

11. Facklig frihet och medborgarrätt – en jämförelse

av Svante Nycander*

Den fackliga friheten har alltid varit styvbarnet bland de mänskliga rättigheterna. Den ingår inte i den engelska traditionen av ”*liberties*” och nämndes inte i de tidiga franska och amerikanska rättighetsförklaringarna. När arbetarna i 1700-talets England bildade fackföreningar som en ersättning för skrånas relativa trygghet, fann domare dem skyldiga till ”*criminal conspiracy*”. På 1790-talet förbjöd parlamentet all facklig verksamhet, och repressionen bestod i olika former till 1906. I Frankrike förbjöds fackföreningarna 1791 av fruktan att skråna skulle återuppstå, och förbudet blev kvar till 1884. John Madison varnade i brev nr 10 i *The Federalist* för organiserade särintressen, som orsakas främst av den ojämna egendomsfördelningen. ”De som har och de som saknar egendom har i alla tider utgjort två distinkta intressen i samhället”, och att reglera dessa intressen är ”den moderna lagstiftningens främsta uppgift”. Det gällde att bryta ”*the violence of faction*”. Madison fruktade den egendomslösa majoritetens tyranni, som han försökte stävja genom maktindelning i den nya författningen.

Hans Ingvar Roth skriver att de mänskliga rättigheterna vanligen har tolkats som garantier mot maktmissbruk ”när människor i ett land lämnar över befogenheter åt en stat och regering”. Den politiska makten har uppfattats som grundad på ett kontrakt, och för dess utövning har medborgarna ställt vissa villkor.¹ Fri- och rättigheter är då primärt ett skydd för individen mot statliga övergrepp. Men den avgränsningen har aldrig varit självklar och spelar mindre roll i dag än förr. Att fackliga fri- och rättigheter i första hand rör förhållandet mellan enskilda rättssubjekt skiljer dem inte från flera andra mänskliga rättigheter. Att de sällan nämns i diskussionen om mänskliga rättigheter beror sna-

* F.d. chefredaktör på Dagens Nyheter, styrelseledamot i Rättsfonden.

¹ Roth 2006 s. 135.

rare på att allt fackligt anses kollektivt, någonting dubiöst i en tradition präglad av individualism.

Den fackliga föreningsfriheten som ett skydd gentemot statsmakten regleras i många internationella konventioner. Det vi i Sverige kallar föreningsrätt, det vill säga skydd gentemot en avtalspart på arbetsmarknaden, är tydligast fastslagen i ILO-konventionen nr 98. Den föreskriver att anställda ska ha ett adekvat skydd mot antifacklig diskriminering i anställningen. Skyddet ska särskilt avse handlingar som gör anställningen beroende av att den anställde avstår från att inträda i en fackförening eller av att han utträder ur en sådan eller som innebär avskedande eller annan särbehandling av den anställde på grund fackligt medlemskap eller deltagande i facklig verksamhet. Konventionen säger också att arbetarnas och arbetsgivarnas organisationer ska ha ett adekvat skydd mot varje handling som innebär inblandning av den ena sidan i den andra sidans verksamhet. Samma konvention förbjuder så kallade företagsfackföreningar. Handlingar som syftar till att etablera arbetarorganisationer dominerade av arbetsgivaren är inte tillåtna. Förbudet gäller speciellt ekonomiska bidrag med syfte att ställa sådana organisationer under arbetsgivarens kontroll.

Ett land som ratificerar ILO-konventionen förbinder sig att se till att reglerna efterlevs. Skyddet för föreningsrätten är i konventionen inte symmetriskt. Arbetsgivarnas organisationer skyddas mot inblandning, men den enskilde arbetsgivarens föreningsrätt berörs inte. Konventionen speglar en lång och bitter erfarenhet av hur arbetsgivare agerat mot arbetarnas organisationer på de flesta håll i världen.

Slaveriet, rasförtrycket och *medborgarrätten*

Den fackliga friheten är till sin kärna ett förbud mot diskriminering: ingen får särbehandlas på grund av medlemskap eller verksamhet i en fackförening. Förbudet är ett resultat av fackföreningarnas kamp för att uppnå en rimlig jämvikt med arbetsgivarna när arbetsvillkoren bestäms. Det finns emellertid flera andra diskrimineringsförbud på arbetsmarknaden, tillkomna genom en helt annan social process och i en annan rättstradition.

Från senare delen av 1700-talet var kravet på förbud mot slavhandel och slaveri det mest centrala i rörelsen för mänskliga rättigheter. Måltavlan var då inte en övermäktig stat; abolitionisterna verkade för en aktiv och beslutsam statsmakt i det godas tjänst. Kampen mot slaveriet i Amerika övergick efter inbör-

deskriget i en kamp mot rasförtrycket. Kongressen antog två författningsändringar och ett antal lagar, som var i stora drag likvärdiga med dem som åstadkom rättighetsrevolutionen hundra år senare. Det mesta av reformerna sattes ur kraft när nordstaternas militära närvaro i södern upphörde, lagarna som skulle skydda de svarta omtolkades eller förkastades genom lagprövning. När en modern medborgarrättsrörelse växte fram på 1950- och 60-talen fanns historiska förebilder, en linje från 1860-tal till 1960-tal. De rättsliga former och begrepp som användes i *Civil rights act* 1964 fick en oerhörd betydelse för uppfattningen om hur mänskliga rättigheter ska förverkligas i samhället och blev mönsterbildande även utanför Amerika. I synnerhet Sverige har i sen tid lånat rättsliga instrument från amerikansk *civil rights*-politik.

Gränsen mellan frihet och slaveri i Amerika var aldrig knivskarp. Det fanns arbetsavtal som hade karaktär av *involuntary servitude*, slavar ”frigavs” i utbyte mot kontraktarbete under trettio år eller mer, lagar stadgade straff för tjänare som rymde. Rättsregler och polispraxis mot lösdriveri gjorde den arbetslöse till en brottsling. Efter 1865 kringgick sydstaterna slaveriförbudet genom ”*Black Codes*”, som gav arbetsgivare kontroll över svarta arbetare. Mississippi införde bötesstraff för den som erbjöd arbete åt en svart som redan hade anställning. *Sydcarolina* avkrävde svarta en särskild avgift om de försörjde sig på annat än jordbruks- eller hushållsarbete. Trots att förtrycket till sin kärna var en höggradig exploatering av arbetskraft definierades frågan aldrig i arbetsrättsliga termer. Arbetsrätten och *medborgarrätten* utvecklades olika och åtskilt. Det blev en konkurrens mellan två rättstraditioner. Och så har det blivit också i Sverige.

De amerikanska domstolarna utövade närmast suverän makt över arbetarnas rättigheter till början av 1930-talet. Den individuella kontraktsfriheten hade företräde, domstolarna upprätthöll till exempel ”*yellow-dog contracts*”, där arbetaren förband sig att inte tillhöra en fackförening; lagar som ogiltigförklarade sådana kontrakt undanröjdes genom lagprövning. Domare förbjöd tusentals strejker genom så kallad ”*labor injunction*”. Den stora depressionen fick emellertid kongressen att ingripa radikalt. Wagnerlagen 1935 skyddade föreningsrätten, förhandlingsrätten och rätten till stridsåtgärder, vilket bidrog till ett stort fackligt genombrott i den amerikanska industrin i slutet av trettioåret. Ytterligare lagstiftning, främst Taft-Hartley-lagen 1947, och en konservativ majoritet i Högsta domstolen från omkring 1970 har emellertid underminerat de fackliga rättigheterna. Arbetsgivarna har idag ett massivt rättsligt övertag.

Med Lyndon Johnsons medborgarrättslag fick Amerika en effektiv och radikal politik mot segregation och diskriminering på grund av ras, kön, etnisk

härkomst och religion. Lagen blev grunden för ”*affirmative action*” i form av positiv diskriminering på arbetsmarknaden och i utbildningsväsendet. Under ett långt skede har kongressen och domstolarna varit betydligt mer positiva till rättigheter enligt medborgarrättslagen än till fackliga rättigheter enligt Wagnerlagen. Skillnaden framträder i stort och smått. En arbetsgivare får inte säga upp en arbetare på grund av fackligt medlemskap. Om han överbevisas om en sådan kränkning motsvarar skadeståndet endast den lön han skulle ha betalat om arbetaren varit kvar i anställningen, minus den lön arbetaren haft på annat håll under den tid han varit uppsagd. Om arbetsgivaren i stället anses skyldig till ras- eller könsdiskriminering kan skadeståndet bli miljoner dollar.

Ett rakt diskrimineringsförbud är ett effektivt medel mot en öppen och erkänd segregation i till exempel skolor och busstrafik, men dess effekt i Amerika visade sig svag mot den dolda diskrimineringen av svarta och andra minoriteter på arbetsmarknaden. Först när förbudet kompletterades med bevisregler som framtvängde en omvänd diskriminering uppnådde man den åsyftade effekten. Myndigheterna krävde att personalen i ett företag i rimlig grad skulle avspeglade andelen svarta i befolkningen där företaget var verksamt, i annat fall kunde enskilda som sökt arbete i företaget hävda att de varit diskriminerade. Men utrymmet för en sådan kvotering har krympt på grund av prejudikat i domstolarna. Även vita, infödda män kräver skydd för sina medborgerliga rättigheter. En sådan begränsning av den positiva diskrimineringen som instrument för en bred social utjämning finns också i EG-rätten och därmed i svensk rätt.

Svensk *civil rights*-politik och föreningsrätt

Från 1970 väckte folkpartiet, i praktiken de unga liberalerna kring Per Ahlmark, varje år en motion i riksdagen om jämställdhetslagstiftning med den amerikanska medborgarrättslagen som förebild. Till sist gick riksdagen med på att begära en förutsättningslös utredning, mot socialdemokraternas uppfattning. Det resulterade i lagen om jämställdhet i arbetslivet 1980, antagen med en rösts majoritet i ett läge där folkpartiet hade en nyckelposition. Både SAF och LO hade avstyrkt lagstiftning. Jämställdhetslagen har senare skärpts i flera omgångar och varit förebild för en hel bukett nya diskrimineringsförbud. Någon seriös analys av hur denna reglering av arbetslivet förhåller sig till den traditionella svenska arbetsrätten har inte gjorts, i varje fall inte i förarbetena.

Gemensamt för det diskrimineringsförbud som är en del av föreningsrätten och andra diskrimineringsförbud är att de inte kan sättas ur kraft genom en överenskommelse mellan arbetsgivaren och enskilda anställda. Problem i fråga om bevisning, sanktioner och gränsdragningar är också likartade. Ändå har hundra års erfarenhet av föreningsrätten i Sverige nästan inte alls tillvaratagits i diskussionen om hur ett diskrimineringsförbud kan göras effektivt.

Före det fackliga genombrottet 1905–06 var det fria arbetsavtalet en överordnad norm, och en arbetsgivare kunde förbjuda sina anställda att tillhöra en fackförening. Hjalmar Branting frågade 1899 i andra kammaren statsminister Erik Gustaf Boström om regeringen tänkte ta något initiativ för att skydda föreningsrätten. Boström svarade: ”Arbetsgivaren vill ha i sin hand att själv bestämma, under vilka villkor han vill i sitt arbete använda en arbetare; och denna arbetsgivarens rätt är lika obestridlig, som arbetarens att själv bestämma, hos vem och på vilka villkor han vill arbeta.” Därför behövdes inget initiativ. Branting invände att inte alla arbetskontrakt kunde vara giltiga från statens synpunkt. Ett avtal enligt vilket en arbetare sålde sig som slav var verkningslöst enligt lag. Liberalen David Bergström väckte 1902 en motion om föreningsrätt, som han betecknade som en allmänt medborgerlig rättighet. I en utskottsreservation hävdade Carl Lindhagen att föreningsrätten enligt grundlagen var ”en oförytterlig mänsklig rättighet”, som inte kunde upphävas genom ett avtal. Motionen avlogs av båda kamrarna.²

I det första nationella verkstadsavtalet, som träffades på hösten 1905, enades man om att föreningsrätten skulle hållas i ömsesidig helgd. Året därpå ingick SAF och LO den så kallade decemberkompromissen, som föreskrev att föreningsrätten å ömse sidor skulle lämnas okränkt. Att frågan reglerades i avtal innebar naturligen att samma rätt tillkom båda parter. Någon närmare definition av föreningsrätten gavs inte, parterna förutsattes veta vad de var överens om.

SAF och LO hade emellertid grundats bara några år tidigare, och deras auktoritet var begränsad. Kompromissen mellan dem accepterades inte utan vidare. För att föreningsrätten skulle bli effektiv krävdes en stödregel rörande uppsägningar på grund av arbetsbrist. Bland annat för att arbetsgivaren inte enkelt skulle kunna säga upp fackliga aktivister genomdrev arbetarsidan avtalsbestämmelser om turordning efter anställningstid, medan arbetsgivarna höll på att skicklighet och lämplighet skulle avgöra i första hand. Bestämmelserna varie-

² Berg 1953 s. 146–155.

rade, enligt en del avtal skulle man beakta inte bara skicklighet och anställningstid utan också försörjningsbörd. När så småningom tvister hamnade i Arbetsdomstolen måste arbetsgivaren övertygande kunna visa att den arbetare han ville behålla, trots kortare anställningstid, var särskilt oumbärlig. Domstolen såg strängt på misstänkt föreningsrättskränkning. Att turordningsregeln i lagen om anställningsskydd historiskt är en del av föreningsrätten är det inte många som känner till idag. De flesta ser den som en rättvisenorm (med drag av Jantelag).

President Franklin Roosevelt utsåg 1938 en kommission med uppdrag att undersöka den svenska arbetsmarknaden. Det resulterade i en rapport som publicerades samma år med ett förord av presidenten. De amerikanska besökarna tog särskilt intryck av att de svenska arbetsgivarna inte diskriminerade fackligt organiserade arbetare, vilket förklarades av att företagen hade accepterat att förhandla och träffa avtal med starka fackföreningar. De påpekade också att fackföreningarna inte övade press på företagen att tillämpa *closed shop*, det vill säga att endast ha organiserade arbetare. Detta var en följd av kompromisserna 1905–06, där LO hade gått med på att arbetsgivaren fritt kunde anställa även oorganiserade arbetare. Inom SAF-LO-området fanns därmed ett skydd också för den negativa föreningsrätten, rätten att stå utanför. Ända till 1937 var föreningsrätten helt grundad på kollektivavtal. I amerikanskt perspektiv var det goda samförståndet i Sverige kring dessa frihetsprinciper paradoxalt. Sådant som orsakade fiendskap och ändlösa konflikter på den amerikanska arbetsmarknaden var i Sverige inte något problem.

Den svenska föreningsrätten hade vissa luckor. Den ansågs inte innebära förbud för arbetsgivaren att välja bort organiserade arbetare vid nyanställning. Frågan dök upp i förarbetena till medbestämmandelagen. Arbetsrättskommittén ville inte ålägga arbetsgivare att bevisa att alla sökandes meriter hade värderats på ett objektiva sätt. Ett skydd för arbetsökandes föreningsrätt skulle i praktiken innebära att arbetsgivaren förpliktades att anställa den enligt något visst kriterium mest meriterade sökande, vilket i sin tur kunde tvinga fram ”en generell lagstiftning i meritvärderingsfrågan”. MBL skyddar därför inte föreningsrätten vid nyanställningar.³ Lagen motsvarar därmed inte helt ILO-konventionen, som Sverige ratificerade 1950. Föreningsrätten enligt MBL är delvis mindre konkret än enligt konventionen samtidigt som den är symmetrisk.

³ Bergqvist och Lunning 1986 s. 127–128. Nycander 2002 s. 376.

Så har vi kunnat ha det därför att föreningsrätten under lång tid varit starkt etablerad och erkänd av alla. När fackföreningarna organiserar åttio procent av löntagarna väcker fackligt medlemskap inga särskilda misstankar hos arbetsgivaren. Kränkningar av föreningsrätten är inget stort problem i Sverige.

Två modeller – en bättre och en sämre

Jämför föreningsrätten med diskrimineringsförbudet i jämställdhetslagen! Skillnaderna är bland andra följande:

1. Föreningsrätten infördes av organisationerna som ett frivilligt, ömsesidigt åtagande, medan jämställdhetslagen påtvingades parterna genom en lag, trots att alla topporganisationer på arbetsmarknaden utom SACO/SR var emot statlig inblandning i arbetet för jämställdhet i arbetslivet.
2. Nyanställningar omfattas inte av föreningsrätten, medan jämställdhetslagen förbjuder både direkt och indirekt diskriminering av arbetssökande. I praktiken påbjuder jämställdhetslagen att arbetsgivaren anställer den som har bättre sakliga förutsättningar för arbetet vid konkurrens mellan sökande av olika kön. Ända sedan 1980 har lagen lagt en särskild bevisbörda på arbetsgivaren. I föreningsrättsliga mål däremot finns inga särskilda bevisregler.
3. Föreningsrätten fungerar väl, tvister är sällsynta, och Arbetsdomstolens utslag accepteras utan nämnvärda protester, medan diskrimineringsförbudet i jämställdhetslagen visat sig svårhanterligt och gjort många arga eller besvikna, med krav på ändring av Arbetsdomstolens sammansättning, med mera.

Avgörande är den första punkten. Föreningsrätten skyddas bättre därför att den från början var ett frivilligt åtagande. Jämställdhetslagen bryter mot samarbets-traditionen och betraktas i näringslivet som ett uttryck för misstroende och politisk klåfingrighet.

Under fyrtio- och femtiotalen ansåg ledande personer inom LO att reformer i arbetslivet är ”tio procent paragrafer och nittio procent tillämpning” och att kollektivavtal oftast är att föredra framför lagstiftning därför att de är moraliskt mer förpliktande för arbetsgivarna än en lag. Det resonemanget är inte mindre giltigt i dag. Diskrimineringsbegreppet förutsätter att en viss handling utförs av ett särskilt motiv, och att bevisa motiv är oftast svårt. *Civil rights-*

modellen för jämställdhet möter i företagen ett segt motstånd, som inte låter sig övervinnas av regler om bevisbördan och vitesbestämmelser. Motståndet beror främst på att proceduren är påtvingad och uppfattas som byråkratisk, inte på ovilja mot jämställdhet i sig; ett jämställt arbetsliv är ett företagarintresse.

Politiseringen av spelreglerna tenderar att långsiktigt försvaga den fackliga friheten. Många kräver i dag att stridsåtgärder ska förbjudas vid företag där den fackliga organisationen saknar medlemmar. Det kan medföra att mindre företag väljer bort organiserade personer vid nyanställning, vilket MBL tillåter. Vi kan vänta oss tvister av ett nytt slag. Den facklige representanten meddelar arbetsgivaren att en av de anställda har inträtt i fackföreningen och att man därför kräver kollektivavtal och är beredd att varsla om blockad. Arbetsgivaren svarar att han känner sina anställda och vet att ingen tillhör fackföreningen. Ska medlemmen då tvingas ge sig till känna? Hur mycket är föreningsrätten värd om den enskilde riskerar att på arbetsplatsen få skulden för att företaget sätts i blockad? Fackföreningar är till inte bara för anställda med extra stort civilkurage.

Civil rights-modellen tillämpad på arbetsmarknaden undergräver kollektivavtalssystemets autonomi. I jämställdhetslagen heter det att "arbetsgivare och arbetstagarare skall samverka om aktiva åtgärder" och att de "skall särskilt verka för att utjämna och förhindra skillnader i löner och andra anställningsvillkor". Med arbetstagarare avses i praktiken fackföreningar. I propositionen om de senaste ändringarna i jämställdhetslagen skrev departementschefen att parterna "skall prioritera" dessa frågor. Staten ålägger företag och fria folkrörelser, som har sina uppdrag från ägare och medlemmar, att prioritera en viss uppgift. Parterna ska stå till förfogande, ungefär som myndigheter under regeringen.

Förbudet mot lönediskriminering på grund av kön är ett intrång i organisationernas ansvar för lönebildningen. Jämställdhetslagen syftar till att eliminera osakliga löneskillnader och ålägger i det syftet företagen att regelbundet göra en lönekartläggning oberoende av kollektivavtalsområden. Jämförelser ska göras inte bara mellan män och kvinnor som utför lika eller likvärdigt arbete. En viss lön kan anses osaklig även vid andra jämförelser och i relation till en så kallad hypotetisk jämförelseperson. Lagens mål kan uppnås bara om lönerelationerna är sakligt grundade även mellan män inbördes och kvinnor inbördes. Jämställdhetsbyråkratin och Arbetsdomstolen måste överpröva lönestrukturen. Logiken i diskrimineringsförbudet pekar mot reglering och juridifiering på bred front. Vi har två skilda system, ett fackligt och ett statligt, för

att lösa samma uppgift, den att sätta rättvisa löner, och det är oundvikligt att de kolliderar.

Jämställdhetslagens effekter imponerar inte. Utvecklingen mot lika lön och lika chanser var snabbare 1950–1980 än under den period vi haft lagstiftning om jämställdhet. Den traditionella fackliga vägen att reformera arbetslivet är överlägsen *civil rights*-inspirerad lagstiftning, särskilt som både företag och fackliga organisationer har ett intresse av att övervinna diskriminering. Politisering tenderar att försvaga den fackliga friheten.

Litteratur

- Berg, H. (1953) ”Riksdagen och föreningsrätten 1899–1951” i *På liberalismens grund*. Stockholm.
- Bergqvist, O. och Lunning, L. (1986) *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*. Stockholm.
- De Geer, H. (1989) *I vänstervind och högervåg. SAF under 1970-talet*. Stockholm
- Howard, J. R. (1999) *The Shifting Wind. The Supreme Court and Civil Rights from Reconstruction to Brown*. New York.
- Nycander, S. (1998) *Kriget mot fackföreningarna. En studie av den amerikanska modellen*. Stockholm.
- Nycander, S. (2002) *Makten över arbetsmarknaden. Ett perspektiv på Sveriges 1900-tal*.
- Roth, H. I. (2006) *Vad är mänskliga rättigheter?* Stockholm.
- Strzelewicz, W. (2001) *De mänskliga rättigheternas historia. Från den amerikanska rättighetsförklaringen till våra dagar*. Stockholm.
- Wedderburn, W., lord (1995) *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*. London.
- Dubofsky, M. (1994) *The State & Labor in Modern America*. London.