I målet finns en intressant fråga huruvida saken egentligen borde ha behandlas i AD istället för i allmän domstol. Det är inte okontroversiellt att mål om stridsåtgärder prövas av allmän domstol istället för AD. Selberg och Sjödin går så långt som att hävda att bestämmelserna i lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister (LRA) och MBL³⁰⁰ ska förstås på så sätt att AD är exklusivt behörig att pröva frågor som stridsåtgärder.³⁰¹

En del av problematiken består i att HD inte kan tillämpa den huvudsakliga lagstiftningen som reglerar stridsåtgärder, nämligen MBL.³⁰² Samtidigt diskuteras den arbetsrättsliga regleringen som en grund för huruvida ansvar kan utdömas för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder. Jag återkommer till forumfrågan i diskussionen om domen nedan.

5.3.3.2 Skadestånd för ren förmögenhetsskada

Ägaren av bolaget yrkade, som har nämnts ovan, skadestånd för ideell och ekonomisk skada. Enligt svensk skadeståndsrätt kan ersättning utges för person- och sakskador, samt för ren förmögenhetsskada och ideella skador.³⁰³ I 54-55 §§ MBL finns regler om allmänt och ekonomiskt skadestånd.

I målet avvisade HD kravet på ersättning för ideell skada,³⁰⁴ varför framställningen kommer att inrikta sig på frågan om ekonomiskt skadestånd. Eftersom MBL inte tillämpas här är det frågan om skadestånd för ren förmögenhetsskada.

Med ren förmögenhetsskada avses ekonomiska skador som uppkommer utan samband med person- eller sakskador. Det kan handla om utebliven vinst, kostnadsökningar eller minskade rörelseresultat.³⁰⁵ En förutsättning för att ersättning för ren förmögenhetsskada ska komma i fråga är att den skadevållande handlingen är brottslig.³⁰⁶ Bedrägeri som ger upphov till förlust, eller förtal som leder till uteblivna kontrakt eller kunder är exempel på sådana straffbara handlingar som kan utlösa ansvar.³⁰⁷

Av förarbetena framgår att bestämmelsen om ren förmögenhetsskada inte ska tolkas motsatsvis så att skadeståndsansvar *utan* brott i alla lägen måste vara uteslutet.³⁰⁸ I vissa fall av *kvalificerat otillbörligt* handlande kan det alltså finnas undantag från brottsrekvisitet. Rättsutvecklingen skulle, enligt lagstiftaren, inte vara strikt bunden till brottsrekvisitet. Ett sådant avsteg från kravet

³⁰⁰ 2 kap. 1 § 4 st. LRA hänvisar till 41 § MBL.

³⁰¹ Selberg & Sjödin, 2017, s. 205.

³⁰² 1 kap. 1 § LRA, 2 kap. 1 och 2 §§ LRA, 1 § 1 st. MBL.

³⁰³ Hellner & Radetzki, 2010, s. 105.

³⁰⁴ NJA 2015 s. 899, p. 33.

³⁰⁵ Hellner & Radetzki, 2010, s. 65 f.

³⁰⁶ Se 2 kap. 2 § skadeståndslagen.

³⁰⁷ Se även Batzler, 2016, s. 8.

³⁰⁸ Prop. 1972:5 s. 568.

på brottslig gärning skedde när HD utdömde skadestånd för ren förmögenhetsskada i fallet NJA 2005 s. 608 Max och Frasses.³⁰⁹

Målet gällde en verksamhetsägare som lurats att sälja sitt bolag till en konkurrent. Något brott hade inte begåtts, men HD betraktade förfarandet som ett exempel på sådant kvalificerat otillbörligt handlande som borde medföra skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada. Jag vill understryka att NJA 2005 s. 608 helt saknade arbetsrättsliga dimensioner. Det var fråga om överlåtelse av ett hyreskontrakt. Däremot gjorde HD i fallet en jämförelse med arbetsrättens område genom att hänvisa till två gamla rättsfall från 30-talet där utfallet blev att stridsåtgärder inte hade medfört skadeståndsskyldighet. Selberg och Sjödin tolkar detta som att NJA 2005 s. 608 inte ska ses som ett prejudikat för ren förmögenhetsskada som uppkommit i samband med stridsåtgärder.³¹⁰

Värt att notera är att HD i senare fall har kommit till liknande slutsatser som i Max och Frasses.³¹¹ Gemensamt för fallen är att de, liksom Max och Frasses, har berört kontraktsnära situationer där ett element av vilseledande varit avgörande för bedömningen av huruvida handlandet varit kvalificerat otillbörligt. Ingen av de nämnda fallen hade någon koppling till arbetsrätten.

5.3.4 Om kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder i doktrin

Det är alltså etablerat genom HD:s praxis att rena förmögenhetsskador som uppkommit utan samband med brott i vissa fall kan medföra ansvar förutsatt att den skadevällande handlingen varit kvalificerat otillbörlig. När det gäller arbetskonflikter består en del av frågans problematik i att stridsåtgärder skyddas genom 2 kap. 14 § RF i grundlagen, vilket betyder att de endast kan inskränkas genom lag eller avtal. Följaktligen finns viss tveksamhet till huruvida skadestånd för ren förmögenhetsskada kan utdömas för stridsåtgärder med stöd av skadeståndsrättsliga principer som inte uttryckligen framkommer i lag. Jag vill därför ägna några rader åt vad som framkommer i doktrin om saken.

Glavå diskuterar frågan om stridsåtgärder och ansvar för ren förmögenhetsskada och menar att stridsåtgärder som innefattar brottsliga handlingar kan medföra skadeståndsansvar. Situationer utan brott nämns emellertid inte.³¹² Källström, Malmberg och Öman nämner, liksom Glavå, inte heller situationer där ansvar för ren förmögenhetsskada i samband med stridsåtgärder skulle kunna uppkomma utan brottslig handling. Istället anges straffbestämmelser som den yttersta gränsen för vilka stridsåtgärder som är tillåtna.³¹³

Sigeman och Sjödin nämner att AD i målet 2003 nr 46 ansett sig sakna behörighet att döma till ansvar för ren förmögenhetsskada för stridsåtgärder utan samband med brott. 2 kap. 14 § RF och avsaknaden av uttryckligt lagstöd

³⁰⁹ Se även Batzler, 2016, s. 8 f.

³¹⁰ Selberg & Sjödin, 2017, s. 208.

³¹¹ Se NJA 2014 s. 877 och NJA 2015 s. 512.

³¹² Glavå & Hansson, 2016, s. 212.

³¹³ Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 63. Notera att Källström skriver *efter* den analyserade mellandomen.

förhindrade en sådan inskränkning i stridsrätten.³¹⁴ På andra ställen har Sigeman uttalat att rättsläget är något oklart, och att det troligtvis inte kan uteslutas att brottsrekvisitet kan frångås i speciella fall då det föreligger särskilt starka skäl att upprätthålla förbud mot en viss stridsåtgärd. I vart fall finns visst stöd för att AD skulle kunna häva en stridsåtgärd med ett olovligt syfte, även om det är oklart vad det skulle innebära för skadeståndsansvaret.³¹⁵

Hellner och Radetzki resonerar på ett liknande sätt som Sigeman, och menar att stridsåtgärder som företas i ”rent chikanöst syfte” men utan brott möjligtvis skulle kunna utlösa ansvar för ren förmögenhetsskada. De är dock noga med att understryka skillnaden mellan arbetsmarknadskonflikter och situationer utanför arbetsrättens område. Utrymmet torde vara mindre att utdöma skadestånd i det förra än i det senare.³¹⁶

5.3.5 Analys av mellandomen

Mot bakgrund av det oklara rättsläget gällande stridsåtgärder och utomobligatoriskt skadestånd vill jag nu granska HD:s resonemang i frågan om ansvar för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder i mellandomen. Mellandomstemat utgår från att Byggnadsarbetarförbundets stridsåtgärder utgjorde en kränkning av artikel 11 Europakonventionen samt artikel 1 i första tilläggsprotokollet till konventionen, och ställer frågan om Byggnads är skyldig att ersätta ägaren till bolaget för skador uppkomna i samband med stridsåtgärderna. Även om mellandomstemat besvarades nekande, tillade HD två ståndpunkter.

För det första uttalade domstolen att 2 kap. 14 § RF inte skyddar stridsåtgärder som strider mot Europakonventionen. För det andra klargjorde HD att kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder under vissa omständigheter kan medföra skadeståndsansvar enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer.³¹⁷

5.3.5.1 Kraven för att skadestånd ska aktualiseras

HD konstaterar, i linje med Sigeman samt Hellner och Radetzki,³¹⁸ att brottsrekvisitet inte heller i arbetsrättsliga sammanhang ska tolkas motsatsvis så att handlingar utan samband med brott i alla lägen är uteslutna vad gäller ansvar för ren förmögenhetsskada. Om en stridsåtgärd står i strid med Europakonventionen och är kvalificerat otillbörlig kan den under vissa omständigheter utlösa skadeståndsansvar.³¹⁹

Vilka omständigheter det är frågan om låter sig inte entydigt bestämmas för alla fall, men i domen diskuterar HD ett antal olika aspekter som kan utgöra sådana omständigheter där ansvar kan utlösas. För det första bör förhållandet att det rör sig om en konventionsskyddad rättighet väga tungt. För det andra ska det fästas avseende vid strejkrättens värde. För det tredje ska frågan om

³¹⁴ Sigeman & Sjödin, 2013, s. 90; AD 2003 nr 46.

³¹⁵ Sigeman, 2008, s. 163.

³¹⁶ Hellner & Radetzki, 2010, s. 71 f.

³¹⁷ NJA 2015 s. 899, p. 21 & 43.

³¹⁸ Se avsnitt 5.3.4 ovan.

³¹⁹ NJA 2015 s. 899, p. 34.

det föreligger uppsåt beaktas. För det fjärde har proportionalitet betydelse för bedömningen. Och för det femte ska de arbetsrättsliga konsekvenserna för den etablerade regelordningen vägas i bedömningen.³²⁰

Konventionsskyddad rättighet. Rättigheter som faller inom Europakonventionens skydd ska, enligt HD, väga tungt i bedömningen. Formuleringen kan tyckas otydlig eftersom det varken framgår vilken rättighet det är frågan om eller hur avvägningen ska göras. I det aktuella fallet är även Byggnads bärare av rättigheter i och med att strejkrätten skyddas av Europakonventionens artikel 11. Det finns alltså en överlappning mellan konventionen och RF som inte nämns i domen. Istället nöjer sig HD med att konstatera att stridsåtgärder som kränker Europakonventionen inte skyddas av 2 kap. 14 § RF.³²¹ Hur strejkrätten förhåller sig till egendomsskyddet och den negativa föreningsfriheten, och hur dessa intressen ska balanseras framgår inte. Detta gör att domen enligt Selberg och Sjödin inte bidrar med någon vidare vägledning i det avseendet.³²²

Värdet som grundlagsskyddet uttrycker. I samma stycke som HD anför att den omständigheten att det är fråga om en konventionsskyddad rättighet ska väga tungt uttrycker domstolen att värderingarna som 2 kap. 14 § RF uttrycker ska beaktas.³²³ Just hur det ska beaktas är oklart och någon förklaring hur det förhåller sig till konventionsrättigheter framgår inte. Det kan nämnas att AD i denna fråga varit konsekvent försiktig med att på egen hand införa några begränsningar i strejkrätten som saknar stöd i lag eller avtal.³²⁴

Här vill jag kort beröra den skiljaktiga mening som två av domstolens ledamöter författade. Där menade ledamöterna att 2 kap. 14 § innebär att det saknas utrymme för att införa skadeståndsansvar för stridsåtgärder som kränker Europakonventionen med mindre att sådant följer av lag eller avtal. Detta torde vara i linje med AD:s hållning.³²⁵

Uppsåt. Genom hänvisning till brottsrekvisitet vid ansvar för ren förmögenhetsskada menar HD att det även i fall där brott saknas föreligger krav på uppsåt för att den skadevällande handlingen ska betraktas som kvalificerat otillbörlig.³²⁶ Frågan är vad uppsåtet i sådana fall ska ta sikte på? Avsikten med en stridsåtgärd är att hota med ekonomisk skada, eller om nödvändigt att faktiskt vålla sådan skada, i syfte att teckna avtal.

Selberg och Sjödin resonerar att HD kan tänkas mena att uppsåtet avser själva kränkningen av konventionen, varmed utrymmet för att döma till ansvar torde vara tämligen snävt.³²⁷ Jag vill erinra om Hellner och Radetzki's bedömning att stridsåtgärder utan samband med brott eventuellt skulle kunna utlösa skadeståndsansvar om de företas i "rent chikanöst syfte".³²⁸

³²⁰ NJA 2015 s. 899, p. 36-39.

³²¹ NJA 2015 s. 899, p. 21.

³²² Selberg & Sjödin, 2017, s. 209 f.

³²³ NJA 2015 s. 899, p. 36.

³²⁴ Källström, Malmberg & Öman, 2016, s. 51.

³²⁵ Jfr dock Sigeman, 2008 s. 163, och Hellner & Radetzki s. 71 f.

³²⁶ NJA 2015 s. 899, p. 37.

³²⁷ Selberg & Sjödin, 2017, s. 212.

³²⁸ Se avsnitt 5.3.4 ovan.

Proportionalitet. Jag har tidigare diskuterat att det i vissa länder, som Danmark och Sverige, föreligger krav på proportionalitet mellan en stridsåtgärds potentiella skada och dess syfte. Även om frågan har debatterats flitigt i Sverige saknas det stöd i svensk arbetsrätt för en sådan, allmän proportionalitetsprincip.³²⁹ Hållningen har klargjorts av AD i Kellermannsdomen.³³⁰ Vidare har frågan om en proportionalitetsprincip för stridsåtgärder utretts och avvisats av lagstiftaren.³³¹

I mellandomen menar emellertid HD att det ”måste ställas krav på proportionalitet mellan den skadegörande handlingen och ansvarets omfattning...” vilket kan uppfattas som att domstolen, trots AD:s skepsis har infört ett proportionalitetskrav för stridsåtgärder.³³² Här inställer sig frågan om de två domstolarna helt går i takt i frågan. Det går också att tänka sig att HD bygger sitt resonemang på Gustafsson- och Kellerman-domarna som ju kan anses ha uppställt en avvägningsnorm när det handlar om stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten.³³³

Konsekvenser för den etablerade regelordning. Slutligen menar HD att den omständigheten att det finns en arbetsrättslig regelordning kan tala mot utomobligatoriskt skadestånd.³³⁴ Det framgår inte av texten, men regelordningen som avses torde vara MBL som reglerar fredsplikt och stridsåtgärders lovlighet. Här är det viktigt att notera att MBL faller utanför HD:s behörighet att pröva.

Här gör sig forumfrågan gällande igen. Utan att mer ingående diskutera frågan om målet alls skulle ha prövats i allmän domstol istället för AD, framstår det för mig som problematiskt att HD ska vägleda rättstillämpningen för ett regelverk som det inte är behörigt att tillämpa. Selberg och Sjödin har också invänt att den etablerade regelordningen, nämligen MBL, här placeras i en svart låda när HD tillför den som en bedömningsgrund utan att egentligen kunna tillämpa den.³³⁵

För att belysa skillnaden mellan den etablerade arbetsrättsliga ordningen och den som HD genom mellandomen inrättar kan nämnas att ogiltiga avtalskrav inte påverkar stridsåtgärdens lovlighet. Sådana avtalskrav får istället jämkas i efterhand eller prövas i AD.³³⁶

5.3.5.2 *Sammanfattande slutsatser*

Mellandomen kan betraktas som ett försök från Högsta domstolens sida att reglera frågan om sanktioner för konfliktåtgärder som strider mot Europakonventionen. Avsaknaden av sanktioner för konventionsbrott på arbetsmarknaden har tidigare noterats av Sigeman, och Arbetsdomstolen har ansett sig obehörig att på eget bevåg införa sådana sanktioner. Istället hänvisade AD till

³²⁹ Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 174.

³³⁰ AD 1998 nr 17.

³³¹ Se SOU 1998:141, och prop. 1999/2000:32.

³³² NJA 2015 s. 899, p. 38.

³³³ Se avsnitt 5.2.3.3 ovan.

³³⁴ NJA 2015 s. 899, p. 39.

³³⁵ Selberg & Sjödin, 2017, s. 213 f.

³³⁶ AD 2012 nr 74.

lagstiftarens ansvar för att reglera sådana sanktioner.³³⁷ Här förefaller HD ha intagit en annat, mer självständigt tillvägagångssätt.

Det är möjligt att vi fortsättningsvis kommer att se en större inblandning från HD:s sida vad gäller sådana frågor som tillhör arbetsrättens område och traditionellt har avgjorts av Arbetsdomstolen. Det är oklart vilken betydelse en sådan utveckling skulle ha för AD:s rättstillämpning. Det är också högst oklart hur mellandomen kommer att påverka Arbetsdomstolens ställningstaganden i liknande frågor.

Selberg och Sjödin menar att mellandomen främst bidragit till att fördunkla regleringen av stridsåtgärder på arbetsmarknaden.³³⁸ Centrum för Rättvisa som företrädde HGS Lindköping AB menar å sin sida att domen snarare tydligt markerar att stridsåtgärder kan utlösa ansvar för kränkningar av Europakonventionen.³³⁹ Själv finner jag bedömningsgrunderna som har redogjorts för ovan otydliga och svårtillämpliga. Samtidigt är det klart att gränsen för när skadeståndsansvar kan utlösas har förskjutits fastän det är oklart hur långt. Därför hävdar jag för egen del att domen markerar ett steg i en riktning där rätten att vidta stridsåtgärder på den svenska arbetsmarknaden har inskränkts ytterligare genom tillämpning av Europakonventionen.

³³⁷ Se bland annat AD 1998 nr. 17 Kellerman. Se även avsnitt 5.2.3.3 ovan.

³³⁸ Selberg & Sjödin, 2017, s. 215.

³³⁹ *HD:s dom i Byggnads mål öppnar för fortsättning*, i Lag & Avtal, 2015-12-17 [<http://www.lag-avtal.se/arbetsdomstolen/hd-s-dom-i-byggnads-mal-oppnar-for-fortsattning-6551467>], besökt 2017-05-21.

6 Sammanfattning och slutsatser

6.1 Inledande ord

Det kan vara på sin plats att kort upprepa uppsatsens frågeställning innan jag diskuterar vilka slutsatser som kan dras av utredningen ovan.

Den första frågan gällde mänskliga rättigheters inverkan på den svenska, kollektiva arbetsrätten. Den andra frågan avsåg huruvida det föreligger någon konflikt mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten, och hur denna konflikt i så fall kan förklaras utifrån ett marxistiskt perspektiv. Det blir då fråga om att diskutera hur styrkeförhållandet mellan parterna på arbetsmarknaden förhåller sig till den rättsliga utvecklingen. Slutligen ville jag undersöka vilka övriga konsekvenser som kan tänkas följa av mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten.

Innan jag börjar diskutera mer direkta slutsatser av arbetet vill jag nämna två övergripande trender som jag kan urskilja. En första iakttagelse är att rättigheter, grundläggande eller mänskliga, tycks få en alltmer framskjuten roll inom arbetsrätten. En andra iakttagelse är att arbetsrätten förefaller befinna sig i någon slags kris, eller i vart fall i ett tillstånd av tillbakagång. Krisen tycks vara mer uttalad och akut internationellt än i Sverige.

Den första trenden är kanske den som ägnas mest uppmärksamhet i det här arbetet. Det är just mänskliga rättigheters inverkan på arbetsrätten som är i fokus för utredningen. Jag återkommer därför till att diskutera den utvecklingen nedan.

Vad gäller den andra trenden, att arbetsrätten befinner sig i kris, ligger frågan egentligen något utanför uppsatsens syfte. Den sista frågeställningen snuddar visserligen vid saken, och jag kommer att diskutera framtidsutsikter för relationen mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten, men någon mer omfattande redogörelse för arbetsrättens kris finns det dessvärre inte utrymme för. Jag vill ändå säga, kanske som en uppmaning till medstudenter och kollegor som funderar på frågeställningar till kommande arbeten, att det hade varit intressant att undersöka kopplingen mellan rättighetsdiskursens insteg och arbetsrättens kris. En sådan undersökning skulle kunna konkretisera och utveckla diskussionen mellan Collins och Mantouvalou samt mellan Youngdahl och Compa³⁴⁰. Med den passningen ska jag nu återvända till frågeställningarna i den här uppsatsen.

³⁴⁰ Se avsnitt 4.3 ovan.

6.2 Mänskliga rättigheters inverkan på den kollektiva arbetsrätten

Inom det begränsade område jag har undersökt vill jag hävda att mänskliga rättigheter har haft en kringskärande verkan på den svenska arbetsrätten, i synnerhet vad gäller fackföreningars möjlighet att vidta stridsåtgärder. Det är inte fråga om stora förändringar, och vi rör oss här i strejkrättens ytterområden. Med det menar jag att den yttre gränsen för tillåtliga stridsåtgärder som har snävats åt.

Här framstår det för mig som tydligt att det genom den negativa föreningsfriheten också har etablerats en avvägningsnorm som egentligen är främmande för svensk arbetsrätt. Den gäller förvisso bara ett begränsat område av arbetsgivarens negativa föreningsfrihet, men betraktat tillsammans med den proportionalitetsprincip som blev en del av den svenska arbetsrätten genom Laval- domen, måste jag säga att det sker en viss, om än långsam, rättsutveckling mot en allt större inskränkning av rätten att vidta stridsåtgärder.

Sett i det ljuset är det troligt att även Högsta domstolens införande av sanktioner för kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder som har vidtagits i strid med Europakonventionen har bidragit till inskränkningen. Om den yttre gränsen för tillåtna stridsåtgärder utanför kollektivavtalsförhållanden tidigare gick vid brottsliga gärningar, så har den nu förflyttats till att sammanfalla med skadeståndslagens regler om ren förmögenhetsskada, som alltså medger ansvar även utan samband med brott. Här har Europakonventionen med andra ord bidragit till en inskränkning av konflikträtten.

EU-rättens bidrag till utvecklingen torde vara att ge ekonomiska faktorer ökad tyngd i avvägningen mellan grundläggande rättigheter. Utöver att Gebhardttestet ska tillämpas när stridsåtgärder påverkar den fria rörligheten, vill jag tro att detta i någon mån också bidrar till den allmänna, rättsliga utvecklingen mot ökad acceptans för ytterligare proportionalitetsbedömningar gällande stridsåtgärder på den svenska arbetsmarknaden. Huruvida EU-rätten därutöver kan komma att påverka tillämpningen av Europakonventionen i samma riktning låter jag vara osagt. Frågan känns emellertid angelägen.

Andra sidan av myntet är att strejkrätten genom Europadomstolens praxis de senaste åren har fått ökat skydd inom EKMR. Men jag vill påstå att det ökade skyddet inte har fått något större genomslag för svensk del eftersom strejkrätten sedan tidigare intog en stark rättslig ställning genom regleringen i grundlagen. Jag vill inte underskatta betydelsen som Europadomstolens omvändning har haft för fackliga rättigheters ställning, men med den motsatta, arbetsgivarvänliga utvecklingen i vågskålen anser jag att situationen sammantaget främst har gynnat arbetsgivarsidan. Här saknar jag en empirisk studie över hur styrkeförhållandet mellan parterna faktiskt har påverkats. Har strejkbenägenheten exempelvis minskat? Och kan det kopplas till rättsutvecklingen? Detta knyter an till diskussionen ovan, om en vidare studie över arbetsrättens kris. Jag nöjer mig med att konstatera att mänskliga rättigheter sammantaget har inneburit en begränsning av arbetstagsidans möjlighet till konfliktåtgär-

der. Detta tycks i sin tur vara en del av en mer övergripande trend som förefaller vara främst till arbetsgivarens fördel. De närmre detaljerna ser jag fram emot att läsa om i framtida forskning.

6.3 Ett marxistiskt perspektiv

Så till den andra frågeställningen, som alltså gäller rättsutvecklingens relation till den materiella och ekonomiska basen. Jag vill börja med att kort repetera diskussionen som fördes i avsnitt två om arbetarrörelsens kamp under 1800-talet för att balansera det skeva maktförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar. Detta skedde främst genom att arbetarna slog sig samman i fackföreningar och genom dessa riktade krav till motparten. Kollektivavtalet blev den dominerande avtalskonstruktionen. På så sätt skapades paritet mellan parterna, eller mellan klasserna för att använda marxistisk terminologi.

Starka arbetstagarorganisationer var den kanske främsta förutsättningen för att balansera maktförhållandet. Arbetarrörelsen intog länge en mycket skeptisk inställning till att rättsligt reglera förhållandena mellan parterna. Detta torde ha sin grund dels i den direkta erfarenheten av statsmakten som nära allierad med arbetsgivarsidan, och dels i en ovillighet att inskränka arbetstagsidans främsta maktfaktor, nämligen strejkvapnet.

Den rättsliga regleringen som växte fram gav därför i viss utsträckning uttryck för denna skeptiska hållning. Likaså var regleringen präglad av styrkeförhållandet mellan parterna som efter lång och framgångsrik organisering inte var helt ogynnsam för arbetstagsidans. Här ser vi hur den ekonomiska och ideologiska kampen mellan klasserna inte bara kommer till uttryck i rätten men även hur rätten utgör ett fält där konflikten utspelar sig.

Den svenska modellen skyddade strejkrätten, kollektivavtalet, föreningsrätten, och förhandlingsrätten som utgjorde viktiga beståndsdelar för arbetarrörelsen att upprätthålla sin maktposition och självständighet gentemot arbetsgivarsidan. Dessa kollektiva regleringar skyddade framförallt de faktorer som möjliggjorde för de tusentals enskilda arbetstagar att inta en gemensam position och hävda sig gentemot arbetsgivarsidan.

Det är därför inte konstigt att arbetsgivarsidan idag är angelägen om att inskränka de kollektiva regleringarna som upprätthåller arbetstagsidans position. Och det är just det som har skett. Rättsfallen som jag har redogjort för ovan utgör en serie små, riktade angrepp mot grunden för arbetarrörelsens makt, i första hand mot konflikträtten, men även mot möjligheten att teckna kollektivavtal. Att så har skett genom att tillgripa rättighetsdiskursen i allmänhet och mänskliga rättigheter i synnerhet är ett utfall av rättens ideologiska karaktär, där den primärt fyller funktionen att upprätthålla en given egendomsordning. Därtill bidrar rätten till att skapa och upprätthålla hegemoni på så sätt att den tillför normativ tyngd till ideologiska ställningstaganden.

Mänskliga rättigheter kan framstå som neutrala i förhållande till klasskonflikten mellan arbete och kapital. Ur ett marxistiskt perspektiv kan MR-diskursen emellertid betraktas som en ideologisk motpol till kollektiva, fackliga rättig-

heter. Det är inte uteslutet att mänskliga rättigheter kan tillämpas mer gynnsamt för arbetsrätten, och det finns mycket som pekar i den riktningen.³⁴¹ Samtidigt pekar den faktiska rättsutvecklingen, i vart fall i Sverige, på att mänskliga rättigheter i stort underminerar förutsättningarna för arbetarrörelsens maktposition, vilket i sin tur riskerar att tippa balansen mellan parterna på arbetsmarknaden. Detta kan få långtgående konsekvenser för den svenska modellen som bygger på starka, självständiga arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. Frågan inställer sig därför, hur en sådan utveckling kan bemötas.

6.4 Övriga konsekvenser och vägen fram

Den sista frågeställningen gäller vilka övriga konsekvenser som kan tänkas följa av mötet mellan mänskliga rättigheter och arbetsrätten. Här vill jag också diskutera vilka strategier som finns tillhands för att möta en utveckling som riskerar att underminera arbetstagersidan ställning.

Det är frestande att möta rättighetsargument med rättighetsargument. Den som intar en okritisk hållning till rätten kan få för sig att frågan gäller att formulera sitt intresse och sin ståndpunkt som en rättighet och kämpa för att vinna gehör för denna. Det finns förvisso mycket som tyder på att det kan vara en framgångsrik metod för sociala rörelser, men risken kan också vara att fokus flyttas från den slutligt avgörande faktorn för huruvida en rörelse lyckas positionera sig, nämligen den sociala mobiliseringen, till den rättsliga argumentationen.

Med en marxistisk terminologi vore det då fråga om att förskjuta konflikten från den materiella och ekonomiska basen till den rättsliga överbyggnaden. Som jag har noterat kan ideologiska och sociala konflikter utspela sig på båda planen, och relationen mellan bas och överbyggnad är synnerligen komplex. Men om uppmärksamheten i större utsträckning riktas mot de rättsliga dimensionerna av klasskonflikten, så är det viktigt att ha i åtanke att rättsordningen inte är neutral, utan bidrar i slutändan till att upprätthålla den kapitalistiska egendomsordningen. Ett sådant, ensidigt fokus riskerar att underminera styrkeförhållandet mellan parterna. För arbetstagersidan vilar styrkan i stor utsträckning på förmågan att organisera fackföreningar och vidta stridsåtgärder.

En annan aspekt av mänskliga rättigheter är att de tenderar att individualisera sociala relationer. Detta gynnar den sida i klasskonflikten som uppträder som den starka individen, det vill säga den juridiska personen, arbetsgivaren. Samtidigt underminerar en sådan individualisering regleringen som skyddar den kollektiva styrkan. För att tala med Youngdahl uttrycker fackföreningen, strejken och kollektivavtalet solidariteten som utgör grunden för arbetarklassens maktposition. Frågan är hur den enskilde arbetstagen bäst skyddar sina intressen. Genom en individualisering av sociala relationer riskerar andra arbetstagarare att förvandlas till hinder för arbetstagen att tillgodose sina intressen. I själva verket är jag av uppfattningen att det bästa sättet för arbetstagen

³⁴¹ Se bland annat Compas synpunkter i avsnitt 4.3.3.2 ovan.

att nå en mer gynnsam position på arbetsmarknaden är genom att förena sig med andra arbetstagare.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Prop. 1972:5 Förslag till skadeståndslag.

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.

Prop. 1999/2000:32 Lönebildning för full sysselsättning.

Prop. 2016/17:107 Nya utstationeringsregler.

SOU 1998:141 Medling och lönebildning.

EU

2012/C 326/02, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (senaste konsoliderade versionen).

Opinion 2/2013, Draft international agreement on the accession of the European Union to the ECHR, EU:C:2014:2454, p. 170 & 178.

Elektroniska källor

Byggnads pressmeddelande 2009-12-02 [<https://www.byggnads.se/om-oss/press/pressmeddelanden/2009/ads-lavaldom-far-allvarliga-konsekvenser/>], besökt 2017-05-21.

HD:s dom i Byggnads mål öppnar för fortsättning, i *Lag & Avtal*, 2015-12-17 [<http://www.lag-avtal.se/arbetsdomstolen/hd-s-dom-i-byggnads-mal-oppnar-for-fortsattning-6551467>], besökt 2017-05-21.

Övriga källor

ILO Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A), Genève, 2010.

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 14., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Bartolomew, Amy, 'Should a Marxist Believe in Marx on Rights?' *Socialist Register*, 1990, s. 244-264.

Bates, Ed, 'History', i: Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh & Harris, David J. (red.), *International human rights law* 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

Batzler, Frederick, *När är stridsåtgärder "kvalificerat otillbörliga"?* Studentuppsats inom kursen Den svenska modellen och arbetsrättens internationalisering, 15 hp, Umeå Universitet, Umeå, 2016.

Benelhocine, Carole, *The European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg, 2012.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Besson, Samantha, 'Justifications', i: Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh & Harris, David J. (red.), *International human rights law* 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

Binder, Guyora, 'Critical Legal Studies', i: Patterson, Dennis (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2nd Edition*, 2. uppl., John Wiley & Sons, 2010, s. 267-278.

Bix, Brian H., *Jurisprudence: theory and context*, 6. ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

Brown, Wendy, 'The Most We Can Hope For?' *South Atlantic Quarterly* nr 2/3 2004, s. 451-463.

Bruun, Niklas, *Kollektivavtal och rättsideologi: en rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924*, Juridica, Diss. Helsingfors : Univ., Vammala, 1979.

Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, 6. ed., Iustus, Uppsala, 2011.

Collins, Hugh, 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law', i: Davidov, Guy & Langille, Brian (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 137-155.

Collins, Hugh, *Marxism and law*, Clarendon P., Oxford, 1982.

Compa, Lance, 'Solidarity and Human Rights: A Response to Youngdahl.' *New Labor Forum*, nr 1 2009, s. 38-45.

Cornell, Drucilla, 'Should a Marxist Believe in Human Rights?' *PRAXIS International*, nr 1 1984, s. 45-56.

Crafoord, Clarence & Scheiman Sebastian, 'Skadeståndsskyldighet vid rättighetskränkningar på arbetsmarknaden.' *Juridisk publikation*, nr 2 2008, s. 313-325.

Cutler, Claire, 'Gramsci, Law and the Culture of Global Capitalism.' *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, nr 8:4 2005, s. 527-542.

Edstöm, Örjan 'The Right to Collective Action – in Particular the Right to Strike – as a Fundamental Right', i: Rönnmar, Mia (red.), *Labour law: fundamental rights and social Europe*, Hart, Oxford, 2011, s. 57-75.

Eklund, Per, *Rätten i klasskampen: en studie i rättens funktioner*, Tiden, Diss. Uppsala : Univ., Stockholm, 1974.

Engels, Friedrich, *Anti-Dühring - Herr Eugen Dühring's Revolution in Science*, Foreign Languages Publishing House, Moskva, 1959.

Ewing, Keith & Hendy, John QC, 'International Litigation Possibilities in European Collective Labour Law: ECHR', i: Bruun, Niklas, Lörcher, Klaus & Schömann, Isabelle (red.), *The economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, Hart, Oxford, 2014, s. 295-322.

Fenwick, Colin, and Tonia Novitz 'Conclusion: Regulating to Protect Workers' Human Rights', i: Fenwick, Colin F. & Novitz, Tonia (red.), *Human rights at work: perspectives on law and regulation*, Hart, Oxford, 2010, s. 585–616.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, 3., [uppdaterade] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2016.

Göransson, Håkan Gabinus, *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument: de grundläggande förbuden mot stridsåtgärder i historisk och internationell belysning*, Juristförl., Diss. Stockholm : Univ., Stockholm, 1988.

Haas, Michael, *International human rights: a comprehensive introduction*, 2nd ed., Routledge, London, 2013.

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 8., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Hirdman, Yvonne, *Vi bygger landet: den svenska arbetarrörelsens historia från Per Götrek till Olof Palme*, [2., rev. uppl.], Tiden, Stockholm, 1990.

Hunt, Alan, 'Marxist Theory of Law', i: Patterson, Dennis (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd Edition, 2. uppl., John Wiley & Sons, 2010, s. 350-360.

Hydén, Håkan, 'Mänskliga rättigheter: Svenska regelsystem med internationella kopplingar', i: Staaf, Annika & Zanderin, Lars (red.), *Mänskliga rättigheter i svensk belysning*, 2., rev. och uppdaterade uppl., Liber, Malmö, 2011, s. 23-51.

Ishay, Micheline R., *The history of human rights: from ancient times to the globalization-era : with a new preface*, [New ed.], University of California Press, Berkeley, 2008

Kennedy, Duncan, 'The Critique of Rights in Critical Legal Studies', i: Brown, Wendy & Halley, Janet E. (red.), *Left legalism/left critique*, Duke University Press, Durham, 2002.

Kennedy, Kennedy, 'Antonio Gramsci and the Legal System.' *ALSA Forum* 32, nr 6:2 1982, s. 32-37.

Källström, Kent, Malmberg, Jonas & Öman, Sören, *Den kollektiva arbetsrätten: en lärobok*, 1. uppl., Iustus, Uppsala, 2016.

Litowitz, Douglas, 'Gramsci, Hegemony, and the Law.' *Brigham Young University Law Review*, nr 2 2000, s. 515-551.

Lukes, Steven, 'Can a Marxist believe in Human Rights?' *PRAXIS International*, nr 4 1981, s. 334-345.

Mantouvalou, Virginia, *Are Labour Rights Human Rights?* UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers – LRI WP X, 2012.

Marx, Karl och Engels, Friedrich, *Kommunistiska manifestet*, Frams förlag, Stockholm, 1921.

Marx, Karl, *Kritik av Gothaprogrammet*, Aurora, Stockholm, 1975.

Marx, Karl, *On the Jewish Question*, CreateSpace, Scotts Valley, CA (Leopard Books, Madurai), 2015.

Moyn, Samuel, *The last utopia: human rights in history*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2012.

Novitz, Tonia, and Phil Syrpis. 'Giving with the One Hand and Taking with the Other: Protection of Workers' Human Rights in the European Union.' i: Fenwick, Colin F. & Novitz, Tonia (red.), *Human rights at work: perspectives on law and regulation*, Hart, Oxford, 2010, s. 463-484.

Nyström, Birgitta, 'Grundläggande rättigheter i EU-rätten', i: Staaf, Annika & Zanderin, Lars (red.), *Mänskliga rättigheter i svensk belysning*, 2., rev. och uppdaterade uppl., Liber, Malmö, 2011, s. 53-78.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, MTM, Johanneshov, 2014.

Roth, Brad, 'Retrieving Marx for the Human Rights Project' i *Leiden Journal of International Law*, nr 17 2004, s. 31-66.

Selberg, Niklas, Sjödin, Erik, 'Stridsåtgärder i Högsta domstolen.' *Juridisk Tidskrift*, nr 3 2017, s. 184-215.

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, 6., [rev. och utök.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Sigeman, Tore, 'Grundlagsskydd för facklig stridsrätt.' *JFT*, nr 2 2008, s. 156-173.

Sigeman, Tore, 'Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt. En problembeskrivning rörande skyddet mot organisationstvång i arbetslivet', i: Hanau, Peter & Agell, Anders, *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden: Gustafssonmålet i perspektiv*, Rättsfonden, Stockholm, 1999, s. 36-76.

Ssenyonjo, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International law*, 2. ed., Hart, Oxford, 2015.

Staaf, Annika och Zanderin, Lars, *Introduktion*, i Staaf, Annika & Zanderin, Lars (red.), *Mänskliga rättigheter i svensk belysning*, 2., rev. och uppdaterade uppl., Liber, Malmö, 2011.

Youngdahl, Jay, 'Solidarity First.' *New Labor Forum*, nr 1 2009, s. 30-37.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1989 nr 120

AD 1998 nr 17

AD 2001 nr 20

AD 2003 nr 46

AD 2006 nr 58

AD 2009 nr 89

AD 2012 nr 74

Högsta domstolen

NJA 2005 s. 608

NJA 2006 N 3

NJA 2014 s. 877

NJA 2015 s. 512

NJA 2015 s. 899

EU-domstolen

C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano EU:C:1995:411.

C-438/05 International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP, och OÜ Viking Line Eesti, EU:C:2007:772.

C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl., EU:C:2007:809.

Europadomstolen

National Union of Belgian Police v. Belgium, 27 oktober 1975, Series A no. 19.

Schmidt & Dahlström v. Sweden, 6 december 1976, Series A no. 21.

Gustafsson v. Sweden, no. 15573/89, 26 april 1996.

Wilson and Palmer v. UK, nos. 30668/96, 30671/96 & 30678/96, 2 juli 2002.

Sidabras and Dziautas v. Lithuania, nos. 59330/00 & 55480/00, 27 juli 2004.

AB Kurt Kellermann v. Sweden, no. 41579/98, 26 oktober 2004.

Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, no. 45036/98, 30 juni 2005.

Siliadin v. France, no. 73316/01, 26 juli 2005.

Evaldsson and Others v. Sweden, no. 75252/01 12 februari 2007.

Demir and Baykara v. Turkey, no. 34503/97, 12 november 2008.

Enerji Yapi-Sol Sen v. Turkey, no. 68959/01, 21 april 2009.

National Union of Rail, Maritime and Transport Workers (RMT) v. The United Kingdom, no. 31045/10, 8 april 2014.